



جامعة البحرين



كلية: الحقوق

قسم: القانون الخاص

ازدواج المسؤولية المدنية دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون الخاص

إعداد

سناء السيد باقر مهدي شرف

20039953

إشراف

أ.د. صبري حمد خاطر

أستاذ القانون المدني

جامعة البحرين

مملكة البحرين

يوليو 2015



جامعة البحرين

كلية الحقوق

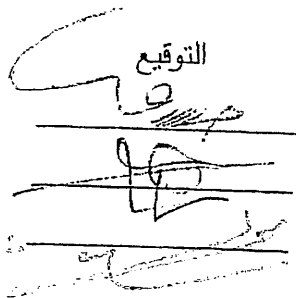
قسم القانون الخاص

برنامج ماجستير القانون الخاص

ناقشت الطالبة سناء سيد باقر شرف الرقم الجامعي 20035593 الأطروحة التي استكملت بها
متطلب الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص و المغونة (ازدواج المسؤولية
المدنية) وذلك يوم 5 يوليو 2015

و توصي اللجنة بمنحها درجة الماجستير بتقدير : A

لجنة المناقشة

التوقيع


الاسم	
1. أ. د. صبري عساف	المشرف على الأطروحة
2. د. صبري عساف	الممتحن الداخلي
3. أ. د. عمار محمد	الممتحن الخارجي

المخلص

تتناول هذه الرسالة موضوع ازدواج المسؤولية المدنية ، حيث جرى الفقه على التمييز في إطار المسؤولية المدنية بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي بالمسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية ، ويفترض النوع الأول من المسؤولية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضرور، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حين تنتفي هذه الرابطة بينهما. و لقد حاول الفقه الفصل بين المسئوليتين بفروق عديدة .

وفي ضوء اختلاف أحكام المسؤولية العقدية عن أحكام المسؤولية التقصيرية تبرز إشكالية تباين المعاملة بين المتضررين ، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول بوحدة أساس المسؤولية ونتائجها مما يؤدي إلى القول بوحدة نظام المسؤولية المدنية بدلاً من ازدواجها ، و إظهار الفروق بين المسئوليتين على أنها لا تتعلق بطبيعة كل من المسئوليتين ، وأنها ليست من خصائصها الذاتية ، هذا من جانب .

ومن جانب آخر فإن الإشكالات التي ظهرت عند تطبيق نظام المسؤولية العقدية، جعلت بعض الفقه ينادي بإلغاء المسؤولية العقدية .

تشتمل الرسالة على بابين ، فأما الباب الأول فيبحث فكرة ازدواج المسؤولية المدنية .وقد قسمنا هذا الباب على فصلين ، خصص أولهما للتأصيل القانوني والفقه ل فكرة ازدواج المسؤولية المدنية . أما الفصل الثاني فقد خصص للأسس القانونية لفكرة الازدواج .

أما الباب الثاني فيتناول إنكار فكرة ازدواج المسؤولية المدنية ، وقد قسمنا هذا الباب على فصلين ، نبحث فكرة وحدة المسؤولية المدنية في الفصل الأول ، ونعرض فكرة إلغاء المسؤولية العقدية في الفصل الثاني .

شكر و تقدير

بعد انجاز هذا البحث فأنتني لأحمد الله سبحانه وتعالى من قبل ومن بعد على أن وفقني لإتمام هذه الرسالة .

إن واجب الاعتراف بالفضل يقتضي مني أن أتوجه بخالص الشكر و عميق التقدير للأستاذ الدكتور " صبري حمد خاطر " على اشرافه على هذا العمل وما أبداه من ملاحظات كان لها أبلغ الأثر في إنجازه ، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص عبارات الشكر للأستاذين الكريمين "عبدالله الشملاوي" و "محمد مدن" على ما قدماه لي من دعم ونصائح ساعدتني في أنجاز هذا البحث.

وهذا ولا يفوتني أن أوجه أسمى آيات الاعتراف والتقدير إلى جميع أساتذة كلية الحقوق على ما قدموه لنا من عطاء طوال سنوات الدراسة . أطال الله في عمرهم و جزاهم الله عنا خير الجزاء .

وفي الختام أتوجه بجزيل الشكر والاحترام إلى كل من قدم لي يد المساعدة لإنجاز هذا العمل ، واخص بالذكر أستاذ علي فيصل .

الطالبة

سناء الشرف

قائمة المحتويات

الموضوع	الصفحة
اعتماد لجنة المناقشة	أ
الملخص	ب
الاهداء	ج
الشكر والتقدير	د
قائمة المحتويات	هـ
المقدمة	1
أهمية البحث و أسباب اختياره	2
منهجية البحث	3
خطة البحث	3
الباب الأول : تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية و أسسه القانونية	4
الفصل الأول : تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية	5
المبحث الأول : التأصيل القانوني لازدواج المسؤولية المدنية	6
المطلب الأول : ازدواج المسؤولية المدنية في القوانين القديمة	6
أولاً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون الروماني	6
ثانياً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي القديم	16
المطلب الثاني : ازدواج المسؤولية المدنية في القوانين المعاصرة	21
أولاً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون)	21
ثانياً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري والبحريني	24
المبحث الثاني :التأصيل الفقهي لازدواج المسؤولية المدنية	27

27	المطلب الأول : اصطلاح الازدواج وتوصيفه
28	المطلب الثاني: التأسيس لفكرة الازدواج
32	الفصل الثاني : الأسس القانونية لازدواج المسؤولية المدنية
33	المبحث الأول : الأسس المستندة إلى اختلاف الخطأ
34	المطلب الأول : ازدواج المسؤولية تبعاً لمعيار الخطأ
34	أولاً: فكرة ازدواج معيار الخطأ
37	ثانياً: أسانيد ازدواج معيار الخطأ
38	المطلب الثاني : ازدواج المسؤولية تبعاً لوجود الخطأ
38	أولاً: فكرة التفاوت في الخطأ
39	ثانياً: أسانيد فكرة التفاوت في الخطأ
41	المطلب الثالث : ازدواج المسؤولية تبعاً لعبء الإثبات
41	أولاً: فكرة اختلاف عبء الإثبات
42	ثانياً: أسانيد فكرة اختلاف عبء الإثبات
44	المطلب الرابع : ازدواج المسؤولية تبعاً للأهلية
44	أولاً: فكرة اختلاف الأهلية
45	ثانياً: أسانيد فكرة اختلاف الأهلية
46	المبحث الثاني : الأسس المستندة إلى الضرر و تعويضه
46	المطلب الأول : ازدواج المسؤولية تبعاً لنطاق التعويض

47	أولاً : الاختلاف في تقدير التعويض
53	ثانياً : الاختلاف في مدى التعويض
59	ثالثاً : الاختلاف في نوع التعويض
61	رابعاً : الاختلاف في طريقة التعويض
65	المطلب الثاني : ازدواج المسؤولية تبعاً لضمان التعويض
65	أولاً : الاختلاف في التأمينات
74	ثانياً : الاختلاف في مدد التقادم
84	ثالثاً : تعديل أحكام المسؤولية
98	رابعاً : الاختلاف في وجوب التعويض
104	الباب الثاني: إنكار فكرة ازدواج المسؤولية المدنية
105	الفصل الأول : فكرة وحدة المسؤولية
106	المبحث الأول : فكرة الوحدة
106	المطلب الأول : عرض فكرة وحدة المسؤولية
107	أولاً : وحدة مصدر الالتزام
110	ثانياً : وحدة جزاء الإخلال بالالتزام
111	المطلب الثاني : أسانيد فكرة وحدة المسؤولية
111	أولاً : الأسس المستندة إلى وحدة طبيعة المسؤولية
150	ثانياً : الأسس المستندة إلى وحدة الجزاء

171	المبحث الثاني : تقويم فكرة الوحدة
171	المطلب الأول: الانتقادات التي وجهت إلى فكرة وحدة المسؤولية
171	أولاً : الانتقادات العامة
180	ثانياً : الانتقادات من خلال موقف القضاء
185	المطلب الثاني : الجمع بين فكرة الازدواج وفكرة وحدة المسؤولية
188	الفصل الثاني: نفي المسؤولية العقدية
189	المبحث الأول : إشكالات وجود المسؤولية العقدية
190	المطلب الأول : إشكالات معيار نسبية أثر العقد
192	أولاً : نظرية الاشتراك
203	ثانياً: نظرية المجموعة العقدية
220	المطلب الثاني : إشكالات معيار الإخلال بالعقد
223	المبحث الثاني : فكرة إلغاء المسؤولية العقدية
224	المطلب الأول: عرض فكرة الإلغاء
225	أولاً : الحجج التاريخية
227	ثانياً : الحجج الموضوعية
246	المطلب الثاني : تقويم فكرة إلغاء المسؤولية العقدية
246	أولاً : الإبقاء على المسؤولية العقدية
251	ثانياً : موقف القضاء

259	الخاتمة
265	المراجع

المقدمة

تمتاز المسؤولية المدنية بما لها من مكانة خاصة في محيط القانون، بكونها محور القانون في كافة نواحيه، وهي شق الرحى الذي يدور عليه صراع الخصوم في الأغلب مما يطرح من منازعات بدور القضاء. ثم إنها تتفرد بالتطور والتجديد على مدار الزمن ؛ استجابة للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية وبما يجد عليها تبعاً لذلك من آراء ونظريات تتعدد بل وتختلف وجهات النظر في كل منها.

و من هنا أخترت موضوعاً للبحث ازدواج المسؤولية المدنية بمعنى أن هذه المسؤولية هي مسئوليتان؛ الأولى هي المسؤولية العقدية التي تعني المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالعقد ، ومسئولية تقصيرية التي تعني المسؤولية عن تعويض الضرر الذي يسببه الشخص بخطئه أو بخطأ الغير أو بفعل الأشياء التي هي تحت حراسته. ولقد دفعنا إلى هذا الاختيار ما يثار من جدل بشأن الازدواج : حيث حاول بعض الفقه إنكار ازدواجية المسؤولية المدنية، ومحو الفوارق المدعاة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، و التوجه نحو القول بوحدة المسؤولية من حيث أساسها و أثرها. إلا أن هذه المحاولة لم تنجح في هدم التفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية - فما زالت تلك التفرقة - قائمة عند الفقهاء و في آرائهم وفي أحكام القضاء واجتهاداتهم. و يعترف بذلك المشرع نفسه صراحة أو ضمناً وقد يفرد تنظيمياً مستقلاً لكل منهما.

و رغم ذلك ما زال التفكير بشأن التفرقة قائماً اليوم نظراً للتطورات التي تشهدها المجتمعات المعاصرة في التعاملات الاقتصادية المختلفة ، بحيث نجد الآراء الفقهية في شد وجذب إلى هذا النوع أو ذاك، خصوصاً في الحالات التي تختلط فيها الفوارق بين النوعين، وتقترب فيها الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية وتخف فيها حدة التفرقة مما يصعب معها تحديد المعيار الفاصل بينهما أو يحتاج إلى كثير من الجهد في بعض الحالات أو يدور حوله الشك في حالات أخرى، وهذا ما دعا بعض الفقه إلى محاولة تجاوز

هذا المعيار، و الدعوة إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على حساب التقصيرية تارة، أو إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في ظل الروابط العقدية تارة أخرى .

و لم يبق الجدل على نمط واحد، بل أخذ منحى آخر. حيث ذهب بعض الفقه إلى رفض الوظيفة التعويضية للمسؤولية العقدية، و القول بأنه لا توجد إلا مسؤولية واحدة لها هذه الوظيفة، وهي المسؤولية التقصيرية. وذلك من منطلق أن فكرة المسؤولية العقدية، هي فكرة مصطنعة تقوم على أسس خيالية، و أن الهدف منها خلق مسؤولية لها نفس وظيفة المسؤولية التقصيرية في التعويض. و اعتبروا أن الإخلال بالالتزام العقدي يؤدي إلى إجبار المدين على تنفيذ الالتزام بمقابل و ليس إلى التعويض. وهكذا - وفقاً لهذا الاتجاه - لا يوجد أي مجال للحديث عن الخطأ أو الضرر، فليس هنالك إلا مسؤولية واحدة وهي التقصيرية. حتى في إطار الروابط بين المتعاقدين .

أهمية البحث و أسباب اختياره :

البحث يثير مشكلة مهمة، وهي مدى حقيقة عدم المساواة بين المراكز القانونية للمتضررين الناتجة عن وجود نوعين من المسؤولية، مما يستلزم التحقق من هذه المسألة في ظل الآراء والتطبيقات القضائية، فضلاً عن وجود كثير من الآراء الفقهية التي تحتاج إلى التحليل.

ولا تقتصر أهمية دراسة مسألة ازدواج المسؤولية على الجدل الفقهي فحسب، بل المشرع في بعض الأنظمة القانونية بما فيها القانون البحريني، لم يتناول نظام المسؤولية العقدية بشكل صريح، وعالج الإخلال بالعقد ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ بمقابل من باب آثار الالتزام، مما يجعل مسألة وجود مسؤولية عقدية محل غموض وشك.

منهجية البحث :

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، الذي يركز على التشريعات البحرينية والفرنسية والمصرية، و على الموقف الفقهي والقضائي، وذلك بغية التوصل إلى نتائج معينة بشأن الموضوع.

خطة البحث :

قسمت هذه الدراسة إلى بابين، يتناول الباب الأول منها دراسة تأصيل فكرة ازدواج المسؤولية المدني و أسسه القانونية ، الباب الثاني أنكار ازدواج المسؤولية المدنية . ثم تنتهي الدراسة إلى النتائج والتوصيات في الخاتمة.

الباب الأول

تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية و أسسه القانونية

الباب الأول

تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية و أسسه القانونية

نوزع موضوع هذا الباب على فصلين : تناول في الأول تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية ، وفي الفصل الثاني : ننتقل لدراسة الأسس القانونية لازدواج المسؤولية.

الفصل الأول

تأصيل ازدواج المسؤولية المدنية

إن ظهور فكرة ازدواج المسؤولية المدنية ارتبط بعوامل تاريخية وفقهية ، أفرزت نوعين من المسؤولية ، المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ، ومن هذا المنطلق نتناول في هذا الفصل تأصيل فكرة ازدواج المسؤولية المدنية على التوالي، التأصيل القانوني لفكرة ازدواج المسؤولية المدنية، ثم نعرض إلى التأصيل الفقهي ومدى وجود اختلاف حول هذا الازدواج .

المبحث الأول

التأصيل القانوني لازدواج المسؤولية المدنية

نتناول في هذا المبحث ازدواج المسؤولية المدنية في القوانين القديمة و ازدواج المسؤولية في القوانين المعاصرة.

المطلب الأول

ازدواج المسؤولية المدنية في القوانين القديمة

(القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم)

لم يكن ظهور فكرة ازدواج المسؤولية المدنية حديثاً، إنما ظهرت في ظل ظروف تاريخية مر بها نظام المسؤولية المدنية ساهمت في تقسيم هذه المسؤولية إلى نوعين، مسؤولية عقدية، و مسؤولية تقصيرية. و بما أن فكرة الازدواج نشأت في الفقه الفرنسي ، ولما كان القانون الروماني يعد المصدر التاريخي لأغلب القواعد والنظريات القانونية الفرنسية، سنحاول من خلال هذا المبحث تتبع المسار التاريخي الذي مرت به نظرية ازدواج المسؤولية المدنية في الأنظمة القانونية بداية بالقانون الروماني، ثم القانون الفرنسي القديم ، وذلك وفقاً لما يلي :

أولاً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون الروماني:

إذا ما تتبعنا المسؤولية المدنية في القانون الروماني، سوف لن نعثر في ظل هذا القانون على قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض، وذلك لارتباط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية الذي ترتب

عليه اختلاط فكرة التعويض بالعقوبة.¹ ولم يشترط الخطأ في بادئ الأمر، بل كانت المسؤولية المدنية مسؤولية موضوعية بحتة، قائمة على أساس فكرة الضرر،² ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في القانون الروماني إلا بالتدريج. كما أن الرومان في أول عهدهم كانوا يدمجون المسؤولية العقدية في تلك المسؤولية الناشئة عن الجريمة المدنية، ولكن هذه الفكرة تطورت إلى التمييز بين الخطأ الذي منشأه الإخلال بالالتزامات التي منشأها العقد، وبين الخطأ الذي يقع بصرف النظر عن التعاقد³؛ لذا ستناول في هذا السياق المسار الذي تحركت به أسس ودعائم التمييز بين المسئوليتين، العقدية والنقصية في القانون الروماني على الشكل الآتي :

1- مراحل تطور المسؤولية المدنية

أ- عدم وجود مبدأ عام للمسؤولية المدنية : إن المجتمع الروماني القديم شأنه في ذلك شأن المجتمعات البدائية الأخرى، لم يكن مجتمعاً منظماً على نحو يتيح للمضطر الحصول على حقه عن طريق القضاء، بل كان الحق يؤخذ باليد أو ما يعرف بشريعة الغاب، بحيث كان حق الثأر في البداية، هو ردة الفعل الطبيعية للاعتداء الواقع من الغير، وكان على المعتدي عليه أن يرد اعتداء المعتدي بنفسه أو بواسطة قبيلته أو عشيرته مما يؤدي إلى نزاع بين العشائر. وترتب على الثأر الجماعي حالة من عدم الاستقرار في المجتمع، نتيجة لهذه الغريزة الجامحة غير المضبوطة، و أدى ذلك إلى ضرورة تنظيم عملية الثأر، فأصبحت عملية فردية، تأخذ شكل الاقتصاص من جسد الجاني على أساس فكرة العين بالعين ؛ لهذا فإن هذه المجتمعات لم تكن تعرف المسؤولية المدنية وكانت تخلط بينها وبين المسؤولية الجنائية.⁴

¹ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، ط5، (دون ناشر)، مصر 1988، ص 89 و90.
² أحمد إبراهيم، أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دون ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون سنة، ص 17.
³ حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، مصر 1956، ص 12
⁴ سليمان مرقس، الفعل الضار، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956، ص 25 / مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 292.

ومع تقدم الزمن و تشابك المصالح الاجتماعية تضاعفت فكرة الأخذ بالثأر وحلت محلها فكرة الدية، وكانت في البداية اختيارية يقدرها الخصمان باتفاقهما، ثم أصبحت إجبارية ومحددة القيمة في كل حالة سلفاً بحكم العرف والقوانين وذلك بعد ظهور السلطة المركزية.⁵ و كانت الدية بمرحلتها الاختيارية والجبرية تمثل نوعاً من العقوبة التي توقع على الجاني، بمعنى أنّ الوظيفة التي كانت تؤديها الوظيفة الردعية لا الوظيفة الإصلاحية التي تهدف إلى جبر الضرر فقد كانت تفوق في مقدارها الضرر في أحيان كثيرة.⁶

فالمسئولية المدنية في القانون الروماني كانت مختلطة بالمسئولية الجنائية حيث تندمج الجريمة المدنية وتختفي في طيات الجريمة الجنائية. وكانت كلمة المسئولية مرادفة لكلمة العقوبة. ثم تطور الأمر إلى الحد الذي رأت فيه السلطة تقسيم الجرائم إلى جرائم عامة كالقتل والسرقة، وتتولى السلطة العقاب عليها، وجرائم خاصة وفيها يقتصر دور السلطة على تحديد مبلغ الدية.⁷ و تطورت وظيفة الدية خلالها من القصاص والعقوبة الخاصة إلى الإصلاح. ورغم هذه التطورات لم تعرف المسئولية المدنية كمسئولية خاصة مستقلة عن المسئولية الجنائية، وظلت المسئولية المدنية مختلطة بالمسئولية الجنائية.⁸

و لقد اقتصر (قانون الألواح الاثني عشر)⁹، أول القوانين الرومانية المكتوبة، على تحديد الأفعال الضارة التي تنشأ عنها المسئولية. و حدد لكل

⁵ سعاد بختاوي، المسئولية المدنية للمهني المدين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة تلسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص 12 .

⁶ باسل محمد يوسف ، التعويض عن الضرر الأبدي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة النجاح ، فلسطين، 2009، ص 48-50.

⁷ حسين عامر، المرجع السابق، ص 146 .

⁸ سليمان مرقس : المرجع السابق، ص 89 و 90.

⁹ وهو أول القوانين الرومانية المكتوبة، وقد كتبت هذه القوانين على اثني عشر لوحاً مثبتة على منصة المتحدث في المحكمة الرومانية، حيث كانت تدور مناقشة الأمور المهمة. وقد كانت هذه القوانين الأسس التي تقوم عليها الحقوق الخاصة للمواطن الروماني. ومع وجود خلاف حول وجود وزمن هذا القانون إلا أن معظم الباحثين يعتبرون تاريخ صدوره في سنة 449-450 ق.م. ولقد اعتبر الرومان قانون الألواح الاثني عشر قانونهم المدني، ويقصد بذلك قانون المدينة في نطاق القانون العام والخاص، وقد جاء هذا القانون من أجل كسر احتكار رجال الدين للقانون وكذلك للسعي في مساواة الطبقة العامة بالأشراف.

لم تتعرض الألواح الاثني عشر لأحكام القانون العام إلا نادراً، واقتصرت على تجميع التقاليد العرفية المتعلقة بالقانون الخاص، وعلى وجه الخصوص قواعد المرافعات والعقوبات، وهذا ليس غريباً ذلك أن القوانين القديمة كانت تهتم ببيان حصول الشخص على حقه وتوقيع العقوبة على من يعكس صفو و أمن المجتمع حتى يحل القانون وقضاء السلطة العامة محل حكم القوة.

ولقد نظم قانون الألواح الاثني عشر نظاماً للدعوى، وكانت هذه الدعوى على نوعين :

النوع الأول : الدعوى القريرية، ويقصد بها اقرار الحق قضاءً و اعتراف الخصم به وهي على قسمين، دعوى القسم والرهن، و دعوى طلب تعيين قاض أو حكم .

النوع الثاني : الدعوى التنفيذية، وهذه تهدف إلى تمكين صاحب الحق من الحصول على حقه بعد اعتراف المدين أو اثباته بشكل رسمي، ويقع التنفيذ عادة على شخص المدين طبقاً لإجراءات دعوى إلقاء اليد أو =

منها المبلغ الذي يقتضيه المضرور عما أصابه من ضرر بسببها دون أن يضع مبدأ عاماً بشأن المسؤولية المدنية.¹⁰ ولم يختلف موقف قانون إكيلييا (Aquiliana)¹¹ الذي يعود إلى 250 سنة قبل الميلاد عند معالجته للمسؤولية المدنية عما كان عليه الحال في قانون الألواح الأثني عشر، فهو بدوره لم يضع مبدأ عاماً يشمل كل حالات الخطأ التي ينتج عنها ضرر بل اقتصر على حالات أوردتها على سبيل الحصر واعتبرها جرائم خاصة، وهذه الحالات تشمل ثلاث صور للضرر الحادث لمال الغير.¹² و نص على جزاء لها عبارة عن غرامة تؤول إلى مالك الشيء وتحسب على أساس أعلى قيمة وصل إليها الشيء في الفترة السابقة على ارتكاب الفعل الضار. و قضى هذا القانون بأن هذه الغرامة تضاعف في حالة إنكار الفاعل. إلا أن المسؤولية في هذا القانون لا تنعقد إلا بتوفر شروط معينة لا تنعقد المسؤولية عند تخلفها، أهمها أن يقع المساس بمال الغير دون وجه حق، و أن يكون نتيجة أفعال مادية إيجابية، وامتلاك المجني عليه للشيء الذي أتلّف.¹³

وقد عمل الفقه و القضاء على مد نطاق تطبيق قانون إكيلييا ليشمل معظم حالات الأضرار بمال الغير التي لم ينص عليها القانون صراحة. حيث قام الحاكم القضائي (البريتور)¹⁴ من خلال الحيلة والافتراض بالتوسع في

=دعوى أخذ الرهينة. أنظر: عبد الغني عمرو : تاريخ النظم القانونية، ط 3، مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 2000، 274 - 277.

¹⁰ أسماء موسى، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق- جامعة النجاح، فلسطين، 2006، ص 13.

¹¹ قانون إكيلييا هو أول تشريع ينبثق عن القانون الروماني، ينظم هذا القانون القصاص والتعويض عن عدد كبير من الأعمال التي تكون اعتداء على الغير. جنيفيين فيني، المدخل إلى المسؤولية، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2011، ص 14.

¹² أن الحالات التي عاقب عليها قانون إكيلييا وردت في ثلاثة بنود متعاقبة كما يلي :

- 1- قتل عبد أو حيوان من الحيوانات التي تعيش في قطيع .
- 2- قيام (الدائن المنظم) Adstipulator ببراء المدين من الدين، إضراراً بالدائن الأصلي .
- 3- ثم نص البند الثالث على عقاب ثلاث صور هي :
 - أ- جرح عبد أو حيوان يعيش في قطيع مما نص عليه في البند الأول من قانون إكيلييا .
 - ب- جرح أو موت حيوان من الحيوانات التي تعيش في قطيع .
 - ت- حرق أو كسر أو قطع أي شيء مادي آخر.

V. Girard " Textes de droit romain " P. 715 – 727 qui disait " dans les actions noxales (actions donnees a le victim contre le maître pour la reparation des delits commis par un esclave) le premier exemple de responsabilite du fait d' autrui.

أشار إليه : أسامة أحمد بدر ، المسؤولية المدنية للمعلم، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 27. ه 2.

¹³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 91 و 92.

¹⁴ كان البريتور في البداية مجرد حاكم عسكري يتولى قيادة كتيبة في الجيش الروماني، ولكن لما عجز القناصل عن تحمل أعباء الوظيفة القضائية عهد إليه باختصاص قضائي احتل المكانة الأولى في اختصاصاته. فأنشئت في عام 367 ق. م وظيفة البريتور المدني الذي عهد إليه بولاية القضاء داخل المدينة والذي اطلق عليه أيضاً بريتور المدينة/ أحمد إبراهيم و طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 211 .

تطبيق الدعاوى المدنية الموجودة من قبل لتشمل حالات جديدة لم تشملها في الأصل، حيث منح (دعوى مفيدة) في الحالات التي تتوافر فيها شروط تطبيق دعوى قانون إكيلييا. كما ابتدع (دعوى الواقع) لحماية مراكز قانونية لم يكن القانون يحميها.¹⁵ وعمل الفقه من ناحية أخرى على تفسير نصوص قانون إكيلييا، ومد نطاق تطبيقها إلى الكثير من الحالات، حتى تم التوصل في النهاية إلى تقرير التعويض عن أغلب الأفعال الضارة التي تقع في الحياة العملية. ولكنهم لم يتوصلوا إلى وضع مبدأ عام يقضى بمسائلة كل من أخطأ بتعويض ما ترتب على خطئه من ضرر.¹⁶

وهكذا يتبين أن القانون الروماني لم يقرر مبادئ عامة للمسئولية المدنية و إنما عرف حلولاً جزئية لمسائل معينة زاد تعددها مع الزمن ولكن لم تنظمها قاعدة قط.

ب- ظهور فكرة الخطأ كمعيار للمسئولية المدنية : كانت المسئولية المدنية في القانون الروماني مسئولية موضوعية بحتة أساسها ومعاييرها الوحيد الضرر وليس الخطأ.¹⁷ ففي ظل نظام العدالة الذي كان سائداً في الشرائع القديمة وعلى رأسها القانون الروماني كان من العبث البحث عن عنصر الخطأ بما يشمل من جانب خفي صعب إثباته، لذلك اكتفى القانون الروماني للتحقق من المسئولية بوجود رابطة سببية بين الضرر وفاعله، فمن لحقه ضرر كان يقتص من محدث الضرر، دون أن يشغل نفسه عما إذا كان محدث الضرر هذا مذنباً أم لا.¹⁸ فلا اعتبار لشخص الفاعل مدركاً أم غير مدرك، متعمداً الفعل الذي أتاه أم لم يتعمده. لذلك لم يعتد القانون الروماني بالحالة العقلية لمحدث الضرر و كان يوقع

¹⁵ عبد المنعم درويش ، المسئولية التقصيرية بين القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دون ناشر ، دون بلد نشر ، 8، ص 38 .

¹⁶ جنفييف فينسي، المرجع السابق، ص 15 / مجد محمد ، الخطأ السلبى في المسئولية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح ، فلسطين 2012 ، ص 12 و 13 .

¹⁷ Jules Aubin : Responsabilite delctuelle et responsabilite contractuelle ، These Bordeaux ، 1897 ، P 6 .

أشار إليه : أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 17 .

¹⁸ Jhering Rudolf – von : Etudes complementaires de l'esprit du droit romain, v. I, 1892 ، de la faute en droit prive ، Traduit par . DE MEULNARE ، Paris. P 12 .

أشار إليه، المرجع السابق، ص 17 .

العقوبة على الصبي غير المميز والمجنون، بل ذهب الرومان إلى أبعد من ذلك فاعتبروا الحيوانات والجماد مسئولة عما تحدثه من أضرار. فأعطي لمن لحقه ضرر حق الاستيلاء على الأشياء التي أحدثت الضرر، ومطالبة المالك بتسليمه الحيوان محدث الضرر كتعويض عن هذه الأضرار.¹⁹

ولم تظهر فكرة الخطأ في القانون الروماني إلا في العصر العلمي،²⁰ حيث عمل الفقهاء الرومان، عن طريق التوسع في تفسير نصوص قانون إكيليّا على نحو يجعل من الخطأ وليس الضرر أساس للمسئولية، وذلك من خلال تفسير كلمة (injuria) التي وردت في قانون أكيليّا واعتبرها كلمة مرادفة لكلمة الخطأ،²¹ إلا أن هذا الخطأ لم يكن يعني عدم الحرص والتبصر الذي يقع من المدين، بل مجرد الرابطة السببية بين النشاط الإرادي للمدين والضرر الواقع أي دون النظر إلى الجانب النفسي أو المعنوي.²² وكان يتم تقدير الضرر بطريقة موضوعية بحتة، ليس وفق سلوك كل مدين على حدة بل وفقاً لمعيار الرجل العادي أو رب الأسرة الحريص. فالمدين يعد مخطئاً منذ اللحظة التي يقوم فيها بعمل إيجابي أو سلبي يخالف سلوك الرجل العادي و يترتب عليه استحالة تنفيذ التزامه.²³

ثم بدأ القضاء الروماني يميز في مجال تطبيق قانون إكيليّا بين القصد والإهمال، فلم يشترط في إهمال الجاني القصد و اكتفى بالفعل المجرد دون نية الإضرار. ويظهر ذلك من خلال العقوبة.²⁴ فالذي يشعل النار في مبنى أو جرن للقمح يقع بالقرب من البيوت عمداً، يقيد بالسلاسل ويضرب بالسطوح ثم يلقي في النار، أما إذا تم ذلك عن طريق الإهمال دون قصد فيكون مسئولا

¹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام - مصادر الالتزام)، ج1، المجلد 2، ط 3، منشورات الحلبي، لبنان، 2000، ص 864.

²⁰ يبدأ هذا العصر عام 27 ق. م بتولي الإمبراطور أغسطس الحكم، وينتهي بتولي الإمبراطور دقيانوس الحكم عام 284 ميلادية. ويعتبر هذا العهد عهد المد والرخاء ولهذا يطلق عليه عصر الإمبراطورية العليا / أحمد إبراهيم و طارق الجنوب، المرجع السابق، ص 218. صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1965، ص 29.

²¹ عبد المجيد الحفناوي: المسئولية التقصيرية في القانون الروماني، دون ناشر، مصر، 1975، ص 25.

²² عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص 41.

²³ محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه و القانون الروماني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 41 و 42، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، مصر، 1971 - 1972، ص 45.

²⁴ عبد المنعم درويش، المرجع السابق، ص 42.

فقط عن تعويض الأضرار التي لحقت بالجار، و إذا كان معسراً فيوقع عليه عقوبة الضرب غير المفرط.²⁵

وهكذا فإن القانون الروماني في العصر العلمي لم يعرف فكرة الخطأ بمفهومها الشخصي، بل كان ينظر إلى الخطأ نظرة موضوعية بحثة تعبر عن رابطة السببية بين الفعل وما يترتب عليه من ضرر، دون النظر إلى الجانب النفسي أو المعنوي للمدين، ثم بدأ هذا القانون يتغير بشأن المسؤولية في زمن لاحق.

ففي عصر الامبراطورية السفلى²⁶ تعرضت المسؤولية المدنية لتعديلات هامة. فقد بذل فقهاء هذا العصر جهوداً ضخمة في محاولة منهم لتجميع الحلول الفردية لفقهاء العصور السابقة، ووضعها في مبادئ عامة، و تطور مفهوم الخطأ تطوراً جوهرياً، فلم يعد ينظر للخطأ النظرة المادية، التي كانت سائدة لدى فقهاء العصر العلمي، بل تم التركيز على العنصر الشخصي للخطأ، وتقدير سلوك المدين لبيان مدى انحرافه في تنفيذ التزامه. كما تم إعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن الضرر الذي لا يدل له فيه، أي الناتج عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.²⁷

2- تميز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية :

المسؤولية المدنية في عصر القانون القديم، كما سبق أن رأينا، كانت في البداية مسؤولية موضوعية بحثة أساسها ومعياريها الوحيد الضرر، كما أنها من ناحية أخرى كانت مسؤولية جنائية في المقام الأول. حيث كان الخلط قائماً، كما ذكرنا، بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، في صورة واحدة للمسؤولية، والتي تشمل المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية.

²⁵ E.cuq : Manuel des institution juridiques des romains, Paris 1928, P. 337.

أشار إليه : أحمد إبراهيم حسن ، المرجع السابق، ص 19.
²⁶ بدأ هذا العصر بحكم الإمبراطور دقلديانوس عام 284 م، وانتهى بسقوط الإمبراطورية الغربية بموت جستنيان عام 565 م، وهو عصر انحلال الإمبراطورية الرومانية من جميع النواحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية ومن الناحية القانونية بصفة خاصة، لذلك عرف بعصر شيخوخة القانون الروماني. ولقد كان لانتشار التعاليم الدينية المسيحية في هذا العصر تأثير واضح على القانون الروماني، حيث اتخذ الأباطرة الرومان من اعتناقهم للديانة المسيحية سنداً دينياً لاحتكار السلطة التشريعية، و اعترفوا للمحاكم الكنسية بالاختصاص في فصل المسائل الدينية والمدنية. كما كان للنظريات الدينية التي وضعها فقهاء الكنيسة تأثيراً واضحاً على المسائل القانونية في ذلك العصر. أحمد إبراهيم، و طارق المجذوب، المرجع السابق، ص 264 - 269.

²⁷ عبد المجيد الحفناوي، المرجع السابق، ص 174 وما بعدها.

ويرجع بعض شراح القانون الروماني أمثال مورهد Murhead،²⁸ عدم ظهور المسؤولية العقدية في عصر القانون القديم، و اندماجها في تلك الصورة الموحدة للمسئولية التي غلب عليها الطابع الجنائي إلى أن فكرة العقد نفسها لم تكن موجودة في الأصل.²⁹ فالتصرفات القانونية البدائية في القانون الروماني هي : عقد القرض القديم والإشهاد والتعهد بالحضور أمام القضاء. وهذه التصرفات لم تكن عقوداً حقيقية تنشأ عنها التزامات على عاتق الأطراف، وكان الجزاء المترتب على الإخلال بها ذا طبيعة جنائية . وحتى بعد ظهور فكرة العقد في القانون الروماني بمعناها الفني في صورة عقود القانون الضيق أي العقود الشكلية والكتابية واللفظية، لم يقرر القانون للمسئولية عن عدم تنفيذ تلك العقود جزاءً مدنياً بل ظل الجزاء المترتب على الإخلال بها جزاءً جنائياً بمعنى الكلمة أي عقوبة وليس تعويضاً.³⁰

ولقد ظل الرومان ردحاً طويلاً من الزمن دون محاولة منهم لإقامة أية تفرقة واضحة بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية. فالمنهج الذي اتبعه المشرع في مجال المسؤولية التقصيرية في قانون الألواح الأثني عشر، تم نقله إلى مجال المسؤولية العقدية ، فهذا القانون لم يكن يعاقب فقط في مجال المسؤولية التقصيرية على الأفعال الضارة أو غير المشروعة بل تعرض أيضاً بالعقاب لأفعال تدخل في النطاق التعاقدي، وشبه التعاقدي. فكان الجزاء في هذا قانون، سواء عن الجرائم بمعنى الكلمة أو الأفعال غير المشروعة أو الضارة يتخذ صورة العقوبة. وهي في العادة في المجال التقصيري الغرامة بضعف القيمة. ثم استخدم هذا النوع من الغرامة في المجال التعاقدي وشبه التعاقدي.³¹ فدعوى الوديعة التي وجدت منذ قانون الألواح الأثني عشر كانت ذات طبيعة تقصيرية جنائية في صورة دعوى السرقة. ومن ثم لم يكن يتم منحها إلى المودع إلا في حالة قيام المودع لديه باختلاس الشيء المودع عنده، أو قيامه بإتلاف الشيء عن طريق الغش مما يستحيل عليه رده. وحتى بعد أن تحولت الوديعة إلى عقد يترتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، إلا

²⁸ Murhead: Introduction historique au droit privé a Rome، cite par, Paris, 1889.

أشار إليه : أحمد إبراهيم ، المرجع السابق، ص 22.
²⁹ جنقيف فيني، المرجع السابق، ص 13.

³⁰ J.- P. Levy et A. Castaldo ،cit. ،n 660 et s.

أشار إليه، المرجع السابق، ص 13. ه 5

³¹ P.F. Girard : Etude sur les actions noxales ،Revue historique de droit ،1888 ،P. 45 et ss.

أشار إليه : أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 21 .

أن عدم الوفاء بتلك الالتزامات ظل دائماً عبارة عن جريمة جنائية يترتب عليها إلحاق العار.³²

كما أن فكرة الخطأ التي ظهرت في مجال الالتزامات غير التعاقدية، وعلى وجه الخصوص في مجال قانون إكليةا، قام الفقه بعد ذلك باستخدامها في مجال المسؤولية العقدية من خلال عقود حسن النية.³³ فقد توصل الفقه الروماني عن طريق التوسع في تفسير مبدأ حسن النية إلى معاقبة الغش الذي يقع من المدين أثناء تنفيذ التزامه العقدي سواء تم ذلك بفعل إيجابي أو بمجرد إهمال.³⁴ ومع تطور فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية من مسؤولية موضوعية بحتة إلى مسؤولية شخصية، سادت النظرية الشخصية تماماً في مجال المسؤولية العقدية فأصبح الخطأ العقدي ينظر إليه على أنه انحراف أو إهمال في سلوك المدين، أدى إلى استحالة تنفيذ أو سوء تنفيذ الالتزام العقدي مما الحق ضرراً بالدائن.³⁵ وتم تقسيم الخطأ في عصر الامبراطورية السفلى إلى خطأ جسيم مضافاً إليه الغش في عقود حسن النية،³⁶ وخطأ يسير يتم تقديره تقديرًا موضوعيًا وفق معيار رب الأسرة الحريص، وخطأ يسير يتم تقديره تقديرًا شخصيًا وفقاً لسلوك المدين نفسه.³⁷

ولم تبدأ التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية في الظهور، في القانون الروماني، إلا نتيجة بعض الاشكالات التي ظهرت عند تطبيق قانون إكليةا. فهذا القانون لا يعاقب سوى على الأفعال الاجابية وبما أن أغلب الأضرار لا تنشأ في المجال التعاقدي إلا نتيجة لامتناع المدين عن تنفيذ ما تعهد به، و من ثم لم يكن الدائن المتضرر في المجال التعاقدي يستطيع أن يرفع دعواه بموجب قانون إكليةا إلا في حالة قيام المدين بفعل إيجابي ألحق ضرراً به، أما في حالة الفعل السلبي فلم يكن الدائن يستطيع رفع دعوى قانون إكليةا، لذلك منحه القضاء دعوى تسمى (دعوى العقد) لإصلاح ما أصابه من ضرر

³² دعوى الوكالة مثلها في ذلك مثل الوديعة قبل أن ترتفع إلى مصاف العقود المنشأة للالتزامات، كانت هي الأخرى ذات طبيعة تقصيرية جنائية .

J. Aubin : Responsabilite delectuelle et contratuelle : These ، Bordeaux ، 1897. P 26.

أشار إليه، المرجع السابق، ص 27 .

³³ عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق، ص 45.

³⁴ جنيفين فيني، المرجع السابق، ص 16.

³⁵ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 78.

³⁶ صوفي أبو طالب ، المرجع السابق، ص 29 .

³⁷ B. Kuebler ، Les degres de faute dans les systemes juridiques de l'antiquite ، Trad. H. Mankiewicz : Recueil d'etudes en honneur d'ed. Labert، 1938، P. 174 et ss.

أشار إليه : أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 80.

نتيجة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه.³⁸ إلا أن الرومان لم يميزوا بطريقة قاطعة بين نوعي المسؤولية ولم يلاحظوا التفرقة الأساسية بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي. حيث كانت دعوى المسؤولية التي تهدف إلى التعويض عن الخطأ العقدي بالنسبة لهم مماثلة لتلك المتعلقة بقانون إكيلييا. فالخطأ العقدي كان يعد، في الكثير من الأحيان خطأ تقصيرياً في نفس الوقت. والدليل على ذلك أن الرومان لم يترددوا في تطبيق قانون إكيلييا في حالة انتهاك التزام عقدي إيجابي.³⁹ ومع ذلك ظلت هناك بعض الفروق التي بدأت تظهر بوضوح خاصة في العصر العلمي، بين دعوى قانون إكيلييا ودعوى العقد.⁴⁰

يمكن إجمال الفروق الجوهرية بين دعوى قانون إكيلييا ودعوى عقد فيما يأتي:

أ- إن دعوى قانون إكيلييا لا يمكن منحها إلا للمالك أو من كان له حق عيني على الشيء الذي هلك أو تعرض للتلف بينما لا يكون غالباً للمتعاقد المضرور الذي يحق له استخدام دعوى العقد إلا حقاً شخصياً.⁴¹

ب- كان يقصر قانون إكيلييا استعمال الدعوى على الأفعال المادية الإيجابية ومن ثم لا يجوز منحها في حالة الأفعال غير المشروعة التي تتم عن طريق الإهمال أو الترك. ومن الواضح فأن انتهاك الالتزامات العقدية يمكن أن يتم عن طريق فعل سلبي عن طريق مجرد الإهمال أو الامتناع عن تنفيذ المدين ما تعهد به تجاه الدائن. ولقد كان هذا هو السبب الأساسي لظهور دعوى العقد كدعوى خاصة للمسؤولية وذلك للحصول على تعويض الضرر في الحالات التي لا يمكن فيها استخدام الدعوى العامة لقانون إكيلييا للحصول على هذا التعويض.⁴²

³⁸ حسين عامر ، المرجع السابق، ص 148.

³⁹ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 29 .

⁴⁰ مجد محمد ، المرجع السابق، ص 12 / محمود سلام ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية،

مصر، 1966، ص 67.

⁴¹ عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق، ص 29 .

⁴² مجد محمد، المرجع السابق، ص 12 و 13 .

ت- كانت دعوى قانون إكيلييا ذات طبيعة جنائية واضحة، ومن ثم لم تكن تقبل الانتقال إلى ورثة الجاني. أما دعوى العقد فلقد كانت على العكس تنتقل لورثة المتعاقد الذي لم يتم بتنفيذ ما تعهد به .⁴³

ولقد شكلت الفروق بين دعوى قانون إكيلييا ودعوى العقد نقطة البداية التي انطلق منها الفقه في العصر الحديث و اتخذها كأساس تاريخي للنظرية الحديثة لازدواج المسؤولية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية.⁴⁴

ثانياً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي القديم :

ترك التشريع الروماني أثر كبيراً على القوانين الفرنسية، إذ تم تبني ما أتى به الرومان من أحكام تعلقت بالمسؤولية، و تحقق في عصر القانون الفرنسي القديم الفصل التام بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، و اتضحت الخطوط الفاصلة بين التعويض والعقوبة، كما تميزت المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية. ووضع الفقيه (دوما) القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية التي توجب التعويض على كل خطأ أحدث ضرراً بالغير. وعليه نتناول في هذا السياق مدى تأثير القانون الروماني على القانون الفرنسي القديم، ودور هذا الأخير في ترسيخ دعائم المسؤولية المدنية بنوعيهما العقدية والتقصيرية ، وتقنينها في نصوص خاصة وفقاً لما يلي :

1- تأثير القانون الروماني على التشريعات الفرنسية :

إن التأثير الذي تركه القانون الروماني في القانون الفرنسي منذ بداية العصر الوسيط، ظهر واضحاً خاصة فيما يتعلق بالعقوبة والتعويض عن الجرائم.⁴⁵ فتأثر القانون الفرنسي القديم في البداية بالأفكار التي كانت سائدة في القانون الروماني والتي كانت تختلط فيها المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، دون

⁴³ عبد المجيد الحفناوي ، المرجع السابق، ص 29

⁴⁴ محمود سلام، المرجع السابق، ص 201.

⁴⁵ ففي العصر الوسيط بدأت كتابات فقهاء القانون الرومان تكتشف وتدرس في الجامعات الفرنسية، بعد أن كانت منسية طوال قرون .. جنيفييف فيني، المرجع السابق، ص 19.

تميّز بين العقوبة الجنائية والتعويض المدني.⁴⁶ فقد عالج القانون الفرنسي القديم موضوع المسؤولية المدنية فعمد إلى تعداد الجرائم العامة والخاصة، و تحديد ما يقابل كل منها من دية. وكانت هذه الدية سواء كانت اختيارية منها أو جبرية ذات صبغة جنائية و بعيدة كل البعد عن وصف التعويض المدني باعتبارها تقابل التنازل عن حق الثأر. ولقد استمر وضع المسؤولية هكذا حتى نهاية القرن الثاني عشر.⁴⁷

و في أوائل القرن الثالث عشر الميلادي قسم القانون الفرنسي الأفعال المجزّمة اعتماداً على محل وقوع الضرر، إذ اعتبر الجرائم الواقعة على الأموال جرائم خاصة، والجرائم الواقعة على الأشخاص جرائم عامة، وقرر لكل منها دعاوى خاصة بها.⁴⁸ فقد قرر للجرائم العامة دعوى عمومية ترفع باسم المجتمع وتتولى إجراءاتها الدولة. ودعوى خاصة يباشر إجراءاتها المجني عليه إلى جانب الدعوى العمومية للمطالبة بالغرامة. وكانت هذه الغرامة ذات صبغة جنائية لا تعويضاً مدنياً، لأن الغرض منها توقيع العقوبة على الجاني أو إلزامه بالتكفير عن ذنبه تكفيراً مدنياً.⁴⁹ وكانت القواعد التي تنظم هذه الدعوى ذاتها تدل على صبغتها الجنائية، فقد كان حق المطالبة بها ينتقل بعد موت المجني عليه ليس إلى ورثته فقط، بل إلى كل من تربطه به رابطة قريبة، إذ أن الثأر يتولاها أي فرد من أفراد العائلة وارثاً كان أو غير وارث.⁵⁰

أما الجرائم الواقعة على الأموال فقد قرر لها دعوى يباشر إجراءاتها المجني عليه أو ورثته بعد موته باعتبارهم هم أصحاب الحق فيها للمطالبة بالتعويض. ومن هنا بدأ يبرز الفرق بين الجريمة المدنية والجريمة الجزائية.⁵¹ والغريب أن فقهاء القانون الفرنسي ذهبوا إلى ذلك عن طريق تفسير القانون الروماني تفسيراً خاطئاً.⁵² فقد فهموا خطأ أن القانون الروماني يفرق بين هذين النوعين من أنواع المسؤولية استناداً إلى أنه يفرق بين الدعاوى الجزائية

⁴⁶ حسين عامر، المرجع السابق، ص 148 .

⁴⁷ حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، تنقيح محمد سعيد الرحو، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 35 .

⁴⁸ سليمان مرقس، لمرجع السابق، ص 106.

⁴⁹ محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمنّي والشرعية الإسلامية، دون ط، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 30 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 149 / حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 36 .

⁵⁰ حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 36.

⁵¹ أسماء سرور، المرجع السابق، ص 17.

⁵² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 865.

البحثة وبين دعاوى الاسترداد العيني وفاتهم حتماً أن التمييز بين هذين النوعين من الدعاوى لا ينطوي حتماً على التمييز بين نوعي المسؤولية وأنه من ناحية أخرى، مجرد تمييز نظري لا تطبيق له في الحياة العملية.⁵³

2- ظهور القواعد العامة للمسؤولية المدنية :

ظلت المسؤولية المدنية، متأثرة بالمسؤولية الجزائية رغم التوجه نحو الفصل بينهما. فكان لا بد من وجود معيار مرّن يتم من خلاله تمييز الأفعال التي تدخل في نطاق المسؤولية الجنائية وتستتبع جزاء جنائياً عن تلك التي تدخل في نطاق المسؤولية المدنية ولا تستتبع سوى جزاء مدني هو تعويض الضرر. فظهرت بذلك (فكرة الخطأ)⁵⁴ كمعيار وضابط مميز للمسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية على يد الفقيه الفرنسي (دوما).⁵⁵

ويذهب أغلب الفقهاء إلى أن (دوما) لم يبتكر فكرة الخطأ في الأصل إنما هي في الأساس فكرة رومانية، ابتدعها الفقهاء الرومان في عهد الإمبراطورية السفلى، كما سبق أن رأينا،⁵⁶ ثم تناولها الفقيه (دوما) بالتحليل وصاغ منها المبدأ العام للمسؤولية المدنية في كتابه (قوانين مدنية في نطاقها الطبيعي)،⁵⁷ على النحو الآتي : " كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تتبغى معه معرفته أو أي خطأ مماثل و مهما كان هذا الخطأ بسيطاً يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها ".⁵⁸ كما ميز

⁵³ حسن علي الننون ، المرجع السابق، ص 35.

⁵⁴ رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص 325.

⁵⁵ دوما : يعتبر من أساطير القانون الفرنسي ولد عام 1625 وتوفي عام 1696 وقد صاغ أفكاره القانونية في مؤلفه الشهير " القوانين المدنية "، ولقد ظهرت كتاباته في القرن السابع عشر الميلادي، وكان شديد التأثير بنظرية القانون الطبيعي، حيث نقل عنه قوله : إن الفكر الإنساني هو المحرك لوضعي القوانين، وإن فكرة العدل تتجسد في قواعد سرمدية لا مغير لها فهي كائنة وحية، في التراث الإنساني، وما على الإنسان إلا أن يهتدي إليها، لتتير له طريق وضع القاعدة القانونية. كما أنه كان حريصاً كل الحرص على أن ينتبج المصادر الرومانية و اعتبر مجموعة جوستنيان مصدره الوحي وقد اعتمد محررو تقنين نابليون 1804 على كتاباته بشكل قوي / أسامة احمد بدر ، المرجع السابق، ص 22 / أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 104.

⁵⁶ محمد عبد المنعم و عبد المنعم البدر، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، مصر ، 1956 ، ص 127.

⁵⁷ L.I.T. Set 3، 1723، les lois civiles dans leur order naturel. Paris، Domat

أشار إليه : جنفييف فيني، المرجع السابق، ص 20 / أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 104.
⁵⁸ فقد اتجهت جهود رجال القانون الفرنسي القديم ومنهم الفقيه (دوما)، إلى تفسير نصوص القانون الروماني، الذي ادركوا قيمته تماماً، بروح مسيحية مما أوصلهم، إلى أن يعيدوا صياغة الحلول الرومانية، واضعين في أساس المسؤولية القانونية المفاهيم المسيحية الخاصة بالمسؤولية الأخلاقية . جنفييف فيني، المرجع السابق، ص 19. فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزامات العامة، ج [1]، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 414.

(دوما) في هذا الكتاب الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي، حيث نقل عنه قوله : " يمكن التمييز، في الخطأ الذي يكون من شأنه أن يحدث ضرراً، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو جنحة، وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية، كما إذا لم يسلم البائع الشيء المبيع أو لم يقم المستأجر بالترميمات التي التزم بها، وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو جنحة، كما إذا القى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة فأثلف ملابس أحد المارة، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة، وكما إذا اشعل شخص حريقاً عن تقصير منه، و كما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوقع على بناء آخر و أحدث به ضرراً " .⁵⁹ كما بين دوما أن المسؤولية تنتفي بانتفاء الخطأ حيث نقل عنه قوله : " إذا ترتب ضرر غير متوقع عن فعل برئ دون إمكان إسناد الخطأ إلى فاعله فلا يسأل عنه " .⁶⁰ وعلى ما تقدم يتبين أن الفقيه (دوما) يميز تمييزاً واضحاً بين المسؤولية الجنائية من ناحية وبين المسؤولية المدنية من ناحية أخرى. وهو يميز في نطاق المسؤولية المدنية بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية، واشترط لقيام أي منهما توفر عنصر الخطأ، إلا أنه لم يشترط في هذا الخطأ أن يكون على قدر معين من الجسامة، وإنما اعتبر أي قدر من الخطأ يوجب المسؤولية، فهو لم يكن يعترف بنظرية تدرج الخطأ .⁶¹

و جاء بعده الفقيه (بوتيه)⁶² الذي فرق بين الجرح المدنية (قيام شخص بدافع التدليس أو الخبث، بالتسبب بضرر أو إساءة للغير)⁶³ وأشباه الجرح (العمل الذي يقوم به شخص، ولو لم يكن هناك خبث، لقلّة احتراس غير مبررة، ويسبب ضرراً لآخر) ⁶⁴ باعتبارها مصدراً للالتزامات. ثم عرض

⁶⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 866. سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 13.

⁶¹ خالد عبد الفتاح، المسؤولية المدنية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، 117 و 118.

⁶² روبرت جوزيف بوتيه : فقيه فرنسي ظهرت كتاباته في القرن الثامن عشر للميلاد ومن كتاباته انتقلت مبادئ القانون الروماني وأحكامه إلى المجموعة الفرنسية (تقنين نابليون) وكان أول من عمم حلول الفقهاء السابقين، بشأن نظرية المصلحة وما تقتضيه من تدرج الخطأ إلى ثلاث درجات.

⁶³ Pothier : Traite des obligations، T. 1 2e ed. Paris – Orleans، 1781، P. 455 et .

أشار إليه : أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 105.

⁶⁴ جنفيف فيني، المرجع السابق، ص 25.

للمسئولية المدنية عن فعل الغير في كتاب الوكالة بمناسبة التزامات المتبوعين
و السادة و الآباء .⁶⁵

و أخذ في مجال المسؤولية العقدية خلافاً لأستاذه (دوما) بنظرية تدرج الخطأ
إلى ثلاث درجات هم : الخطأ الجسيم، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه اقل الناس
إهمالاً، والخطأ اليسير، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد أو رب
الأسرة الحريص، والخطأ التافه أو اليسير جداً وهو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد
الناس حرصاً، ثم قام بتوزيع تلك الأخطاء على العقود طبقاً لمعيار المصلحة
التي يحصل عليها المدين من تنفيذ العقد. ففي العقود التي تتم لمصلحة
الدائن وحده، لا يسأل المدين إلا عن غشه وخطئه الجسيم، أما في العقود
التي لمصلحة المدين وحده، فأن المدين يكون مسئولاً حتى عن خطئه التافه،
أما في العقود التي تتم لمصلحة الطرفين، يكون المدين فيها مسئولاً عن
خطئه اليسير .⁶⁶

وهكذا تم في عصر القانون الفرنسي القديم تمييز المسؤولية التقصيرية عن
المسئولية العقدية، و وضع الدعائم والأسس العامة التي انطلقت منها نظرية
ازدواج المسؤولية المدنية .

⁶⁵ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 107 .

⁶⁶ أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 105 .

نظرية تدرج الخطأ نسبت إلى القانون الرماني، وهي ليست منه، ولكنها من صياغة فقهاء القانون الفرنسي
القديم. وهي نظرية مهجورة في الفقه الآن ولا يأخذ بها أحد / سمير تناعو ، مصادر الالتزام، دون ناشر،
دون بلد نشر، 1999-2000، ص 173 و 174.

المطلب الثاني

ازدواج المسؤولية المدنية في القوانين المعاصرة

(الفرنسي والمصري والبحريني)

عمل المشرع الفرنسي على تجميع مبادئ المسؤولية المدنية التي استقرت في القانون القديم، وصياغتها في نصوص قانونية عرفت في ما بعد بتقنين نابليون، الذي نفذت من خلاله أحكام المسؤولية المدنية إلى التقنيات الحديثة في أوروبا الغربية، والعالم العربي، التي منها القانون المصري والقانون البحريني .⁶⁷ سنتناول بالدراسة ازدواج المسؤولية في القانون المدني الفرنسي، وفي القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني الذان استمدا أحكامهما منه على الشكل الآتي :

أولاً: ازدواج المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي:

إن الأفكار القانونية التي كانت سائدة في القانون الفرنسي القديم خلال القرن الثامن عشر تمثل المرتكز الأساسي لتقنين نابليون الذي وضع عام 1804، فهذا التقنين ما هو في الأساس إلا ترديد لما كان سارياً في القانون القديم، حيث عمل المشرعون الفرنسيون على نقل الأفكار الخاصة بالأستاذين (دوما) و (بوتيه) وبلورتهما في نصوص قانونية ثابتة ومستقرة.⁶⁸ وهكذا استقر في التقنين الفرنسي تمييز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وتقرر في شأنها مبدأ عاماً يشمل جميع أنواع الأفعال الضارة دون الحاجة إلى نص

⁶⁷ كان لصدور التقنيات الفرنسية، وخصوصاً التقنين المدني الفرنسي في بدايات القرن التاسع عشر 1804 أثر كبير في أوروبا وخارجها ودفع الحركة القانونية إلى اتجاه جديد، يقوم على التشريع كمصدر أول للقانون. كما حدث في مصر، حيث تم اقتباس تقنيات نابليون. فمع حركة الإصلاح القضائي في مصر في عهد الخديوي إسماعيل، في الربع الأخير من القرن التاسع عشر، التحقت مصر بحركة التقنين العالمية، بإنشاء المحاكم المختلطة سنة 1875، ووضع التقنيات المختلطة؛ إذ وضعت ستة تقنيات أخذت مع اختلاف يسير عن التقنيات الفرنسية لتطبيقها المحاكم المختلطة، ثم وضعت التقنيات الأهلية سنة 1883 لتطبيقها المحاكم الأهلية، ثم توالى حركة التقنين في تطورها، ولما أظهر العمل قصور هذه التقنيات، وتخلصت مصر من الامتيازات الأجنبية، بدأ التفكير في وضع قانون مدني مصري، والذي صدر 1948. فايز محمد حسين، أثر مشروع السنيهوري في القوانين المدنية العربية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، www.mara.gov.com.

⁶⁸ فتحي عبد الرحيم، شرح النظرية العامة للالتزامات، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 413 / سمير تناغو، المرجع السابق، ص 222.

خاص بكل منها. و جعل المشرع الفرنسي من الخطأ معياراً لقيام المسؤولية المدنية.⁶⁹

ولقد ميز المشرع الفرنسي عند وضعه القانون المدني ، المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية ، حيث جعل لكل منهما نظاماً خاصاً بها حسبما تقتضي طبيعة كل منهما، حيث كرس أحكام المسؤولية التقصيرية تحت عنوان (مخالفات و شبه مخالفات)،⁷⁰ وفيه قرر المبدأ العام للمسؤولية المدنية ،⁷¹ و ذلك في المادة (1382) التي تنص على أنه : " كل فعل أيا كان يحدث بالغير ضرراً، يلزم من تسبب فيه بخطئه أن يقوم بتعويضه"، و المادة (1383) التي تنص على أنه " أن كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب بل كذلك بإهماله أو عدم تبصره ".⁷²

ولقد ألقى المشرع الفرنسي في هاتين المادتين بعبء إثبات الخطأ على عاتق المضرور، ولم يستثن من ذلك إلا حالات خاصة قدر فيها أن إثبات خطأ المسئول يكون عبئاً ثقیلاً على المضرور، فاعتبر الخطأ فيها مفترضاً وأعفاه من عبء الإثبات، وهذه الحالات هي : مسؤولية الإنسان عن فعل الغير التي نضمها في المادة (1384) التي نص فيها على أنه : " لا تقتصر المسؤولية على الأضرار التي يحدثها الإنسان بفعله الخاص ولكنها تشمل كذلك الأضرار التي يحدثها الأشخاص الذين يسأل عنهم أو الأضرار التي تحدثها الأشياء التي تحت الحراسة ويسأل الأب و الأم بعد وفاة زوجها عن الأضرار التي يحدثها أولادهم القصر الذين يسكنون معهم. ويسأل المعلمون وأرباب الحرف عن الأضرار التي يحدثها تلامذتهم أو صبيانهم ما داموا تحت إشرافهم. و تنتفي المسؤولية إذا أثبت الأب و الأم أو المعلم أو رب الحرفة أنه

⁶⁹ محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين القانون المصري واليمنى والشرعية الإسلامية)، دار النهضة العربية، مصر ، 1990، ص 28 .

⁷⁰ جفيف فيني، المرجع السابق ، ص 26 .

⁷¹ بموجب المادة (1382) والمادة (1383) من القانون المدني الفرنسي، فإن مجرد الإهمال و عدم التبصر يمكن أن يكونا مجتمعين أو منفصلين في خطأ غير عمدي موجب للتعويض إذا نتج عنه ضرر بالغير، و من باب أولى و عملاً بنص المادة 1382، فإن لخطأ إذا كان عمدياً هو أولى الاعتبار و بالتعويض عنه. و قد حدد المشرع الفرنسي نطاق الخطأ غير العمدي في الإهمال و عدم التبصر فقط مع أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتجاوز مجال الخطأ غير العمدي هذا النطاق إلى حالات أخرى يتحقق فيها هذا النوع من الخطأ، نظراً لعمومية نص المادة 1382 الذي ينص على الخطأ بدون تحديد إن كان عمدياً أو غير عمدي. و بالتالي أمكن القول إن المادة 1382 توجب المسؤولية بمجرد ارتكاب الشخص خطأ أحدث ضرراً للغير سواء أكان عمدياً أم غير عمدي، و أن المادة 1383 مدني فرنسي لا تعتبر سوى نص شرعه المشرع على سبيل المثال فقط . سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص14.

⁷² محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن ، 1999، ص195 .

ما كان في مقدوره الحيلولة دون وقوع الفعل الذي ترتبت عليه المسؤولية"، و مسؤولية الشخص عن الحيوانات التي تحت حراسته التي جاءت في المادة (1385) حيث جاء فيها: "أن مالك الحيوان ومن يستخدمه خلال فترة الاستخدام مسئول عن الأضرار التي يحدثها الحيوان سواء بقى الحيوان تحت حراسته أو كان قد ضل"، و أخيراً المسؤولية عن الأشياء غير الحية التي ورت في المادة (1386) على النحو الآتي: "يسأل مالك البناء عن الأضرار التي تحدث من تدمره متى كان هذا التهدم حدث نتيجة نقص في الصيانة أو عيب في البناء".⁷³

هذا بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية فقد عالجهما التقنين الفرنسي في القسم الرابع من الفصل المخصص لأثار الالتزام تحت عنوان "الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام". لم يستخدم المشرع الفرنسي في نصوص هذا الفصل مصطلح المسؤولية العقدية، فهذا المصطلح ولم يستخدم في الفقه الفرنسي، إلا في بداية عام 1880.⁷⁴

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي يرفض الأخذ في مجال المسؤولية العقدية بنظرية تدرج الخطأ وربطها بنظرية المصلحة والتي كان يقول بها فقهاء القانون الفرنسي القديم وعلى رأسهم الفقيه (بوتيه)، واخذ بمعيار موحد للمسؤولية العقدية لا يختلف باختلاف العقود وهو معيار الشخص المعتاد الذي يطلق عليه الفرنسيون معيار "رب الأسرة الحريص"، فقد نصت المادة (1137) على أنه "الالتزام بالعناية بالمحافظة على الشيء سواء أكان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أم مصلحة المتعاقدين جميعاً يلزم المدين ببذل عناية رب الأسرة الحريص".⁷⁵

⁷³ سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 130.

⁷⁴ جنفيف فيني، المرجع السابق، ص 466.

⁷⁵ أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص 105.

ثانياً :ازدواج المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري والبحريني

نتناول في هذا السياق ازدواج المسؤولية في القانون المدني المصري،
ثم في القانون المدني البحريني ، وعلى الشكل الآتي :

1- القانون المدني المصري:

غاير المشرع المصري في نطاق المسؤولية المدنية ، بين أحكام المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ، حيث فرق بين العقد والعمل الغير مشروع في باب مصادر الالتزام وتناول كلاً منهما في فصل مستقل ، فافرد الفصل الثالث من باب مصادر الالتزام للمسؤولية التقصيرية، وتناولها فيه في ست عشر مادة (من 163 إلى 178) وزعها في قسمين رئيسين . أفرد أولها للمسؤولية عن الأعمال الشخصية ، فبدأ بالقاعدة الأساسية في المسؤولية وقوامها خطأ واجب الإثبات في المادة (163) التي تنص على أنه : " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، ثم نص في المادة (164) على أن الخطأ يقتضي التمييز، ونص في المادة 165 على انتفاء السببية بين الخطأ والضرر بثبوت السبب الاجنبي، وتناول في المواد من (166) إلى (168) بعض أحوال التي ينتفي فيها الخطأ، و نص في المادة (168) على تضامن المسئولين متى تعددوا، و في المادتين (170) و (171) على طريقة تقدير التعويض، أما القسم الثاني فقد جمعت فيه أحوال المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء وهي أحوال تقوم فيها المسؤولية على افتراض الخطأ.⁷⁶

أما المسؤولية العقدية فيلاحظ أن هذا المصطلح لم يوجد في النصوص التي تنظم أحوال الإخلال بالالتزام العقدي ، حيث ذكر المشرع المصري التعويض بمناسبة الإخلال بالعقد مقترناً بالتنفيذ العيني للالتزام ضمن باب أثار الالتزام ، في الفصل الأول الخاص بالتنفيذ العيني، وذلك بموجب المادة (215) التي تنص على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ

⁷⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق ، ص 874 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 130.

التزامه". ثم نظم بعد ذلك الأحكام الأخرى للالتزام بالتعويض في الفصل الثاني الذي عنوانه "التنفيذ بطريق التعويض". ولقد استقر الفقه المصري على أن المسؤولية العقدية مرادفة لمصطلح التنفيذ بطريق التعويض أو التنفيذ بمقابل، وأنها كالمسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بشروط ثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وأن الخطأ العقدي يتمثل في عدم تنفيذ المدين إلتزامه أو التأخير في تنفيذه أو تنفيذه له جزئياً، ولا يكون في وسع المدين ليدراً مسؤوليته عن هذا الخطأ إلا بإثبات السبب الأجنبي.⁷⁷

إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أن التعبير الأوفق لاقتضاء حق الدائن في حالة استحالة التنفيذ لغير السبب الأجنبي وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه، هو تعبير التنفيذ بمقابل وليس المسؤولية العقدية؛ لأن التعبير الأخير يوهم بأن للتعويض مصدراً آخر غير مصدر الالتزام الأصلي وأن اقتضاء التعويض يستلزم توافر شروط أخرى. فالمادة 215 لم تتطلب إلا تنفيذ الالتزام من جانب المدين، لذلك فمسألة التعويض لا تتعلق بوجود مصدرين أحدهما ناتج عن العقد والآخر من عدم التنفيذ، وإنما لا يوجد إلا مصدر واحد وهو العقد.⁷⁸

2- القانون المدني البحريني :

وضع المشرع البحريني للمسؤولية التقصيرية تنظيمياً يختلف عن التنظيم الذي وضعه للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام العقدي. فقد كرس المسؤولية التقصيرية، في الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام تحت عنوان: "المسؤولية عن العمل الغير مشروع"، و عالج المشرع البحريني هذه المسؤولية في فرعين، الأول خصصه إلى حالات المسؤولية عن العمل الغير مشروع (المواد 158 - 176) التي تتضمن المسؤولية عن العمل الشخصي، والمسؤولية عن فعل

⁷⁷ عبد الرزاق أحمد السنيهور، الوسيط (مصادر)، المرجع السابق، 735 / محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، النسر الذهبي، مصر، 1999، ص 217 / عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام. دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، لبنان، 1979، ص 310 / منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006، ص 221 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط 7، الفنية للتجليد الفني، مصر، 2000، ص 2000 / أنور طلبة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط 7، الفنية للتجليد الفني، مصر، 2000، ص 78 / مصطفى الجمال و د. رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، مصادر واحكام الالتزام، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 203.

⁷⁸ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات)، دون ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دون سنة نشر، ص 375.

الغير، المسؤولية عن الضرر الناجم عن الأشياء . أما القسم الثاني فتناول فيه أحكام دعوى تعويض الضرر الناجم عن العمل غير المشروع (المواد 177-181).

أما مسألة إخلال المدين بالالتزامات العقدية ، فعالجها المشرع البحريني في الباب الثاني الخاص بأثار الالتزام تحت عنوان : " التنفيذ بطريق التعويض " و يلاحظ أيضاً أن مصطلح المسؤولية العقدية لم يوجد في نصوص القانون البحريني التي تنظم التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي ، كما أن مصطلح (الخطأ) المعبر عنه بوضوح و الوارد بالمادتين 159 و 160 من القانون المدني كأول ركن لقيام المسؤولية التقصيرية ، لا توجد إشارة إليه في المواد 216 حتى 228 التي تنظم الإخلال بالالتزام العقدي.

يذهب بعض الفقه إلى أنه بالرجوع إلى نصوص القانون المدني البحريني وغيرها من القوانين ، يبين أن المسؤولية التقصيرية هي الأصل لأنها تنفرد بأحكام متكاملة، أما المسؤولية العقدية فلا يوجد لها ذكر في نصوص ذلك القانون ، ولم يشر إلى وجودها في نطاق أثار العقد ، وإنما ذكر التعويض بمناسبة الإخلال بالعقد مقترنا بالتنفيذ أي (تنفيذ الالتزام) . فالمشرع البحريني ذكر التعويض في نطاق أثار الالتزام " التنفيذ بطريق التعويض " ⁷⁹. وهؤلاء يرون أن اقتران التعويض بالتنفيذ يؤدي - على الأقل من ناحية المصطلح - إلى نفي المسؤولية ، لأن قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه حتى ولو كان بواسطة التعويض لا يعرضه للمسئولية ⁸⁰.

ونخلص مما تقدم إلى أن المشرع الفرنسي يعترف صراحة بفكرة ازدواج المسؤولية المدنية أما المشرعان المصري والبحريني فهما يعترفان ضمناً بهذه الفكرة حيث أن كل منهما يفرد تنظيمياً مستقلاً لكل من نوعي المسؤولية المدنية .

استخدم المشرع الاردني كذلك مصطلح " التنفيذ بطريق التعويض " ولكن في تطبيق أحكام هذا المصطلح ساوى بينه وبين الضمان دون أن يوصف هذا الضمان بأنه عقدي ، حيث تنص المادة (360) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 على أنه : " إذا تم التنفيذ العيني أو أمر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين " .

وتنص المادة (361) على أنه : " لا يستحق الضمان إلا بعد إعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد " .

⁸⁰ / صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، ط1، مطبعة جامعة البحرين، 2009، ص 280 .

المبحث الثاني

التأصيل الفقهي لازدواج المسؤولية المدنية

لا تستند فكرة الازدواج إلى الفقه الروماني الذي خلط بين فكرة العقد وفكرة الفعل الضار، ولا إلى الفقه الفرنسي القديم الذي اقتصر على التمييز بين الخطأ الذي ينشأ في إطار العقد والخطأ الذي يقع خارج دائرة التعاقد - كما سبق أن رأينا، إنما نشأت هذه الفكرة في أحضان الفقه الفرنسي، خلال القرن التاسع عشر. وهذا ما سنبينه في المطلبين الآتيين :

المطلب الأول

اصطلاح الازدواج وتوصيفه

استقر في التراث الفقهي الفرنسي منذ بداية هذا القرن، و طواله التمييز في المسؤولية المدنية بين مسئوليتين تغاير كل منهما الأخرى في الطبيعة والأحكام هما المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية .⁸¹

لقد أطلق البلجيكيون على المسؤولية التقصيرية عبارة المسؤولية الإكيليائية نسبة إلى قانون إكيلييا الذي يعد المصدر البعيد للمادة (1382) من القانون المدني الفرنسي،⁸² و يطلق عليها أيضاً المسؤولية غير العقدية ، ويطلق بعض الشراح أحياناً اصطلاح المسؤولية المدنية على المسؤولية التقصيرية.⁸³

أما المسؤولية العقدية فيعبرون عنها باصطلاح (الضمان) .⁸⁴ و ذهب في هذا الاتجاه الفقيه البلجيكي شارل سانكتلت saintlette ومن يناصره إلى ذلك، ففي عام 1884 وضع كتابه بعنوان ((المسؤولية والضمان))، وهو

⁸¹ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية. ج1. مصر : مطبعة جامعة القاهرة. 1978، ف 3، ص8 .

⁸² جنفييف فيني، المرجع السابق، ص466. راجع المبحث الأول الخاص بالتأصيل التاريخي لازدواج من هذا الفصل .

⁸³ جنفييف فيني، المرجع السابق، ص466/ مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني. السنة 46. مصر : الشركة المتحدة للنشر والتوزيع. 1976، ص 32.

⁸⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص17.

مجاهرة بعقيدة الثنائية. وذهب فيه إلى رفض مصطلح (المسؤولية العقدية) لأنه غير صحيح، والأصح استبدالها بمصطلح (الضمان) .⁸⁵

و أسند هذا الفريق الأخير في استعمال اصطلاح (الضمان) بدلاً من المسؤولية العقدية إلى واضعي التقنين المدني الفرنسي، ذلك أن المشرع الفرنسي لم يستعمل مصطلح المسؤولية العقدية في النصوص التي تنظم الاضرار والمنافع الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي (المواد 1146 إلى 1155).⁸⁶

ولكن إذا صح أن المشرع الفرنسي استعمل لفظ (الضمان) في تنظيم العقود، من ذلك مثلاً المواد (884) (1625) و(1721) و (1725) من التقنين المدني الفرنسي، و المادة (97) وما بعدها، والمادة (103) من التقنين التجاري الفرنسي - إذا صح ذلك - فأن واضعي التقنين الفرنسي استعملوا أيضاً في نفس الموضوع اصطلاح المسئول والمسئولية واصطلاح يلتزم (repond)، من ذلك مثلاً المادة (1732) و (1733) و(1734) و(1784) من التقنين المدني الفرنسي. ولكن اتجاه اطلاق اصطلاح (الضمان) هذا على المسؤولية العقدية أصبح مهجوراً تماماً .⁸⁷

المطلب الثاني

التأسيس لفكرة الازدواج

و تتأسس الفكرة القائلة بالمغايرة التامة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية على وجود نوعين من الخطأ يختلفان في الطبيعة : النوع الأول، الخطأ التقصيري، وجزاؤه المسئولية التقصيرية، وهذه المسئولية تفترض عدم وجود أي علاقة بين المدين والدائن، فالمدين كان أجنبياً عن الدائن قبل أن تتحقق هذه المسئولية، فلم تنشأ رابطة الالتزام بين الدائن والمدين إلا بعد تحقق

⁸⁵ ولهذا الفقيه رأي خاص فيما يراه في المسئولية التعاقدية من معنى الضمان وتسمية الدعوى المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة من العقد بالضمان، تمييزاً عما يتضمنه معنى المسئولية وقصرها على حالات الخطأ التقصيري في الجريمة المدنية، وشبه الجريمة المدنية / حسين عامر، المرجع السابق، ف 14، ص 11. 2.

⁸⁶ جنييف فيني، المرجع السابق، ص 467.

⁸⁷ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 17 و 18.

المسئولية، كمسئولية قائد السيارة الذي يتسبب بخطئه في قتل أحد المارة. أما النوع الثاني فهو الخطأ العقدي، وجزائه المسؤولية العقدية، وهذه المسؤولية تفترض سلفاً قيام رابطة عقدية بين الدائن والمدين، ولذلك فإن هذه المسؤولية لا تقوم إلا بينهما، فكل من المدين والدائن يعرف كل منهما الآخر. كمسئولية البائع الذي يتصرف في المبيع بعد البيع عند عدم نقل الملكية إلى المشتري.⁸⁸

و يوضح أنصار النظرية رأيهم بمقولة أن العلاقات القانونية بين الأفراد في الجماعة تخضع في تنظيمها للقانون أو العقد، تبعاً لما إذا كانت الإرادة الشارعة هي التي تحدد حقوقهم و واجباتهم، أو كانت الإرادة الفردية هي التي تضع القواعد المنظمة لعلاقاتهم. ولا يمكن تشبيه الواجب القانوني، وليد إرادة الجماعة، الذي يتعلق بمصالح المجموع، بالالتزام العقدي، وليد اتفاق الأفراد، والذي لا يهم سوى مصالحهم الخاصة.⁸⁹ وتفرعاً على هذا فإن ثمة وسيلتين للإخلال بحقوق الأغيار : إحداهما بمخالفة الحقوق المشروعة قانوناً، وهذه هي المسؤولية التقصيرية. والأخرى بمخالفة ما اتفق عليه الطرفان في التعاقد، وهذه هي المسؤولية العقدية. و أن الأساس في ما يجب من تعويض، إنما يقوم على جحود حق الغير، ذلك الحق الذي فرضه القانون بما نص عليه في المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي من أن : " كل فعل أياً كان يحدث بالغير ضرراً، يلزم من تسبب فيه بخطئه أن يقوم بتعويضه ". و أن هذا الخطأ هو الذي يخلق الرابطة القانونية و هو الذي يفرض الالتزام بتعويض ما يحدث للغير من ضرر. ولكن ليس لما يقع من خطأ عقدي مثل هذا الأثر، وإنما العقد ذاته هو الأساس في الالتزام بالتعويضات.⁹⁰

⁸⁸ مصطفى الجمال و رمضان محمد ابو السعود و نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 848/ سميح تناعو عبد السيد، المرجع السابق، ص 218 / خالد جمال، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، ط2، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2002، ص 216/ عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، دار الفكر العربي، مصر، 2012، ص 11-14 / سعيد سعد، مصادر الالتزام المدني، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002-2003، ص 331 و 332.

⁸⁹ وفي هذا الصدد يقول الفقيه ساكنكتل : " يوجد بين الضمان والمسئولية ما يوجد بين الالتزام والتعهد، بين العقد والقانون العام، بين الإرادات الخاصة والإرادات العامة، و إخضاع كل من الحالتين للآخرى هو دمج المتميز، أو ما يجب أن يكون متميزاً، وإرادة العلاقات التعاقدية وفقاً لقواعد المسؤولية، هو إنكار للواقع ويصدم المنطق ويسيء إلى العدالة ". جنيفيغ فيني، المرجع السابق، ص 468/ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 3، ص 8/ حسين عامر، المرجع السابق، ص 12.

⁹⁰ حسين عامر، المرجع السابق، ص 13.

وعليه فإن أزواج فكرة الخطأ يقتضي ازدواج الجزاء عليه، ويفرض نظامين متميزين للمسئولية ((يعكسان الفروق القائمة بين القانون والعقد)) . على أن ازدواج المسؤولية المدنية، في الفقه التقليدي، لا يستند فقط إلى أن أحدهما يفرضها القانون، والأخرى يقضي بها العقد، بل يرجع، كذلك، إلى اختلاف نوعيهما في الطبيعة : الخطأ التقصيري ينشئ الالتزام بالتعويض، بحيث تكون المسؤولية الناجمة عنه مصدراً له، أما الخطأ العقدي، فلا ينشئ الالتزام بالتعويض الذي يجد مصدره في العقد القائم قبل وقوعه وليست المسؤولية العقدية، في الحقيقة سوى جزاء الإخلال به، وتبدو على نقيض المسؤولية التقصيرية، أثراً للالتزام العقدي لا مصدر له.⁹¹ أي أن الأولى مصدراً للالتزام والثانية أثر له .

وقد انقسم أنصار ازدواج في التدليل على أن المسؤولية العقدية أي الالتزام بالتعويض عن عدم الوفاء العقدي ليست سوى أثر من آثار الالتزام العقدي أو إرادة العاقدين إلى فريقين :

الفريق الأول : ذهب بعض أنصار النظرية للتدليل على القول بأن المسؤولية العقدية ليست إلا أثراً للالتزام التعاقدى تنشأ من العقد مباشرة وتجد مصدرها في العقد المبرم بين الطرفين بعكس المسؤولية التقصيرية التي تجد مصدرها في القانون ؛ ذلك أن المسؤولية العقدية لا تنشأ التزاماً جديداً في ذمة المدين الذي أخل بالتزامه الأصلي الناشئ عن العقد. كل ما في الأمر أن المسؤولية العقدية تحول محل الالتزام الأصلي الذي أصبح الوفاء به مستحيلاً عيناً إلى تعويض بدل التنفيذ العيني.⁹²

واستعان هذا الفريق من الشراح في تأييد قولهم هذا بنص المادة (1302) من التقنين المدني الفرنسي حيث تقضي هذه المادة بانقضاء الالتزام إذا هلك محله دون خطأ من المدين فقالوا أنه يستفاد من ذلك بمفهوم المخالفة أن الالتزام الأصلي لا ينقضي إذا هلك محله أو استحال الوفاء بهذا الالتزام بخطأ المدين.⁹³

⁹¹ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ص 8 و 9 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 17 و 18 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 13 / خالد جمال، المرجع السابق، ص 217.

⁹² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 18 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 13 و 14 / محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 9.

⁹³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 18 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 13 و 14 / محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 9 .

الفريق الثاني : ذهب فريق آخر إلى القول بأن هلاك محل الالتزام أو استحالة الوفاء بهذا الالتزام حتى على فرض ثبوت خطأ المدين يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي ويحل محله في حالة ثبوت خطأ المدين التزام جديد بتعويض الدائن يستند بدوره إلى إرادة المتعاقدين بناء على اتفاق ضمني يلتزم المدين بمقتضاه بالالتزام احتياطي يتمثل في تعويض الدائن إذا لم يوف بالالتزامه الأصلي وكان ذلك بخطأ منه.⁹⁴

و مما عصف في فكر أنصار ازدواج أن المشرع الفرنسي فصل بينهما في تقنيته المدني، حيث عالج المسؤولية التقصيرية في الباب الرابع الخاص بالالتزامات التي تنشأ دون اتفاق، فدل ذلك على أنه يعتبر المسؤولية التقصيرية مصدراً للالتزام بالتعويض في حين أنه لم يعتبر المسؤولية العقدية سوى أثر من أثار الالتزام العقدي. إذ نص عليها في الباب الخاص بالعقود أو الالتزامات العقدية بوجه عام وفي الفصل الثالث منه الخاص بأثار هذه الالتزامات.⁹⁵

ولقد كانت هذه النظرية مثاراً للجدل والنقاش بين علماء القانون، إذ انتقدها البعض لما يرون من انعدام الحدود الجوهرية بين هذين النوعين من المسؤولية، بل أن هنالك تقارباً للأثار فيهما. و إن كانوا لا ينكرون أهمية هذا التقسيم في خطوطه الرئيسية.⁹⁶

وعليه يميز في الفقه المصري داخل المسؤولية المدنية بين نوعين منها هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.⁹⁷

⁹⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 18 و 19 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 15 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 10.

⁹⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 18 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 15 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 10.

⁹⁶ سنيين الانتقادات التي تعرضت لها نظرية ازدواج المسؤولية في الفصل الثاني والفصل الثالث من هذا البحث.

⁹⁷ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، لمرجع السابق، ص 852 / د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 98 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 12 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 12 / عبد الوود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ج 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1989، ص 226 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 148 / سمير تناعو، المرجع السابق، ص 221 / نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دون ط دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 400 / عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 530.

الفصل الثاني

الأسس القانونية للازدواج المسؤولية المدنية

يستند أنصار ازدواج المسؤولية المدنية، لتبرير التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية إلى العديد من الأسس نتولى سردها ونقاشها في مبحثين ، نتناول في الأول : الأسس المستندة إلى اختلاف الخطأ. وفي المبحث الثاني : الأسس المستندة إلى اختلاف الضرر وتعويضه.

المبحث الأول

الأسس المستندة إلى اختلاف الخطأ

بعد أن استقر الأمر في الفقه والقانون والقضاء على أنه لا مسئولية بدون خطأ، وأن قاعدة "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" هي القاعدة العامة في المسئولية المدنية، وأصبح الخطأ ركناً مستقلاً لا تقوم المسئولية بدونه.⁹⁸ ظهرت نظرية ازدواج المسئولية المدنية. وتأسست هذه النظرية على فكرة وجود نوعين من الخطأ يختلفان في الطبيعة، الخطأ العقدي وجزاؤه المسئولية العقدية، والخطأ التقصيري وجزاؤه المسئولية التقصيرية. واستندوا في ذلك إلى أن هناك فروقاً ما بين الخطئين، مما يقتضي وجوب التمييز بينهما.

وعلى وفق ما تقدم، سنطرح الاسس التي رآها الفقه التقليدي للتمييز بين كل من الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري، في أربعة مطالب، نبحث في الأول ازدواج المسئولية تبعاً لمعيار الخطأ، وفي الثاني ازدواج المسئولية تبعاً لوجود

⁹⁸ اختلف الفقهاء في تعريف الخطأ، فتعددت التعاريف وتباينت تبعاً لنزاعاتهم وتوجهاتهم الشخصية، والظروف الاقتصادية والاجتماعية التي عاصروها. ولقد بدأت محاولات الفقهاء لوضع تعريف محدد للخطأ منذ صدور تقنين نابليون، وكانت أول هذه المحاولات للفقيه الفرنسي "بلانسيول" حين عرف الخطأ بأنه إخلال بالتزام سابق، ولقد تعرض هذا التعريف لانتقادات شديدة، ثم توالى بعدها جهود الفقهاء في تعريف الخطأ، فعرّفه الفقيه "ريبير" بأنه إخلال بالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق. ومن تعريفاته أيضاً تعريف الفقيه سافيتيه بأنه "إخلال بواجب كان في وسع المخل أن يتبينه وإن يلتزمه"، كما عرف الفقيه "إيمانويل ليفي" الخطأ بقوله: "الخطأ هو إخلال بالثقة المشروعة"، ومن الفقهاء الذين حاولوا تعريف الخطأ الفقيه ديموج الذي يرى في تعريف الخطأ وجوب توافر شرطين أحدهما مادي والآخر نفسي. فأما الشرط المادي فيتمثل في المساس بحق الغير، وأما الشرط النفسي فيتمثل في إدراك أو ما كان يمكن إدراكه بأنه مساس بحق الغير.

كما كانت هناك محاولات لتعريفه من قبل فقهاء القانون العرب، وأهم هذه التعريفات، التعريف الذي وضعه العلامة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري حيث يقول: "الخطأ في المسئولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني" ثم يذهب إلى إفراغ مضمون الإلتزام القانوني بقوله: "إن الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام ببذل غاية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير"، وعرفه الدكتور سليمان مرقس الخطأ بقوله: "الخطأ هو إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"، وقد تبني الدكتور محمود جمال الدين زكي التعريف الذي قال به الفقيه بلانسيول للخطأ حيث يقول: "نرى معه (أي مع الفقيه بلانسيول) ربط الخطأ بفكرة الواجب أو الإلتزام على حد تعبيره، إنما نزيد عليه قيام واجب على عاتق كل شخص في المجتمع بأن يجري في حياته على السلوك الذي ألفه أو اعتاده جمهور الأشخاص فيه". ورغم اختلاف هذه التعاريف وتباينها إلا إن الفقه والقضاء مجمعون بأن للخطأ عنصرين: أحدهما مادي ويتمثل في الإخلال بالالتزام قانوني أو عقدي، و آخر معنوي شخصي وهو الإدراك والتمييز، إذ لا خطأ بغير ادراك/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص 880 وما بعدها / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها / حسين عامر، المرجع السابق، ص 175/ عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسئولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، ج 1، ط 1، الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1977، ص 51 وما بعدها / صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 312/ توفيق حسن، و جلال علي عدوي، النظرية العامة للإلتزامات منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 370. أنور طلبة، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 9 / أسماء سرور، المرجع السابق، ص 42 / سعد بختاوي: المرجع السابق، ص 32.

الخطأ ، وفي المطلب الثالث نتناول ازدواج المسؤولية تبعاً لعبء الإثبات ، أما المطلب الأخير فنخصصه لازدواج المسؤولية تبعاً للأهلية .

المطلب الأول

ازدواج المسؤولية تبعاً لمعيار الخطأ

يذهب الفقه المؤيد لفكرة الازدواج إلى وجود فارق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يكمن في اختلاف معيار تقدير الخطأ الذي تقومان عليه . وهذا مانبينه فيما يلي :

أولاً: فكرة ازدواج معيار الخطأ

نادى أنصار ازدواج المسؤولية بوجود فرق بين الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري، يكمن في اختلاف درجة الخطأ الموجب لكل منهما . حيث ركز هؤلاء على العنصر المادي للخطأ، و تقدير سلوك المدين لبيان مدى الانحراف في تنفيذ التزاماته، وذلك طبقاً لعدة معايير تختلف باختلاف طبيعة التصرف ذاته، متأثرين في ذلك بما كان سائداً في القانون الفرنسي القديم من تقسيم الخطأ إلى ثلاث درجات هم : الخطأ الجسيم، وهو الإهمال الذي لا يرتكبه أقل الناس حرصاً، والخطأ اليسير، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد أو رب الأسرة الحريص، والخطأ التافه أو اليسير جداً وهو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس حرصاً و يتطلب من المدين عناية متدرجة تقابل هذا التدرج في الخطأ .⁹⁹

واستناداً إلى هذا التقسيم تم قياس الخطأ في المسؤولية العقدية بمقارنة سلوك المدين بسلوك الشخص المعتاد أو رب الأسرة العاقل كما سماه الرومان.¹⁰⁰

⁹⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ص 542 / خالد عبد الفتاح : المرجع السابق. 117 و 118 / نواف حازم ، دور جسامه الخطأ في تقدير مقدار التعويض، مجلة كلية، جامعة المستنصرية، العدد 11 و 12، المجلد 3، سنة 2010 ، ص 23 وما بعدها .

¹⁰⁰ Baudry – L acantinerie et Barde : Traite theorique et pratique de droit civil ،des obligations ،3 edition ،Paris 1906.P 354-356 .

أي أن الخطأ العقدي هو عبارة عن انحراف في سلوك المدين عن سلوك المألوف للشخص العادي، أدى إلى استحالة تنفيذ أو سوء تنفيذ التزامه مما الحق ضرراً بالدائن. والرجل المعتاد هو الشخص العادي الذي يعد وسطاً بين الناس. فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض.¹⁰¹

إن هذا الشخص العادي هو النموذج أو المعيار العام الذي يقاس عليه سلوك المدين لبيان مدى انحرافه في تنفيذ التزاماته في جميع العقود، وهو معيار مادي والقياس فيه لا شأن له بشخص المدين، إذ يجب تجريد هذا الشخص من ظروفه الداخلية مثل ظرف السن، وظرف الجنس، وظرف الحالة الاجتماعية، دون أن نجرده من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بالإخلال بالالتزام مثل ظرف الزمان، وظرف المكان، وبذلك يقاس سلوك المتعاقد الذي ينسب إليه الخطأ، ويقارن سلوكه مع سلوك الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية، فإذا اتضح أن المتعاقد سلك نفس المسلك الذي كان يسلكه الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية، فإنه لا يمكن إسناد الخطأ إليه، أما إذا تبين أنه سلك في تنفيذ التزاماته العقدية مسلكاً غير الذي كان يسلكه الرجل العادي، فإنه يخطأ ويتعرض للمسئولية.¹⁰²

و بموجب هذا المعيار لا يسأل المدين عن خطئه اليسير جداً أي الخطأ الذي لا يستطیع تحاشيه الرجل الحريص وإنما يسأل عن الخطأ اليسير أي الخطأ الذي يستطیع تحاشيه الرجل العادي. وفي هذا النظام من المسئولية العقدية القائم على أساس الخطأ اليسير يستطیع المدين دائماً أن يدفع عن نفسه المسئولية بإثبات أنه لم ينحرف في تنفيذ التزاماته عن سلوك الشخص العادي الذي ينبغي أن يسلكه أو بإثبات السبب الأجنبي مثل فعل الغير والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.¹⁰³

أشار إليه : د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص19 و ما بعدها/ حسين عامر، المرجع السابق، ص17/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص19 و 20 / نبيل إبراهيم: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. نون ط. مصر: دار الجامعة الجديدة. 2004، ص 390.

¹⁰¹ السنهوري : عبد الرزاق ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ص 645 / صبري حمد خاطر ، النظرية العامة. المرجع السابق ، ص 316 ، سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 215.

¹⁰² عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ص 647 وما بعدها. 30/ جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، مصر ، 1997، ص 361/ مصطفى جمال، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، مصر، 1987، ص 350/ نبيل إبراهيم، المرجع السابق، ص 393.

¹⁰³ عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، منشورات عويدات وديوان المطبوعات الجامعية، لبنان ، 1984، ص 137.

أما الخطأ في المسؤولية التقصيرية فيضعون له معياراً يزيد في أهميته عن معيار الرجل العادي وذلك بأن اشترطوا في الشخص الذي يقاس عليه سلوك محدث الضرر أن يكون يقظاً رشيداً، بعبارة أخرى يقدر الخطأ التقصيري بمعيار الرجل الحريص جداً.¹⁰⁴ و أساس هذا المعيار يرجع في الواقع إلى ما كان يقرره قانون إكليا في عهد الرومان من قيام المسؤولية التقصيرية في أقل قدر من الإهمال، وفي أية مجانبة للحرص أو الحزم.¹⁰⁵ ولقد صرح الأستاذان هنري وليون مازو في ذلك بأن المقصود بهذا المعيار ليس مسلك الرجل المتوسط البصر واليقظة بل مسلك الرجل المتبصر المعتني بشئونه.¹⁰⁶

و على هذا لم يكتف أنصار الازدواج في مجال المسؤولية التقصيرية بمعيار الرجل المتوسط الحرص والعناية كما في المسؤولية العقدية ، بل اعتمدوا معياراً عالياً وهو معيار الرجل المتبصر، الأمر الذي يؤدي إلى مطالبة كل شخص في كل حالة على حده لا بعناية الشخص المتوسط في هذه الحالة فحسب، بل بعناية أشد من ذلك، هي عناية الرجل المتبصر، و طبقاً لهذا المعيار لا يستطيع المدين أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات أنه بذل أقصى عناية وأنه قام بكل ما يمكنه عمله في سبيل تفادي وقوع الضرر، أي أنه يجب عليه أن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ ولو كان تافهاً.

و خلاصة هذا الاتجاه أنه يجب على المدين لكي لا تترتب عليه مسؤولية أن يبذل إزاء المتعاقد معه عناية الرجل العادي، وإزاء الغير عناية الرجل الحريص.

¹⁰⁴ جنفييف فيني، المرجع السابق، ص 497 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 261 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 12.

¹⁰⁵ Demolombe : cours de code napoleon , 2 edition , Paris 1870. p405.

حسين عامر، المرجع السابق، ص 19 / محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 19. سعاد، بختاوي، المرجع السابق، ص 13.

¹⁰⁶ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 213 و 2014 .

ثانياً: أسانيد ازدواج معيار الخطأ

حاول أنصار الازدواج تأصيل الاختلاف في معيار الخطأ بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية استناداً إلى ما يلي :

- 1- نصوص قانونية هي المادة (1/1137) من المجموعة المدنية الفرنسية، التي تخص المسئولية العقدية و تنص على الالتزام بحفظ الشيء، حيث يجب، وفقاً لها، على المدين بالالتزام بإعطاء بأن يبذل، في المحافظة عليه، عناية الرجل العادي، حتى يسلمه له.¹⁰⁷
- 2- إن المسئولية العقدية تنشأ عن فعل أو عن ترك، بينما لا تنشأ المسئولية التقصيرية إلا إخلالاً بالالتزام الامتناع عن عمل معين. فإذا كان الوفاء بالتعهد يستلزم قدراً من الاتقان أو العناية كبيراً أو يسيراً، فإن الأمر لا يكون كذلك في الالتزام بالامتناع عن عمل ما.¹⁰⁸
- 3- إن فكرة الازدواج تراعي مصلحة المضرور الذي يكون قبل وقوع الفعل الضار أجنبياً بالنسبة لمحدث الضرر ولا تربط بينهما أي علاقة سابقة. كما أنه لم يكن له يدأ في الضرر الذي لحقه، ولم يكن في مكنه بداهه أن يتفادى وقوع الضرر. أما المسئولية العقدية فتنشأ بين اثنين تربطهما علاقات عقدية تسبق الإخلال بالالتزام، فيكون الدائن قد عرض نفسه إلى حد ما لأخطاء المدين الذي اختاره للتعامل معه، وعليه أن يتحمل بعض نتائج سوء اختياره. فضلاً عن أن العقد بما يربته من علاقات بين طرفيه، يولد فرصاً لوقوع أضرار لا مجال لوقوعها بين اثنين كل منهما أجنبي عن الآخر. ويكون من ثم أكثر مراعاة للعدالة، و أقرب إلى نية العاقدين أن تخفف المسئولية التي تقوم بينهما.¹⁰⁹

¹⁰⁷ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 20 حسين عامر ، المرجع السابق، ص 17 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص30.

¹⁰⁸ حسين عامر، المرجع السابق، ص18 و 19.

Larombiere¹⁰⁹ ، 'Theorique et Pratique des obligations'، nouvelle edition، P 473 .Paris 1885.

أشار إليه : د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص20 و 21/ حسين عامر، المرجع السابق، ص19

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية قديماً، بالرأي الذي يفرق بين المسئولين، من حيث معيار الخطأ، حيث ذهبت إلى أن : القاعدة التي تقضي بأن كل خطأ أياً كان قدره يلزم من أحدثه بتعويض الضرر الناجم عنه، لا تنطبق إلا على الأفعال الضارة، ولا علاقة لها بالأخطاء التي تقع في تنفيذ العقد، لتصل إلى أن الوكيل لا يلتزم في تنفيذ ما عهد إليه به إلا أن يبذل عناية الرجل العادي، وأن كان تقدير مسئوليته يجب أن يكون أكثر صرامة إذا كانت الوكالة مأجورة، لتنتهي إلى نفي مسئولية مصفي الشركة عن تفسير بند غامض تبين فساد، لا سيما و إن أحد لم ينازع في هذا التفسير وقت أن أخذ به .¹¹⁰ وأقرت لذات القواعد قاضي الموضوع على حكم لم يعتبر الغلط الذي وقع بحسن نية في تحرير الصلح من خبراء ليسوا من رجال القانون، اختارهم الخصوم لتحريره خطأ يستوجب قيام المسئولية العقدية .¹¹¹

المطلب الثاني

ازدواج المسئولية تبعاً لوجود الخطأ

إن الاختلاف بين المسئولية التقصيرية، والمسئولية العقدية بخصوص ركن الخطأ في نظر فكرة الازدواج لا يقتصر على اختلاف المعيار المطبق في كل منهما ، بل يمتد إلى الخطأ في حد ذاته كركن أساسي لقيام المسئولية المدنية العقدية أو التقصيرية. وهذا ما نعرض فكرته ثم أساندها فيما يأتي :

أولاً: فكرة التفاوت في الخطأ

يذهب بعض الفقه إلى أنه يوجد فرق جوهري بين المسئولين، يتمثل في أنه لا يشترط توافر ركن الخطأ في المسئولية العقدية، وكفي لقيامها، أن يرجع عدم تنفيذ الالتزام إلى فعل المدين، ولو لم ينسب إليه خطأ ما، فتقوم مسئوليته

¹¹⁰ نقض فرنسي 21 يناير سنة 1890، دالوز 1891-1-380 / 6 ابريل سنة 1927، دالوز 1927-1-111.

¹¹¹ أشار إليه : حمود جمال الدين : مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ف 5، ص 21. هـ 18.

¹¹¹ نقض فرنسي 11 يناير سنة 1922، سيرى 1924-1-105. أشار إليه : حمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص 21. هـ 19.

بمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي، ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى السبب الأجنبي، فلا يباح له أن يثبت أن عدم التنفيذ لا يرجع إلى تقصيره، فهو مسئول عن مجرد فعله ، فإذا ما نشأ الالتزام في ذمته فيجب عليه تنفيذه ويكون مسئولاً عن عدم التنفيذ حتى لو زالت أهليته بعد نشوء الالتزام، وحتى ولو كان يجهل نشأة هذا الالتزام، فلا حاجة لنظر سلوكه لمعرفة ما إذا كان قد بذل عناية الشخص المعتاد أو لا، فيعتبر الوارث الذي أثلّف عيناً وجدها في التركة مسئولاً أمام المودع، ولو كان لا يعلم، ولا يستطيع أن يعلم، بالوديعة. بينما لا تقوم المسؤولية التقصيرية إلا على الخطأ، الذي يعتبر أحد عناصرها الأساسية.¹¹²

ثانياً: أسانيد فكرة التفاوت في الخطأ

يبني أنصار الزواج رأيهم في نفي الخطأ في المسؤولية العقدية على الحجج الآتية :

1- تقاليد القانون الروماني : حيث كان المدين بتسليم شيء مسئولاً في حالات عديدة إذا هلك هذا الشيء بفعله ولو بغير خطأ منه التي أخذ بها بوتتييه POTHIER في القانون الفرنسي القديم، إذ لا يمكن للمدين بفعله أن يبرئ ذمته ويفقد الدائن حقه.¹¹³

2- المادة (1147) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه : " يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك، بدفع التعويض، أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام، أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة أن لا يكون سيئ النية ". فبمقتضى هذه المادة يكون

¹¹² عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مطبعة جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني. 1969، ص 100 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص30 / خالد جمال، مرجع السابق، 2002، ص 167.

¹¹³ Baudry – Lacantinerie et Barde : Traite theorique et pratique de droit civil ,des obligations ,3 edition ,Paris 1906.P 252.

أشار إليه : محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص14 / حسين عامر، المرجع السابق، ص25.

المدين مسئولا عن عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، مالم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه، ونصوص أخرى تجعل المدين، في المسؤولية العقدية، مسئولا عن خطئه و فعله، ليس فقط عن خطئه،¹¹⁴ مثل المادة (1245)، التي بمقتضاها إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات، يبرأ المدين بتسليمه بالحالة التي يكون عليها إذا لم يكن تلفه راجعاً إلى خطئه أو فعله، والمادة (1933) التي تجعل المودع لديه مسئولا عن تلف الوديعة الذي يرجع إلى فعله، والمادة (1042) التي تقضي بسقوط الوصية إذا هلك العين الموصى بها، بعد وفاة الموصي، بغير فعل الوارث أو خطئه.¹¹⁵

فإذا كان يتعين على المدين، وفقا للمادة (1147)، على الخصوص، أن يثبت السبب الأجنبي، ليستخلص من المسؤولية عن الإخلال بالتزاماته العقدية، فإنه يظل مسئولا، أمام الدائن، إذا كان إخلاله بها راجعاً إلى فعله، سواء لحقه نعت الخطأ أم لم يلحقه.¹¹⁶

3- طبيعة الأمور : إن المسؤولية في التعاقد إنما تترتب على الإخلال بالتزام سابق، ويكون الهدف فيها المحافظة على الحق المكتسب، بينما ينحصر البحث في المسؤولية التقصيرية فيما يخلق من التزام وما ينشأ من رابطة قانونية، وبديهي أن يكون الشارع أكثر تشدداً في تحديد الشروط اللازمة لإنشاء التزام، فيستلزم الخطأ، عنه في وضع الشروط الكافية لحفظ التزام قائم فلا يستلزمه.¹¹⁷

4- التفرقة بين الالتزامات بنتيجة و الالتزامات بوسيلة : ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة يقيم المسؤولية

¹¹⁴ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص30. ه 69/ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص14 و 15.

¹¹⁵ عامر. حسين، المرجع السابق، ص26.

¹¹⁶ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص15.

¹¹⁷ عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص96.

يقول الدكتور حجازي عبد الحي : فالالتزام بمعناه الفني هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين، وعلى ذلك لا يوجد الالتزام إلا إذا كان هناك دائن ومدين. وكان كل منهما معينا. وفي المواد التعاقدية لا شك في وجود الدائن والمدين. أما في المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل الغير مشروع. والذي يوجد قبل ذلك هو واجب قانوني بعدم الإضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص، فلا يوجد المدين ولا الدائن إلا عند الإخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانوني العام إلى التزام معين بين الدائن والمدين. وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن المسؤولية التقصيرية تنشأ عند الإخلال بالالتزام السابق فالالتزام بمعناه الفني غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع، هو ينشأ من جريمة ومن ثم لا يكون سابقاً عليها. وعلى ذلك لا يجوز أن نسوي بين المسئولتين إحداهما تنشأ عن الإخلال بالالتزام تعاقدية والأخرى تنشأ من الإخلال بواجب قانوني عام “ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر)، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1950، ص370.

الموضوعية (أي مسؤولية بدون خطأ) .¹¹⁸ ففي هذا النوع من الالتزام تقوم مسؤولية المدين عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أي خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبي.¹¹⁹ وإن أغلب الالتزامات العقدية هي التزامات ذات طبيعة بتحقيق نتيجة، لأنه عند التعاقد فإن الدائن يبحث عادة على الحصول على نتيجة يتوقعها ينتظر من المدين تحقيقها.¹²⁰

المطلب الثالث

ازدواج المسؤولية تبعاً لعبء الإثبات

وجد أنصار فكرة الازدواج ، في الخطأ الذي يقيم المسؤولية المدنية فارقاً مهماً بين المسئوليتين في مجال الإثبات ، وهذا ما نتبينه في الفقرتين الآتيتين :

أولاً: فكرة اختلاف عبء الإثبات

ذهب أنصار فكرة الازدواج إلى أن عبء إثبات الخطأ العقدي يختلف عن عبء إثبات الخطأ التقصيري. ففي المسؤولية العقدية - طبقاً لهذا الاتجاه - يوجد التزام محدد يكون الخطأ العقدي تبعاً له ذا معيار مادي يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الالتزام، بحيث لا يتحمل الدائن في هذه الحالة غير إثبات نشوء العقد، بينما يقع على المدين عبء إثبات أنه قام بتنفيذ التزامه الذي فرضه عليه العقد أو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي عنه. بعكس الحال في المسؤولية التقصيرية حيث يتحمل الدائن (المضرور) عبء إثبات أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني وارتكب عملاً غير مشروع.¹²¹ وقد عبر

¹¹⁸ Lalou et Azard ، 'Traté théorique et pratique de la responsabilité civile '، 6° éd. Dalloz ، p 286 ، N°420.4.290.

أشار إليه : سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص70. أنظر أيضاً : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية. دار الكتب القانونية، مصر. 2010، ص 66 وما بعدها.

¹¹⁹ سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص70

¹²⁰ المرجع السابق، ص 71.

¹²¹ عبد الرحمن عياد ، نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 97 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 9 . ص 20 و 21 / محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 6، ص

الشراح عن ذلك بإيجاز بقولهم: أن الخطأ يكون مفروضاً في أحوال المسؤولية العقدية، أما في أحوال المسؤولية التقصيرية فيجب إثباته.¹²² وبذلك يكون مركز الدائن التعاقدية أفضل في هذه الناحية من مركز الدائن في المسؤولية التقصيرية .

ثانياً : أسانيد فكرة اختلاف عبء الإثبات :

حاول أنصار الازدواج تأصيل هذا الفارق بين المسئوليتين، استناداً على :

- 1- قواعد الأثبات، حيث تعتبر المادة (1315) من القانون المدني الفرنسي، التي تنص في فقرتها الأولى على أنه : " على من يطلب تنفيذ الالتزام أن يثبته ". أساساً للقاعدة العامة في تحديد المكلف بعبء الأثبات، حيث استخلص منها قاعدة أن عبء الإثبات على المدعي المضرور في دعوى المسؤولية. ولما كان الخطأ في المسؤولية التقصيرية، مصدر التزام بالتعويض، فيجب على الدائن أن يثبته ليطالب إلى المدين تعويض الضرر الذي نجم عنه.¹²³
- و تنص المادة (1315) في فقرتها الثانية على أنه " وبالمقابل، يجب على من يدعي أداء الالتزام، أن يؤيد ذلك بما يفيد انقضاء التزامه ". ويلاحظ بخصوص هذا النص، أنه يضع على عاتق كل من طرفي الالتزام عبء إثبات ما يدعيه. فيجب على الدائن في المسؤولية العقدية، إثبات العقد الذي رتب الالتزام في ذمة المدين، ليتعين على الأخير أن يقيم الدليل على براءة ذمته منه.¹²⁴ ولما كان الدائن، في الالتزام العقدي، لا يكلف، على هذا النحو، بإثبات خطأ المدين، فقد جرى التعبير في الفقه، على افتراضه. و كذلك المادة (1147) من التقنين الفرنسي، التي تنص على إلزام المدين بالتعويض،

23 و 24 / عبد المعين لطفى، المرجع السابق، ص 27 / محمد عبد الظاهر : المسؤولية التقصيرية للمتعاقد (دراسة فقهية قضائية في العلاقات التبادلية بين نوعي المسؤولية)، المؤسسة للطباعة الفنية والنشر، مصر، 2012، ص 15.

¹²² سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 9، ص 21 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 39 و 40، ص

³¹ فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة مقدمة إلى كليو الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012. ص 220 و 221.

¹²⁴ المرجع السابق، ص 222.

لعدم تنفيذ الالتزام العقدي، أو لتأخره في تنفيذه، إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه له يرجع إلى سبب أجنبي لا ينسب إليه.¹²⁵

2- اختلاف مصدر المسئوليتين ، حيث يجب على السواء، في المسئولية التقصيرية أو العقدية، على من يطالب بتنفيذ الالتزام أن يثبت، كما تقضي المادة (1/ 1315) من التقنين الفرنسي. ولكن الالتزام بالتعويض، في المسئولية التقصيرية، ينشأ عن خطأ المسئول، فيكون على المدعي، الذي عليه إثبات وجود الالتزام، أن يقيم الدليل على هذا الخطأ، حين أن الالتزام في المسئولية العقدية على النقيض، ينشأ عن العقد، فيكون على المدعي أن يثبت هذا العقد، وليس عليه بعد هذا أن يقيم الدليل على خطأ المدين، لأن هذا الخطأ ليس مصدر التزامه.¹²⁶ وفي ذلك يقول الدكتور عبد الرحمن عياد : أن المسألة ليست سهلة إثبات ركن الخطأ في المسئولية العقدية وصعوبته في المسئولية التقصيرية ولكن المسألة أنه في الأولى لا محل إطلاقاً لإثارة ركن الخطأ، إذ نحن أمام التزام يقابله حق الدائن يجب تنفيذه، هذا التنفيذ لا يستلزم البحث في أي أمر آخر، ويظل هذا التنفيذ واجباً في كل الأحوال ما دام أن مصدر الالتزام لم ينحل بسبب أجنبي . أما في المسئولية التقصيرية فنحن أما بحث نشأة التزام لم يكن موجوداً من قبل، وتتطلب نشأته إثبات ركن الخطأ في حين أن عدم تنفيذ الالتزام العقدي عيناً وتحوله إلى التعويض لا يستتبع نشأة التزام جديد يحتاج إلى البحث عن مصدر له و استلزام توافر ركن الخطأ في هذا المصدر، فالالتزام هو هو لم يتغير ولا زلنا في دائرة تنفيذه.¹²⁷

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الفرق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية في عبء الإثبات، شكل الأساس لمحاولات الفقه الفرنسي، قبل قانون 9 أبريل

¹²⁵ Huc: Commentairetheorique et pratique de code civil ,Paris 18955.

أشار إليه : محمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية، ف 6. ص 24 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 9، ص 21 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 41، ص 31 و 32 / فريحة كمال ، المرجع السابق، ص 233. 2.

¹²⁶ Levy ,Recherches sur quelques aspects de la garantie de vices caches dans la vente des vehicules neufs et d'occasion .R.T. ,1970.

أشار إليه : محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق ، ف 6. ص 25
¹²⁷ عبد الرحمن عياد ، المرجع السابق، ص 97.

سنة 1898 في ضمان حوادث العمل، لتيسير الحصول على تعويض للعامل الذي يصاب في أثناء العمل، بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية على التزام صاحب العمل بوقايته، ليكتفي من العامل بإثبات إصابته، فيلقي على صاحب العمل عبء إثبات براءة ذمته منه، بإقامة الدليل على رجوع الحادث إلى سبب أجنبي عنه .¹²⁸

المطلب الرابع

ازدواج المسؤولية تبعاً للأهلية

يثير أنصار فكرة الازدواج ، بين نوعي المسؤولية المدنية، فارقاً أخيراً يتعلق بركن الخطأ الذي تقومان عليه، فبينما يشترط توافر أهليه الأداء لقيام المسؤولية العقدية، يكفي مجرد التمييز لقيام المسؤولية التقصيرية، ومن هذا المنطلق نتناول فكرة اختلاف الأهلية ، ومن ثم نتناول أسانيد هذه الفكرة وفقاً لما يلي :

أولاً : فكرة اختلاف الأهلية

يذهب أنصار فكرة الازدواج إلى أن الأهلية لازمة ليس في إبرام العقد المنشئ للالتزام الأصلي فحسب بل حتى في الإخلال بهذا الالتزام، ذلك الإخلال

¹²⁸ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 6، ص 25 / بالنسبة للعقد العمل، ذهب الفقه أولاً إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، فإذا أصيب العامل أثناء تأدية عمله فإن صاحب العمل لا يكون ملزماً بتعويضه عن إصابته ما لم يثبت نسبة الخطأ إليه. بيد أن عجز هذا الأساس وقصوره عن حماية العامل أصبح جلياً بعد التقدم الآلي الصناعي الذي أدى إلى زيادة مخاطر العمل وزيادة تتصل بطريق الإنتاج نفسه بحيث أصبح سبب الإصابة دائماً مجهولاً أو نتيجة قوة قاهرة.

و تلبية لنداء العدالة بذل الفقه والقضاء جهوداً كبيرة بحثاً عن أفضل السبل لحماية العمال وضمان حصولهم على تعويضات عادلة. فذهب القضاء الفرنسي إلى أن صاحب العمل يتحمل التزام تعاقدي، وهو أن يعيد العامل سالم وسليم بعد العمل . ويترتب على هذا الموقف القضائي، أن العامل إذا أصيب أثناء عمله اعتبر صاحب العمل (مقصراً) في تنفيذ التزامه، و أمكن مقاضاته وفقاً للمسؤولية التعاقدية. كم أن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية من شأنه أن يعفي العامل المصاب من إثبات الخطأ. إلا أنه في نفس الوقت يعطي لصاحب العمل الحق بالتخلص من المسؤولية إذا اثبت أن هناك خطأ أجنبي، (قوة قاهرة، خطأ الغير، خطأ العامل).

استمر الفقه والقضاء الفرنسي في البحث عن أفضل القواعد القانونية التي تحقق حماية للعمال عند حدوث إصابة العامل. فظهرت النظريات الموضوعية التي لا تعبر للخطأ أي اهتمام، وإنما تنظر للضرر كأساس لقيام المسؤولية المدنية، فبمجرد حصول الضرر تقوم المسؤولية بالتعويض على عاتق الشخص المسئول و بغض النظر عن مسلك هذا الأخير إن كان مخطئاً أو غير مخطئاً، ومن بين النظريات التي نادى بعنصر الضرر كأساس للمسؤولية المدنية نظرية تحمل التبعة التي حمل لواءها الفقيه " سالي " مع نهاية القرن التاسع عشر، التي كانت تخص التعويض عن الأضرار المهنية ، و التي طورت ووسعت إلى الخطأ المستحدث من طرف الفقيه " جسران " مع بداية القرن العشرين. ولقد كان لهذه النظريات أثرها على المشرع الفرنسي فأصدر قانون 19 أبريل 1898 الذي أسس نظام جديد للتعويض عن حوادث العمل مستقلاً عن إثبات الخطأ في جانب المسئول مدنياً، و تلاه قانون الضمان الاجتماعي الذي صدر سنة 1946 . حسين عامر ، المرجع السابق، ص470/ عبدالرحمن عباد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص109. ه 2/ سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص27 و 28 / عزيز جواد : التعويض عن إصابات العمل، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد 1، المجلد 25، العراق ، 2010، ص 102 – 105.

الذي يترتب عليه الالتزام بالتعويض، حيث يرون أن مناط الالتزام بالتعويض بموجب المسؤولية العقدية هو وجود عقد يربط بين الدائن والمدين؛ لذلك لا بد لقيام المسؤولية العقدية من توافر الأهلية الكاملة، بحيث لا يكون مسئولاً وفقاً لقواعدها سوى البالغ لسن الرشد، ويؤكدون أنه إذا كان الالتزام العقدي قد نشأ صحيحاً سواء لأن العاقد كان وقت ذلك كامل الأهلية أو لأن العقد أبرمه من له الولاية على ناقص الأهلية، فإن العاقد لا يسأل عن عدم تنفيذ العقد إذا كان ناقص الأهلية.¹²⁹

أما المسؤولية التقصيرية، فالأصل فيها أن الشخص حتى يكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية يجب أن يكون مميزاً. بحيث يكون الصبي المميز ومن في حكمه كالسفيه وذو الغفلة، مسئولاً طبقاً لمبادئها مسؤولية كاملة.

ثانياً: أسانيد فكرة اختلاف الأهلية

يبرر أنصار الأزواج هذا الفرق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية استناداً إلى أن المسؤولية العقدية، تقوم على الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، لذلك فهي تقتضي توافر أهلية التعاقد في كل من الطرفين، فالرضا في التعاقد لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذي أهلية ولم يكن مشوباً بعيب؛ لذلك فإنه في حالة المسؤولية العقدية يفترض مقدماً وجود عقد صحيح بين المسئول والمضروب، ويكون المسئول من ثم قد ارتضى قبل نشوئها تعويض الطرف الآخر عن عدم الوفاء.¹³⁰

أما في المسؤولية التقصيرية، فلا يوجد أي عقد أو علاقة قانونية تربط بين المسئول والمضروب، وإنما تقوم هذه المسؤولية نتيجة انحراف في سلوك المسئول يكفي لينسب إليه، أن يكون قادراً على التمييز بين الخير والشر؛

¹²⁹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 6، ص 19. هـ 28 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 8، ص 42 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11 / حسين عامر. ف 20، ص 15 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ف 510، ص 848.

¹³⁰ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 8، ص 42.

لذلك فإن من اقتترف عملاً غير مشروع لم يتعهد صراحة ولا ضمناً بتعويض من أضره ذلك الفعل، ولم يكون لإراداته أي دخل فيما يترتب على ذلك من التعويض. وإنما هو القانون الذي أجبره على تحمل الالتزام الناشئ عما صدر عنه، بغير أن يكون له أي اختيار في قبول ذلك أو رفضه. و إذن فليس يجب في هذا النوع من المسؤولية توافر الأهلية القانونية اللازمة في إنشاء الأعمال القانونية.¹³¹

المبحث الثاني

الأسس المستندة إلى الضرر و تعويضه

يرتبط بفكرة المسؤولية ارتباطاً وثيقاً موضوع التعويض باعتباره يمثل الجزاء المترتب على تحقق أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية. و يرى أنصار فكرة ازدواج المسؤولية أن هناك فروقاً بين المسئولتين العقدية والتقصيرية من حيث التعويض، حيث يقولون بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية أبعد مدى و أوسع نطاقاً منه في المسؤولية العقدية، ولاستيضاح هذا الرأي تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، ازدواج المسؤولية تبعاً لنطاق التعويض، وازدواج المسؤولية تبعاً لضمانات التعويض.

المطلب الأول

ازدواج المسؤولية تبعاً لنطاق التعويض

يذهب أنصار الازدواج إلى أن إصلاح الضرر في المسؤولية العقدية يختلف من عدة نواحي عنه في المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما نعرضه في الفقرات الآتية :

¹³¹ حسين عامر، المرجع السابق، ف 20، ص 15 / محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 8، ص 41 و 42 / عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11.

أولاً: اختلاف في تقدير التعويض:

أسند البعض فكرة الازدواج بصدد تقدير التعويض في المسؤولية المدنية، إلى أن التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الأضرار المباشرة فقط دون الأضرار غير المباشرة في حين أنه في المسؤولية التقصيرية يشمل حتى الأضرار غير المباشرة.¹³² إلا أن هذا الرأي هجر بعد أن أجمع الفقه على أن الضرر الذي يعرض في المسئوليتين هو الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ، أما الضرر الغير مباشر فلا يعرض عنه أصلاً، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية؛ لانعدام صلة السببية بينه وبين خطأ مسبب الضرر المباشر الذي توالى منه سلسلة الأضرار غير المباشرة. حيث يقول بوتييه بأنه لا يلتزم من ارتكب الفعل الضار إلا بتعويض الأضرار المباشرة.¹³³

لقد قصر المشرع الفرنسي التعويض في كل الأحوال على الأضرار المباشرة وحدها، وذلك بموجب المادة (1151)¹³⁴ من القانون المدني، فحكم هذه المادة لا ينطبق فقط على المسؤولية العقدية، إنما يشمل المسؤولية التقصيرية أيضاً ؛ لأن هذه المادة تقضي بأن تكون مسئولية المدين في الالتزام العقدي عن الضرر المباشر فقط، ولو كان عدم تنفيذ الالتزام عن غش، مما يؤخذ منه تطبيق هذا الحكم في نطاق المسؤولية التقصيرية ؛ لأن الغش الذي يأتيه

¹³² حسين عامر، المرجع السابق، ص 40 / سمير تناعو عبد السيد، المرجع السابق، ص 182 / خالد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها.

الضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية للفعل الخطي الذي أحدثه وترتب عليه، ويكون الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وهذا الضرر هو فقط الذي تكون بينة وبين الخطأ المنشئ له علاقة سببية وفق القانون. أما الضرر الغير مباشر فلا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، أي هو الذي كان بوسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، فتتقطع العلاقة السببية بينة وبين الخطأ، وهنا لا بد من التمييز بين حالة تعدد الأسباب المحدثة للضرر، وتسلسل النتائج أو ما يسمى بتعاقب الأضرار، ففي حالة تعدد الأسباب يكون الضرر واحداً، وتعددت الأسباب التي أدت إليه، أما في الحالة الثانية (تسلسل النتائج) يكون السبب واحد إلا أن الأضرار هي التي تعاقبت وتولدت عن هذا السبب فصارت أضرار متعددة، وقد تختلط الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقد الأضرار، فيعطي لكل حكمه، ويأخذ بالضرر المباشر ويترك الضرر الغير مباشر. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 296 وما بعدها.

¹³³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، ف 451، ص 768 / د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 12، ص 67 و 68 / صبري حمد خاطر، مصادر الالتزام، المرجع السابق. ف 382، ص 330 و 331 / سمير تناعو، المرجع السابق، ص 182 / خالد جمال: النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 177 وما بعدها/ سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 50.

¹³⁴ تنص المادة (1151) من القانون المدني الفرنسي على أنه : " وفي حالة عدم تنفيذ العقد عن غش المدين، فإن الضرر لا يشمل فيما يتعلق بالخسارة التي يتعرض المدين لها والكسب الذي يفوته إلا الضرر الذي يعقب عدم تنفيذ العقد حالاً ومباشرة " صبري حمد خاطر، مصادر الالتزام، المرجع السابق. ف 407، ص 350.

العائد يعتبر فعلاً غير مشروع يخرج من دائر العلاقات العقدية، ويدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية.¹³⁵

يرى بعض الفقه أن المادة 1149 تلزم القاضي بتقدير التعويض في المسؤولية العقدية بقدر ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، في حين لا يتقيد القاضي في المسؤولية التقصيرية من الناحية النظرية على الأقل بهذين العنصرين. ولو أن أغلب المحاكم تضطر غالباً إلى مراعاتهما عملاً والاسترشاد بهما.¹³⁶

إلا أن هذا الرأي منتقد ، لأن ورود المواد 1149 إلى 1153 في باب المسؤولية العقدية وعدم تكرارها أو الإحالة عليها في باب المسؤولية التقصيرية لا يفيد تخصيصها بالأولى وعدم انطباقها على الثانية، لأن المواد 1382 وما بعدها تناولت أسباب المسؤولية التقصيرية فقط أي أنها حددت شروط قيامها ولم تعرض لشيء من الأحكام التي تحدد مدى التعويض إذ اعتبرت ذلك أمراً مفهوماً أو مفروغاً منه اعتماداً على ما سبق في المواد 1149 وما بعدها، فتكون هذه المواد الأخيرة واجبة التطبيق سواء كانت المسؤولية ناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي أو عن الإخلال بالتزام قانوني. فالمادة 1149 التي تحدد التعويض بقدر ما فات الدائن من ربح وما صابه من خسارة تتضمن حكماً طبعياً لا يتصور أن يتبع القاضي غيره في تقدير التعويض عن الفعل الضار.¹³⁷ وفي ذلك يقول الأستاذ اسمان: "أنه يجب أن يطبق في حالات المسؤولية التقصيرية، ما ينص عليه القانون من عنصري التعويض في حالات التعاقد، ما أصاب الدائن من خسارة وما ضاع عليه من كسب، وأنه يجب على المحاكم أن تتخذ ذلك معياراً، بغير النظر إلى نوعي المسؤولية".¹³⁸ ومهما يكون من خلاف بين الفقهاء فالرأي مستقر على أن الضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهرين هما الخسارة التي لحق المضرور والكسب الذي فاتته.

¹³⁵ حسين عامر، المرجع السابق، ص 396 / صبري حمد خاطر ، النظرية العامة ، المرجع السابق، ف 406، ص 350 / د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 12، ص 67.

¹³⁶ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 22 / محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 12، ص 65 و

⁶⁶ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 34 / عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر)، مطبعة نهضة مصر، مصر ، 1950، ص 190.

¹³⁸ حسين عامر ، المرجع السابق، ف 54، ص 42.

ويأخذ القضاء الفرنسي برأي الجمهور، ويستلزم، للحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية، أن يكون الضرر مباشراً، مستهدياً، في تحديده بتوافر علاقة السببية.¹³⁹

في مصر وضع المشرع المصري المادة (1/221) التي تقضت بأنه : "1" إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقا ببذل جهد معقول ".¹⁴⁰ ويرى الفقه المصري بأن هذه المادة لوردها في الباب الخاص بأثار الالتزام فهي تنطبق على نسوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية.¹⁴¹

وينتقد بعض الفقه هذا الرأي، على أساس أن المشرع المصري و إن أورد المادة (221) في نطاق ((التنفيذ بطريق التعويض)) إلا أنه وضعه في سياق المسؤولية العقدية في المقام الأول، وذلك لأنه أشار إلى الضرر بوصفه نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في تنفيذه. ولم يشر إلى الضرر بوصفه نتيجة طبيعية للعمل الغير مشروع. وهذا ما يغلب عليه طابع المسؤولية العقدية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، أن المشرع بين أن الالتزام لا يكون نتيجة طبيعية إذا كان يمكن أن يتوقاه الدائن ببذل جهد معقول، وفكرة الجهد المعقول أقرب للمسؤولية العقدية منها إلى المسؤولية التقصيرية. لأن الدائن في نطاق العقد ملزم بالتعاون مع المدين في تنفيذ الالتزام العقدي بموجب مبدأ حسن النية. ولذلك عليه أن يبذل جهداً معقولاً في درء الضرر الناشئ عن قيام المدين

¹³⁹ نقض فرنسي 7 فبراير سنة 1962، دالوز، مختصر، ص، نقض فرنسي 20 ديسمبر سنة 1960، دالوز 1961، قضاء، ص 141. أشار إليه : د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 12، ص 68، هـ.

¹⁴⁰ حازم ظاهر : التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق- جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص 87. ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : " إذا لم يكون التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) أو مقدراً بنص في القانون (الفوائد) تولى القاضي تقديره. ويناط هذا التقدير، كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب. ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه " (مجموعة الأعمال التحضيرية م ص 564- 565) عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص 401.

¹⁴¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 170، ص 468 / عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 915.

بتنفيذ التزامه أو التأخير فيه وقد وضع المشرع في يده العديد من الوسائل، كبيع الشيء المعرض للتلف أو شراء الشيء من السوق على حساب المدين أو تنفيذ العمل على حسابه. ومن الصعب إقرار مثل هذا الالتزام على عاتق المضرور في النطاق التقصيري، إذ لا تتعلق المسألة ببذل الجهد إنما بخطأ.¹⁴²

و لقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن التعويض في المسئوليتين العقدية والتقصيرية يشمل ما يعتبر ضرراً مباشراً سواء كان خسارة لحقت بالمصاب أو كسباً ضاع عليه ، ففي حكم لها قضت بأنه : " يبين من نصوص المواد 170، 221، 222 من القانون المدني أن الأصل في المساءلة المدنية أن التعويض عموماً يُقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أن يراعي القاضي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور دون تخصيص معايير معينة لتقدير التعويض عن الضرر الأدبي " .¹⁴³ و قضت في حكم آخر بأن طلب المدعي بالتعويض عن إيراد السيارة الذي حرم منه بسبب تلف سيارته على أثر الحادث لا يعد طلباً للفوائد وإنما هو تعويض عن ما فات المدعي من كسب بسبب تلف سيارته ، حيث جاء في قرارها بأنه: " إذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة طلبت الحكم لها بمبلغ وهو ما يمثل قيمة التعويض عما أصابها من خسارة بسبب تلف السيارة والحكم لها بمبلغ ... شهرياً وهو ما يعادل إيراد السيارة التي حرمت منه، ولما كان هذان العنصران - الخسارة الحاصلة والكسب الفائت - هما قوام طلبات الطاعنة وعلى أساسها تلتزم المحكمة بتقدير التعويض، فأن الحكم إذ اعتبر عنصر التعويض عما فات الطاعنة من كسب طلباً للفوائد وقضى فيه على هذا الأساس يكون قد خالف القانون".¹⁴⁴

كما قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه : "إذا تلفت الآت وابتور بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه، فلا تسأل (المصلحة السكك الحديدية) عن الضرر غير مباشر في الحادث، كأن يقال

¹⁴² صبري حمد خاطر ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، 409، ص 351 .
¹⁴³ الطعن رقم 334 لسنة 36 ق - جلسة 1972/4/8. أشار إليه : محمد كمال ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقهاء (مصادر الالتزام) ، ط 3 دون ناشر، مصر، 2003، ص 1301.
¹⁴⁴ الطعن رقم 352 لسنة 41 ق جلسة 1977/3/22. أشار إليه : سعيد أحمد ، قضاء النقض في المسئولية والتعويض، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 298.

أن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية، وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر فتلفت زراعة صاحب البئر، وكان أيضاً متعهداً بأن يروي لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر، ثم أنه لم ينتفع بالأرض التي حفر البئر فيها و بالأرض التي أعدها لوضع الوابور بها ألخ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض هذه الأضرار " .¹⁴⁵ وخلص هذا الحكم بذلك إلى قصر مسئولية مصلحة السكك الحديدية على الضرر المباشر المتمثل في تلف الآت وابور المياه فقط بوصفه يمثل نتيجة طبيعية لحادث القطار، أما الأضرار الأخرى فهي ليست أضراراً مباشرة، بل تعد أضراراً غير مباشرة فلا تلزم المصلحة بضمانها، لأنها لم تكن نتيجة طبيعية لحادث القطار، وكان في مقدور صاحب الوابور أن يتوقى حدوث مثل هذه الأضرار لو أنه بذل جهداً معقولاً في هذا الخصوص، كما لو أنه قام بشراء آلات بديلة عن الآلات التي تلفت في الحادث أو قام بري أرضه و أرض جرانه بأي وسيلة أخرى من وسائل الري .

أما المشرع البحريني فلقد أوجب في كلتا المسئوليتين أن يقدر التعويض بقدر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، إلا أنه لم يضع نصاً عاماً يطبق على المسئوليتين معاً ، وإنما أفرد لكل مسئولية نص خاص يقرر هذا الحكم، ففي نطاق المسئولية التقصيرية وضع المادة (161) التي تنص على أنه : " أ) يتحدد الضرر الذي يلتزم المسئول عن العمل غير المشروع بالتعويض عنه بالخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، طالما كان ذلك نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ب) وتعتبر الخسارة الواقعة أو الكسب الفائت نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، إذا لم يكن في المقدور تفاديهما ببذل الجهد المعقول الذي تقتضيه ظروف الحال من الشخص المعتاد . أما في نطاق المسئولية العقدية فقد وضع المادة (223/أ) التي تنص على أنه : " أ) إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

¹⁴⁵ أشار إليه : خالد جمال، النظرية العامة، المرجع السابق، ص 265.

جهد معقول".¹⁴⁶ وينتقد بعض الفقه موقف المشرع البحريني في المادة (161)، ويرى أنه حينما تبنى معيار الجهد المعقول في تحديد النقصود بالأضرار المباشرة في نطاق العمل غير المشروع، قد وقع في نوع من التعارض، لأن معيار الجهد المعقول هو معيار خاص بالمسئولية العقدية، ويصعب تطبيقه في نطاق المسئولية التقصيرية.¹⁴⁷

و من تطبيقات القضاء البحريني، قرار محكمة التمييز الذي قضت فيه بأنه : "يشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون قد نشأ بصورة طبيعية في نطاق السير العادي للأمر ونتج مباشرة عن الفعل المطلوب التعويض عنه فيكون نتيجة ضرورية ومحققه له ولا يستطيع المضرور توقيه ببذل جهد معقول " .¹⁴⁸ وقضت في قرار آخر بأن العامل الذي يتمتع صاحب العمل عن تنفيذ عقده قبل انتهاء مدته المحددة بدون مبرر لا يستحق أجره عن المدة الباقية من العقد بعد أن انقطع عمله فيها وإنما يستحق تعويضاً عما أصابه من ضرر نتيجة الانتهاء المبسر للعقد يقدر بمقدار ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وقد يكون مساوياً للأجر الذي كان يستحقه عن بقية مدة العقد وقد يزيد عنه أو ينقص إذ يراعى في تقديره ليس فقط أجر العامل بل يراعى حسبما نصت عليه المادة 109 من قانون العمل العرف الجاري إن وجد وطبيعة العمل ومدة العقد وبوجه عام الأحوال التي يتحقق معها وقوع الضرر.¹⁴⁹

وقضت في نطاق المسئولية التقصيرية بأن : " الضرر المادي الموجب للتعويض إنما يتحدد بمقدار الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات نتيجة العمل غير المشروع " .¹⁵⁰ وقضت في قرار آخر بأن للمؤلف في حالة الاعتداء على مصنفه الحق الحصول على تعويض يشمل ما لحقه من خسارة

¹⁴⁶ صبري حمد خاطر ، احكام الالتزام، المرجع السابق، ف 124، ص 86 و 87 / خالد جمال أحمد، النظرية العامة، المرجع السابق، ص 264. ه 1 .

¹⁴⁷ صبري حمد خاطر ، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 349 و 350.

¹⁴⁸ القاعدة رقم 83 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 24 لسنة 2001 المكتب الفني السنة القضائية 12 تاريخ الجلسة 2001/05/07 - صفحة 288 .

¹⁴⁹ القاعدة رقم 33 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 86 و 92 لسنة 2000 المكتب الفني السنة القضائية 12 تاريخ الجلسة 2001/02/18 - صفحة 110.

¹⁵⁰ القاعدة رقم 241 الفقرة رقم 7 من الطعن رقم 327 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 16 تاريخ الجلسة 2005/12/19 - صفحة رقم 937 / الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 8 لسنة قضائية 2003 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/12/08 - صفحة رقم 675 / القاعدة رقم 92 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 291 لسنة 2004 المكتب الفني السنة القضائية 16 تاريخ الجلسة 2005/04/25 - صفحة رقم 337 / القاعدة رقم 148 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 41 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 16 تاريخ الجلسة 2005/06/27 - صفحة رقم 579 .

بسبب هذا الاعتداء وما فاتته من كسب نتيجة حرمانه من استغلال مصنف مالياً.¹⁵¹

ونخلص مما تقدم، إلى أن أركان العمل القانوني متمثلة في الفقه والقضاء والتشريع، اجمعت على نفي ازدواج المسؤولية المدنية، فيما يخص جواز تعويض الأضرار الغير مباشرة، فلا خلاف في ذلك بين أن يكون الضرر ناشئاً عن الإخلال بالتزام عقدي أو التزام قانوني، ففي الحالتين لا يعوض إلا الضرر المباشر، بعنصره الخسارة و فوات الكسب .

ثانياً: الاختلاف في مدى التعويض

يذهب أنصار فكرة الازدواج إلى التمييز بين المسؤولية العقدية والتقصيرية من حيث توقع الضرر وعدم توقعه،¹⁵² حيث يرون أن المدين في المسؤولية العقدية لا يلتزم إلا بتعويض الأضرار التي حصل توقعها أو كان يمكن توقعها وقت العقد، في حين أنه في المسؤولية التقصيرية يلتزم بتعويض جميع الأضرار المباشرة، المتوقعة منها وغير المتوقعة،¹⁵³ بعض النظر عن سوء نية المسئول أو حسنها.¹⁵⁴ مع ذلك فإن هذا الاختلاف يزول عندما يرتكب المتعاقد بمناسبة الإخلال بالعقد غشاً أو خطأ جسيماً،¹⁵⁵ لأن الغش أو

¹⁵¹ الفقرة رقم 3 من الطعن رقم 268 سنة قضائية 2001 مكتب فني 13 تاريخ الجلسة 2002/06/3 - صفحة رقم 461.

¹⁵² معيار الضرر المتوقع أو غير المتوقع هو معيار توقع الرجل المعتاد منظور إليها نظرية مجردة أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، وعلى المدين في مجال المسؤولية العقدية ليس توقع الضرر بسببه فقط وإنما بمقداره وعليه فإن الوقت الذي ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد وفي قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " يجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل أيضاً توقع مقداره وسببه " / نقض مدني 12 يونيو 1969 مجموعة أحكام النقض 20 - 939 - 149. أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 23. ه 43.

¹⁵³ المرجع السابق، ص 23 / عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص 416 وما بعدها / حسين عامر، المرجع السابق، ص 39 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 849 / عسعيد سعد، المرجع السابق، ص 332 / منذر الفضل، المرجع السابق، ص 235.

¹⁵⁴ Demolombe, couts de code napoleon, 2 edition, Paris 1870. p 685.

أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 23.
¹⁵⁵ يعتبر الغش مرادفاً للخطأ العمد، فهو الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المنفق عليه، و إذا كان الخطأ العمد ينطوي دائماً على سوء نية فإن الغش في نظرية الالتزام العقدي يعتبر مرادفاً لاصطلاح سوء النية، ولكن لا يشترط فيه توافر قصد الإضرار بالدائن. أما الخطأ الجسيم فهو خطأ غير عمدي ولا يخرج عن الإهمال وعدم الاحتياط ولكنه يقوم على عدم اكتراث بالغ بالالتزامات واستهتار كبير بالحقوق دون نظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الاستهتار. شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 649 و 650.

الخطأ الجسيم يخرج بفعل الإخلال بالالتزام عن إطار التوقع، بل و رأى البعض أن المسؤولية في هذه الحالة تصبح تقصيرية.¹⁵⁶ حيث يقولون بأن مسؤولية المدين تنقلب إلى مسؤولية تقصيرية فتشمل الضرر غير المتوقع.¹⁵⁷

وينتقد الأستاذان هنري وليون مازو فكرة انقلاب المسؤولية العقدية بالغش إلى مسؤولية تقصيرية، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد، حتى لو كان سيء النية في عدم تنفيذه. و أن المسؤولية عن الضرر الغير متوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون.¹⁵⁸

ويبرر أنصار الازدواج هذا الاختلاف بين نوعي المسؤولية المدنية، استناداً إلى ما يلي :

1- إن هناك شرطاً ضامناً، اتفق عليه المتعاقدان يتضمن قصر المسؤولية على الضرر المتوقع، والعقد يعتمد التراضي، ما لم يكن الضرر المباشر ناشئاً عن غش المدين أو خطئه الجسيم؛ فالشرط الضمني في هذه الحالة يكون باطلاً، فيصبح المدين ملتزماً بتعويض كل الضرر، متوقعاً كان أو غير متوقع.¹⁵⁹

2- إن العقد إرادة قائمة على التوقع، فإذا لم تخرج المسؤولية عن نطاق العقد فهذا يعني أنها لا تخرج عن نطاق التوقع، ويستوي في ذلك أن يكون الالتزام العقدي التزاماً بنتيجة أو التزاماً ببذل عناية. فإذا كان الالتزام هو بنتيجة فإنه يستلزم التوقع، لأن أي ضرر غير متوقع لا يتعلق بها ما دامت هي ذاتها توقع عقدي، وما لا يتعلق بها يكون خارج نطاق العقد. وإذا كان الالتزام ببذل عناية فليس ممكناً أن يتوقى المتعاقد الضرر ببذل عناية الشخص المعتاد ما لم يكن الضرر يقع في إطار توقعه. فضلاً عن ذلك فإن المتعاقد يتحمل خطر الضرر المتوقع مادام قد تعاقد وهو يتوقع هذا الضرر ولو أراد عدم تحمل عبء تجنبه

¹⁵⁶ صبري حمد خاطر ، مصادر الالتزام، المرجع السابق. ص 291 / حسين عامر، المرجع السابق، ص39، 40، 400 و 401 / عبدالمعين لطفى، المرجع السابق، ص160 / حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، ط 2، دون ناشر ، دون بلد نشر، ص 487.

¹⁵⁷ لطيفة أمازو ، الالتزام البائع بالتسليم المبيع في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق- جامعة مولود معمري ، الجزائر. 2011. ص500

¹⁵⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 452، ص 770 / محمد عبد الظاهر، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، المؤسسة للطباعة الفنية والنشر، مصر، 2012، ص 67 و ما بعدها.

¹⁵⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 452، ص 771.

لما تعاقداً¹⁶⁰ إما الفعل الضار الذي ترتبت عليه المسؤولية التقصيرية فليس قائماً على التوقع ولذلك تشمل المسؤولية الضرر الناجم عنه ما دام مباشراً ولا شأن للإرادة من توقعه أو عدمه¹⁶¹.

فرق المشرع الفرنسي بين نوعي المسؤولية فيما يتعلق بمسالة توقع أو عدم توقع الضرر، فالقاعدة وفقاً للمادة (1150) من القانون المدني الفرنسي، أن التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الأضرار المباشرة المتوقعة، باستثناء حالة الغش والخطأ الجسيم، حيث يكون لمتعاقد المضرور في هذه الحالة الحصول على تعويض للأضرار كافة التي أصابته حتى ما كان منها غير متوقع عند إبرام العقد.¹⁶² ولقد استقر القضاء الفرنسي على قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع. ولقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك وبشكل صريح عندما اعترفت في حكم لها للمتعاقد المضرور من الخطأ الجسيم الذي وقع أثناء تنفيذ العقد، بالحق في رفع دعوى المسؤولية على خصومه - ليس على أساس العقد - إنما على أساس المادة 1382 من القانون المدني، وأن يحصل على تعويض عن كافة الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، التي سببها له الخطأ التقصيري أو شبه التقصيري.¹⁶³

سار المشرع المصري على نهج المشرع الفرنسي في المادة (2/221) من القانون المدني التي تنص على أنه: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".¹⁶⁴ وقد ذهب الفقه المصري في تبرير مسؤولية المدين عن الضرر غير المتوقع في حالة الغش

¹⁶⁰ صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ف247، ص 215 و216.

¹⁶¹ المرجع السابق، ص 290.

¹⁶² جنيفيغ فيني، المرجع السابق، ص530.

¹⁶³ Cass. civ. 11-12-1926. D. 1927. P. 105. Cass. civ. 4-2-1975. D. 1975. P. 405.

أشار إليه: محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص70 و71 / أنظر أيضاً: نقض مدني 7 يولييه 1924 - سيرييه 1925 - 1-321. نقض مدني 11 يونيو 1928 - جازيت دي باليه 1928 - 2-327. أشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص772.

¹⁶⁴ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: "ويكون للمسؤولية العقدية، في حالتي الغش والخطأ الجسيم، حكم المسؤولية التقصيرية. أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردهما، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط خرجت بذلك من نطاق المسؤولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها. ويراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقد للضرر الواجب تعويضه يجب أن ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه". عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص769. 1.

والخطأ الجسيم، بأن الأصل في المسؤولية، عقدية أو تقصيرية، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله، حتى لو كان غير متوقع. ذلك أن المدين مسئول عن كل ضرر، فهو الذي أحدثه مباشرة بخطئه. إلا أن المسؤولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد، بإرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها. وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذي يتوقعه المدين، فهذا الذي يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه. ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع. ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتي غش المدين وخطأه الجسيم، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض الضرر، متوقعاً كان أو غير متوقع، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يعدل مقدار المسؤولية.¹⁶⁵

ومن تطبيقات القضاء المصري، ما قضت به محكمة النقض المصري بأن الناقل العادي لا يكون مسئولاً عن تعويض الوزارة الطاعنة عن فوات الكسب بسبب زيارة سعر البضاعة التالفة أثناء النقل، لأنه لا يمكنه أن يتوقع مقدار الكسب الذي يفوت الوزارة الطاعنة نتيجة فرضها السعر الجبري في حالة تلف البضاعة أو فقدها، فهو لا يستطيع الالمام بالأسعار الجبرية التي تفرض في البلاد التي ترسل إليها السفينة وما يطرأ عليها من تغيير.¹⁶⁶ وقضت في حكم آخر بأن: "تقدير التعويض على أساس المسؤولية العقدية أخف منه على أساس المسؤولية التقصيرية، إذ أنه طبقاً لنص المادة 221 من القانون المدني يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية - في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم - على الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن في الاستطاعة توقعه ببذل جهد معقول، ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي، بمعنى أنه ذلك الضرر الذي

¹⁶⁵ المرجع السابق، ص 771 / سمير تناغو، المرجع السابق، ص 183.

¹⁶⁶ نقض مدني 12 يونيو 1969 مجموعة أحكام النقض 20 - 939 - 149. أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 23. هـ 43.

طعن مدني 7 فبراير 1984 في الطعن رقم 681 لسنة 49 ق / 6 يونيو 1984 في الطعن 1070 لسنة 553 ق / استئناف مختلط في 29 مارس سنة 1944. م 56، ص 98. أشار إليه: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر)، المرجع السابق، ص 849.

يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه. لما كان ذلك، وكان تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل القانون التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءً بالتعويض على ما ورد بتقرير الخبير من حساب هذا التعويض على أساس أن قيمة الأرض التي استحالت تنفيذ التزام الطاعنة بنقل ملكيتها للمطعون ضده وقت إعداد التقرير في عام 1992 مبلغ 6918080 جنيه في حين أن هذه القيمة لا تزيد عن مبلغ عشرين ألف جنيه وقت التعاقد في 9-12-1950 وإذ لم يبين من هذا التقرير الذي أخذ به الحكم ما إذا كان التعويض الذي قدره قد شمل الضرر المتوقع أو غير المتوقع أو جمع بينهما وما إذا كانت الطاعنة قد ارتكبت غشاً أو خطأ جسيماً في عدم تنفيذ العقد المبرم بينها وبين المطعون ضده من عدمه وهي أمور من شأنها تحديد العناصر القانونية المكونة للضرر كان يتعين على الحكم أن يقول كلمته فيها باعتبارها مسألة قانونية وهو ما يعجز محكمة النقض عن إعمال رقابتها في شأن صحة تطبيق القانون، مما يعيب الحكم ويوجب نقضه جزئياً في هذا الخصوص.¹⁶⁷

كما قصر المشرع البحريني بموجب المادة (2/223)¹⁶⁸ من القانون المدني، التعويض عن الأضرار الناشئة عن الإخلال بالالتزامات العقدية على الأضرار المتوقعة دون الأضرار الغير المتوقعة ، باستثناء حالة الغش والخطأ الجسيم.

و لقد استقرت أحكام القضاء البحريني على أن التعويض في المسؤولية العقدية وخلافاً للمسؤولية التقصيرية يشمل على الضرر المتوقع وحده. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأن : " التعويض عن المسؤولية العقدية يشمل ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، ويجب لاعتبار الضرر متوقعاً - وهو ما

¹⁶⁷ الطعن رقم 327 لسنة 72 ق. جلسة 2003/5/22.

¹⁶⁸ نصت المادة (2/223) من القانون المدني على أنه : " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " .

تتسع له المسؤولية العقدية دون الضرر غير المتوقع - أن يتوقعه الشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد، ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب، بل يجب أيضاً توقع مقداره ومداه".¹⁶⁹ وفي حكم آخر قررت بأن الضرر الناتج عن الخطأ في علاج المصاب نتيجة حادث هو ضرر متوقع أي محتمل الحصول فيعد ضرراً مباشراً يلتزم المسئول بتعويض المضرور عنه.¹⁷⁰

كما اعتبرت محكمة التمييز البحرينية بأن الأضرار التي لحقت المالك بسبب تصدع البناء الناتج عن استعمال المقاول لمواد ذات نوعية رديئة، هي أضرار متوقعة أثناء تشييد البناء ، ومن ثم ألزمت المقاول المسئول بتعويض المالك عن هذه الأضرار . حيث جاء في قرارها ما نصه : " أنه وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 93 من قانون العقود فإن من أخل بعقد يلزم بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي لحق به والذي يمكن توقعه وقت التعاقد وهذا الضرر المتوقع هو الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المتعاقد المخل بالعقد وقت اجرائه فهو يقاس بمعيار موضوعي لا معيار شخصي لما كان ذلك وكان البين من مطالعة الحكم المطعون فيه أنه عرض لدفاع الطاعن بعدم مسئوليته عن الأضرار التي لحقت بالبناء الذي تعاقد مع المطعون ضده على تشييده له بسبب..... ورد إليه بما مفاده..... ثم استخلص الحكم مما اثبتته الخبر في تقريره من أن الأضرار التي لحقت بالبناء مرجعها نوعية المواد المستعملة و اسلوب تناولها فضلاً عن انخفاض نسبة الاسمنت في الخلط وارتفاع نسبة أملاح الكلوريد والكبريت ووجود فجوات كبيرة في بعض الوحدات الخرسانية لعدم اتقان عملية صبها وهو ما أدى الى تآكل قضبان التسليح و إلى سرعة تدهور الخرسانة بما يوفر المسئولية في حق الطاعن وما أورده الحكم على النحو المتقدم يوضح ان ما يتعلل به الطاعن بشأن عيب استخدام الحصى الأبيض لم يكن هو السبب الرئيسي فيما أصاب البناء من تصدعات و إنما كان للعيوب الأخرى الكثيرة الموضحة بتقرير الخبر دورها الفعال في احداث الضرر هو أمر كان متوقعاً في الوقت الذي كان يجري فيه تشييد البناء و إذ كان ذلك وكانت المحكمة قد

¹⁶⁹ الفقرة رقم 5 من الطعن رقم 446 لسنة قضائية 2002 و 10 لسنة قضائية 2003 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/11/10 - صفحة رقم 597 .

¹⁷⁰ القاعدة رقم 117 الفقرة رقم 3 من الطعن رقم 8 لسنة 2001 المكتب الفني السنة القضائية 12 تاريخ الجلسة 2001/06/25 - صفحة 394 .

اطمأنت الى تقرير الخبير ووجدت فيه ما يكفي لاقتناعها بالرأى الذى انتهت إليه فإنه لا وجه لتعيب حكمها بأنه عول على تقرير ذلك الخبير دون مناقشته فيه".¹⁷¹

• استنتاج :

لقد استقر الرأي في الفقه والقضاء والتشريع على أن مسألة توقع أو عدم توقع الضرر، تصلح لازدواج المسؤولية المدنية إلى العقدية والتقصيرية. والذي يبدوا لنا أن الاختلاف بين نوعي المسؤولية بشأن تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة يرجع إلى لحظة نشوء الالتزام العقدي أو التقصيري، ولما كان الالتزام في المسؤولية العقدية ينشأ عن عدم تنفيذ العقد، وهذا العقد ينشأ من إرادة المتعاقدين ؛ لذلك فإن المتعاقدين عند إبرام العقد يحددان مدى ونوع الالتزامات الملقاة على عاتق كل منهما، وإن يتوقعا النتائج المترتبة على عدم التنفيذ. ومما يدل على ذلك أن المتعاقدين يتفقان مسبقاً عند إبرام العقد على مقدار التعويض المستحق عند إخلال أحدهما بالالتزاماته وهو ما يعرف بالشرط الجزائي ، ففي هذه الحالة فإن المتعاقدين يتوقعان مسبقاً بأنه قد يحدث إخلال بالعقد من أحدهما ، وعلى ضوء ذلك يحدد المقابل الذي يتوقعان أنه يكفي لجبر الأضرار التي يمكن أن تنتج عن ذلك. أما في المسؤولية التقصيرية فالالتزام ينشأ من اللحظة التي يرتكب فيها المسؤول الفعل الضار، ومن هذا الوقت تنشأ العلاقة بين المضرور والمسئول. ففي هذه المسؤولية نحن بصدد إنشاء التزام لم يكن موجوداً من قبل؛ لذلك فليس بالإمكان مطالبة المسؤول، أن يتوقع مسبقاً النتائج المترتبة على سلوكه الخاطئ.

ثالثاً: الاختلاف في نوع التعويض:

يشار بشأن ازدواج المسؤولية موضوع آخر في التعويض، وهو التعويض عن الضرر الأدبي.¹⁷² حيث ذهب بعض الفقه إلى وجود فرق بين المسئوليتين

¹⁷¹ القاعدة رقم 87 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 71 لسنة 1993 المكتوب الفني السنة القضائية 4 بتاريخ الجلسة 1993/11/21 - صفحة رقم 380.

¹⁷² لقد تعدد التعريفات الفقهية للضرر الأدبي، منها تعريفه بأنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، بل في شعوره وعواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي . و

من حيث التعويض عن الأضرار الأدبية التي تلحق بالمضرور، فيما يشمل التعويض بموجب المسؤولية التقصيرية جميع ما لحق بالمضرور من أضرار مادية و أدبية، ينحصر التعويض بموجب المسؤولية العقدية في الأضرار المادية وحدها، دون الأضرار الأدبية .¹⁷³

ويستند هذا الاتجاه للتدليل على وجود هذا الفارق بين نوعي المسؤولية المدنية، إلى ما يلي :

1- لا يمكن إنزال الشرف والسمعة والعاطفة والإحزان منزلة الأموال المادية ؛ لعدم إمكانية تقويمها بالنقد، فالمسؤولية العقدية يفترض التعويض فيها الإخلال بمصلحة مالية.¹⁷⁴

2- تقاليد القانون الفرنسي القديم التي كانت لا تجيز تعويض الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية.¹⁷⁵

3- إن المادة (1149) مدني فرنسي تحصر التعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي في الضرر المادي الذي يتمثل الخسارة التي تلحق الدائن المضرور والكسب الذي يفوته، وذلك بعكس الضرر المعنوي الذي لا ينقص من الذمة المالية ؛ لذلك فالضرر المعنوي الذي يترتب وحده على الإخلال بالالتزام عقدي لا ينشأ حقا في التعويض عنه.¹⁷⁶

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي في القانون المدني القديم أجاز التعويض عن الضرر الأدبي في إطار المسؤولية التقصيرية فقط، دون المسؤولية العقدية، فعدم تنفيذ الالتزام العقدي لا يوجب التعويض إلا إذا أثبت الدائن ما لحقه من خسارة مادية.¹⁷⁷

لقد عرف واضعو مشروع القانون الفرنسي والإيطالي للالتزامات والعقود الضرر الأدبي بأنه: " الضرر الذي لا يمس الذمة المالية وإنما يصيب فقط أ لمأ معنوياً للمتضرر ". وعرف أيضاً بأنه: " الضرر الذي لا يمس المصالح المادية التي يمكن تقويمها عادة بالنقد كما عرف على أنه: إخلال بمصلحة غير مالية. ومن تعاريفه أيضاً أنه: الأذى الذي لا يصيب الشخص في ماله، بل يصيبه في شرفه أو سمعته أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي. كما عرف بأنه: " ما يصيب الإنسان في شرفه وسمعته واعتباره. كما عرف بأنه الضرر غير الاقتصادي، بحيث يشمل كل ما يمس الحياة الشعورية والعاطفية للإنسان كما يمس رفاهيته. أحمد عابدين، التعويض عن الضرر المادي والأدبي و المورث، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص137/ جلال علي العدوي، أصول الالتزامات: مصادر الالتزام، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص 425.

¹⁷³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 767.

¹⁷⁴ باسل محمد يوسف، المرجع السابق، ص 96.

¹⁷⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر)، المرجع السابق، ف 449، ص 767 / صبري حمد خاطر، النظرية العامة، المرجع السابق، ف 333، ص 291.

¹⁷⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 22 إلى 25 / سمير تناغو، المرجع السابق، ص 181

¹⁷⁷ باسل محمد يوسف، المرجع السابق، ص 107.

كما أن بعض التشريعات، كالتشريع العراقي¹⁷⁸ التشريع الأردني¹⁷⁹ تبنت الاتجاه الذي يسند الازدواج إلى اختلاف المسئوليتين العقدية والتقصيرية في التعويض عن الضرر الأدبي، حيث حصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في كل من التشريعين على المسئولية التقصيرية دون المسئولية التقصيرية.¹⁸⁰

رابعاً: الاختلاف في طريقة التعويض

تختلف طبقاً لفكرة الازدواج طريقة إصلاح الضرر في نطاق المسئولية العقدية عنها في نطاق المسئولية التقصيرية. حيث ذهب أنصار فكرة الازدواج إلى أن المسئولية التقصيرية يجوز فيها التعويض العيني، كما يجوز التعويض النقدي، و أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في اختيار الطريقة الأكثر ملائمة لجبر الضرر من بين التعويض العيني والتعويض النقدي. أما في المسئولية العقدية، فالتعويض يكون حتماً، مبلغاً من النقود، وليس للقاضي أن يجعل موضوعه شيئاً آخر غير النقود.¹⁸¹

¹⁷⁸ المادة 169 من القانون المدني العراقي، إلا أن المشرع العراقي في قانون النقل رقم 80 الصادر سنة 1983، أجاز التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الإخلال بالالتزامات العقدية في عقد النقل في المادة (24) منه. منذر الفضل، المرجع السابق، ص 233. هـ 433.

¹⁷⁹ باسل محمد يوسف، المرجع السابق، ص 111.

¹⁸⁰ منذر الفضل، المرجع السابق، ص 232.

¹⁸¹ حسين عامر، المرجع السابق، ف 49، ص 37 / يعرف التعويض العيني بأنه: إعادة توازن الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر أما بمحو الضرر حالاً أو بمنع استمرار الضرر مستقبلاً. وعرف أيضاً بأنه: العوض الغير نقدي الذي يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مآنته مباشرة، بمعنى إزالة مصدر الضرر وذلك بإزالة المخالفة عيناً أو منع استمرار الضرر في المستقبل، ويكون أكثر تكاملاً لطبيعة الضرر من التعويض العيني، كما عرف بأنه: يراد به عملية إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً بإعادة المتضرر (طالب التعويض) إلى نفس الوضع الذي كان عليه قبل أن يقترب المسئول خطأه الذي أحدث الضرر. أما التعويض النقدي فهو الذي يتضمن إعطاء المضرور مبلغ من النقود وهذا المبلغ إما أن يكون مجمداً يدفع للمصاب دفعة واحدة أو أقساطاً، و أما أن يكون إيراداً مدى الحياة أو مدى معينة، وهو الأصل في المسئولية التقصيرية. كما يوجد نوع ثالث من التعويض وهو التعويض الغير نقدي: وهو أن تأمر المحكمة بإداء أمر معين على سبيل التعويض. وهذا النوع من التعويض لا هو بتعويض عيني ولا هو بتعويض نقدي ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور فقد يكون من مصلحة المتضرر أن يطالب بتعويض غير نقدي، كالحكم على الوديع برد مثل الوديعة إذا تلفت أو ضاعت، و الأمر بنشر الحكم بالإدانة في دعوى القذف. د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 11، ص 60. هـ 71 د / حسين عامر، المرجع السابق، ف 553، ص 533 و 534 / سمير تناعو، المرجع السابق، ف 186، ص 261 / نواف حازم، المرجع السابق، ص 15 و 16 / نصير صبار، التعويض العيني، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النهرين، العراق، 2001، ص 104 / رائد كاظم محمد، التعويض في المسئولية التقصيرية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم، العراق، 2010، ص 85.

و لقد ثار خلاف في الفقه حول طريقة التعويض في المسئولية التقصيرية. فذهب فريق في الفقه إلى أن التعويض في المسئولية التقصيرية يكون حتماً مبلغاً من النقود بيد أن هذا الرأي رفض من قبل الفقه القضاء الفرنسي، الذين استقروا على أنه يجوز أن يكون التعويض في المسئولية التقصيرية عينياً أو نقدياً. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 11، ص 48 و 49 / نصير صبار، المرجع السابق، ص 116 و 117.

ويستند هذا الرأي إلى :

1- إن المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي التي تلزم محدث الضرر بفعله غير المشروع بتعويض هذا الضرر لم تحدد لتعويضه طريقة أو شكلاً معيناً،¹⁸² فعموم مصطلح (التعويض) الوارد في هذه المادة يفيد جواز التعويض العيني كما يجوز التعويض النقدي.¹⁸³

2- إن قوام المسؤولية التقصيرية إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر، بأقصى ما يمكن من دقة، برد المضرور على نفقة المسئول إلى الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعاً أن يكون عليها لو لم يقع الفعل الضار.¹⁸⁴

3- إن قاعدة اقتصار التعويض في المسؤولية العقدية على التعويض النقدي هي قاعدة تقليدية، مستمدة من مبدأ روماني هو : " لا يمكن إكراه الفرد، في شخصه، على عمل أو امتناع عن عمل ".¹⁸⁵ ولقد تضمن القانون الفرنسي تطبيقاً له في المادة (1142) منه، التي تنص على أنه : " كل التزام بعمل أو امتناع، يتحول إلى تعويض في حالة عدم تنفيذ المدين له ".¹⁸⁶ ولقد استتبقت الفقه من هذه المادة أن الجزاء الذي يوقع على المدين الممتنع عن الوفاء لا يكون إلا تعويضاً نقدياً، وأنه لا يحق تعويض الدائن عن طريق الزام المدين بالقيام بأي عمل إيجابي.¹⁸⁷

4- إن المادة (1143) التي تجيز للدائن أن يطلب إزالة ما حدث مخالفة للالتزام العقدي، تعتبر استثناء على قاعدة التعويض النقدي لا يجوز التوسع فيها . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز للقاضي، إذا لحق المنقولات تلف، في أثناء نقلها بالسكك الحديدية، أن يرفض عرضاً تقدم به أمين النقل بدفع تعويض نقدي عنها، ويحكم عليه بإجراء الإصلاحات اللازمة لها .¹⁸⁸

¹⁸² حسين عامر، المرجع السابق، ص37.

¹⁸³ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 49.

¹⁸⁴ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص49

¹⁸⁵ المرجع السابق، ف 11، ص 52. هـ 28.

¹⁸⁶ تقابلها المادة 215 مدني مصري والمادة 216 مدني بحريني.

¹⁸⁷ د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 11، ص 52 / نصير صبار، المرجع السابق، ص106.

¹⁸⁸ Cass .civ. 19 January 1926. cass. civ. 4 june 1924.

أشار إليه : د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص53. هـ 33.

أخذت بعض أحكام القضاء الفرنسي بالتعويض العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية، حيث قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بأنه إذا كان الضرر يقدر في الغالب بالنقود، إلا أن المادة 1382 لا تمنع مع ذلك إطلاقاً أي طريقة أخرى للتعويض.¹⁸⁹ وفي حكم آخر قضت بأن لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي، سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر الناشئ عن الجنحة.¹⁹⁰

وفي المقابل رفض القضاء الفرنسي التعويض بغير النقود عند الإخلال بالالتزام العقدي، حيث أكدت محكمة النقض على أنه لا يوجد نص في القانون يجيز لقاضي الموضوع الحكم على الخصم في الدعوى، تعويضاً عن ضرر يسأل عنه، بالقيام بعمل لا يفرضه عليه العقد أو القانون، ولا يريد القيام به.¹⁹¹ وفي قضية أخرى، قضت محكمة الموضوع بتمديد عقد الإيجار إلى أن يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر، التي امتنع عن القيام بها. ولكن المستأجر طعن في الحكم على أساس أن حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الإيجار أدى إلى نشوء التزام جديد في ذمة (المستأجر)، وأن ليس للمحكمة أن تنشأ هذا الالتزام، ويعد هذا الحكم خرقاً للمادة (1142) من القانون المدني الفرنسي، التي تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ. وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الموضوع الذي قضى بالالتزام المستأجر بالترميمات المفروضة عليه مسببة ذلك بأنه لا يجوز الحكم سوى بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالقيام بالترميمات المفروضة عليه، وذلك وفقاً للأحكام المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي.¹⁹²

ولقد قضت محكمة التمييز البحرينية في نطاق المسؤولية عن مضار الجوار بأغلاق كراج على سبيل التعويض العيني، حيث جاء في حكمها أنه: "لما

¹⁸⁹ نقض فرنسي 6 ديسمبر 1869. أشار إليه: محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 11، ص 84.

¹⁹⁰ نقض جنائي فرنسي 20 مارس سنة 1952. أشار إليه: نصير صبار، المرجع السابق، ص 116.

¹⁹¹ نقض 4 يونيو سنة 1924، سيرى 1925، - 1- 97. نقض 9 يوليو 1888، دالوز 1889 - 1- 156. 19 يناير سنة 1926، دالوز الأسبوعي 1926، ص 115. نقض 15 مارس 1948، قضاء، ص 346.

أشار إليه: محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 53.

¹⁹² نصير صبار، المرجع السابق، ص 107.

كان الواقع في الدعوى أن الطاعن أقام دعواه بطلب إلزام المطعمون ضدهم أولاً بغلق جراجهم - في مواجهة جهات الإدارة - باقي المطعمون ضدهم - وإلزام الأخيرين بسحب وإلغاء الترخيص الصادر لهم باستغلاله في سمكرة وصباغة السيارات، وذلك لما يسببه ذلك الاستغلال من مضار لجاره الطاعن وعائلته، تمثلت في الضوضاء الشديدة التي يحدثها الطرق أثناء السمكرة، وانبعاث أبخرة ورذاذ أثناء الصباغة يحتويان على مواد كيميائية ضارة بصحة الإنسان ويحظرها قانون البيئة، وأن غلق المحل كفيل بإزالة الضرر، وكان طلب غلق المحل بحسب حقيقته ومرماه إنما هو طلب بتعويض الطاعن تعويضاً عينياً عن مضار الجوار غير المألوفة، والتي وإن خلا التشريع البحريني من نص ينظمها إلا أن الشريعة الإسلامية التي عرفتها ونظمت أحكامها تكون واجبة التطبيق عملاً بالفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، وكان من المقرر - وفق أحكامها - أن على المالك - ويأخذ حكمه المستأجر والمنفعة - ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بالجوار ضرراً فاحشاً غير مألوف لم تجر العادة بالتسامح فيه ويراعي في تقدير هذا الضرر، ما جرت به العادة بين الجيران أن يتحملة بعضهم من بعض وطبيعة العقارات وما خصصت له من أغراض، ولا يمنع طبقاً للقواعد العامة سبق الترخيص الإداري للمحل من أن تأمر المحكمة بغلقه كتعويض عيني يجبر ما يحدثه من مضار غير مألوفة، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعمون فيه قد رفض الدعوى لما خلص إليه من خلوها من دليل على تعسف المطعمون ضدهم في استعمال حقهم في استغلال الجراج بإحدى صور التعسف التي أو ردها القانون، وأنه بذلك لم يلحق الطاعن ضرر غير مألوف، فتكسب الحكم بذلك التكييف الصحيح للدعوى ومداره مضار الجوار غير المألوفة وخلط بينه وبين التعسف في استعمال الحق رغم اختلافهما مدلولاً وحكماً مما حجب عنه تحقيق دفاع الطاعن بشأن طبيعة المضار التي يدعيها وأن سكناه بالحي سبق استغلال الجراج المجاور له في ذلك النشاط وهو دفاع جوهرى من شأنه - إن صح - أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، الأمر الذي يعيب الحكم فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون بالقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، بما يعيبه ويوجب نقضه " .¹⁹³

¹⁹³ القاعدة رقم 238 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 559 لسنة 2006 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ الجلسة 2007/11/05 - صفحة رقم 1125.

المطلب الثاني

ازدواج المسؤولية تبعاً لضمان التعويض

يذهب أنصار ازدواج المسؤولية المدنية إلى وجود فروق أخرى بين المسئولتين العقدية والتقصيرية من حيث ضمانات حصول المضرور على التعويض، ترجع إلى اختلاف مصدر الالتزام في كل من المسئوليتين، فمصدر الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية هو العقد، وهذا العقد ينشأ عن توافق إرادة المتعاقدين في حين أن مصدر الالتزام بتعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالالتزام قانون، أي أن القانون هو الذي أنشأ هذا الالتزام وحدد مداه، ولم تتدخل إرادة الطرفين في نشؤه. ولغرض الإحاطة بهذه الفروق نتناولها تباعاً فيما يأتي :

أولاً : الاختلاف في التأمينات

يعد التضامن بين المدنيين من أقوى التأمينات الشخصية للالتزام بالتعويض المستحق للمضرور،¹⁹⁴ وهو ينشأ فارقاً هاماً بين المسؤولية العقدية والتقصيرية. حيث ذهب بعض الفقه إلى أنه في حال تعدد المدنيين، في المسؤولية العقدية، ينقسم عليهم الالتزام بالتعويض، كما انقسم الالتزام الذي ترتب على العقد في ذمتهم، بحيث لا يستطيع الدائن أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الالتزام الذي أخلو جميعاً به.¹⁹⁵

أما في المسؤولية التقصيرية، إذا تعدد المسئولون عن الفعل الضار، بأن ساهم كل منهم في إحداث الضرر بخطأه، التزموا جميعاً، على وجه

¹⁹⁴ يقصد بالتضامن : تعدد المدنيين في الرابطة القانونية، بحيث يكون للدائن أن يختار أي منهم و يطالبه بكل الديون ولا يستطيع هذا المدين أن يدفع في مواجهته بالرجوع أولاً على أحدهم، بل عليه أن يوفي بالدين ثم يكون له بعد ذلك حق الرجوع على سائر المدنيين كل بنسبة حصته في هذا الدين . عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 528.

¹⁹⁵ سمير تناعو، المرجع السابق، ص 219 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 262 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 12.

التضامن، بحيث يستطيع المضرور أن يرجع على أي منهم بالتعويض كله.¹⁹⁶ ويستند هذه الرأي إلى :

1- إن التأمينات المقررة للالتزام العقدي - عينية كانت أو شخصية - تضمن الالتزام بالتعويض المستحق عن الإخلال بذلك الالتزام، فمتى حكم للمضرور في التعاقد بالتعويض، فأن له أن يتمسك بما في مصلحته من ضمانات العقد،¹⁹⁷ لأن الالتزام بالتعويض مرده إلى إرادة العاقدين، فتشمله التأمينات التي اتفق عليها الطرفان عند التعاقد إن وجدت. ففي حالة تعدد المدينين، فإنه ليس للدائن أن يتمسك بالتضامن إلا إذا كان قد أشرطه صراحة في العقد. فإذا كان الالتزام أصلاً قد اشترط فيه التضامن بين المدينين، فإن التضامن يشمل أيضاً ما يحكم به من تعويض.¹⁹⁸

2- إن المادة (1202) من التقنين المدني الفرنسي تقضي، في الالتزامات العقدية بأن التضامن لا يفترض، بل يجب اشتراطه صراحة.¹⁹⁹

3- إن الالتزام الأصلي في العقد قد انقسم بين المدينين المتعديدين، بحيث لا يلتزم كل منهم إلا بجزء منه ولا يمكن تبعاً لهذا الزام أي منهم إلا بتعويض الضرر الذي ترتب على الإخلال بتنفيذ الجزء الذي التزم به، أو في عبارة مساوية، بجزء من التعويض عن الإخلال بالالتزام كله.²⁰⁰

4- إن المادة 1382 التي تلزم كل من أحدث بخطأ ضرراً أن يعرضه، ينطبق حكمها على كل من اشترك في الفعل الضار، لأنه ساهم بخطئه في إحداث الضرر كله ويكون عليه من ثم أن يعرضه كله. فمسئولية كل منهم لا تخففها الأخطاء الصادر من بقيتهم، لقيام علاقة سببية بين

¹⁹⁶ ربيع ناجح رابع، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني. رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح، فلسطين، 2008، ص 24.

¹⁹⁷ حسين عامر، المرجع السابق، ف 55، ص 42.

¹⁹⁸ سليمان مرقس -: المرجع السابق، ف 12، ص 25 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 55، ص 42.

¹⁹⁹ تنص المادة (1202) على أنه: "التضامن لا يفترض، وإنما يجب الاتفاق عليه"، فالقاعدة بموجب هذه المادة، أن لا تضامن بين المدينين في دين التعويض الناشئ عن الإخلال بالالتزام العقدي. فإذا تعدد المدينون بالتعويض كان كل منهم مسؤولاً بمقدار حصته فقط. بحيث لا يستطيع الدائن أن يرجع بالتعويض على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الالتزام الذي أخلوا جميعاً به إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، في حالة اتفاق المدينين فيما بينهم على التضامن في الوفاء به، في هذه الحالة يكون الالتزام بالتعويض الناشئ عن الإخلال به التزاماً تضامنياً أيضاً، وإلا فلا يكون بين المدينين تضامن لا في الالتزام الأصلي ولا في الالتزام بالتعويض. جنيف فيني، المرجع السابق، ص 536.

²⁰⁰ د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 18، ص 88 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 23، ص 37.

خطأ كل منهم وجميع الضرر، ويكون عليه تعويضه بأكمله، ولا يستطيع أن يجد في أخطاء زملائه سندا لإعفائه ولو جزئياً منه.²⁰¹

5- المادة (55) من قانون العقوبات الفرنسي التي تنص على أنه : " من يحكم عليهم في جناية واحد أو جنحة واحدة يكونون متضامين في الغرامات، وفي رد ما يجب رده، وفي التعويضات والمصروفات ". وبناء على هذا النص، يقوم التضامن بين الفاعلين المتعددين متى حكم عليهم جنائياً، في جناية أو جنحة واحدة ولو لم ينص على هذا التضامن في الحكم الصادر بإدانتهم و إلزامهم بالتعويض، أما مرتكبي المخالفات أو الأفعال الأخرى التي لا تعتبر جرائم جنائية أو الجنائيات والجنح التي لم يحكم فيها بعقوبة جنائية، فلا يكون بينهم تضامن في الالتزام بالتعويض فيظلون خاضعين لتلك القواعد العامة من التزام كل منهم بالتعويض كاملاً دون أن يكون لمن دفع التعويض رجوع على سائرهم، وهو ما يسميه الفقه بالتضام²⁰² تمييزاً له عن التضامن الذي تقضي به المادة (55) من قانون العقوبات الفرنسي.²⁰³

6- فكرة الحماية التي يراد توفيرها لضحية الفعل الضار في الحصول على حقه العادل في التعويض عنه. حيث أن التضامن بين المدينين من شأنه أن يزيد فرصة الدائن في الحصول على الدين. لأنه يستطيع أن يرجع على أي واحد منهم بكل الدين.²⁰⁴

استناداً للمادة (1202) من القانون المدني الفرنسي، استقر أحكام القضاء الفرنسي على أن التضامن في المسؤولية العقدية لا يقوم بين المدينين إلا بالاتفاق أو بنص القانون. وفي ذلك قضت محكمة استئناف باريس، وفقاً لذلك، في حالة ثبوت أخطاء متعددة في تنفيذ العقد، لا يقوم تضامن بين من وقعت منهم، لأنها أخطاء عقدية وليست تقصيرية.²⁰⁵ كما قضت محكمة النقض الفرنسية، بانقسام الالتزام بالتعويض على المدينين، ولو كان الالتزام الأصلي غير قابل للانقسام، لأن التضامن لا يكون في الالتزام الغير القابل للانقسام سوى نتيجة لاستحالة التنفيذ الجزئي للتقدمة التي

²⁰¹ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 18، ص 91 و 92.

²⁰² القانون الفرنسي يلزم المسؤولين عن الفعل الضار على سبيل التضامن، لا على سبيل التضامن وفقاً للرأي الراجح في الفقه والقضاء . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 18، ص 94.

²⁰³ أن الشريعة الإسلامية توجب التضامن في تضمين مرتكبي الفعل الضار . سليمان مرقس ، المرجع السابق، ف 187 ، ص 514 .

²⁰⁴ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 93 .

²⁰⁵ استئناف باريس 16 يناير سنة 1950. أشار إليه ، المرجع السابق، ص 88 هـ 5.

تكون محله، ولكن تزول هذه الاستحالة إذا استبدل بهذا الالتزام الذي محله عمل، الحكم بدفع تعويضات عن عدم تنفيذه.²⁰⁶

أما في المسؤولية التقصيرية، فلم يعالج المشرع الفرنسي مسأله تعدد المسؤولين عن الفعل الضار بنص خاص مما أوقع الفقه والقضاء في حيرة، سرعان ما انتهى رأي أغلب الفقه إلى تكييف التزام المسؤولين المتعددين بتعويض المضرور بأنه ((التزام بالكل in solidum))، والذي يذهب معظم الفقه العربي إلى ترجمته ((بالالتزام التضاممي)).²⁰⁷ ولقد اعتنق القضاء الفرنسي الرأي الذي يقضي بالتضامم بين المسؤولين في دين التعويض. وقضت محكمة النقض الفرنسية مستندة إلى نص المادة (1382) مدني فرنسي أن المشاركين في إحداث نفس الضرر الناجم عن أخطائهم يجب أن يلتزموا بالتضامم بالتعويض عن الضرر كاملاً كل حسب أخطائه المنسوبة إليه بالمساهمة في إحداث كل الضرر و دون النظر إلى تقسيم المسؤولية فيما بين هؤلاء المشاركين ولا يؤثر هذا التقسيم إلا في العلاقات التبادلية بين الشركاء في الفعل الضار، ودون أن يؤثر في خواص أو مدى التزامهم في مواجهة المضرور.²⁰⁸

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصري أخذ بهذا الفارق بين نوعي المسؤولية المدنية في القانون المدني، ففي المسؤولية العقدية، ينقسم دين التعويض على المدنيين، طبقاً للمادة (279)²⁰⁹ من القانون المدني المصري. ولا يقوم التضامن بينهم إلا بالاتفاق أو بنص القانون.²¹⁰

²⁰⁶ نقض فرنسي 14 مارس سنة 1933. أشار إليه، المرجع السابق، ص 88. ه 7. و نقض فرنسي 30 ديسمبر 1952 داللو 1953 - 183. نقض فرنسي 2 يونيو 1930 داللو الاسبوعية 1930 - 377. أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ص 425.

²⁰⁷ جلال محمد، الرجوع بين المسؤولين المتعددين دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2011، ص 25 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 93 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 465.

²⁰⁸ نقض فرنسي بتاريخ 1939/12/4 أشار إليه : التضامم. بحث منشور على الأنترنت، على الموقع www.docstoc.com/docs.

ولقد كان القضاء الفرنسي قديماً، يلزم المسؤولين بالتعويض على سبيل التضامم، ويطبق أشاره الثانوية عليهم، في إبراء الدائن لاحدهم. نقض فرنسي 17 مارس سنة 1902. أشار إليه : محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 18، ص 94 و 95. ه 33.

²⁰⁹ تنص المادة 279 من القانون المدني المصري على أنه : " التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".

²¹⁰ عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص 29.

وبالنسبة للتضامن في المسؤولية التقصيرية، فقد قررت المادة (169)²¹¹ من القانون المدني المصري التضامن في حالة تعدد المسؤولية عن فعل ضار، حيث يصبح كل منهم مسؤولاً في مواجهة المضرور لتعويضه عن كل الضرر الذي نتج عن الفعل الضار، إذ يستطيع المضرور أن يرجع عليهم جميعاً أو على من شاء منهم طالباً التعويض عن كل الضرر، دون تفرقة بينهم لاختلاف أدوارهم في أحداث الضرر.²¹²

ولقد استقرت أحكام القضاء المصري على التمييز بين المسئوليتين العقدية و التقصيرية في مسألة التضامن، ومن ذلك حكم محكمة النقض المصرية الذي قضت فيه بالتضامن بين الشركاء في الإخلال بتنفيذ العقد المبرم بينهم إستناداً إلى وجود اتفاق ضمني بين الشركاء . ولقد استخلصت المحكمة وجود هذا الاتفاق من خلال التوكيل الصادر من الشركاء جميعاً والملحق بالعقد والذي يتضمن تفويض كل منهم الآخر في توكيل الآخر في تنفيذ العقد وما يتصل به بحيث يقوم كل منهم مقام الآخرين في تنفيذه ، ولقد جاء في حكمها ما نصه : " كان العقد المحرر بين المستأنفين والشركة قد خلا من النص على التضامن صراحة بين المستأنفين في حالة إخلالهم بالتزاماتهم - وكان التوكيل الصادر في ذات التاريخ وفي ذات التاريخ وفي نفس المجلس من المستأنف عليهم جميعاً والملحق بالعقد والذي يعتبر جزءاً متمماً له ويتضمن تفويض كل منهم الآخر في توكيل الآخر في تنفيذ العقد وما يتصل به بحيث يقوم كل منهم مقام الآخرين في تنفيذه ، هذا التوكيل المقصود في ذاته والتي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين إنما ينصرف إلى قيام التضامن في تنفيذ هذا العقد ، وهم بحكم النيابة المتبادلة يصبحون متضامنين فيما ارتبطوا به برباط واحد إزاء الشركة - فمتى كان الأمر كذلك يكون الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض

²¹¹ تنص المادة (169) من القانون المدني المصري بأنه : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب آل منهم في التعويض " .

²¹² في حالة رجوع المسؤولين فيما بينهم عند التضامن، يوزع التعويض الذي يدفع للمضرور بينهم بقدر دور كل منهم في إحداث الضرر، فإذا تعذر تحديد دور كل منهم، يقسم مبلغ التعويض عليهم بالتساوي. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ص 1047 / جلال محمد، المرجع السابق، ص 25 .

التضامن قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعين إلغاؤه في هذا الشق من الدعوى".²¹³

وفي حكم آخر قضت بأنه: " من المقرر قانوناً أنه إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر قبل المضرور إلا أن يستغرق أحدهم ما نسب إلى الآخرين من خطأ كان يكون الفعل الضار عمدياً يفوق في جسامته باقي الأخطاء غير العمدية أو يكون هو الذي دفع إلى ارتكاب الأخطاء الأخرى ".²¹⁴

وقضت في حكم آخر بأن الحكومة تكون مسئولة بالتضامن عن تعويض المصاب إذا هي أعطت لسانق رخصة، وثبت أنه ضعيف النظر وجاهلاً أمر القيادة وقت إعطاء الرخصة، وتسبب عن ذلك إصابة شخص ، حيث جاء في قرارها بأن : " الغرض من وضع لائحة السيارات ، إنما هو حفظ النظام والمحافظة على الأمن العام . ولو كان الأمر بخلاف ذلك لكان من الممكن بيع رخص السيارات لأي طالب كما تباع طوابع البريد. فيتعين إذن على من بيدهم تنفيذ نصوص لائحة السيارات من رجال الجهات الإدارية أن يراعوا عند تنفيذها ما يكفل حفظ النظام والمحافظة على الأمن العام. و قد اشترطت اللائحة شروطاً عدة في السيارات، وفي من يقودها و لجواز الحصول على الرخصة. و هذه الشروط لم تبين في اللائحة بيان حصر، و إنما بينت على سبيل التمثيل. والتمثيل يقصد به لفت الموظف المختص إلى أن يحسن التصرف في السلطة الموكلة إليه، وهي منح الرخص . ويكون ذلك واضحاً إذا فهم أن الغرض من اللائحة هو حفظ النظام و الأمن العام . وليس من حفظ النظام منح الرخصة لسانق يكون نظره ضعيفاً ويكون جاهلاً أمر القيادة . فإذا أعطت الحكومة لسواق رخصة ، وثبت أنه ضعيف النظر وجاهلاً كيفية القيادة وقت إعطاء الرخصة ، وتسبب عن ذلك إصابة شخص ما كانت الحكومة مسئولة بطريق التضامن مع سائق السيارة بتعويض الضرر الذي لحق المصاب".²¹⁵ وقضت في

²¹³ محكمة استئناف القاهرة – الدائرة السادسة المدنية – 1955/4/11 الاستئناف رقم 447 و 646 سنة 71 ق. أشار إليه : عبدالمعین لطفی، المرجع السابق، ص 28 و 29 .

²¹⁴ الطعن رقم 247 سنة 44 ق جلسة 1980/5/22. أشار إليه : محمد كمال، المرجع السابق، ص 1360.

²¹⁵ محكمة مصر الابتدائية – 1926/6/2 – المحاماة، سنة 7 رقم 246، ص 359. أشار إليه : عبدالمعین لطفی، المرجع السابق، ص 384.

حكم آخر بأن الدعوى المؤسّسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوى مسئولية عادية أساسها الفعل الضار فيحق لكل من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع الدعوى بطلب تعويض ما أصابه من ضرر جرائها على كل من شارك في إحداث هذا الضرر متى توافرت شروط تلك الدعوى وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر .²¹⁶

فرق المشرع البحريني أيضاً بين نوعي المسئولية المدنية في مسألة التضامن بين المسئولين في دين التعويض.²¹⁷ حيث نظم مسألة التضامن في المسئولية العقدية ، في (263) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه : " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون ". فبموجب هذه المادة، إذا تعدد المدينون في دين واحد، فإن الدين يقسم بينهم، ولا يقوم التضامن بينهم في الوفاء به إلا في حالتين، الحالة اتفاقهم على التضامن، والحالة وجود نص قانوني يقضي بالتضامن فيما بينهم، وكما في حالة الديون التجارية، حيث تنص المادة (73) من قانون التجارة البحريني على أنه : " 1- الملتمسون معاً بدين تجاري يكونون متضامين في هذا الدين مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. 2- ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في دين تجاري ". فبموجب هذا النص يكون التضامن مفترضاً بين المدينين أو الكفلاء في الوفاء بالديون التجارية²¹⁸ وكما في التضامن بين الشركاء بموجب قانون الشركات التجارية البحريني .²¹⁹

أما في المسئولية التقصيرية فالتضامن بين المسئولين عن الفعل الضار مقرر بنص المادة (160) من القانون المدني البحريني ، التي تقضي بأنه : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض

²¹⁶ الطعن رقم 436 لسنة 22 ق جلسة 1956/146. أشار إليه : سعيد أحمد، المرجع السابق، ص154.
²¹⁷ نظم المشرع البحريني أحكام التضامن في الالتزام بالتعويض، ضمن الباب الثالث الخاص بالأوصاف المعدلة لآثار الالتزام، في المواد من 263 إلى 283. كما أن القانون البحريني وكذلك القانون المدني المصري قد فرضا التضامن في حالات كثيرة، مثل حالة تعدد الفضولين، وتعدد الوكلاء، وحالة المهندس والمقاول.

²¹⁸ باسم محمد : شرح القانون التجاري البحريني ، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، 2006-2007، ص

²¹⁹ 42. المواد (2)، (25)، (28)، (35)، (36)، (54)، (102)، (186)، (246)، (347) من مرسوم بقانون رقم (21) لسنة 2001 بإصدار قانون الشركات التجارية .

الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض ". فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على أي من المسؤولين المتعديين بالتعويض كاملاً، ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما.²²⁰ والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوي على عدد الرؤوس، إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد جسامه كل من الخطأين، فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامه الخطأ. أي أنه إذا لم يمكن للقاضي أن يعين نصيب كل منهم في إحداث الضرر كانوا متضامنين. و إن أمكن تعيين نصيب كل منهم كانت مسؤولية كل منهم متميزة ومستقلة.²²¹

ومن تطبيقات القضاء في هذا الشأن ، ما قضت به محكمة التمييز البحرينية من أن :- "التضامن بين المدنين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون".²²² وفي حكم آخر قضت بأن : " المديرين في الشركة ذات المسؤولية المحدودة مسئولون تجاه الغير عن مخالفة أحكام القانون وعن الخطأ في الإدارة طبقاً لنص المواد 156 و 157 و 235 من قانون الشركات التجارية على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، فيسأل كل منهم عن خطئه الشخصي وإذا كان الخطأ مشتركاً بين المديرين المتعديين كانوا جميعاً مسئولين على وجه التضامن عن تعويض الغير عن الضرر الذي يلحقه نتيجة هذا الخطأ، حيث جاء في حكمها ما نصه: " إذا كان البين من عقد الشركة المذكورة أن إدارتها أسندت للطاعن وشريك آخر دون تحديد سلطة كل منهما. و كان الحكم المطعون فيه بما لمحكمة الموضوع من سلطة في

²²⁰ إذا تعدد المسئولين يكون كل مسئول مدعى عليه، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسؤولية. وما داموا متضامنين، فإن المدعي يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ويطلبه بالتعويض كاملاً. ذلك أن التضامن يقضي أن كلا منهم يكون مسئولاً قبل المضرور عن التعويض كله، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي، كل بقدر نصيبه، بحسب جسامه الخطأ أو بالتساوي على ما تقدم. و التضامن مقصور على المسئولين عن الفعل الضار. أما إذا أسهم معهم في إحداث الضرر متعاقد مع المضرور عن طريق الإخلال بالتزامه العقدي فيسأل وحده مسؤولية عقدية ولا يكون بينه وبين من أسهموا معه في إحداث الضرر تضامن، بل يقتصر التضامن على هؤلاء الآخرين. وقد ذهب البعض إلى أنه ما دام التضامن مقرراً بنص في القانون فإنه يكون قائماً ولو أغفل الحكم النص عليه، ولكن القضاء يذهب إلى ضرورة النص على التضامن في الحكم. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 515. هـ 23 / محمد كمال، المرجع السابق، ص 1360.

²²¹ لا يوجد تضامن في التعويض بين المسئولين في حالة ما إذا أمكن للقاضي أن يحدد نصيب كل من المسئولين في إحداث الضرر؛ وذلك لانعدام الرابطة المعنوية بينهم الناشئة من الاتفاق والرابطة المادية التي تترتب على شيوخ نسبة الضرر إلى كل منهم، فلا يكون ثبت محل للتضامن بينهم بالرغم من عموم نص المادة 169 إذ يعتبر كل منهم كأنه مرتكب فعلاً ضاراً مختلفاً عن فعل الآخر. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 187، ص 517.

²²² القاعدة رقم 65 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 267 و 283 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 2008/03/17 - صفحة رقم 316 / القاعدة رقم 65 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 19 تاريخ الجلسة 2008/03/17 - صفحة رقم 4. هـ 267 و 283 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/03/17 - صفحة رقم 4.

تقدير الدليل قد اعتمد على ما استظهره تقرير الخبير أن مديري الشركة لم يجدوا قيدها في السجل التجاري منذ سنة 1982 ولم يسبق لهما تعيين مراقب لحساباتها وفقاً لما نص عليها عقد تأسيسها ولم يقدموا لوزارة التجارة أي ميزانية سنوية للشركة أو حساباً لأرباحها وخسائرها أو تقريراً سنوياً عن نشاطها ومركزها المالي حسبما نصت المادة 243 من قانون الشركات التجارية. وأنه ليس للشركة وجود في عنوانها المسجل لدى وزارة التجارة أو في أي مكان آخر في البحرين مما يشير إلى أنها توقفت عن ممارسة نشاطها دون اتخاذ إجراءات حلها وتصفيته طبقاً للقانون. وكانت هذه الأخطاء في إدارة الشركة بالمخالفة لأحكام القانون من الأخطاء المشتركة التي يسأل عنها مديروها بالتضامن فيما بينهما ولا تختص بواحد منهما دون الآخر، فإن الحكم إذ خلص إلى مسؤولية الطاعن باعتباره أحد هذين المديرين عن الضرر الذي لحق المطعون ضدهم من جرائها والمتمثل في عدم تمكنهم من تنفيذ الحكم الصادر لصالحهم على أموال الشركة ومن ثم فوت فرصتهم في الحصول على حقهم قبلها مما يقتضي إلزامه بأن يؤدي لهم بالمبلغ المستحق لهم قبل الشركة تعويضاً عن هذا الضرر. فإنه لا يكون قد خالف القانون "223 ومن تطبيقاتها في نطاق المسؤولية العقدية حكمها الذي قضت فيه بأنه وفقاً لنص المادة 117 من قانون العمل فإنه ما لم يتم غلق المنشأة غلقاً نهائياً له ما يبرره فإن انتقال ملكيتها لا يؤثر على عقود استخدام عمالها طالما أن نشاطها نفسه لا زال مستمراً يزاوله المالك الجديد الذي يعتبر خلفاً لصاحب العمل السابق ويكون مسئولاً معه بالتضامن عن تنفيذ التزاماته المترتبة على العقد. 224

والخلاصة، فيما يتعلق بتضامن بين المدينين، كفارق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، إن التشريعات مؤيدة بالفقه والقضاء، تقرر وجود هذا الفرق كأساس يصلح لازدواج المسؤولية المدنية.

²²³ القاعدة رقم 89 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 32 لسنة 1997 المكتب الفني السنة القضائية 8 تاريخ الجلسة 1997/09/28 - صفحة رقم 397

²²⁴ القاعدة رقم 101 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 375 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 17 تاريخ الجلسة 2006/03/13 - صفحة رقم 401/ القاعدة رقم 122 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 428 لسنة 2006 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ الجلسة 2007/04/23 - صفحة رقم 601 .

ثانياً: الاختلاف في مدد التقادم

دعوى التعويض هي ذاتها دعوى المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، التي يباشرها المتضرر أمام القضاء للحصول على تعويض، وهذه الدعوى تتقادم بمضي مدة معينة فيمتنع على المتضرر إقامتها.²²⁵ وفي هذا الشأن ذهب اتجاه في الفقه إلى تأسيس ازدواج المسؤولية المدنية، استناداً إلى وجود فرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، من حيث مدد تقادم دعوى التعويض الناشئة عن كل منها.²²⁶ حيث يمنع سماع دعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية التقصيرية بعد مرور وقت قصير عادة بالقياس إلى دعوى المسؤولية العقدية.²²⁷ كما أن دعوى المسؤولية التقصيرية ترتبط بالدعوى العمومية ولا تتقادم إلا بتقادمها، أما دعوى المسؤولية العقدية فلا تتأثر بذلك ولا تتقادم إلا بمضي المدة الخاصة بها.²²⁸ و ذهب بعض الفقه فوق ذلك إلى أن دعوى المسؤولية العقدية يجوز الاتفاق على نقص مدة التقادم الخاصة بها ولا يجوز ذلك في المسؤولية التقصيرية.²²⁹

ويبرر هذا الاتجاه، هذا الفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية من حيث التقادم ؛ بأن :

- 1- الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسؤولية التقصيرية هو التزام قانوني، أي التزام القانون هو الذي أنشأ وحدد مداه. ولم تتدخل إرادة الدائن والمدين في شيء من ذلك. أما في المسؤولية العقدية فالدائن والمدين هما الذان بإرادتهما أنشاء الالتزام الذي ترتب على

²²⁵ أن الشريعة الإسلامية لا تعرف فكرة التقادم باعتبارها شريعة إسلامية، فلا تسلب حقاً من صاحبه وإن كانت تعرف فكرة أخرى تؤدي إلى تشريع التقادم بطريقة غير مباشرة، وتطبيقاً لحق ولي الأمر في تخصيص القضاء، وهو ما يعني حق ولي الأمر في عدم سماع الدعوى بعد مدة معينة حددها البعض ب 36 سنة، والبعض الآخر ب 33 سنة والبعض الثالث ب 30 سنة. محمد حسام، المرجع السابق، ص 713.

²²⁶ محمد صبري ، شرح القانون المدني الجزائري، ج 2، ط 1، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992، ص 14 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 262 / سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 35.

²²⁷ صبري محمد خاطر، النظرية العامة للالتزام، ف 336، ص 292 / عبدالرزاق أحمد السنهاوري، مصادر الالتزام، ف 511، 852 / محمود جلال ، العمل غير المشروع باعتباره مصدر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 4 / عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 522.

²²⁸ من أمثلة الدعوى الناشئة عن عقد سابق للجريمة، كما في حالة إخلال المودع لديه بالتزامه ببرد الوديعة، ففي هذه الحالة تتقادم دعوى التعويض التي يرفع المودع بمدة العادية أي خمس عشرة سنة. بينما تكون مدة التقادم في دعوى خيانة الأمانة، حسبما هو مقرر بقانون الإجراءات الجنائية. وما يكون من ذلك في عقود الوكالة أو الإجازة أو عارية الاستعمال . حسين عامر، المرجع السابق، ف 57، ص 44.

²²⁹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 26.

الإخلال به المسؤولية، وهما اللذان حددا مداه . ومن ثم فمن العدل في المسؤولية التقصيرية و الالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم في المسؤولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام طوعية و اختياراً ولم يفرضه عليه القانون فرضاً.²³⁰

2- إن العقد هو وليد الإرادة الحرة ، فلها أن تضمنه ما تشاء من شروط والتزامات، إلا ما يخالف منها النظام العام والآداب العامة، لذا لا يوجد ما يمنع أن يتفق المتعاقدان على انقاص مدة تقادم دعوى التعويض المترتبة على تحقق المسؤولية العقدية، طالما أن هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام والآداب.²³¹ كما أن اتفاق المتعاقدين على تخفيض مدة تقادم دعوى التعويض لا يمس الحماية التي أراد الشارع توفيرها للمدينين، ويساعد على تقصير أمد المنازعات، واستتباب السلام بين الناس.²³²

فرق المشرع الفرنسي بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية في أحكام تقادم دعوى التعويض الناشئة عن كل منهما. حيث تتقادم دعوى المسؤولية عقدية بمضي ثلاثين سنة طبقاً للمادة (2262) من التقنين المدني الفرنسي، وذلك مالم ينص في حالات خاصة على مدة أقصر، كما في بعض العقود كعقد النقل البري²³³ وعقد النقل البحري²³⁴ وعقد مقالة المباني فيما يتعلق بمسؤولية المقاولين والمهندسين.²³⁵

²³⁰ عبدالرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط (مصادر الالتزام) ، ف 512 ، ص 852 و 853.

²³¹ عبد المعين لطفي ، المرجع السابق، ص30 / سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص35.

²³² حرم المشرع الفرنسي في المجموعة الفرنسية النزول مقدماً، عن التقادم، ويقيس الفقه، والقضاء، عليه الاتفاق على إطالة مدته، لتعلق تلك الحماية بنظام العام . محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية. ج 2 ، مطبعة جامعة القاهرة، مصر 1990، ف 147، ص 171 – 173.

²³³ بموجب المادة 133 - 6 L من قانون التجارة الفرنسي تقادم بسنة الدعوى المقامة على الناقل للبضائع في حالة الخسارة أو التلف أو التأخير . جنيفي فيني، المرجع السابق، ص552. ه 2552.

²³⁴ قانون 1957 و قانون 1966 اللذين ينصان على مهلة سنتين في موضوع النقل البري والبحري . المرجع السابق، ص 552، ه 2552.

²³⁵ المادتان 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي . سليمان مرقس، المرجع السابق، ف13، ص12/ فريحة كمال ، المرجع السابق، ص315 .

القاعدة العامة في فرنسا (مادة (2262) مدني) أن كافة الحقوق والتعهدات والديون والدعوى يسقط الحق في المطالبة بها بمضي 30 سنة، ما عدا المستثنيات التي منها :

1- أتعاب المحامين والمهندسين والأطباء و ثمن المبيعات لغير التجار وأجور المعلمين ومؤدبي الأطفال ومرتببات المستخدمين... إلخ ورسوم أعلام الكتاب والمحضرين (2272) و(2273)=

أما دعوى المسؤولية التقصيرية فقد كانت تتقادم، وفقا للقواعد العامة في القانون الفرنسي، بذات المدة التي تتقادم بها دعوى المسؤولية العقدية. وهي ثلاثون سنة، إلا أن المشرع الفرنسي بقانون 5 يولييه 1985، فرق بين المسئوليتين من حيث مدة التقادم، فموجب ذلك القانون أضاف مادة جديدة إلى التقنين المدني هي المادة (1/2270) التي تنص على أنه : " تتقادم دعوى المسؤولية المدنية اللاعقدية بمضي 10 سنوات ابتداء من وقوع الضرر أو تفاقمه . وتتقادم بمضي عشرين سنة إذا كان سبب الضرر أفعال تعد تعذيباً أو أعمال بربرية أو أعمال عنف أو اعتداء جنسي على قاصر " .²³⁶

كما فرق المشرع الفرنسي بين المسئوليتين في حساب مدة التقادم، فحساب مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة (1/2270) يبدأ من تاريخ وقوع الضرر أو من تاريخ تفاقمه، أما في المسؤولية العقدية فلم تحدد للمادة (2262) تاريخ بدء سريان التقادم مما يعطي للقاضي الفرنسي سلطة تقديرية في تحديد تاريخ بدء سريانه. فيفسر أحيانا بما يتفق ومصلحة الدائن باعتباره الطرف الضعيف، و أحيانا أخرى يمكن أن يفسر بما يتفق ومصلحة المدين بالمسئولية.²³⁷ كما ربط المشرع دعوى المسؤولية التقصيرية بالدعوى العمومية، بحيث لا تتقادم إلا بتقادمها. فقد نص القانون الفرنسي في المواد 637 و 638 و 640 من القانون الجنائي الفرنسي، على أنه إذا كان الفعل الضار يعتبر في الوقت ذاته جريمة جنائية فإن دعوى المسؤولية التقصيرية تتقادم بمدة تقادم الجرائم الجنائية اي بسنة أو ثلاث سنوات أو عشر حسب الأحوال. بمعنى أن الدعوى المدنية الناشئة عن جنائية تتقادم بمضي عشر سنوات على وقوع الجنائية، و الدعوى المدنية الناشئة عن جنحة، تتقادم

=(2274) مدني فرنسي) فإن ها تسقط بمضي 360 يوما بشرط حلف اليمين - ما لم يوجد اتفاق كتابي صريح أو ضمني أو إنكار لذات الحق كما سيأتي في مقال آخر .

2- ملكية الشيء المسروق أو الضائع يسقط الحق في المطالبة بها بمضي 3 سنوات ((2779) مدني فرنسي) - بدون حلف يمين .

3- الكمبيالات والسندات التجارية وأوامر الدفع والتحويل (دون باقي الأعمال التجارية) تسقط بمضي 5 سنوات من تاريخ استحقاقها أو البروتستو أو آخر عمل - بشرط حلف المدين اليمين (189) تجاري فرنسي).

4- الفوائد والمربحات والأجور والأحكام... إلخ أي كل ما يستحق دفعه سنوياً أو لأقل من سنة يسقط بمضي 5 سنوات بدون حلف يمين ((2277) مدني فرنسي). أحمد منيب، متى تسقط الفوائد والأجرة والحكر ونحوها المحكوم بها؟، مجلة المحاماة، العدد الثامن، السنة الخامسة، مايو سنة 1925، www.mohamoon.com.

²³⁶ جنفييف فيني، المرجع السابق، ص 551 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 220، ص 627 / ك فريجة كمال، المرجع السابق، ص 315 .

²³⁷ فريجة كمال، المرجع السابق، ص 315 و 324.

بمضي ثلاث سنوات، والدعوى الناشئة عن المخالفة تتقادم بسنة واحدة.²³⁸ أما دعوى المسؤولية العقدية فلا ترتبط بالدعوى الجنائية ولا تتقادم إلا بمضي المدة الخاصة بها.²³⁹

ولقد استقر القضاء الفرنسي على التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية من حيث مدد التقادم.²⁴⁰

وفي القانون المصري،²⁴¹ فرق المشرع بين المسئوليتين من حيث مدد وأحكام التقادم، فبموجب المادة (172) من القانون المدني المصري تتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية، بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وإن كانت تسقط في كل الأحوال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقع العمل غير المشروع، أي أنها تتقادم بأقرب المدتين، أما في المسؤولية العقدية، فالقاعدة العامة هي أن يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة، فيما عدا الحالات التي قرر لها المشرع حكماً خاصاً.²⁴² كما فرق بينهما في حساب مدة التقادم، فحساب في المسؤولية التقصيرية بموجب المادة (1/172)، لا يبدأ إلا من يوم علم المضرور بالضرر وبالمسئول عنه، أما في المسؤولية العقدية فلا يسري التقادم إلا من اليوم الذي يكون فيه الالتزام مستحق الاداء، بعد تحقق الشرط أو حلول الأجل أو وقوع التعرض للمشتري، ويتاح للدائن اللجوء إلى

²³⁸ بعد انقضاء هذه المدد لا يجوز مباشرة دعوى التعويض لا أمام المحاكم الجنائية ولا حتى أمام المحاكم المدنية، وكان ذلك مثار نقد شديد، وأدى بالمشرع إلى التدخل بقانون 23 ديسمبر 1980 الذي عدل به المادة 10 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث جعل الدعوى المدنية لا تتقادم بتقادم الدعوى العمومية إلا بالنسبة إلى المحاكم الجنائية وفيما يتعلق بالدعوى المدنية التي ترفع بالتبعية إلى الدعوى العمومية / سليمان مرقس ، المرجع السابق، ف 220، ص 627 و 628.

²³⁹ عبد المعين لطفى، المرجع السابق، ص 30 / عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، ف 508، ص 845.

²⁴⁰ Cass civ 1 mars 2004. bull civ N 99. civ 11 December 1918 S. 1921 – 1—161. V. en ce sens civ. 1 16 janvier 2007 'Ressp. Civ. et assur. 2007، Com. 113; civ 2 5 aveil 2007، Resp. civ. et assur. 2007، Com. 209.

أشار إليه : جنيف فيني، المرجع السابق، ص 552.

²⁴¹ لقد كان القانون المدني المصري القديم يسوي بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية في مدة التقادم، حيث جعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمسة عشر سنة كما في المسؤولية العقدية/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، ف 511. 852.

²⁴² سمير تناعو، المرجع السابق، ص 269.

القضاء.²⁴³ كما أن المشرع المصري ربط بين دعوى المسؤولية التقصيرية ودعوى الجناية.²⁴⁴

ولقد استقر القضاء المصري على التفرقة بين نوعي المسؤولية، من حيث تقادم دعوى التعويض في كل منهما. ومن تطبيقات القضاء المصري، ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن: " مفاد نص المادة 172 من التقنين المدني أن التقادم الثلاثي المشار إليه لدعوى التعويض الناشئة عن العمل الغير مشروع لا يبدأ بسريان إلا من تاريخ العلم الحقيقي الذي يحيط به الضرر بوقوع الضرر وبشخص المسئول عنه باعتبار أن انقضاء ثلاث سنوات من يوم ثبوت هذا العلم ينطوي على تنازل المضرور عن حق التعويض الذي فرضه القانون على المسئول مما يستتبع سقوط دعوى التعويض بمضي مدة التقادم و لا وجه لافتراض هذا التنازل من جانب المضرور و ترتيب حكم السقوط في حالة العلم الظني والذي يحيط بوقوع الضرر أو بشخص المسئول عنه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أجرى سريان التقادم الثلاثي المشار إليه في حق الطاعنين من 1969/12/25 تاريخ التصديق على الحكم الصادر بالإدانة تابع المطعون ضده في الجحفة العسكرية رقم 450 سنة 1969، وكان استخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه و إن اعتبر من المسائل المتعلقة بالوقائع التي يستقل بها قاضي الموضوع، إلا أن لمحكمة النقض أن

²⁴³ هذا الحكم هو تطبيق لقاعدة لاتينية مفادها أن التقادم لا يجري إلا في حق من في وسعه مواجهته. تنص المادة (381) من القانون المدني المصري على أنه: (1) إذا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء. محمد حسام، المرجع السابق، ص 722 / سمير تناعو، المرجع السابق، ص 270 / فريجة كمال، المرجع السابق، ص 316.

(2) وبخاصة لا يسري التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذي يتحقق فيه الشرط، وبالنسبة إلى ضمان لاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، وبالنسبة إلى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل.

(3) وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الدائن، سري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته."

²⁴⁴ بموجب المادة (2/172) تنص على أنه : 2- على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية"، فيموجب هذه المادة يوجد فرضين :

الفرض الأول : إذا كانت الدعوى المدنية غير ناشئة عن جريمة وإنما تستند إلى خطأ تقصيري لا يخضع لأي نص من النصوص العقابية، تتقادم الدعوى بمرور ثلاث سنوات من يوم العلم الحقيقي وليس الظني الذي يحيط بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه، أما إذا كان المضرور لا يعلم بحدوث الضرر والمسئول عنه، فإن دعوى التعويض لا تتقادم إلا بانقضاء خمسة عشرة من يوم وقوع الفعل الضار.

الفرض الثاني : أن تكون الدعوى المدنية ناشئة عن جريمة، لا تسقط هذه الدعوى بانقضاء المواعيد المذكورة سلفاً، بل تظل قائمة إلى أن تسقط الدعوى الجنائية بالتقادم، وذلك تجنباً لسقوط الدعوى المدنية مع بقاء الدعوى الجنائية. إذ لا يعقل أن توقع على الجاني عقوبة جنائية دون التمكن من إلزامه بالتعويض، لأن هذا الأخير أقل خطراً من العقوبة. حسين عامر، المرجع السابق، ف 474، ص 459 و 460 / عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (المصادر الالتزام)، ف 625، ص 1063.

تبسط رقباتها متى كانت الأسباب التي بنى عليها الحكم استخلاصه ليس من شأنها أن تؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهت إليها و لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد قرن علم الطاعين بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه بتاريخ التصديق على حكم الإدانة للمطعون ضده الصادر من المحكمة العسكرية في الجنحة التي لم يكونوا ممثلين فيها رغم انتفاء التلازم الحتمي بين الأمرين فإن الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون".²⁴⁵ وقضت في قرار آخر بأن : " المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مفاد نص المادة 172 من القانون المدني أنه إذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب دعوى التعويض المدنية فإن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية".²⁴⁶

خص المشرع البحريني أيضاً المسئولية العقدية و المسئولية التقصيرية بأحكام تستقل بها عن الأخرى من حيث تقادم دعوى التعويض الناشئة عنهما. حيث نصت المادة (180) من التقنين المدني على أنه : " أ) لا تسمع دعوى المسئولية 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 ".²⁴⁷

وأما دعوى المسئولية العقدية، فتتقادم وفقاً للقاعدة العامة في القانون البحريني، بمضي خمس عشرة سنة، حيث نصت المادة (365) من القانون المدني بأنه : " لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال التي يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية. خاص في القانون ... ". إلا أنه يلاحظ من خلال نص هذه المادة، أن المشرع البحريني و خلافاً للمشرع المصري، لم يحدد المبدأ العام للتقادم في خمسة عشر سنة لدعوى الناشئة عن الالتزام بشكل عام مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها، و إنما استلزم لسقوط الدعوى بمضي التقادم الطويل، أن تكون هذه الدعوى

²⁴⁵ طعن 846 سنة 45 ق 1978/6/15. أشار إليه : شريف الطباح ، التعويض عن المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية ، المرجع السابق ص 370.

²⁴⁶ طعن 4861 سنة 61 ق جلسة 1997/12/28. أشار إليه، المرجع السابق، ص 372. و أنظر أيضاً : الطعن 1945/12/13. أشار إليه : محمد حسام لطفي ، المرجع السابق، ص 715 و 2575 .

²⁴⁷ خالد جمال المرجع السابق، ص 314.

الناشئة عن الالتزام بحق من الحقوق الشخصية التي منها التعويض.²⁴⁸ وان ينكر المدعى عليه الدين.²⁴⁹ واستثناء من حكم المادة (365) وضع المشرع البحريني أحكاماً خاصة لتقادم بعض الدعاوى العقدية مثل عقد التأمين (المادة 722 مدني بحريني)،²⁵⁰ عقد التأمين البحري (المادة 266 من القانون البحري)،²⁵¹ عقد النقل (المادة 270 من قانون التجارة)،²⁵² وعقد العمل (المادة 639) من القانون المدني البحريني،²⁵³ إلا أن المشرع البحريني نظم أحكام عقد العمل بموجب قانون خاص هو قانون العمل في القطاع الأهلي رقم (36) لسنة 2012، حيث تنص المادة (136) منه على أنه: "تسقط بالتقادم الدعاوى العمالية بمضي سنة تبدأ من تاريخ انقضاء عقد العمل....".²⁵⁴ كذلك ترتبط دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون البحريني بالدعوى العمومية ولا تسقط إلا بسقوطها، أما في نطاق المسؤولية العقدية فلا أثر لسقوط الدعوى العمومية على تقادم الدعوى الناشئة

²⁴⁸ الحقوق العينية لا تخضع لهذا النوع من التقادم، فمرور الزمن لا يمنع من سماع الدعوى حتى وأن لم يستعمل المالك الشيء الذي يملكه مدة طويلة خاصة ملكية العقار. صيري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ط 1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006، ف 505، ص 317.
²⁴⁹ لا بد من إنكار الدين للتطبيق حكم المادة (365) من القانون المدني البحريني. أما إذا أقر المدين بالدين فإنه يلزم بالوفاء به رغم مرور الزمن. المرجع السابق ف 505، ص 317.
²⁵⁰ تنص المادة (722) من قانون المدني البحريني على أنه: "لا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى وذلك ما لم يقض القانون بخلافه.....". محمد سعد و أحمد محمد هيكل: العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006، ص 480.

²⁵¹ تنص المادة (266) من القانون البحري البحريني على أنه: "تنقضي سنتين كل دعوى ناشئة عن عقد التأمين، وتسري هذه المدة كما يلي:

أ - من تاريخ استحقاق قسط التأمين فيما يتعلق بدعوى المطالبة به.
ب - من تاريخ وقوع الحادث الذي تنشأ عنه الدعوى فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتعويض الأضرار التي تلحق بالسفينة.

ج - من تاريخ وصول السفينة أو من التاريخ الذي كان يجب وصولها فيه فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتعويض الأضرار التي تلحق بالبضائع، أما إذا كان الحادث لاحقاً لأحد هذين التاريخين فيسري التقادم من تاريخ وقوع الحادث.

د - من تاريخ وقوع الحادث فيما يتعلق بدعوى المطالبة بتسوية الأضرار بطريقة الترك، وفي حالة تحديد مهلة في العقد لإقامة دعوى الترك يسري التقادم من تاريخ انقضاء هذه المهلة.

هـ - من تاريخ قيام المؤمن له بالوفاء فيما يتعلق بدعوى المساهمة في الخسائر العامة أو بدعوى المطالبة بالمكافأة المستحقة عن المساعدة أو الإنقاذ.

و - من التاريخ الذي يقيم فيه الغير الدعوى على المؤمن له أو من يوم قيام المؤمن له بالوفاء فيما يتعلق بدعواه قبل المؤمن بسبب رجوع الغير".

²⁵² تنص المادة (1/270) من قانون التجارة البحريني على أنه: "تتقادم بسنة كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء أو عقد الوكالة بالعمولة لنقل الأشياء".

²⁵³ مادة (639) من القانون المدني البحريني تنص على أنه: "لا تسمع الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد، إلا فيما يتعلق بالمشاركة في الأرباح والنسب المؤبقة في جملة الإيراد، فإن المدة فيها لا تبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه صاحب العمل إلى العامل بياناً بما يستحق بحسب آخر جرد.

ولا يسري الحكم المنصوص عليه في الفقرة السابقة على الدعاوى المتعلقة بانتهاك حرمة الأسرار التجارية أو بتنفيذ نصوص عقد العمل الذي يرمي إلى ضمان احترام هذه الأسرار".

²⁵⁴ تقابل المادة (156) من قانون العمل القديم. صلاح محمد، الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006، ص 330.

عن عقد سابق للجريمة.²⁵⁵ ولا يبدأ سريان مدة تقادم دعوى المسؤولية العقدية في القانون البحريني، إلا من الوقت الذي يحل فيه الالتزام، ويستطيع فيه الدائن المطالبة بدينه، وليس من وقت نشوء دعوى التعويض، على ما هو الحال في المسؤولية التقصيرية.

أما بالنسبة لجواز الاتفاق على انقاص مدة تقادم دعوى المسؤولية، فلم يجز المشرع المصري، ولا المشرع البحريني مثل هذا الاتفاق، واعتبره باطلاً في كل الأحوال، سواء في نطاق المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية. فقد قضت المادة (380/أ) من القانون المدني البحريني على انه: " لا يجوز النزول عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على عدم سماع الدعوى بمدة تختلف عن المدة المعينة في القانون ". .

استقر القضاء البحريني على التمييز بين نوعي المسؤولية من حيث تقادم دعوى المسؤولية، من تطبيقات القضاء البحريني حكم محكمة التمييز البحرينية الذي قضى بأنه: " لما كان منشأ الدعوى المباشرة المقررة للمضرور في حوادث السيارات لمطالبة المؤمن عن المسؤولية المدنية الناشئة عنها بالتعويض هو قانون التأمين الإجباري عن هذه المسؤولية وليس عقد التأمين وإذ لم يقرر القانون مدة خاصة لسماعها فأنها تخضع للتقادم العادي المنصوص عليه بالمادة ٣٦٥ من القانون المدني وهو خمس عشرة سنة طالما أن حق المضرور قبل المؤمن له بموجب أحكام المسؤولية عن العمل غير المشروع لا زال قائماً ولم ينقض بالتقادم المقرر بالمادة ١٨٠ من القانون المدني بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبالمسئول عنه ما لم ترفع الدعوى الجنائية عن ذات العمل غير المشروع فإنه وفقاً لمفهوم نص المادة ٣٧٣ من القانون المدني والمادة ٤١ من قانون الإجراءات الجنائية يقف سريان تقادم دعوى التعويض لحين صدور حكم بات في الدعوى الجنائية فيعود سريان التقادم. فلا تحسب ضمن مدته فترة وقف سريانه وإنما تحسب المدة السابقة عليها والمدة التالية لها. فإذا كان ذلك،

²⁵⁵ المادة (2/180) من القانون المدني البحريني: " ب) على أنه إذا كانت دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع ناشئة عن جريمة فلأنه لا يمتنع سماعها ما بقيت الدعوى الجنائية قائمة، ولو كانت المواعيد المنصوص عليها في الفقرة السابقة قد انقضت " .

وكانت الأوراق قد خلت مما يدل على تاريخ رفع الدعوى الجنائية على سائق السيارة المتسببة في الحادث الموقف لسريان تقادم دعوى التعويض عن ذات الفعل. فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بسقوط دعوى المطعون ضدهم على الطاعة المؤمن عن المسؤولية المدنية الناشئة عن الحادث تبعا لتقادم دعواهم قبل المؤمن له بمضي ثلاث سنوات على تاريخ علمهم بالضرر وبالمسئول عنه طبقا لنص المادة ١٨٠ من القانون المدني تأسيسا على أن هذا التقادم أوقف سريانه برفع الدعوى الجنائية ولم يبدأ سريانه إلا بعد انتهاء هذه الدعوى بالحكم الصادر فيها بتاريخ 2004/1/17 أن المطعون ضدهم قد أقاموا دعواهم قبل مضي ثلاث سنوات عليه. دون أن يستظهر المدة التي انقضت منذ وقوع الحادث حتى رفع الدعوى الجنائية وضمها للمدة التالية لبيتوتة الحكم الصادر في هذه الدعوى، في حساب مدة التقادم. فإنه يكون معيبا بقصور في التسبيب".²⁵⁶

وفي حكم آخر قضت ذات المحكمة بأنه : " لما كان الثابت بالأوراق أن التعدي على عقار الطاعن قد وقع بتاريخ 1988/2/25 بإقامة مورث المطعون ضدهم جداراً عليه وضمه إلى عقاره وأنه بتاريخ 2000/2/9 تم إزالة هذا الجدار، فإنه من هذا التاريخ الأخير يبدأ سريان تقادم دعوى التعويض عن هذا الفعل غير المشروع ومدته سنتان عملاً بالمادة 70 من قانون المخالفات المدنية - وإذ صدر القانون المدني وأصبح نافداً اعتباراً من 2001/9/1 و أطال مدة تقادم هذه الدعوى بجعلها ثلاث سنوات بدلاً من سنتين وذلك قبل أن تكتمل المدة قبل نفاذه فإن دعوى التعويض تخضع - في تقادمها - للقانون المدني الجديد مع الاعتداد بما انقضى من مدته في ظل قانون المخالفات - وإذ أقيمت الدعوى بتاريخ 2002/5/20 أي قبل انقضاء مدة الثلاث سنوات فإنها تكون قد أقيمت في الميعاد ويضحي الدفع المبدى من المطعون ضدهم بسقوطها على غير سند وإذ قضى الحكم المطعون فيه بقبوله فإنه يكون قد خالف القانون".²⁵⁷ كما قضت بأنه : " لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن اتفق مع المطعون ضدها الثالثة على

²⁵⁶ القاعدة رقم 137 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 525 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/06/02 - صفحة رقم 649.

²⁵⁷ القاعدة رقم 222 الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 94 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 16 تاريخ الجلسة 2005/12/05 - صفحة رقم 869.

أن تتولى عنه استلام الجهاز من الناقل البحري في ميناء البحرين ونقله إلى مسكنه. وكان الطاعن قد استند في مطالبتها بتعويضه عن التلف الذي لحق الجهاز إلى عقد النقل البري المبرم بينهما فيكون لها أن تدفع دعواه عليها بالتقادم المنصوص عليه في المادة 270 من قانون التجارة. ويكون النعي على الحكم قبوله هذا الدفع غير قائم على أساس²⁵⁸. وبأنه : " لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه، بما لمحكمة الموضوع من سلطة في فهم الواقع وتقديره، قد خلص بأسباب سائعه إلى أن عقد العمل المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها قد انتهى بتاريخ 1987/5/5 بالتنبيه عليه يومئذ بالتوقف عن العمل. فأن الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم بانقضاء سنة من ذلك التاريخ دون أن يعرض خلالها ما يوقف التقادم أو يقطعه ولا يكون الحكم المطعون فيه قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه إذ قضى بسقوطها ولم يعتد بما ادعاه الطاعن من إقرار بحقه في الورقة المؤرخة 1988/7/13 كإجراء قاطع للتقادم. ذلك أنه أياً كان الرأي في تفسير الحكم لمضمون هذه الورقة فقد صدرت من المطعون ضدها بعد انقضاء مدة التقادم فلا تأثير لها على سقوط الدعوى بانقضاء هذه المدة²⁵⁹، وبأنه : " لما كان الواقع الذي لا جدال فيه أن مورث الطاعنين كان خاضعاً لنظام التأمين ضد إصابات العمل في قانون التأمين الاجتماعي وقد استندوا في مطالبة المطعون ضدها بالتعويض عن وفاته إلى عدم مراعاتها القواعد المتعلقة بسلامة وصحة العمال وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية فأن الدعوى تخضع في تقادمها إلى نص المادة 70 من قانون المخالفات المدنية لسنة 1970. وإذا ذهب الحكم المطعون فيه إلى غير ذلك وقضى بسقوطها بالتقادم الحولي المنصوص عليه بالمادة 156 من قانون العمل باعتبارها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يوجب نقضه".²⁶⁰

²⁵⁸ القاعدة رقم 40 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 41 لسنة 1990 المكتب الفني السنة القضائية 1 تاريخ الجلسة 1990/12/09 - صفحة رقم 183.

²⁵⁹ القاعدة رقم 40 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 22 لسنة 1991 المكتب الفني السنة القضائية 2 تاريخ الجلسة 1991/06/16 - صفحة رقم 158.

²⁶⁰ القاعدة رقم 4 من الطعن رقم 181 سنة قضائية 2002 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/03/17 - صفحة رقم 157.

ثالثاً: تعديل أحكام المسؤولية

يقصد باتفاقات تعديل أحكام المسؤولية المدنية تلك الاتفاقات التي تعدل أثار المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالعقد، أو المتولدة عن فعل غير مشروع، أما برفع المسؤولية عن المدين، بحيث تؤدي على الرغم من توافر جميع عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تجمع بينهما إلى رفع أثارها بعدم إلزام المدين بدفع أي تعويض إلى الدائن، وهو ما يعرف باتفاقات رفع المسؤولية.²⁶¹ وأما بتخفيف المسؤولية مع بقائها على عاتق المدين، فيتضاءل أثرها قبله، ولا يلتزم تبعاً لهذا إلا بدفع تعويض جزئي، أو تنقص المدة التي يجوز فيها للدائن رفع دعوى المسؤولية عليه، وهو ما يعرف

²⁶¹ إن اتفاقات الإعفاء قد تشبه بعض الأنظمة القانونية مثل التأمين من المسؤولية أو حالات الاتفاق على تحديد مضمون العقد بحذف التزام ناشئ عنه أو تخفيفه. حيث يلتقي كل من الإعفاء من المسؤولية والتأمين منها في نقطة واحدة وهي تخليص المدين من أعباء دفع التعويض إلى الشخص المضرور، فالشخص الذي يلجأ إلى إبرام عقد التأمين من المسؤولية مع شركة التأمين يهدف من وراء ذلك إلى إلغاء عبء دفع التعويض على عاتق هذه الشركة، أما بالنسبة إلى الشخص الذي يلجأ إلى إبرام اتفاق الإعفاء من المسؤولية يهدف إلى التخلص نهائياً من دفع التعويض إلى الشخص المضرور.

إلا أنه وعلى الرغم من وجود النقطة التي يلتقي عندها هذان النظامان إلا أن هناك جملة من الفروق العملية والنظرية التي تفصل بينهما والتي يجعل كلاً منهما يشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته ومستقلاً عن الآخر. أهم هذه الفروق أنه: 1- في التأمين من المسؤولية يحصل الشخص المضرور على حقه في التعويض ويكون حقه مضموناً، بينما في الإعفاء منها يحرم المضرور من هذا الحق لذلك نرى أن المشرع أجاز التأمين من المسؤولية في حالة المسؤولية التقصيرية، ولم يجز الاتفاق على الإعفاء منها. 2- يعتبر عقد التأمين من المسؤولية عقداً احتمالياً إذ يعتبر عنصر الاحتمال عنصراً أساسياً في العقد، وبخلافه يعتبر العقد باطلاً، ولا وجود لعنصر الاحتمال بالنسبة للاتفاقات بوجه عام. 3- تباشر عمليات التأمين من المسؤولية دائماً شركات التأمين فيكون طرفاً عقد التأمين شركة التأمين وفرد من الأفراد أو شخصاً معنوياً، أما بالنسبة لاتفاقات الإعفاء فيكون الأطراف فيها من الأفراد أو من الأشخاص المعنوية محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية. ج 2، ف 83، ص 4-6 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 637 و 638 / عبدالرزاق أحمد السهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 652، ص 1106.

أما بالنسبة لاتفاقات تحديد مضمون العقد: كثيراً ما يصرح المشرع، وهو ينظم عقداً من العقود، بأن هذا الالتزام أو ذاك يقع على طرف من أطرافه ثم يردف ذلك بقوله ((مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك))، ومن هذا القول فإنه يجوز للمتعاقد في غير حالة القواعد الأمرة والتي تعتبر من النظام العام أن يحدد مدى التزامهما، فالمدين بالتزام يستطيع أن يتفق مع دائنه على تضيق دائرة التزامه فيعفى بذلك من المسؤولية عن كل إخلال يخرج عن حدود هذه الدائرة، والقاعدة العامة تؤكد أن المتعاقدين أحرار في استبعاد هذا الالتزام أو ذاك من نطاق التزاماتهما التعاقدية، فقد يشترط المستأجر عدم التزامه بالتأمينات الطفيفة التي يلقيها العرف على عاتقه، فهذه الاتفاقات صحيحة ولا يحد منها إلا القواعد الأمرة والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة. ولكن يختلف اتفاق الإعفاء من المسؤولية عن تحديد مضمون العقد في أن المدين يبقى متقلاً بالالتزام ويجب عليه الوفاء به، وفي حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يكون مسؤولاً تجاه الدائن عن الإخلال بالالتزام ولذلك فهو لا يلتزم بدفع تعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ.

أما بالنسبة لاتفاقات تحديد مضمون العقد بحذف التزام فإن المدين لا يكون ملتزماً على الإطلاق بالالتزام المحذوف ومن ثم لا تتعدد مسؤوليته أصلاً فالمدين هنا لا يتحمل أي التزام لأن الاتفاق أعفاه منه والقاه على علق الطرف الآخر، ولهذا فلا يسأل عن تنفيذ الالتزام الذي تخلص منه،

أما بالنسبة لاتفاق الإعفاء من المسؤولية فإن المدين لم يتخلص منه كله وإنما نفى عن نفسه المسؤولية الناجمة عن إخلاله السير بهذا الالتزام إلا أنه لا يستطيع أن ينفي عن نفسه الإخلال المتعمد أو الخطأ الجسيم. مالك جابر: الأثر القانوني لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية. جامعة القادسية. 2009. بحث منشور

على الإنترنت على الموقع: <http://theuaelaw.com>.

باتفاقيات تخفيف المسؤولية، و إما بتحديد المسؤولية بحيث يتم تقدير أثرها جزافاً بمبلغ معين وهو ما يعرف بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي.²⁶² أضف إلى هذه الحالات حالة تعديل حكم المسؤولية بشديدها،²⁶³ فقد يتعهد المدين للدائن مثلاً بأن يكون مسؤولاً عن كل ضرر يصيبه حتى لو وقع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه، أو بتعويض الدائن عن كافة الأضرار التي تلحق به، بما في ذلك الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع أو يتفق الطرفان على جعل الالتزام بعناية التزاماً بتحقيق غاية.²⁶⁴ وهذا النوع من الاتفاقيات سواء وقع في نطاق المسؤولية العقدية أو في نطاق المسؤولية التقصيرية يعتبر صحيحاً ولا يثير أي اختلاف بين المسئوليتين لأنه لا ينطوي على ما يمس النظام العام. أما الاتفاقيات الأخرى فهي التي تثار خلاف حولها بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.²⁶⁵ حيث ذهب اتجاه في الفقه إلى تأسيس فكرة ازدواج المسؤولية، على اختلاف المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث مدى جواز اتفاقيات تحديد أو الإعفاء من المسؤولية. فقد ذهبوا إلى صحة اتفاقيات رفع وتحديد المسؤولية العقدية، وبطلانها في نطاق المسؤولية التقصيرية،²⁶⁶ أيأ كانت جسامه

²⁶² يقصد بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في المجال التعاقدية ذلك الاتفاق السابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه الأصلي أو لمجرد التأخير في تنفيذه فهو تقدير للتعويض قبل وقوع الضرر بالفعل. والبند الجزائي قد يرد ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق لتعويض على أساسه وقد يرد في عقد مستقل ولا شيء يمنع أن يكون في اتفاق لاحق للعق و يختلف الشرط الجزائي عن اتفاق تخفيف المسؤولية. حيث أنه قد يترتب عليه غنم الدائن، إذا كان مبلغ الجزاء يزيد عن قيمة الضرر الذي لحقه، ويصير بمثابة اتفاق على تشديد المسؤولية، وقد يترتب عليه غنم المدين، إذا كان مبلغ الجزاء يقل عن قيمة الضرر الذي أحدثه، ويصير بمثابة اتفاق على تخفيف المسؤولية. / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 155، ص 190.

²⁶³ يرى الدكتور محمود جمال الدين زكي بأن اتفاق تشديد المسؤولية لا يدخل ضمن موضوع اتفاقيات المسؤولية المدنية، وأنه ليس لاتفاقيات تشديد المسؤولية المدنية سوى صورة واحدة، هي أن يكون موضوعها تقدير التعويض بأكثر من قيمة الضرر الذي نشأ عن الإخلال بالعقد، أو عن الفعل المشروع. محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 85، ص 11. ه 4.

²⁶⁴ صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ف 259، ص 226 / رائد كاظم محمد، المرجع السابق، ص 81.

²⁶⁵ تجدر الإشارة إلى أن اتفاقيات تشديد مسؤولية المدين قليلة الحدوث في الحياة العملية. ومن الأمثلة هذه الاتفاقيات اتفاقية وارسو 1929 الخاصة بالنقل الجوي التي أجازت التشديد الاتفاقي للمسؤولية الناقل، حيث وضعت المادة (22) منها حداً أقصى للتعويض الذي يستحقه الراكب، إلا أنها أجازت الاتفاق بين الراكب والناقل على مبلغ تعويض يجاوز الحد الأعلى المحدد بالاتفاقية. أسيل باقر، وفاء تقي، أحمد سلمان لشهيب، قيام مسؤولية الناقل عن الإخلال بضمان السلامة في حوادث الإرهاب الجوي، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 22، 2013، ص 152.

²⁶⁶ الاتفاقيات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية، وإن كانت نادر الحصول عملياً، نظراً لوهن العلاقة بين محدث الضرر والمضرور في العادة، إلا أنه يمكن تصور هذا الاتفاق كما لو اتفق مالك مع جاره على إعفاء نفسه من المسؤولية التي تترتب على الأضرار التي تحدثها ماشيته بالزراعة (الإتلاف) وكما لو اتفق رب العمل مع العمال على عدم المسؤولية عن الأضرار التي تصيبهم من جراء مخاطر المصنع الذي يعملون فيه. / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 638 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ص 12.

الخطأ الذي يقيمها و أياً كان مبناهما خطأ ثابت أو خطأ مفترض عن فعل الغير أو الحيوان أو الأشياء غير الحية.²⁶⁷

ويبرر هؤلاء هذا الفرق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، استناداً إلى:

1- مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات القانونية، الذي جعل بموجب المادة (1134)

يتخلص مقدماً بمقتضى بند في العقد من المسؤولية المترتبة على إخلاله بالتزامه الناشئ عنه أو أن يحدد منها.²⁶⁸

2- إن القانون المدني الفرنسي، يتضمن بعض النصوص، التي تفيد بجواز

تلك الاتفاقات بين المتعاقدين، كالمادة (1152) من التقنين المدني

الفرنسي، التي تجيز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض عن عدم

تنفيذ العقد، والمادة (1627) التي تجيز للمتعاقد في عقد البيع

باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق أو أن ينقصا منه أو أن

يسقطا هذا الضمان، كذلك تجيز المادة (1643) للعاقدين أن يزيدا في

ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطاه إلا في حالة تعمد البائع

إخفاء العيب في المبيع غشاً، و المادة (102) من قانون التجارة

الفرنسي التي أوردت ضمن البيانات الخاصة بذكر النقل " التعويض

الواجب عن التأخير " .²⁶⁹

3- إن أحكام المسؤولية التقصيرية، المقررة في المواد (1382) وما بعدها

من التقنين المدني تتعلق بالنظام العام، ويكون تبعاً لهذا كل اتفاق

يقصد به مخالفتها غير مشروع. فتلك المسؤولية جزاء السلوك

الاجتماعي، ولا يتصور أن يتوقف تطبيقها على إرادة الأشخاص الذين

تنظم سلوكهم في المجتمع.²⁷⁰

²⁶⁷ سعيد سعد، المرجع السابق، ص333 / عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 11 و 12 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص37 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 852 / ربيع ناجح رابع، المرجع السابق، ص22 و 23.

²⁶⁸ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية. ج 2، المرجع السابق، ص 52 .

²⁶⁹ حسين عامر، المرجع السابق، ص559. هـ 2.

²⁷⁰ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 142، ص 161 و 192. و ف 152، ص 185 و 186. و ف 166، ص 225 / رائد كاظم محمد، المرجع السابق، ص81 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 224، ص 640 .

لم يكن بالقانون الفرنسي، نص صريح يبين موقف المشرع من مسألة جواز اتفاقات الاعفاء من المسؤولية التي تبرم بين المسئول والمضرور قبل وقوع الضرر، لذلك احتدم الخلاف في الفقه، وتعددت الآراء و انتهى أغلب الفقه الفرنسي إلى عدم جواز اتفاقات المسؤولية التقصيرية ، و جواز اتفاقات المسؤولية العقدية عن الخطأ اليسير في حدود الضرر الذي يلحق بالأموال.²⁷¹ ورغم اعتراف أغلب الفقه الفرنسي بالقاعدة العامة في صحة اتفاقات رفع المسؤولية العقدية، إلا أن المشرع الفرنسي قرر بنصوص صريحة بطلان هذه الاتفاقات في عقود كثيرة، أظهرها عقد النقل البري، أو البحري،²⁷² أو الجوي،²⁷³ وعقد العمل،²⁷⁴ وعقد مقاوله المباني²⁷⁵، والعقد بين النزير وصاحب الفندق²⁷⁶، وعقد البيع إذا كان البائع ذا حرفة. كما تقرر في الاتفاقيات الدولية بطلان اتفاقات رفع المسؤولية في عقد النقل الدولي براً أو بحراً أو جواً،²⁷⁷ مقابل تخفيف مسؤولية الناقل بوضع حدود قصوى لمبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه.²⁷⁸

²⁷¹ حسين عامر، المرجع السابق، ص 558.
²⁷² حرم قانون رابيه الصادر في 17 مارس سنة 1905 - معدلا المادة 103 من القانون التجاري الفرنسي شرط الاعفاء من المسؤولية في عقد النقل عن ضياع البضائع كليا أو جزئيا .
²⁷³ استناد إلى فكرة النظام العام أبطلت بنود رفع المسؤولية في حالات وجود خطر يهدد المتعاقدين بسبب الأشياء المستخدمة التزام ينشأ في نطاق عقود معينة ينطوي تنفيذها على وجود خطر يهدد المتعاقدين بسبب الأشياء المستخدمة في تنفيذ تلك العقود، أبرزها، عقود النقل، عقد الإيجار، وعقد التعليم . قصي سلمان، المسؤولية العقدية عن الأشياء، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد 9، المجلد 15، العراق، 2006 / أمل كاظم و محمد علي صاحب ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد 7، المجلد 1، العراق، 2013 .
²⁷⁴ المادة 38 من القانون الفرنسي رقم 41 لسنة 1944 - بشأن عقد العمل الفردي - كما تنص المادة من المرسوم بقانون 317 لسنة 1952 على أنه يقع باطلا كل شرط في عقد العمل يخالف أحكام هذا القانون. وتقتضي المادة 4 من القانون رقم 89 لسنة 1950 - بشأن إصابات العمل بأنه : يقع باطلا كل اتفاق يقصد به خفض التعويض المستحق للعامل المصاب أو لمن يستحقه بعد وفاته من الفئات المقررة بهذا القانون. سواء أبرم هذا الاتفاق قبل وقوع الحادث أو بعده . حسين عامر، المرجع السابق، ص 558 .
²⁷⁵ حرم المشرع الفرنسي بنود رفع أو تخفيف الضمان العشري، والثلاثي، في مقاولات المباني. محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ص 67.
²⁷⁶ نظمت مسؤولية صاحب الفندق عن أمتعته النزلاء والأشياء التي تكون معه تنظيميا أمر، ترتب عليه بطلان اتفاقات رفع أو تخفيف هذه المسؤولية . المرجع السابق، ص 67.
²⁷⁷ يعرف النقل الجوي ، عموما فكرة التعويض المحدد بمبلغ معين، إذ إن الزام الناقل بتعويض كامل عن كل ضرر يصيب راكب يستقل الطائرة، وعدد الركاب المتضررين من الحوادث قد يصل إلى العشرات بل ومئات الركاب فيه ضرر و إرهاب كبير للناقل. هذا بالإضافة إلى مسؤوليته عن تعويض الضحايا و أفراد الطاقم و أسرهم، مما يؤدي إلى إفلاس الناقل وعدم قدرته على مواصلة العمل في ميدان النقل الجوي. ولحمية الناقل من الإفلاس وضعت اتفاقية وارسو أو وارشو في 12 أكتوبر سنة 1929. فقد حددت المادة (22) من الاتفاقية حدود التعويض في حالة نقل الأشخاص بمبلغ (125,000) فرنك - ويقصد بالفرنك في هذا المقام الفرنك الذهب بموجب المادة (22/4) من الاتفاقية. وإذا تم نظر النزاع أمام محكمة دولة يجيز قانونها أن يكون التعويض مرتباً، فلا يجوز أن تتجاوز قيمة المرتب الإجمالي على المبلغ المذكور أي (125000) فرنك. ويجوز للراكب أن يتفق مع الناقل على حدود أعلى للمبلغ التعويض إلا أن الحد الأعلى لمبلغ التعويض قد عدل أكثر من مرة، فيموجب بروتوكول لاهاي في 28 سبتمبر سنة 1955 عدل المبلغ إلى (250000) فرنك ذهب، ثم عدل ليكون (75000) دولاراً أمريكياً بموجب بروتوكول مونتريال عام

ولقد اتبع القضاء الفرنسي، منذ 1874،²⁷⁹ رأي جمهور الفقهاء واعترف بصحة اتفاقات رفع و تحديد المسؤولية العقدية، عن الخطأ البسيط. ولم يعد يرى فيها منذ هذا التاريخ، سوى تنظيم " للمصالح الخاصة " الذي ترك لحرية الأفراد وليس فيها مساس بالنظام العام. وقضى ببطلان تلك الاتفاقات متى استبان له غش المدين أو خطأه الجسيم الذي اعتبره مساوياً للغش، ليلزم هذا الأخير بتعويض كامل للضرر الذي ترتب على إخلاله بالتزامه.²⁸⁰ وأخذ القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، بالرأي القائل ببطلان الاتفاق على رفع المسؤولية في نطاق الأضرار التي تلحق الأشخاص ولو كانت عن خطأ يسير، حيث قضت المحاكم الفرنسية ببطلان الاتفاق على رفع كل مسؤولية عن الطبيب أو الجراح الذي يرتضيه المريض، ولو كان العلاج قد أجري بناء على طلب و صريح منه.²⁸¹ كما اعتبر القضاء الفرنسي أن خطأ مساعدي المدين وغشهم كخطأ المدين نفسه أو غشه، حتى لا يتهرب المدين من المسؤولية بأن يعهد للغير بتنفيذ التزاماته ويتخلص بذلك من مسؤوليته عن من خطأ هذا الغير الجسيم أو غشه.²⁸² ولا يكون المدين الذي يستعين بغيره في تنفيذ التزاماته العقدية في وضع أفضل من المدين الذي يؤدي التزاماته بنفسه. فقضت محكمة النقض الفرنسية دائماً ببطلان البند الذي يرفع مسؤولية

1966، ثم عدل إلى (1500000) فرنك ذهب بموجب بروتوكول كواتيما لا سييتي في 1977. أسيل باقر وآخرون، المرجع السابق، ص 151 و 152 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 104، ص 63. ه 8 / قصي سلمان، المرجع السابق، ص 100 - 117.

²⁷⁸ أوسع قيد، على نطاق صحة اتفاقات رفع المسؤولية العقدية، تقرر بقانون 10 يناير سنة 1978، الذي قصد به حماية المستهلكين للسلع والخدمات. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ف 104، ص 64.

²⁷⁹ نقض فرنسي 4 فبراير سنة 1874، سيري 1874-1-273، و 14 يوليو سنة 1874، سيري 1875-1-33. أشار إليه: محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ف 103. ص 56. ه 21.

²⁸⁰ نقض 19 مارس 1913، سيري 1913-1-183، و 3 مايو سنة 1932، دالوز الأسبوعي 1932، ص 314، و 5 يناير 1961، دالوز، قضاء، ص 340، و 14 ديسمبر 1977، مجلة الأسبوع القانوني 1978-4-53. أشار إليه: محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، ف 103. ص 56 و 57. ه 22، 23، 24.

²⁸¹ مارسيليا المدنية 12 يونيو 1956، دالوز 1956، قضاء، ص 515. أشار إليه، المرجع السابق، ف 103. ص 60. ه 36. ولكنه في أحكام أخرى، لم يفرق القضاء بين ضرر يلحق المال و ضرر يصيب الشخص، واعتبر البند، في الحالة الأخيرة، صحيحاً، كذلك، في حدود الخطأ اليسير. وكان يسوي في عقد النقل البحري بين نقل الأشخاص ونقل البضائع في الاعتراف بصحة بند رفع المسؤولية، قبل تحريم البند في عقد نقل البضائع، ثم في عقد نقل الأشخاص دولياً وداخلياً.

²⁸² لطيفة أمازو، المرجع السابق، ص 497.

المدين أو يخففها متى ثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى خطأ جسيم ارتكبه مساعده. 283

وبالنسبة للمسئولية التقصيرية، يعتبر القضاء الفرنسي مسألة بطلان اتفاقات إعفاء أو تحديد المسؤولية التقصيرية عقيدة راسخة ظهرت على وجه الخصوص بمناسبة النقل المجاني، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن: " قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للناقل مجاناً الذي يقاضى مدنياً وفقاً للنص المادة (1382) من المجموعة المدنية، أن يحتج للتخلص من نتائج خطئه الثابت بتنازل المصاب صراحة أو ضمناً عن حقه في التعويض ". 284 وعلى العموم، " ليس للمصاب في حادثة أن يتنازل مقدماً 285 عن حقه في المطالبة بتعويض الضرر الذي نشأ عن الخطأ التقصيري ". 286

ولقد أخذ المشرع المصري بهذا الفارق بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية، بينما أجاز في حدود معينة الاتفاق مقدماً على رفع أو تحديد المسؤولية العقدية حرم في كل الأحوال هذا الاتفاق في نطاق المسؤولية التقصيرية. 287 فقد قنن المشرع المصري القواعد التي قال بها جمهور الفقهاء وطبقها القضاء الفرنسي في نطاق المسؤولية العقدية من خلال المادة (217) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : " 1- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة . 2- وكذلك يجوز

283 نقض فرنسي 15 مايو سنة 1923، سيرري 1924 -1- 81، و 20 يونيو سنة 1931، جازيت دي باليه 1931 -2- 534. أشار إليه : زكي و محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2 ، ف 105، ص 76 . 37.

284 نقض فرنسي 3 يناير سنة 1933، جازيت دي باليه 1933 -1- 588. أشار إليه، المرجع السابق، ف 142، ص 162 . 10 .

285 الاتفاق على تعديل حكم المسؤولية التقصيرية قبل وقوع الضرر يعتبر باطلاً لأن هذه المسؤولية من النظام العام . أما إذا قامت المسؤولية التقصيرية، ونشأ الحق للمضرور في التعويض فأنه يجوز بعد ذلك، أي بعد وقوع الضرر الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً. ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرر لآخر، فالمضرور يستطيع أن يعفي المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه، ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول على أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر، ويكون هذا أما نزولاً من المضرور عن بعض حقه أو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا ينزع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطي المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق، ويكون متبرعاً بما زاد . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 652، ص 1105 / خالد جمال المرجع السابق، ص 315.

286 نقض فرنسي 4 يناير سنة 1933، المجلة العمومية للتأمين البري، سنة 1933، ص 408 ؛ وكذلك نقض فرنسي 18 يوليو سنة 1934، دالوز 1935 -1- 38، و نقض فرنسي 2 أغسطس سنة 1950، دالوز 1950، قضاء، ص 581. أشار إليه : محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية. ج 2 ، ف 142، ص 162 . 11 .

287 سمير تناغو، المرجع السابق، ص 175.

الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ". فتطبيقاً لهذه المادة يجوز الاتفاق، في دائرة العلاقات العقدية على تشديد مسئولية المدين بإلزامه بتحمل تبعه الحادث الفجائي والقوة القاهرة، كما قررت هذه المادة جواز الاتفاق على رفع مسئولية المدين عن خطئه الشخصي البسيط، وقرر بطلانه عن الغش، وعن الخطأ الجسيم، ولو كان غشاً، أو خطأ جسيم صادراً عن مساعدي المدين.²⁸⁸ ولا يثور شك في انطباق هذه المادة على اتفاقات تخفيف المسئولية العقدية، وفقاً لقواعد القياس الأولى في تفسير النصوص، لأن اتفاقات التخفيف باعتبارها إعفاءً جزئياً أقل خطورة من اتفاقات رفع المسئولية، لذا نجد الفقه والقضاء يعترفان بصحة هذه الاتفاقات في حدود اعترافهما بصحة اتفاقات الإعفاء من المسئولية فتقضي بصحتها في نفس حدود صحة اتفاقات رفع المسئولية العقدية.²⁸⁹ إلا أنه يأخذ على المادة (2/217) من القانون المدني المصري، أنها حين أجازت الاتفاق على رفع مسئولية المدين عن غش مساعديه أو عن خطئهم الجسيم خالفت المبادئ العامة في المسئولية العقدية التي تسوي بين خطأ المدين وخطأ مساعديه، بحيث يكون الخطأ الذي يرتكبه المساعدون بالوصف الذي يثبت له : عمدياً أو جسيماً أو بسيطاً صادر من المدين.²⁹⁰ كما اعترف المشرع المصري بجواز الشرط الجزائي ونظم صحته و آثاره في المواد من (223) إلى (225) من القانون المدني.²⁹¹

أما في نطاق المسئولية التقصيرية، فقد نص في المادة (3/217) على أن : " يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل المشروع ". وتحيط القاعدة، الواردة في المادة (3/217) لعموم عبارتها بالمسئولية التقصيرية في كل صورها سواء كانت عن الخطأ الشخصي أم فعل الغير، أم فعل الأشياء، وأياً كانت جسامة الخطأ الذي أقامها أو أياً كان

²⁸⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 439، ص 756 و 757

/ سمير تناغو عبد السيد، المرجع السابق، ص 175 و 176.

²⁸⁹ محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ج 2، ف 149، ص 181/ سمير

تناغو، المرجع السابق، ف 136، ص 175 - 177.

²⁹⁰ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 177.

²⁹¹ حازم ظاهر، المرجع السابق، ص 87.

نوع الضرر الذي نشأ عن هذا الخطأ.²⁹² أما الاتفاق على تشديد المسؤولية التقصيرية، فيذهب جانب من الفقه إلى أن هذا الاتفاق صحيح ، لأنه لا يخالف النظام، و يستدل على ذلك بنص المادة 1/217 من التقنين المدني المصري التي تجيز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة، فما دام أنه يجوز للمدين أن يتحمل تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة حيث لا تكون ثمة مسؤولية أصلاً فمن باب أولى يجوز له حيث تكون ثمة مسؤولية أن يقبل تشديدها.²⁹³

ولقد استقر القضاء المصري على التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية في هذا الجانب، ومن تطبيقاته، ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن : " الاتفاق على عدم مسؤولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام، كما أن عقد الإيجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان ".²⁹⁴ وقضت في حكم آخر بانه : " إذا كان ما يأخذه الطاعن عن الحكم هو قصور أسبابه إذ لم يرد على ما أثاره من أن المسؤولية التي يدعيها هي مسؤولية تقصيرية لا يصح قانوناً الاتفاق على الإعفاء فيها، وكانت المحكمة في حدود سلطتها المطلقة في تفسير العقد المبرم بين الطاعن وبين خصمه الذي يلقي عليه مسؤولية التأخير عن تنفيذ شرط وارد في العقد، قد رأت أن هذا التأخير كان مما يتوقعه العاقدان واتفقا مقدماً على الإعفاء من المسؤولية عنها ".²⁹⁵ كما قضت بانه : " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى مسؤولية الشركة المؤجرة مسؤولية تقصيرية، وكانت الفقرة الأخيرة من المادة 217 من القانون المدني صريحة في بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء

²⁹² ويرى الدكتور محمود جمال الدين بأن المادة (3/217)، تتأسس على أنه لا يجوز أن يكون تطبيق القواعد الأساسية للنظام القانوني في الجماعة معلقاً على مشيئة الأفراد، وقواعد المسؤولية التقصيرية تقيد توازناً بين حرية الأفراد في نشاطهم والأمن الواجب توفره للغير، هذا التوازن أساس الحياة الاجتماعية، ولا يمكن السماح للأفراد بزعمه عن طريق استبعاد أو تعديل، قواعده بالاتفاق بينهم . محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية ج 2 ، ف 143، ص 168 و 169 . و أنظر أيضاً : عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر) ، المرجع السابق، ف 653 ، ص 1108 / سمير تناعو، المرجع السابق، ف 188، ص 265.

²⁹³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر) ، المرجع السابق. 654، ص 1108 و 1009 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 225، ص 645 و 646 / سمير تناعو، المرجع السابق، ف 188، ص 265.

²⁹⁴ نقض 1958/11/13 - مجموعة أحكام النقض 9 رقم 89 ص 689. أشار إليه : عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 439، ص 756، ه 1 / شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 650.

²⁹⁵ نقض 1947/3/27 - مجموعة أحكام النقض 107 ص 848. أشار إليه : شريف الطباخ ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 651.

من هذه المسؤولية فإن دفاع الشركة المؤسس على إعفائها من هذه المسؤولية يكون مرفوضاً حتماً وبالتالي فهو دفاع غير جوهري لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى، ومن ثم فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يبطله".²⁹⁶

أجاز المشرع البحريني أيضاً اتفاقات الإعفاء و تحديد المسؤولية العقدية، حيث نصت المادة (218) على أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة أو الحادث الفجائي". فموجب هذا النص أجاز المشرع البحريني الاتفاق على تشديد مسؤولية المدين، بتحميله مسؤولية عدم تنفيذ الالتزام العقدي ولو كان ذلك راجع إلى حادث مفاجئ أو قوة القاهرة. والمادة (219) التي تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، أو على التأخير في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم" فموجب هذه المادة وضع المشرع قاعدة عامة تقضي بجواز الاتفاق على الإعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه وعن خطئه الجسيم. كما وضع العديد من النصوص التي تجوز اتفاقات الإعفاء من المسؤولية في العديد من العقود كعقد البيع في المادة (413)²⁹⁷ و المادة (422)²⁹⁸. إلا أن المشرع في العديد من النصوص قرر بطلان مثل هذه الاتفاقات، مثل المادة (526)²⁹⁹ المتعلقة بضمان التعرض والعيب في عقد الإيجار، و المادة (620)³⁰⁰ المتعلقة بضمان المهندس والمقاول، و المادة (677)³⁰¹ المتعلقة بعقد الإيداع بين مستغل الفندق والنزيل. كما أجازت المادة (225) من القانون المدني البحريني الشرط الجزائي في العقود، إلا أنها اشترطت لصحته أن لا يكون محل الالتزام مبلغ من النقود،

²⁹⁶ نقض 1967/10/26 - مجموعة أحكام النقض 18 ص 1560. أشار إليه، المرجع السابق، ص 654.
²⁹⁷ تنص المادة (413) على أنه: (أ) يجوز للمتعاقدتين الاتفاق على زيادة ضمان الاستحقاق أو إنقاذه أو إسقاطه.

(ب) ومع ذلك يقع باطلا كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله".

²⁹⁸ تنص المادة (422) على أنه: يجوز للمتعاقدتين باتفاق خاص أن يزيدها في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه.

²⁹⁹ تنص المادة (526) على أنه: "يقع باطلا كل شرط بالإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد تعمد إخفاء سبب الضمان".

³⁰⁰ تنص المادة (620) على أنه: "كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلاً".

³⁰¹ تنص المادة (677) على أنه: "يقع باطلا كل شرط بإعفاء مستغل الفندق أو ما يماثله من المسؤولية أو التخفيف منها".

على اعتبار أن الشرط الجزائي بالنسبة لهذا الالتزام هو من قبيل الفائدة التي استبعدتها المشرع من نطاق أحكام القانون المدني.³⁰²

وتظهر اتفاقات تعديل حكم المسؤولية المدنية بشكل واسع في القانون البحريني، من خلال عقود النقل. فلم يجرز قانون التجارة البحريني اتفاق الإعفاء من المسؤولية في كلتا صورتين (نقل الأشخاص ونقل الأشياء)، فقد أبطلت المادة (256) من قانون التجارة الاتفاق على إعفاء الناقل من المسؤولية الناشئة عن الأضرار البدنية التي تصيب الركاب إعفاءً كلياً أو جزئياً، و بالنسبة لنقل الأشياء قضت المادة (246) من القانون التجارة التي تنص على أنه: " - يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه. وكذلك يقع باطلا كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من هذه المسؤولية إذا نشأت عن أفعال تابعيه". كما قضت المادة (180) من المرسوم بقانون رقم (23) لسنة 1982 بإصدار القانون البحري على أنه: " يسأل الناقل عن الضرر الذي يلحق بالمسافر بسبب تأخر وصول السفينة إلى الميناء المتفق عليه أو عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد إلا إذا أثبت أن ذلك ناشئ عن سبب أجنبي عنه. ويسأل الناقل عن وفاة المسافر أو إصابته بجرح أثناء السفر إلا إذا أثبت الناقل أن الوفاة أو الإصابة نشأت بسبب أجنبي عنه. ويقع باطلا كل اتفاق على إعفاء الناقل من هذه المسؤولية أو تحديدها مقدماً بمبلغ جزافي".

وإذا كان المشرع البحريني في قانون التجارة لا يجيز للناقل اشتراط إعفاء من المسؤولية عن الهلاك والتلف، والأضرار البدنية التي تصيب الركاب، إلا أن له تحديد مسؤوليته عن الهلاك والتلف،³⁰³ و اشتراط إعفاءه كلياً أو

³⁰² صبري محمد خاطر، مصادر الالتزام، ف 255، ص 224. تنص المادة (111/د و) من قانون العمل رقم (36) لسنة 2012 على أنه: " د - إذا أنهى صاحب العمل عقد العمل المبرم لإنجاز عمل معين بدون سبب أو لسبب غير مشروع التزم بتعويض العامل بما يعادل أجر المدة المتبقية واللازمة لإنجاز العمل المتفق عليه حسب طبيعة ذلك العمل، ما لم يتفق الطرفان على تعويض أقل بشرط ألا يقل التعويض المتفق عليه عن أجر ثلاثة أشهر أو المدة المتبقية واللازمة لإنجاز العمل أيهما أقل .

هـ - في الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين (أ) و (ب) من هذه الفقرة، إذا كان إنهاء العقد بمثابة فصل تسفي طبقاً لأحكام أي من المادتين (104) و(105) من هذا القانون، استحق العامل تعويضاً إضافياً يعادل نصف التعويض المستحق طبقاً لأحكام هذه المادة، ما لم ينص العقد على تعويض يجاوز ذلك .

و- لأغراض هذه المادة، تعتبر كسور الشهر شهراً كاملاً " .

³⁰³ تنص المادة (247) من قانون التجارة البحريني على أنه: " فيما عدا حالي الخطأ العمدي والخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه يجوز للناقل: أ- أن يحدد مسؤوليته عن الهلاك أو التلف بشرط أن لا يصل التعويض المتفق عليه إلى حد يصبح معه تافهاً. ب- أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن التأخير. 2- ويجب أن يكون شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها مكتوباً " .

جزئياً من المسؤولية عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية³⁰⁴ . كما أجاز تحديد مسؤولية الناقل في نطاق النقل البحري، والجوي.³⁰⁵

كما أقام المشرع البحريني حماية فعالة للمستهلكين، في عقودهم مع مزودي المنتجات والخدمات، من البنود التعسفية التي منها ما يرفع مسؤولية المزود عن إخلاله بالتزاماته، حيث نصت المادة (10) من القانون رقم 35 لسنة 2012 الخاص بحماية المستهلك على أنه : "مع مراعاة المادة (9) يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط الإغفاء المسبق للمزود من التزاماته الواردة بهذا القانون " .

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فقد جاء نص المادة (181)³⁰⁶ من التقنين المدني البحريني، عاماً ومطلقاً مقررًا بطلان كل شرط يقضي برفع أو تحديد المسؤولية المترتبة على العمل الغير مشروع، سواء كانت مسؤوليته نتيجة خطئه الشخصي ولو كان هذا الخطأ يسيراً، أم نتيجة خطأ ممن يجعله القانون مسئولاً عن أفعالهم كتابيه أو من يكونون في رعايته، أيّاً كانت درجة خطأ هؤلاء، أي سواء كان خطؤهم عمداً أو إهمالاً جسيماً أو يسيراً؛ لتعلق تلك المسؤولية بالنظام العام،³⁰⁷ ويجوز أخيراً الاتفاق على تشديد المسؤولية

³⁰⁴ المادتين (247) و (257) من قانون التجارة البحريني، و المواد (69)، (72)، (75)، (160)، (161) مرسوم بقانون رقم (23) لسنة 1982 بإصدار القانون البحري . باسم محمد صالح ، شرح القانون التجاري البحريني، جامعة العلوم التطبيقية ، ط 2، البحرين، 2009، ص 227 – 235.
³⁰⁵ المواد (69)، (72)، (75)، (160)، (161) مرسوم بقانون رقم (23) لسنة 1982 بإصدار القانون البحري ، والمواد (48)، (50)، (53) من قانون تنظيم الطيران المدني رقم (14) لسنة 2013.

³⁰⁶ تنص المادة (181) من القانون المدني البحريني على أنه : " يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً " .

³⁰⁷ استثناء من نص المادة (181) من القانون المدني، أجاز المشرع البحريني للمؤلف في المادة (64) من قانون الملكية الفكرية طلب الحكم (بتعويض لا يقل عن خمسمائة دينار ولا يتجاوز نسعة آلاف دينار عن كل تعدي أو فعل محظور تم ارتكابه) حيث تنص على أنه : " ... وتحدد المحكمة التعويض بالقدر الذي تراه جابراً للضرر طبقاً لأحكام المادتين (161) و (162) فقرة 1 من القانون المدني، على أن يكون من بين ما تراعيه المحكمة في هذا الشأن قيمة السلعة أو الخدمة – موضوع التعدي – وفقاً لما يحدده المدعي بشأن سعر التجزئة أو أي معيار آخر مشروع يطلب تطبيقه أو عن طريق الخبرة.

2- يجوز لصاحب الحق، بدلاً من المطالبة بالتعويض الجابر للضرر، بما في ذلك الأرباح التي جناها المتعدي طبقاً لحكم الفقرة السابقة، أن يطلب في أي وقت وقبل الفصل في الدعوى الحكم له بتعويض لا يقل عن خمسمائة دينار ولا يتجاوز نسعة آلاف دينار عن كل تعدي أو فعل محظور تم ارتكابه " /. صبري حمد خاطر ، مصادر الالتزام، ف 487، ص 417. و صبري حمد خاطر خاطر، المرجع السابق، ص 220 و 221.

التقصيرية في القانون البحريني استناد لنص المادة (218) التي ترخص الاتفاق على أن يتحمل المسئول تبعة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة.³⁰⁸

واستناداً للنصوص القانون، استقر القضاء البحريني على عدم جواز اتفاقات تحديد أو الاعفاء من المسئولية التقصيرية، وبجوازها في المسئولية العقدية باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم. ومن تطبيقاته ما قضت به محكمة التمييز البحريني بانه : " و أن كان يجوز - طبقاً للقواعد العامة في القانون الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه العقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم إلا أنه إذا ورد هذا الإعفاء على الالتزام الرئيسي الذي يمثل ركن العقد وجوهره، فإنه يكون باطلا لا يعتد به لمجاافته لفكرة العقد ذاتها، بجعله أحد المتعاقدين غير ملتزم بشيء بينما يستأدى الالتزام المقابل كاملاً، وهو ما يعد بمثابة الخطأ الجسيم، وإذا كان الالتزام الرئيسي للمؤجر تمكينه المستأجر من الانتفاع بالمأجر، فلا يتصور عقد الإيجار وقد أعفى المؤجر نفسه منه فإن ما تضمنه العقد من إعفاء المطعون ضدها من هذا الالتزام لا يعتد به وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بالأجرة والإخلاء، معتدا بذلك الشرط وملتفتاً عن دفاعه في هذا الخصوص، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون، بما يوجب نقضه "،³⁰⁹ وبأنه : " طلب إلزام الطاعنة بأداء مبلغ 4000 دينار للمطعون ضدها الذي التزمت بسداده بموجب إقرارها والذي يمثل تكاليف تعليمها وتدريبها على أصول مهنتها يعد تعويضاً اتفاقياً بينهما وشرطاً جزائياً تلتزم الطاعنة به إذا أخلت بتعهدا الوارد بهذا الإقرار - بالعمل لديها لمدة لا تقل عن خمس سنوات بحيث إذا أنهت العمل من جانبها خلال تلك المدة وقبل نهايتها تلتزم به مع مراعاة أحكام التعويض الاتفاقي المقررة بالمادة 226 من القانون المدني التي تقضي بأن التعويض المتفق عليه لا يكون مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر "³¹⁰، وبأنه : " لما كانت المادة 23 من اتفاقية وارسو قد نصت على بطلان كل شرط يرمى إلى إعفاء الناقل الجوي من مسئوليته. فإن ما نص عليه البند التاسع من شروط عقد النقل أيا كان مضمونه وفحواه لا يعفى الطاعنة من مسئوليته عن التأخير في تنفيذ

³⁰⁸ خالد جمال المرجع السابق، ص 315.

³⁰⁹ الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٢٠٠٥. جلسة ١٧ من إبريل سنة ٢٠٠٦.

³¹⁰ القاعدة رقم 234 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 204 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ الجلسة 2007/11/05 - صفحة رقم 1107.

عقد النقل في الميعاد المتفق عليه في تذكرة السفر الصادرة منها، ولا على الحكم المطعون فيه أن التفت عما أبدته من دفاع قوامه الاتفاق على إعفائها من تلك المسؤولية باعتباره دفاعاً قانونياً ظاهره البطلان"،³¹¹ وبأن: "كان لا يجوز الاتفاق مقدماً على إعفاء صاحب العمل من تعويض العامل عن فصله التعسفي ويقع مثل هذا الاتفاق باطلاً طبقاً لنص المادة ١٥٣ من قانون العمل لما يتضمنه من مخالفة لأحكامه فإنه ليس في هذا القانون أو في القواعد العامة بالقانون المدني ما يمنع الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض عن الفصل التعسفي بمبلغ إجمالي بشرط أن يكون معقولاً بالنسبة للضرر الواقع ولا يكون ضئيلاً إلى درجة يكاد يكون صورياً فلا على الحكم المطعون فيه إن اعتد باتفاق الطرفين في عقد العمل على تعويض الطاعنة عن إنهائه المبستر قبل اكتمال مدته المحددة بسنة بما يعادل أجر شهرين مبلغ ٤٠٠ دينار باعتباره تقديرًا مقبولا ومن ثم يكون النعي عليه في هذا الشأن قائماً على غير أساس ولا يعدو جدلاً موضوعياً غير مقبول"³¹²، وبأنه: "حدد المشرع في المادتين 158، 159 من القانون البحري حالات إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك البضائع المنقولة أو تلفها، وضمن الفقرة "ف" من المادة 159 سالفه الذكر أنه في حالة التمسك بأن الهلاك والتلف يرجع لسبب آخر غير ناشئ عن فعل الناقل أو تابعه أو من ينوب عنه أو أخطأئهم أن يثبت المتمسك بذلك أنه لا شأن له لفعل هؤلاء الأشخاص أو أخطأئهم في إحداث الهلاك أو التلف. كما نص في المادة 161 منه على بطلان كل شرط في سند الشحن. يكون من شأنه إعفاء الناقل عن المسؤولية عن هلاك البضائع أو تلفها الناشئ عن الإهمال أو الخطأ أو التقصير في الالتزامات المنصوص عليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من القانون، ولما كانت الطاعنة لم تستند إلى حالة من حالات الإعفاء من المسؤولية التي حددها المشرع في المادتين 158، 159 سالفتي الذكر ولم تثبت أن التلف لا يرجع إلى فعل الناقل أو تابعيه أو من ينوب عنه أو أخطأئهم - كما لم تثبت ما جاء بالشرط الوارد بسند الشحن من أن التلف ناشئ عن الطريقة التي عبأت بها الحاوية فإنه لا عبرة بما تثيره من أن مجرد

³¹¹ القاعده رقم 112 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 81 لسنة 1997 المكتب الفني السنة القضائية 8 تاريخ الجلسة 1997/11/02 - صفحة رقم 505.

³¹² القاعده رقم 81 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 340 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/04/06 - صفحة رقم 8.

شحن البضائع داخل حاوية معبأة بواسطة الشاحن يعفى الناقل من المسؤولية عما يحدث من تلف للبضائع أثناء النقل مادام قد سلم الحاوية سليمة ظاهرياً إذ لا سند لذلك من القانون أو من التحفظ الوارد بسند الشحن والذي ما كان بحاجة إلى اشتراطه لو كان ذلك صحيحاً³¹³، وبأنه : " لما كانت الفقرة ج من المادة ٢٢ من اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ المستبدلة ببروتوكول جواتيمالا لسنة ١٩٧١ قد حددت مسؤولية الناقل عن ضياع الأمتعة بمبلغ خمسة عشر ألف فرنك لكل راكب. فقد وضعت بذلك حداً أقصى للتعويض الذي يحصل عليه المزار فلا يتمتع الاتفاق على تعويض أقل وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها بما هو ثابت بتذكرة سفر المطعون ضده من تحديد مسؤوليتها عن ضياع الأمتعة بعشرين دولار أمريكي عن كل كيلو جرام، فلا تلتزم بما يزيد عن أربع مائة دولار باعتبار أن وزن الحقيبة الضائعة عشرين كيلو، وإذ التفت الحكم عن هذا الدفاع الجوهري وقضى بإلزام الطاعن بما يعادل خمسة آلاف فرنك استناداً إلى أحكام اتفاقية وارسو لسنة ٢٩ وهو ما يجاوز حدود مسؤولية الطاعنة المتفق عليها فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه فضلاً عن قصوره في التسبب مما يعيبه ويوجب نقضه³¹⁴.

• استنتاج :

ونخلص مما تقدم إلى أنه على الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة اختلاف في تعديل أحكام المسئوليتين ، إلا أن الفقه والتشريع والقضاء مجتمعون، على أن مسألة جواز الاتفاق على الاعفاء أو تعديل أحكام المسئولية، تشكل فرقاً أساسياً بين نوعي المسئولية لا يمكن إنكاره أو التغاضي عنه.

والذي يبدو مما تقدم، إن هذا الفارق بين نوعي المسئولية يرجع إلى طبيعة العلاقة بين الدائن والمدين في كل من المسئوليتين. ففي المسئولية التقصيرية

³¹³ القاعدة رقم 11 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 8 لسنة 1990 المكتب الفني السنة القضائية 1 تاريخ الجلسة 1990/06/10 - صفحة رقم 73.

³¹⁴ القاعدة رقم 163 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 447 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/06/30 - صفحة رقم 757.

يكون محدث الضرر قبل وقوع الفعل الضار أجنبياً بالنسبة للمضرور ولا تربط بينهما أي علاقة سابقة ، لذلك لا يمكن تصور وجود أي اتفاق بين شخصين أجنبيان عن بعضهما، ولا تربط بينهما أي رابطة سابقة ،بينما في المسؤولية العقدية يكون من المتصور وجود اتفاق على الإعفاء منها أو تعدل أحكامها ؛ لأن هذه المسؤولية تنشأ بين اثنين يعرف كل منهما الآخر، وتربطهما علاقات قانونية سابقة على قيامها.

رابعاً: الاختلاف في وجوب التعويض:

ذهب أنصار الإزداج إلى أنه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية، إخلال المدين بالتزام من التزاماته العقدية، بل لابد من إعداره.³¹⁵ أما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فلا تطبيق لهذه القاعدة وتقوم، ومن ثم على كاهل المسئول عن الفعل الضار دون الحاجة إلى إعداره.³¹⁶

ويدلل أصحاب هذا الرأي على صحة ما يقولونه بعدة حجج :

1- إن التفرقة في وجوب الإعذار بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ترجع إلى طبيعة الأشياء. فالإعذار معناه وضع المدين في حالة المتأخر عن تنفيذ التزامه. ذلك أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي إلى ما بعد حلول أجله لا يترتب عليه نتائج قانونية، لاحتمال أن يكون الدائن راضياً أو على الأقل متسامحاً في تأخيرته. فيعتمد الدائن عن طريق الإعذار إلى إعلان إرادته القاطعة إلى المدين بتنفيذ التزامه، حين يجب على هذا الأخير أن يبادر إليه و إلا كان متخلفاً عن تنفيذه و استطاع الدائن من ثم اقتضاء تعويض منه. أما في نطاق المسؤولية التقصيرية. فلا يتصور الإعذار في أغلب الحالات، لأن العلاقة القانونية بين من لحقه ضرر والمسئول عنه لا تنشأ إلا بعد وقوعه

³¹⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، ف 510، ص 848 / عبدالمعين جمعة، المرجع السابق، ص 28 / سعيد سعد، المرجع السابق، ص 332 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 262.

³¹⁶ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 19، ص 76 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 8، ص 20 .

فعلاً، فكيف يقوم المضرور بإعذار المسئول بتنفيذ التزامه الذي هو تجنب وقوعه حين أنه بحسب الفرض قد وقع فعلاً.³¹⁷

2- إن القانون في حالة المسؤولية التقصيرية يعتبر المدين مخطئاً من وقت تحقق الضرر - نشوء الالتزام - و إن هذا التقصير يكفي لإعفاء الدائن من إعذاره لعدم استحقاق المدين أن يحاط بضمانة الإعذار في هذه الحالة، و لذلك يستحق ضحية الفعل الضار تعويضاً عن جميع الضرر الذي لحقه منذ وقوعه، وليس من تاريخ الإعذار.³¹⁸ بل ويستحق كذلك وفقاً لرأي في الفقه الفرنسي تعويضاً عن التأخر في تعويض منذ وقوع الضرر وليس فقط كما في المسؤولية العقدية من تاريخ الإعذار.³¹⁹

3- إن عدم استلزام الإعذار لاستحقاق التعويض في المسؤولية التقصيرية، يرجع إلى أن هذه المسؤولية تقوم نتيجة إخلال الشخص بالتزام قانوني هو واجب الحيلة والحذر بعدم الإضرار بالغير، فإذا ما حدث إخلال نحو هذا الواجب ووقع الضرر بالغير فعلاً، فأن التنفيذ العيني لهذا الالتزام يكون غير ممكن، مما يستتبع عدم الجدوى من توجيه الإعذار.³²⁰

لقد نظم المشرع الفرنسي في المواد 1139 و 1146 و 1145 أحكام الإعذار بشكل صريح. فمبدأ بموجب المادة (1146) من القانون المدني الفرنسي أن الدائن لا يستحق تعويض عن الإخلال بالالتزام العقدي إلا بعد إعذار المدين. ويكون هذا الإعذار عن طريق الإنذار أو أي شيء يساويه.³²¹ ويستغنى عن هذا الإعذار استثناء إذا كان التزام المدين الذي حصل الإخلال به التزاماً بالامتناع عن عمل أو كان محل التزامه عمل أو شيئاً يجب إجراؤه أو إعطاؤه في ميعاد معين بحيث تتعذر الفائدة المقصودة

³¹⁷ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ف 16، ص 80 و 81 / ربيع ناجح راجح، المرجع السابق، ص 18.

³¹⁸ يستحق مالك العقار المغتصب أو المنقول المسروق، تعويضاً عن حرمانه من منفعة منذ اغتصابه أو سرقة منه وليس فقط من تاريخ إعذار المغتصب أو السارق برده. سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 8، ص 20.

³¹⁹ ولكن محكمة النقض الفرنسية لا تجيز القضاء بالفوائد التأخيرية على مبلغ التعويض إلا من تاريخ الحكم الذي يكرس وجوده. ولقد طبق القضاء، بعد تردد ذات القاعدة على المسؤولية العقدية. نقض فرنسي 6 مارس سنة 1963، دالوز 1963، مختصر، ص 97؛ 24 مارس 1958، دالوز 1985، قضاء، ص 462/ نقض فرنسي 2 ديسمبر سنة 1948 و قضاء، ص 577. أشار إليه : محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 16، ص 82 و 83.

³²⁰ عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الإثبات - آثار الالتزام)، ج2، ط 3 ، منشورات الحلبي، لبنان، 2000، ف 466، ص 838.

³²¹ المادة 1139 من القانون المدني الفرنسي .

من هذا الإجراء أو الإعطاء لو تم بعد الميعاد المحدد.³²² وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1895/5/28 بعدم اشتراط الاعذار في حالة المسؤولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدي امتناع عن عمل.³²³ كما أن المادة (1146) من التقنين الفرنسي التي توجب الإعذار لاستحقاق التعويض، بعموم عبرتها، تنصرف إلى تنفيذ الالتزام كما تنصرف إلى حالة مجرد التأخر في تنفيذه. ولذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بوجوب الإعذار لاستحقاق التعويض، سواء عن التأخر في التنفيذ أم عن عدم التنفيذ.³²⁴

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فلم يعالج المشرع الفرنسي شرط الاعذار فيها، وبذلك فإن المسؤولية تقوم على كاهل المسئول بتعويض المضرور دون حاجة إلى إعدار.³²⁵

ولقد قرر المشرع المصري التفرقة بين نوعي المسؤولية في وجوب الإعدار، ففي نطاق المسؤولية العقدية، قضت المادة (218)³²⁶ من القانون المدني المصري بأن المدين لا يستحق التعويض دون إعدار، وهذه القاعدة تتسع لتشمل التعويض عن التأخر في التنفيذ الالتزام، و التعويض عن عدم التنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ؛ لأن مادة (215) من القانون المدني المصري التي تسبق المادة (218) تنص على شمول التعويض للضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي و الضرر الناتج عن التأخير في تنفيذه.³²⁷

³²² المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي .
³²³ نقض فرنسي 28 مايو سنة 1895 دالوز 95-1 - 382 . أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ف 36، ص 29، هـ 1.

³²⁴ د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف، ص 77 و 78 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 30.

³²⁵ حسين عامر، المرجع السابق، ف 36، ص 29. / سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 8، ص 20 /

محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 19 ، ص 75 و 76.

³²⁶ المادة (218) من القانون المدني المصري تنص على أنه : " لا يستحق التعويض إلا بعد أضرار المدين، ما لم ينص على غير ذلك"

³²⁷ تنص المادة (215) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام

عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد

له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" .. عرسان، حازم ظاهر، المرجع السابق،

ص 81 / حسن علي الذنون ، المرجع السابق، ص 94 / محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، ف

16، ص 78 و 79 .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصري لم يكتف في المادة (226)³²⁸ بالإعذار لبدء سريان الفوائد التأخيرية وإنما تشدد بذلك فجعل المطالبة القضائية موعداً لبدء سريانها وذلك تذكراً منه للربا.³²⁹

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فقد ألقى المشرع المصري الدائن من الإعذار، لانتفاء الحكمة من توجيهه، حيث تنص المادة (220) من القانون المدني المصري على أنه: " لا ضرورة لأعذار المدين في الحالات الآتية: ب) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع...."، و مرجع ذلك أن الالتزام المدين بالتعويض ينشأ عن إخلاله بالالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير، لذلك فقد حرّمه المشرع من ضمانة الإعذار.³³⁰

استقر الرأي في القضاء المصري على التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية في مسألة وجوب الاعذار. ومن تطبيقات محكمة النقض أيضاً، حكمها الصادر في 1962/5/3 الذي قضت فيه بأن: " حكم القانون صريح في أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو جزئه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً".³³¹

و رفضت محكمة النقض المصرية الحكم بالتعويض للمشتري عن إخلال البائع بالتزامه بتسليم البضاعة ، لأنه لم يقدّم بإعذار البائع بالوفاء ، حيث جاء في قرارها بأنه: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم ينص على غير ذلك - المادة 218 مدني - فإذا كان الثابت من تقارير الحكم المطعون فيه أن الطاعنة - المشتري - لم تعذر المطعون عليهم - البائع والضامنين له - بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن كان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعفاء من الإعذار وهو إجراء واجب

³²⁸ المادة (226) التي تنص على أنه: " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، وإن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله مالم ينص القانون على غير ذلك".

³²⁹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (الإثبات - آثار الالتزام) ، المرجع السابق، ف 805، ص 897 و 898 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 16، ص 83 / حازم ظاهر، المرجع السابق، ص 83.

³³⁰ مصطفى الجمال و رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ف 201، ص 644.

³³¹ نقض رقم 156 جلسة 21 مارس سنة 1933، مجموعة أحكام النقض، جزء أول، ص 292. أشار إليه: محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 16، ص 79، هـ 20.

لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه، فإن الطاعنة لا تكون على حق في المطالبة بهذا التعويض " .³³²

كما قضت محكمة النقض بأنه لا يلزم الإعذار للحكم للمؤجر بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة استمرار المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة بعد إنتهاء عقد الإيجار ، لأن انتفاع المستأجر بالعين بعد انتهاء العقد يعد غصباً يعرض عنه بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية ولا يلزم فيها الإعذار، حيث جاء قرارها بأنه : " إذا كان الحكم قد قضى باستحقاق المؤجر للتعويض مقابل حرمانه منفعة أرضه في المدة التالية لانتهاج الإجارة استناداً إلى استمرار المستأجر في الانتفاع بهذه الأرض بغير رضا المؤجر. الأمر الذي يعد غصباً فلا يصح النعي عليه بأنه قد قضى بالتعويض دون تكليف رسمي، إذ هذه مسؤولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء " .³³³

بالنسبة إلى المشرع البحريني فقد اعتبر الإعذار أحد الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض بصورة عامة وذلك في المادة (220) من القانون المدني البحريني ولكنه بعد ذلك استثنى من هذا الحكم حالة تعويض الضرر الناتج عن ارتكاب عمل الغير مشروع .³³⁴

و المشرع البحريني وخلافاً لما ذهب اليه المشرع المصري لم يعتبر الإعذار شرطاً لاستحقاق التعويض عن التأخر في تنفيذ الالتزام النقدي ؛ لأنه لم يأخذ بهذا النوع من التعويض، فهو لم يجرز في المادة (228)³³⁵ من القانون

³³² الطعن رقم 422 لسنة 26 ق جلسة 1962/5/3 / الطعن رقم 1164 لسنة 48 ق جلسة 1984/3/12. أشار إليه : أشار إليه : سعيد أحمد : المصدر السابق، ص 54 و 55 .

³³³ الطعن رقم 47 لسنة 8 ق جلسة 1949/12/15. أشار إليه : عبدالمعين جمعة، المرجع السابق، ص 27 / شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 661.

³³⁴ -المادة (222) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه : " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- أ) إذا اتفق على أن يعتبر المدين مخرلاً بالالتزام بمجرد عدم الوفاء به عند حلول الأجل.
 - ب) إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.
 - ج) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
 - د) إذا كان محل الالتزام تسليم شيء يعلم المدين أنه مسروق أو رد شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
 - هـ) إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه " .
- ³³⁵ تنص المادة (228) على أنه : " 1- أ) يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.
- ب) ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقبله خدمة حقيقية متناسبة بكون الدائن قد أداها فعلاً.
- 2- إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة " .

المدني البحريني تقاضي الفائدة تعويضاً عن تأخير في تنفيذ الالتزام تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية في تحريم الربا. إلا أن المشرع البحريني ورغبةً منه في أن لا يترك الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام النقدي دون تعويض، وفي استبعاد أي مظنة للربا؛ اخضع هذا الطراز من التعويض لسلطة القاضي التقديرية على أن تراعي فيه مقتضيات العدالة. فيقتصر القاضي في الحكم بالتعويض على الخسارة التي لحقت الدائن دون فوات الكسب، لأن هذا العنصر في التعويض يكون بالنسبة للنقود الريح الذي يتوخى من استثمارها.³³⁶

وبصد ذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن : " المادة 228 من القانون المدني - المعمول به اعتباراً من 2001/9/1 - قد أبطلت كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به، ما لم يثبت الدائن أنه قد لحقه ضرر من عدم الوفاء في الميعاد من قبل المدين رغم قدرته وإعذاره بالوفاء فيجوز للمحكمة عندئذ تعويضه، وكان المطعون ضدهما الثاني والثالث قد طلبا الحكم بالفوائد التأخيرية - دون أن يدعيا توافر شروط الحكم لهما بالتعويض على نحو ما حددته المادة المشار إليها - وقضى لهما الحكم الابتدائي - المؤيد بالحكم المطعون فيه - بتلك الفوائد من تاريخ رفع الدعوى وحتى السداد التام رغم أن الدين مدني لا يجوز احتساب فوائد عنه، وهو أمر متعلق بالنظام العام، بما يكون متعيناً نقضه جزئياً فيما قضى به من إلزام الطاعنة بأداء تلك الفائدة ".³³⁷

³³⁶ صبري حمد خاطر ، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف 144، ص 102 و 103. اتخذ المشرع البحريني في القانون المدني مسلك يخالف مسلكه في القانون التجاري ، حيث أجاز للدائن تقاضي الفوائد على الديون التجارية. إذ تنص المادة 275 من قانون التجارة البحريني على أنه : " يجوز اشتراط الفائدة في عقد الوديعة النقدية ... " وتقرر المادة 76 منه : " يفترض في المتعاقدين، في عقد القرض التجاري، قد شرط الفائدة على هذا القرض ما لم يثبت أنهما قصدا غير ذلك. وتحسب الفائدة على القرض بالسعر القانوني إلا إذا اتفق على سعر آخر بشرط أن لا تجاوز الحد المنصوص عليه قانوناً ". وتقضي الفقرة الثانية من المادة 344 بالاتي : تحسب الفوائد على الأرصدة المدنية بالسعر المتفق عليه بين البنك وصاحب الحساب، إذا لم يتفق على سعر محدد، تسري الفائدة حسبما تحدده مؤسسة نقد البحرين أو العرف المصرفي. وتنص المادة 81 الفقرة الأولى على أنه : " لا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن أكثر من مبلغ الدين الذي حسبت عليه الفوائد وذلك دون إخلال بالعرف التجاري " . باسم محمد صالح، المرجع السابق، ص 40 و 41.

³³⁷ القاعدة رقم 68 الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 293 لسنة 2006 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ الجلسة 2007/03/05 - صفحة رقم 347.

الباب الثاني

أنكار ازدواج المسؤولية المدنية

الباب الثاني

أنكار ازدواج المسؤولية المدنية

لاقت نظرية ازدواج المسؤولية المدنية في بدايتها نجاحاً بالغاً، جذب إليها عدداً كبيراً من الفقهاء الذين اعتنقوا آراءها ؛ لذلك تربعت هذه النظرية طويلاً على عرش العلم وظلت سائدة سيادة مطلقة ، إلا أن نقاط الضعف فيها بدأت تبدو للعيان شيئاً فشيئاً، وبدأت الطعون و الانتقادات تُوجّه إليها، وبرغم من ذلك ظلت كل هذه الطعون على الهامش وبقيت هذه النظرية هي السائدة إلى بداية القرن العشرين،³³⁸ حيث بدأت محاولات فقهية حديثة حاولت تطوير مفهوم المسؤولية المدنية و إيجاد بدائل تحل محل ازدواجها إلى عقيدة و تقصيرية، فظهرت فكرة وحدة المسؤولية المدنية التي حاولت هدم فكرة الازدواج ، ومحو الفوارق بين المسئوليتين، ومن بعدها فكرة نفي المسؤولية العقدية التي ارتكزت على إثبات خطأ نظام المسؤولية العقدية وعدم جدواه من الناحية التطبيقية. وعليه سنطرح هاتين الفكرتين في فصلين، وذلك على النحو الآتي :

الفصل الأول

فكرة وحدة المسؤولية

ظل فكر التمييز بين نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية بما يتضمنه من تقرير ازدواج المسئوليتين مستقراً لا جدال حوله طوال القرن التاسع عشر حتى مطلع القرن العشرين حيث جاء فكر النظرية الحديثة الذي يرى في نوعي المسؤولية المدنية مسئولية واحدة،³³⁹ إلا أن هذه الفكرة تعرضت لانتقادات شديدة من قبل أنصار فكرة الازدواج . وعليه سنتصدى لبيان فكرة وحدة المسؤولية المدنية في مبحث أول، بعده تقويم هذه الفكرة في مبحث ثان.

³³⁸ فيني ، جنفييف، المرجع السابق، ص469. مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 41 و 42. مصر : الشركة المتحدة للنشر والتوزيع. 1971 - 1972، ص 33.
³³⁹ مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، السنة 41 و 42. مصر : الشركة المتحدة للنشر والتوزيع. 1971 - 1972، ص 35.

المبحث الأول

فكرة الوحدة

نطرح في هذا المبحث أولاً فكرة وحدة المسؤولية، ثم نبين الأسس التي استندت عليها فكرة وحدة المسؤولية ثانياً وذلك كالاتي :

المطلب الأول

عرض فكرة وحدة المسؤولية

كان لمغالاة فكرة ازدواج المسؤولية المدنية في القول بالمغايرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في طبيعتها وفي أحكامها رد فعل شديد في أواخر القرن الماضي، فنهض لمحاربتها العديد من الفقهاء الفرنسيين، أمثال بلانيول،³⁴⁰ ليفيفر،³⁴¹ و لكن أبرزهم هو الفقيه جان جرانند مولان الذي تعهد بمحاربة فكرة الازدواج ، في رسالة الدكتوراه التي طرحها عام 1892، تحت عنوان ((وحدة المسؤولية)).³⁴²

ولقد تطرف هؤلاء في إثبات وحدة المسؤولية العقدية و التقصيرية أو حاولوا أن يثبتوا أن المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، إنما هي من طبيعة واحدة، و أنه لا داعي للفرقة بين المسئوليتين لأن الفوارق بينهما ظاهرية أو أنها لا ترجع إلى اختلاف طبيعتهما، وأن أركان المسئوليتين واحدة؛ لأن كليتهما تقومان على الخطأ، ويترتب عليهما تعويض الضرر.³⁴³ إلا أن أنصار هذه الفكرة، ذهبوا بعد ذلك في اتجاه متعارضين، الاتجاه

³⁴⁰ أشار إليه : عبدالرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص87 / عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 511، ص 849 .

³⁴¹ أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 28.

³⁴² أشار إليه : جنفيف فيني، المرجع السابق، ص469 و 470.

³⁴³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 28 / عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص87 و 88 / حسين عامر، المرجع السابق، ف151، ص 130-134 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص11 و 22 / عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص26 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 511، ص849 / سمير تناعو ، المرجع السابق، ف 190، ص 218 / محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص262 / سعيد سعد، المرجع السابق، ص 331 و 332 / سعد بختاوي، المرجع السابق، ص24.

الأول يذهب إلى التسوية بين نوعي المسؤولية المدنية، بالقول بأن كلاهما، مصدر للالتزام بالتعويض. والاتجاه الآخر يساوي بين المسئوليتين بالقول بأن كلاهما نتيجة للإخلال بالتزام سابق، وهذا ما فصله على النحو الآتي :

أولاً : وحدة مصدر الالتزام

يرى بعض أنصار فكرة الوحدة، أن المسؤولية العقدية تتفق، مع المسؤولية التقصيرية، في أن كل منهما مصدر للالتزام بالتعويض. حيث ذهبوا إلى :

1- أن المسؤولية العقدية، الناشئة عن الإخلال بالالتزام العقدي ليست مجرد أثر للعقد، بل تعتبر مصدراً لالتزام جديد هو الالتزام بالتعويض، يحل محل الالتزام الأصلي، الذي ينقضي في حالة استحالة التنفيذ العيني للالتزام العقدي لغير سبب أجنبي أو في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه.³⁴⁴ وفي ذلك يقول الفقيه مازو إنه : " حينما يبرم عقد، ينشأ التزام أول يتحصل في قيام الطرفين بتنفيذ التزامه، فإذا لم ينفذ ذلك الالتزام، أو نفذ تنفيذا معيباً، أو بعبارة أخرى، حينما يكون هناك عدم تنفيذ كلي أو جزئي للعقد، تنشأ رابطة قانونية جديدة يلتزم المدين بمقتضاها بإصلاح الضرر الناجم عن خطئه".³⁴⁵ ويقول أيضاً : " فإذا كان العقد مصدراً للالتزام، فعدم تنفيذ العقد، أي المسؤولية العقدية، مصدر لالتزام آخر ".³⁴⁶ و عليه يترتب، على إبرام العقد، نشوء التزام بتنفيذه، فإذا أخل المدين به، نشأ، على عاتقه، التزام جديد بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله به. والالتزامان متميزان، ولو أن أحدهما كان نتيجة للآخر، ولا يتصور

³⁴⁴ جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 469 / صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 107.

³⁴⁵ MAZEAUD (H. et L.) : Traite throrique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contracuelle , et 4e ed.,t. I ,no 100 ,P. 98 ,paris 1948-1950; MAZEAUD(H.): La responsabilite contractuelle ,cours doctrat ,paris 1946-1947,P. 34.

أشار إليه: عادل جبيري محمد، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 19.

³⁴⁶ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 12 . لدى الأستاذ مازو، يتلاشى الالتزام الأصلي، بمجرد عدم قيام المدين بالتنفيذ الإرادي، و تنهض قواعد المسؤولية، و انبنى على ذلك أن توارت فكرة التنفيذ العيني خلف فكرة التعويض، وهذا التعويض قد يكون تعويض نقدياً وقد يكون تعويضاً غير مالي، أي تعويضاً عينيّاً. عادل جبيري محمد، المرجع السابق، ص 20 .

وجوده بغيره، فالأول وليد الإرادة المشتركة للعاقدين، والثاني لا علاقة لهذه الإرادة المشتركة في نشوئه ؛ لأن العاقد الذي يخل بالتزامه يصبح مدينا بالتعويض رغما عنه .³⁴⁷

2- إن التفرقة بين نوعي المسؤولية لا تقوم على أساس صحيح، و أن القول بنوعين من الخطأ على ما رسمته فكرة ازدواج _ والذي يستتبع نوعين مختلفين من المسؤولية، هو غير صحيح . حيث يرى هذا الاتجاه إنه ليس ثمة غير نوع واحد من الخطأ هو التقصيري بطبيعته. و أن التعبير بالمسؤولية العقدية. من أنواع التعابير اللغوية المعيبة. و الواقع أن المسؤولية لا تكون إلا تقصيرية³⁴⁸ ؛ فواجب الفرد حيال العقد لا يختلف عنه حيال القانون ؛ إذ أن القانون مظهر لاتفاق إرادة الأفراد الذين تتكون من مجموعهم الدولة، وهو العقد الاجتماعي الذي نشأ بينهم. وأن العقد ليس إلا شريعة المتعاقدين.

و يقول الأستاذ أوبان Aubin : " أنه من الممكن اعتبار القانون عقداً عاماً، و اعتبار العقد قانوناً خاصاً ".³⁴⁹ ومن ثم فلا يوجد إلا نوع واحد من الخطأ هو الخطأ التقصيري، وكل مسؤولية بالتالي هي حتما مسؤولية تقصيرية ومن يخل بتنفيذ ما تعاقد عليه فهو يرتكب عملاً غير مشروع. والدعوى التي يباشرها الدائن بطلب التعويض عن هذا العمل ليست مؤسسة على العقد نفسه؛ لأن الالتزام الأصلي سواء كان مصدره العقد أو القانون ينقضي بهلاك محله و باستحالة، وأن الالتزام بالتعويض الذي ينشأ عقب انقضاء الالتزام الأصلي حينئذ هو التزام جزائي أي أنه التزام مختلف عن الالتزام الأصلي الذي ينشأ من العقد لأنه يستند في نشوئه إلى أحكام المواد (1382) مدني فرنسي وما بعدها،³⁵⁰ وبالتالي تكون المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي هي مسؤولية تقصيرية تخضع لأحكام المواد (1382) وما بعدها، و أن المساس بحقوق الدائنية يكون جريمة أو شبه جريمة مدنية كالمساس بسلامة الشخص أو حقوقه العينية تماماً،

³⁴⁷ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 12.

³⁴⁸ حسين عامر، المرجع السابق، ف 151، ص 130

³⁴⁹ المرجع السابق، ص 131.

³⁵⁰ جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 469.

و لقد حاول أنصار فكرة وحدة المسؤولية تبرير هذا الرأي استناداً إلى بعض نصوص القانون وأعماله التحضيرية،³⁵¹ و إلى القاعدة العامة في التصرف، حيث قالوا أن الالتزام الذي ينشأ عن العقد هو التزام تتصرف إليه إرادة المتعاقدين أما الالتزام بالتعويض فهو ليس التزاماً تتصرف إليه تلك الإرادة. لأنه ليس من المعقول أن تتصرف إرادة الشخص إلى المسؤولية لكي يلزم بموجبها بالتعويض، وإنما إذا أخل المتعاقد بالتزامه العقدي فإنه يجبر على تعويض المتضرر، إذن فالإخلال واقعة لم تتصرف الإرادة إلى الأثر الناجم عنها، والنتيجة أن التعويض عن الضرر الذي تحدثه يكون بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية.³⁵²

3- يترتب على وحدة المسؤولية وجوب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في أحوال الإخلال بالالتزامات العقدية و حاولوا أن يثبتوا أن المشرع والمحاكم لم يحددوا عن ذلك،³⁵³ و أن الشارع لم يفكر عند وضع المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي فيما يكون من رابطة قانونية، بين محدث الضرر والمضرور قبل وقوع الفعل الضار. وإنما قصد أن يضع نصوصاً لتنظيم علاقات المتعاقدين أو الأغيار على حد سواء. وأن قواعد المسؤولية التقصيرية هي قواعد وجوبية، لا يمكن لأحد أن يتخلص منها، ولهذا لم تقتصر المادة (1382) على تنظيم العلاقات بين غير المتعاقدين، بل تشمل أيضاً تنظيمها في دائرة التعاقد.³⁵⁴

³⁵¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 28 و 29 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 151، ص 131.
³⁵² Leturmy (L.): La responsabilite delictuelle du contractant ، R.T.D.CIV ، 1999، P.839.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 107.

³⁵³ سليمان مرقس ، المرجع السابق، ص 29.
³⁵⁴ Hugueney: La responsabilite civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle P.224. ، 1910 ، these Dijon

أشار إليه: عامر حسين، المرجع السابق، ف 158، ص 135.

و استندوا في تأييد رأيهم هذا إلى ما قضت به بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية من أن للدائن أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في مساءلته للمدين عن الإخلال بالتزامه.³⁵⁵

ثانياً : وحدة جزاء الإخلال بالتزام:

ويرى البعض الآخر من أنصار النظرية على النقيض، بأن لا فرق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. فكلتاهما جزاء الإخلال بالتزام سابق، تأسيساً على تعريف بلانيول لفكرة الخطأ،³⁵⁶ الذي كانت له أصداء واسعة في الفقه الفرنسي، وكذلك المصري.³⁵⁷ فالمسؤولية

³⁵⁵ في هذا المعنى حكم محكمة النقض الفرنسية في 14 ديسمبر سنة 1926 سيري 1927 - 1 - 105 تعليق أسمان ، دالوز 1927 - 1 - 105 تعليق جوسران. أشار إليه: عامر حسين، المرجع السابق، ص 142.

³⁵⁶ وبعد أن عرف الفقيه بلانيول الخطأ بأنه إخلال بواجبات قانونية سابقة، قال أن المقصود بذلك ليس الإخلال بالتزام قائم بين شخصين معينين فحسب، بل أيضاً الإخلال بأي التزام من الالتزامات العامة التي تقع على عاتق كل شخص والتي لا يحتاج تقريرها إلى نصوص خاصة بل تستتبط من المبادئ العامة للقانون. وقد حاول بلانيول أن يرد هذه الالتزامات العامة إلى أربعة، هي:

- 1- الامتناع عن العنف.
 - 2- الكف عن الغش.
 - 3- الإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة.
 - 4- اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص.
- وهي في عموميتها لا تقدم معايير دقيقة يتحدد به الالتزام السابق بقدر ما تعطي أمثلة عامة. لذلك أشارت محاولة بلانيول في الفقه نقداً شديداً، ونعت تعريفه بأنه خاطئ و غير مجد .
- و استمرت الدراسات والإضافات التحليلية المختلفة لتعريف بلانيول، حتى أصبح بشكل التعريف الأكثر اعتماداً من قبل الفقه القانوني، والذي تبنته بعض القوانين بشكل أو بآخر. ومن هذه التحليلات للتعريف، القول بأن الالتزام السابق يقصد به الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، وأن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، فإن بذل الشخص العناية المطلوبة، ورغم ذلك تحقق الضرر فلا مسؤولية على الفاعل، لأنه ليس مخطئاً بهذه الحالة، وعليه لا أساس لمسؤوليته، وهناك من يرى فيه التزاماً بتحقيق نتيجة، وهي عدم الإضرار بالغير، وعليه كل من يلحق الضرر بالغير، يعدّ مخطئاً سواء بذل العناية اللازمة أم لم يبذلها والتي هي بدورها محل اختلاف أيضاً في مقدارها فالبعض يراها في عناية الرجل العادي وتبصره في أموره، والبعض يرى أنها لا تتوقف عند عناية الرجل العادي بل يتشدد باشتراط عناية الرجل الحريص، بل إن بعض التحليلات ترى الالتزام السابق في بذل العناية اللازمة، وليس في عدم الإضرار بالغير، وهنا يمكن إرجاع هذا الاختلاف في تحديد الالتزام من عدم الإضرار إلى بذل العناية، إلى أن أنصار الفكرة الأولى يهتمون بالنتيجة الضارة والحرص على عدم تحققها، على الرغم من جعل الالتزام التزاماً ببذل عناية، بينما أنصار الفكرة الثانية، يباشرون الاهتمام بشكل التصرف والسلوك في دلالة للتركيز على مفهوم المساءلة المتعلقة بالفعل الملام عليه، دون الاهتمام بالنتيجة في إقامة المسؤولية، ولو كانت النتيجة الفعلية الواقعية للفكرتين واحدة. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 78، ص 191 - 194 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 174 / عبد المعين لطفلي، المرجع السابق، ص 51 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 31، ص 12 و 13 / أسماء سرور، المرجع السابق، ص 52 / سعد بختاوي، المرجع السابق، ص 31.
- ³⁵⁷ لقد تبنتي القانون المدني المصري تعريف بلانيول، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية "فتمة التزام يفرض على الكافة بعدم الأضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ". واستقرا الفقه والقضاء المصري على هذا التعريف، ومن تطبيقات القضاء المصري قرار محكمة استئناف القاهرة الدائرة المدنية الصادر تاريخ 164 استئناف رقم 74، والذي حدد فكرة الخطأ بأنها تنشأ من الإخلال=

العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم، والمسئولية التقصيرية جزاء لالتزام قانوني أخل به المسئول. والمدين في الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني. فالمسئوليتين إذن تتحدان في السبب والنتيجة فتكون طبيعتهما واحدة، ولا محل للتفريق بينهما.³⁵⁸

المطلب الثاني

أسانيد فكرة وحدة المسؤولية

حاول أنصار وحدة المسؤولية تأسيس نظريتهم ، من خلال هدم الفوارق التي يستند عليها أنصار الازدواج ، لتمييز المسؤولية العقدية عن التقصيرية، وذلك بإثبات أنها لا تستند إلى أي أساس من القانون أو المنطق أو العدالة و لا ترجع إلى اختلاف في طبيعة المسؤولية، و لتوضيح ذلك سنبين موقف فكرة وحدة السئولية من كل فرق من الفروق المدعاة بين المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية على الوجه الآتي :

أولاً : الأسس المستندة إلى وحدة طبيعة المسؤولية :

1- من حيث معيار الخطأ :

ذهب أنصار فكرة وحدة المسؤولية إلى أنه لا يوجد أي فرق بين نوعي المسؤولية المدنية من حيث معيار الخطأ الموجب لكل منهما، و استندوا في ذلك إلى الحجج الآتية :

أ- أن فكرة الخطأ ودرجاته التي استند إليها أنصار نظرية الازدواج للقول باختلاف معيار الخطأ في المسؤولية العقدية عن معيار الخطأ

=التزام سابق وهو مراعاة التبصر والحيطة في السلوك حتى لا يضر بالغير. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط2، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 331 / مويرس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني، ج2، منشورات الحلبي ، لبنان، 2001 ، ص 36.

³⁵⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 511، ص 849 / سمير تناعو ، المرجع السابق، ف 190، ص 218 / محمد حسام محمود، المرجع السابق، ص 262 / سعيد سعد ، المرجع السابق، ص 331 و 332 .

في المسؤولية التقصيرية انتقدت كثيراً و هجرت من قبل القانون الحديث.³⁵⁹ فالقانون المدني الفرنسي هجرها عندما أقر في مادته (1147) أن المدين مسؤول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عن ذلك لسبب أجنبي لا يدل له فيه، فهي بذلك تقرر عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدي مهما كانت درجة تقصيره سواء كان متعمداً بأن لا ينفذ التزامه العقدي، أم مقصراً تقصيراً جسيماً، أو تقصيراً يسيراً، أو تافهاً، حتى ولو لم يرتكب أي تقصير.³⁶⁰ وبذلك يكون المدين مسؤولاً عن خطئه في جميع الأحوال إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي. فهذه المادة إذن تنطبق على جميع الالتزامات العقدية.³⁶¹ كما قضت المادة (1137) من القانون الفرنسي على تقسيم الثلاثي للخطأ وما يقابله من تقسيم العقود إلى طوائف ثلاثة، حيث قررت أن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد، بعبارة أخرى أو جبت في جميع العقود، كأصل عام، أن تكون العناية المطلوبة من المدين هي عناية الرجل المعتاد.³⁶²

ب- نصوص القانون :

1. أن التفرقة في المعيار بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري لم يرد بها نص قانوني من قريب أو بعيد، وليست نتيجة حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة بها. لو كان منصوصاً عليها قانوناً، لكان ما تؤدي إليه من مثل هذه النتائج غير مقبولة كفيلاً بحمل المحاكم على التحايل على النصوص تفادياً

³⁵⁹ رغم استبعاد التشريعات المدنية للنظرية القديمة لتدرج الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية، إلا أن ذلك لا يعني غياب أي دور لهذا التدرج في ثانيا هذه المسؤولية إذ لا يخلو هذا التدرج للخطأ من الفائدة. فمن ناحية نجد أن القانون يجيز اتفاق المدين مع الدائن على إعفائه من المسؤولية العقدية إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى خطئه البسيط أو التافه، أما إذا كان ذلك راجعاً إلى غشه أو خطئه الجسيم فيعد مثل هذا الاتفاق باطلاً، ومن ناحية أخرى نجد أن القاضي عندما يتحقق من ثبوت المسؤولية العقدية في حق أحد المتعاقدين ويريد تقدير التعويض الذي يلزمه به، فإنه يراعي في تحديده مقدار الخطأ الذي وقع من جانب هذا العاقد، فيزيد التعويض إذا أثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه راجع إلى غشه أو خطئه الجسيم. كما أنه من ناحية ثالثة إذا كان ثمة تأمين يغطي مسؤولية المدين العقدية، فإنه يحرم من ميزة التغطية التي يحقها التأمين، إذا كانت مسؤوليته ترجع إلى عمده أو غشه (المادة 738 من القانون المدني البحريني). خالد جمال المرجع السابق، ص 168 / نواف حازم، المرجع السابق، ص 23 وما بعدها / سعد بختاوي، المرجع السابق، ص 15.

³⁶⁰ حسين عامر، المرجع السابق، ص 24 و 182.

³⁶¹ نواف جازم : المرجع السابق، ص 169 و 170 / أسماء أبو سرور، المرجع السابق، ص 72 و 73.

³⁶² عبدالرزاق أحمد السهوري، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ص 542 و 543.

لهذه النتائج.³⁶³ كما أن المادة (1137) من القانون الفرنسي لا تفيد عدم محاسبة المدين على الخطأ اليسير جداً، وإنما هي تحدد المعيار، الذي يمكن اللجوء إليه وتطبيقه في حالات العقود، التي تكون قد أغفلت وضع معيار معين للخطأ الذي تترتب عليه المسؤولية العقدية، وبالتالي التعويض.³⁶⁴

2. أستقر الرأي في الفقه الفرنسي على أن الخطأ الذي يستوجب المساءلة التقصيرية بمقتضى المادة (1382) من القانون المدني، لا يختلف في تقديره عن الخطأ الذي يستوجب المساءلة العقدية بمقتضى المادة (1137)، حيث يقارن في الحالتين سلوك المدين بسلوك الرجل العادي في الظروف الخارجية التي أحاطت بالإخلال بالالتزام، إلا إذا اقتضى القانون أو العقد قدراً من العناية أكبر أو اكتفياً بقدر من العناية أقل.³⁶⁵ فمعيار الخطأ الموجب للمسؤولية العقدية ليس موحداً في جميع العقود، وإنما قد ينص القانون أو يتفق المتعاقدان في بعض العقود على عناية أزيد أو أقل من عناية الشخص المعتاد، وقد يتفق المتعاقدان على إعفاء المدين من أي مسؤولية.³⁶⁶

تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع المصري لم يميز هو أيضاً بين نوعي المسؤولية المدنية، من حيث معيار الخطأ، حيث يقاس الخطأ في القانون المصري بمعيار عناية الرجل المعتاد، سواء كان الإخلال وقع على التزام يقضي به العقد أم بواجب يأمر به القانون.³⁶⁷ ففي نطاق المسؤولية التقصيرية استقر رأي الفقه المصري على أن معيار قياس الخطأ في المادة

³⁶³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 219 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 20.
³⁶⁴ يقول الدكتور إبراهيم خليلي: أن معيار الرجل المعتاد إنما هو مجرد مقياس يعين به مدى التزام فرضه القانون وجعل حدوده متغيرة بحسب ظروف تنفيذه. أي أن هذا المعيار ليس أداة لإنشاء التزام لم ينشأه القانون إنما هو أداة فقط لتعيين مدى التزام أنشأه القانون فعلاً، أو طريقة للتحديد الكمي لالتزام قائم فعلاً، بلجاً إليها فقط في الأحوال التي يكون فيها القانون قد أنشأ التزاماً معيناً واكتفى في تعيينه بتحديد محله نوعياً دون أن يحدده تحديداً كمياً. فيستعان في التحديد الكمي بمسلك الرجل المعتاد إذا ما فرض القانون عليه مثل هذا الالتزام. أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 203.

³⁶⁵ جفيف فيني، المرجع السابق، ص 50 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 20 و 21.
³⁶⁶ المادة (1927) من القانون المدني الفرنسي لا تلزم الوديع في حفظ الوديعة إلا بالعناية التي يبذلها في حفظ ماله. سمير تناعو، المرجع السابق، ص 171.

³⁶⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 882 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61 / سمير تناعو، المرجع السابق، ص 227 / عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 420 / محمد حسام، المرجع السابق، ص 269 / سلمان أبو ذياب، مبادئ القانون المدني. ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات. لبنان، دون سنة نشر، ص 156.

(163)³⁶⁸ من القانون المدني هو معيار الشخص المعتاد.³⁶⁹ وفي مجال المسؤولية العقدية نصت المادة 211 منه على أنه " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء و أن يقوم بإدارته و أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فأن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ". فبموجب هذه النص اعتماد المشرع المصري معيار الرجل العادي في تحديد المدى الذي تقوم عليه المسؤولية العقدية مشروط بعدم وجود اتفاق أو نص يقضي بأقل أو أزيد من هذا المعيار، أو بعبارة أخرى أي أن مرد الأمر في المسؤولية العقدية إنما هو الاتفاقات ومداها وليس درجة الخطأ.³⁷⁰ لم يقتصر المشرع المصري على إيراد نص عام يقرر فيه الأخذ بمعيار الرجل المعتاد. بل أورد إلى جانب النص العام نصوصاً أخرى تأخذ بمعيار الرجل المعتاد في حالات خاصة. ومن هذه النصوص نص الفقرة الأولى من المادة (583) من هذا القانون التي توجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد. و هو ما نص عليه في عقد العارية الفقرة الأولى من المادة (641)،³⁷¹ إلا أنه قرر مسؤولية أشد على عاتق المستعير في حالة هلاك الشيء المعار، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة (641) على أنه : " وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه".³⁷²

المشرع البحريني وحد أيضاً معيار الخطأ في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية . فوضع المادة (214)³⁷³ التي تناولت القاعدة العامة في قياس

³⁶⁸ تنص المادة 163 على أنه : " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " .

³⁶⁹ أسماء أبو سرور، المرجع السابق، ص 69.

³⁷⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 738 / أنور طلبية، المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية) ، ج1، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص 83.

³⁷¹ المادة (641) من القانون المدني المصري تنص على أنه : 1 - على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في حفظ ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد " .

³⁷² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر)، المرجع السابق، ص 738.

³⁷³ تنص المادة (214) من القانون المدني البحريني على أنه : " أ) إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته، أو كان المطلوب أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

ب) وفي كل حال يكون المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم " .

الخطأ في المسؤولية التقصيرية و في حالة الإخلال بالتزام ببذل عناية في المسؤولية العقدية وهو معيار الرجل المعتاد، ثم اتبعها بالنص على هذا المعيار في تطبيقات خاصة وردت في حوالي ثلاثة عشرة مادة من مواد القانون، مثل المادة (530) التي تنص على أنه : " أ) يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال المأجور وفي المحافظة عليه ما يبذله الشخص المعتاد " و المادة (587) التي تنص على أنه : " أ) إذا كانت مواد العمل مقدمة من صاحب العمل، التزم المأجور أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد، وأن يراعي الأصول الفنية في استخدامها، وأن يؤدي حساباً عنها لصاحب العمل ويرد إليه ما بقي منها ". والمادة (1010) التي تنص على أنه : " أ) يتولى الدائن المرتتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله " و غيرهم من نصوص القانون المدني . وفي مقابل كان المشرع البحريني أكثر تساهلاً في تقدير معيار المسؤولية في عقود أخرى كما هو الحال في عقد الوكالة حيث فرق بين الوكالة بأجر والوكالة بدون أجر ، فإذا كانت الوكالة بلا أجر، وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الشخص المعتاد ، و نفس الحكم في حالة الإيداع بغير أجر ، و في حالة قيام الشريك بإدارة الشركة دون تقاضي أجر. أما إذا كانت الوكالة أو الوديعة أو إدارة الشركة بأجر، فيجب على كل من الوكيل والوديع والشريك أن يبذل عناية الرجل المعتاد.³⁷⁴

ت- إن التفرقة بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية من حيث درجة الخطأ الموجب كل منها، تؤدي إلى الخلط بين تحديد مضمون

³⁷⁴ تنص المادة (664) على أنه : " إذا كان الإيداع بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك بأزيد من عناية الشخص المعتاد ". وهي تقابل المادة (720) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : " 1- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك بأزيد من عناية الرجل المعتاد 2- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد " .

تنص المادة (470) على أنه : " على الشريك أن يمتنع عن أي نشاط يلحق الضرر بالشركة، أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه. وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد ". وهي تقابل المادة (521) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه : " وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد " .

الالتزام وتقدير جسامه الخطأ. فمتى حدد القانون أو الاتفاق درجة العناية المطلوبة من المدين، فإن أدنى قصور ينسب إليه عن بذل العناية المطلوبة منه يعتبر خطأ يقيم مسؤوليته، وليس لجسامه الخطأ دخل في حساب القاضي عند تحديد مسؤوليته، وإنما الأمر مرده بحث ما إذا كان المدين قد أخل بما تضمنه التزامه العقدي أو لا،³⁷⁵ فإذا كان المدين لا يلتزم إلا بالعناية التي يبذلها في شئونه، وكان مهملاً، فإن قصوره عن بذل عناية الرجل العادي لا يقيم مسؤوليته، ليس لأن الخطأ الذي أتاه بسيطاً جداً، بل لأنه لم يخل البتة بالتزامه، متى بذل العناية التي يبذلها في شئونه، ولم يرتكب من ثم أي خطأ ما، كالوديع الذي يضع السيارة المودعة في فناء منزله إلى جوار سيارته فيصيبها عطب أو يسرق جزء منها لا يكون مسئولاً أمام المودع عن الضرر لأنه وفى بالتزامه ولم يرتكب تبعاً لهذا خطأ يقيم مسؤوليته إذ بذل في حفظ الوديعة ما يبذله في حفظ ماله.³⁷⁶ وكذلك المدين الذي يلتزم ببذل عناية الرجل العادي، لا يكون مسئولاً عن الضرر الناجم عن قصوره في تنفيذ التزامه عن بذل عناية الرجل الحريص ليس لأنه لم يرتكب سوى خطأ بسيط جداً بل لأنه وفى بالتزامه متى بذل عناية الرجل العادي، ولا يمكن من ثم أن ينسب إليه على الإطلاق خطأ ما. أما إذا قصر في هذه الحالة أو تلك عن بذل العناية المطلوبة منه، فإنه يكون مسئولاً مهما كان قدر قصوره.³⁷⁷

ث- إن معيار الرجل الحريص الذي اعتمده أصحاب فكرة الأزواج للقياس الأفعال التي تستوجب للمسئولية التقصيرية يتضمن غنياً كبيراً على متوسطي البصر أو اليقظة لأنه يحملهم بأكثر مما يطيقون، ولأن الأحكام يجب أن تبنى على الغالب وهو مقدرة أواسط الناس،³⁷⁸

ج- إن قياس الخطأ وفق معيار موضوعي سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو في نطاق المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى وصف سلوك المدين بأنه خطأ متى انحرف عن هذا المعيار بغض النظر عما إذا

³⁷⁵ يقول الأستاذ جرانمولان في ذلك أنه ما دام هناك التزام، أي كان مصدره، فإن الخطأ - ولو كان تافهاً - يكفي لقيام المسؤولية، ما دام قد أخل بالالتزام. ويقول الأستاذ هنري مازو، أن تقدير التعويض لمن لحقه ضرر، يجب أن يكون في الأول مستقلاً عن فكرة جسامه ما وقع. حسين عامر، المرجع السابق، ص 21.

³⁷⁶ المادة (1927) من القانون المدني الفرنسي.

³⁷⁷ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 22 و 23.

³⁷⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 214 / صبري حمد خاطر : النظرية العامة للالتزام (مصادر)، المرجع السابق، ص 214 / سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 21 و 70.

كان هذا السلوك قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل.³⁷⁹ فقد استقر الرأي على أن كل من المسئوليتين يمكن أن تنشأ عن فعل إيجابي أو عن فعل سلبي.³⁸⁰ وبذلك فإن المعيار الذي يطبقه القاضي على الخطأ الإيجابي هو بعينه الذي يطبقه على الخطأ السلبي هو معيار الرجل المعتاد بغض النظر عن نوع المسئولية.³⁸¹

ولقد استقر القضاء الفرنسي على عدم التفرقة بين المسئوليتين العقديّة، والتقصيرية من حيث معيار الخطأ الموجب للمسئولية في كل منهما. و تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بكفاية أية درجة من درجات الخطأ من جانب الطبيب لانعقاد مسئوليته، ما دام أن هذا الخطأ ثبت في حقه على نحو يقيني وبصورة قاطعة، ومن ثم فلا حاجة لإثبات الخطأ الجسيم في حق الطبيب، طالما أن تقرير الخبير أثبت وجود الخطأ اليسير.³⁸²

³⁷⁹ صبري حمد خاطر، النظرية العامة (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 315 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 188

³⁸⁰ تعود جذور التفرقة بين الخطأ السلبي والخطأ الإيجابي إلى قانون أكيلىا الروماني، هذا القانون الذي لم يقرر مبدأ عاماً للمسئولية إلا أنه أوجد حالات خاصة تعطي المضرور الحق في رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي تلحق به، وفق شروط معينة، ومن هذه الشروط أن يكون الضرر قد وقع من الجسم، وعلى الجسم، أي يجب أن يكون فعلاً إيجابياً لا مجرد امتناع أي أن الفعل السلبي في هذا القانون لم يكن يرتب المسؤولية. فقام البريتور بتعديل شروط هذا القانون فرتب المسؤولية عن الضرر الحاصل حتى لو كان نتيجة خطأ سلبي أو امتناع، ورغم ذلك بقيت الآراء متضاربة إلى عهد جستنيان الذي قرر قيام المسؤولية في حالة حدوث الضرر نتيجة امتناع. وبالنسبة للقانون الكنسي فقد اعتبر كلا من الفعل الإيجابي والفعل السلبي مرتباً للمسئولية، فقد ذهب فقهاء هذا القانون إلى القول: إن من كان في قدرته دفع اعتداء عن غيره دون أن يلحقه ضرر، وامتنع، يكون مسؤولاً، كما لو كان هو من قام بالاعتداء على الغير.

ورغم الجدل الذي ثار حول هذا نوع من الالتزام إلا أنه من المتفق الآن أن الامتناع ولو كان بسيطاً يعتبر خطأ موجباً للمسئولية، إذا اعتبر انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها الشخص الممتنع. والواقع أنه لا أهمية لكون الفعل إيجابي أو سلبي في تقدير الخطأ، ولكن المهم هو معرفة ما إذا كان الفعل يعتبر إنحرافاً أو لا يعتبر كذلك. وفكرة الانحراف كما تتحقق في الفعل الإيجابي قد تتحقق في الفعل السلبي. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 270 / عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 68 / عباس العبودي، تاريخ القانون، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 1998، ص 194 / سمير تناغو، المرجع السابق، ص 236. مجد محمد، المرجع السابق، ص 12.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للمادة 230 المقابلة للمادة 163 من القانون المدني المصري الجديد في هذا الصدد ما يأتي: "ويغني لفظ الخطأ في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (العمل الغير مشروع) أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذي يحرّمه القانون).... الخ فهو يتناول الفعل السلبي (الامتناع) والفعل الإيجابي، وتنصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء....". ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: المسؤولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو التارك الضار سواء كان متعمداً أو مفضراً وسواء كان حسن القصد أو سيئه". أشار إليه: حسين عامر، المرجع السابق، ص 168 و 190. أنظر أيضاً: طعن رقم 15 سنة 7ق جلسة 1937/12/16. أشار إليه: محمد كمال، المرجع السابق، ص 1220.

³⁸¹ حسين عامر، المرجع السابق، ص 190 / سمير تناغو، المرجع السابق، ص 235.

Cass. Crim. 24 juin 1938 – G.P. 1938 – 2 – 721, cass – Grim. 31 jan. 1965. D. 1956. D. 1956 -1 – 251.

أشار إليه: خالد جمال، المرجع السابق، ص 168. 1.

كما استقر أيضاً القضاء المصري على توحيد معيار الخطأ في نوعي المسؤولية المدنية.³⁸³ ومن تطبيقات القضاء المصري، قرار محكمة النقض المصرية الذي قضت فيه بأن: "الخطأ الموجب للمسئولية هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير".³⁸⁴ وقضت في حكم آخر بأن "الخطأ الموجب للمسئولية طبقاً للمادة 163 من القانون المدني هو الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون من اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الذي يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس من مراعاته يكون قد اخطأ. فإذا كان عمال التفريغ قد وضعوا أجولة الدقيق على الرصيف وهو مكان معد لتفريغ البضائع عليه ولم تكن السفينة تطلق مياه العادم وقتئذ. فمن حقهم أن يتوقعوا من السفينة ألا تطلق تلك المياه فتصيب أجولة الدقيق و تتلفها دون أن تتبهم لإبعادها أو تتحرى إطلاق المياه بعيداً عنها، وإذ لم يستظهر الحكم أن السفينة قد أطلقت مياه العادم على الدقيق الموضوع على الرصيف فأثلفته بما يشكل الخطأ الموجب للمسئولية المطعون ضدها (شركة إسكندرية للتوكيلات الملاحية) وإن مياه العادم كانت تغرق الرصيف عند وضع الأجولة بما يجعل الخطأ غير ثابت في حقها فإنه يكون معيباً بالقصور في البيان"³⁸⁵. وقضت أيضاً بأن: "محكمة الموضوع إذ اعتبرت التقصير الذي وقع من الطاعنة انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي، وبالتالي خطأ يستوجب مسئوليتها عن الضرر الذي لحق المطعون ضدها بسببه، فإن النعي على حكمها بالأسباب المتقدمة يكون على غير أساس".³⁸⁶ كما قضت بأنه: "حدد المشرع للخطأ الجسيم صوراً ثلاث منها - الإهمال الجسيم في أداء الوظيفة. و الإهمال الجسيم في نطاق الأموال و الوظائف العامة هو صورة من صور الخطأ الفاحش ينبئ عن انحراف مرتكبه عن السلوك المألوف و المعقول للموظف العادي في مثل ظروفه - قوامه تصرف إرادي خاطئ يؤدي إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان عليه أن يتوقعها و لكنه لم يقصد إحداثها و لم يقبل

³⁸³ محمد حسام، المرجع السابق، ص 269.

³⁸⁴ الطعن 1990/1/15 لسنة 140 عدد 1 ق 26 ص 115. أشار إليه: أسماء أبو سرور، المرجع السابق، ص 67.

الطعن رقم 40 لسنة 43 ق 1978/10/30. أشار إليه: محمد كمال، المرجع السابق، ص 1208.

³⁸⁵ الطعن رقم 336 لسنة 43 ق 1978/5/31 أشار إليه: محمد كمال، المرجع السابق، ص 1208 و 1209.

³⁸⁶ الطعن رقم 454 لسنة 30 ق، جلسة 30 يونيو 1965. مجموعة أحكام النقض 16- 137-870 .

وقوعها. و السلوك المعقول العادي للموظف تحكمه الحياة الاجتماعية و البيئة و العرف و مألوف الناس في أعمالهم أو طبيعة مهنتهم و ظروفها، فأن قعد عن بذل القدر الذى يبذله أكثر الناس تهاوناً في أمور نفسه كان تصرفه خطأ جسيماً. و ترتيباً على ذلك فأن الإهمال الذى يستوجب عادة الاكتفاء بمؤاخذة الموظف تأديبياً لا يرقى إلى مرتبة الإهمال الجسيم الذى عناه الشارع في نص المادة 116 مكرر " ب " من قانون العقوبات. و قد أفصحت المذكرة الإيضاحية للقانون عن معيار هذا الإهمال الجسيم من أن " بناء المجتمع الجديد يوجب على كل فرد ضرورة التزام الحيطة و الحرص على هذه الأموال و المصالح العامة حرصه على ماله و مصلحته الشخصية". ذلك أن عدم حرص الموظف على مصلحته الشخصية لا شك مما يلام عليه و ينبو عما يجب أن يكون عليه سلوك الرجل العادي الملتفت لشئونه " . 387

قضت محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية بأنه: الخطأ في المسؤولية العقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجي الذي يدعى به. وفي هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته، و أنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذي تبني عليه مسؤولية الملتزم. أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية - ومثله كما هو مقرر فقهاً الالتزام الضمني في عقد النقل بسلامة الراكب في أثائه - ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أي عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذل من الجهد أو العناية أو احتياطات لتحقيق الغاية التي تعهد بها، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومضايقاته لما يسلكه الرجل الحريص " . 388

و جرت أحكام القضاء البحريني أيضاً، على عدم التفرقة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، من حيث معيار الخطأ اللازم لقيام كل منهما. وتطبيقاً

³⁸⁷ الطعن رقم 1963 لسنة 35 جلسة 26 أبريل 1966 مكتب فنى 17 صفحة رقم 491 .
³⁸⁸ استئناف الاسكندرية في 5 فبراير سنة 1950 المحاماة 30 رقم 276 ص 501. أشار إليه : عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 739 هـ 3.

لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: " من المقرر أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير هو عمل غير مشروع يلزم فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه سواء تعمد الفاعل الإضرار بالغير أو لم يتعمد أو كان هذا الفعل جريمة معاقباً عليها قانوناً أو لم يكن. وذلك بافتراض وجود التزام قانوني على الشخص ببذل عناية في علاقته مع غيره من أفراد مجتمعه يوجب عليه بمقياس الشخص العادي المتعارف عليه بين الناس قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة في سلوكه. حتى لا يضر بفعله أحداً فإذا انحرف به عن هذا السلوك الواجب كان عملاً خاطئاً يستوجب مسئولية فاعله بتعويض المضرور منه".³⁸⁹ و في حكم آخر قضت بأن : " العامل يلتزم بأداء العمل المتفق عليه في عقد العمل وأن يبذل في أدائه عناية الشخص العادي ما لم يتفق في العقد على درجة من العناية أخف من ذلك أو أشد، ويعتبر العامل قد أوفى بهذا الالتزام إذا بذل في تنفيذ العناية المطلوبة ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منه".³⁹⁰ وقضت أيضاً بأنه " من المقرر بنص المادتين ٥٣٨،٥٣٠ من القانون المدني التزام المستأجر بأن يبذل من العناية في استعماله للمأجور والمحافظة عليه كل ما يبذله الشخص العادي ورده إلى المؤجر عند انتهاء الإيجار بالحالة التي تسلمه عليها فإذا كان تسليمه إليه قد تم دون بيان لحالته افتراض حتى يقدم الدليل على العكس أنه تسلمه في حالة حسنة. فيسأل المستأجر عن هلاك المأجور أو تلفه في أثناء انتفاعه به إذا كان ناشئاً عن سوء استعماله غير المألوف طالما أنه لم يتفق على غير ذلك. ويقع عليه عبء إثبات أن الهلاك أو التلف لم ينشأ عن خطئه أو خطأ تابعيه بإثبات قيامه بالعناية المطلوبة منه أو أنه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

ونخلص مما تقدم إلى أن معيار نوع الخطأ لا يصلح للازدواج المسؤولية. فالقد استقر الأمر في التشريع مؤيداً بالفقه والقضاء على أن تقدير الخطأ يخضع دائماً لقاعدة واحدة، بدون الحاجة إلى التفرقة بين الخطأ الناتج عن مخالفة التزام العقدي وذلك الناتج عن مخالفة التزام قانوني.

³⁸⁹ الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 274 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 17 تاريخ الجلسة 2006/01/02 - صفحة رقم 10.

³⁹⁰ القاعدة رقم 157 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 560 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/06/23 - صفحة رقم 4.

2- من حيث وجود الخطأ :

يذهب أنصار وحدة المسؤولية المدنية إلى أن الخطأ، هو أساس المسؤولية المدنية، عقدية أو التقصيرية، وأن الخطأ العقدي لا يختلف عن الخطأ التقصيري، وذلك استناداً إلى :

أ- نصوص القانون : قرر المشرع القاعدة العامة للقيام مسؤولية التقصيرية، و مفادها أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر، يلزم مرتكب الخطأ بالتعويض في المادة (1382) .

أما في نطاق المسؤولية العقدية فالتقنين المدني الفرنسي يحتوي نصوصاً عديدة تستلزم الخطأ لقيامها :

1. إن المادة (1147) التي تجعل المدين مسئولاً عن استحالة تنفيذ التزامه أو تأخره في تنفيذه ما لم يثبت أن هذا التأخر أو تلك الاستحالة قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه، تعرض للمسؤولية العقدية في ركنين من أركانها، ركن الخطأ و ركن السببية. وهي تنطبق على جميع الالتزامات العقدية، سواء ما كان منها التزاماً بنتيجة أو التزاماً بعناية.³⁹¹

2. المادة (1137) التي تقضي بأن المدين يجب أن يبذل في تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه، فإنه يعتبر مرتكباً لخطأ يقيم مسؤوليته العقدية.³⁹²

³⁹¹ لقد ثار جدل لدى الفقه الفرنسي بخصوص المادتين 1137 و 1147 من القانون المدني الفرنسي، فذهب جانب من الفقه إلى أن المادة 1137 تعتبر كاستثناء للمادة 1147، غير أن هذا الاتجاه تعرض للانتقاد بناءً على عدة أسس من بينها: أنه لماذا يخضع المدين الملزم بالمحافظة على الشيء إلى قاعدة قانونية مخالفة لقانون الالتزامات بصفة عاتية؟ مضيفين بأنه هل يجوز أن يتقدم الاستثناء (1137) على الأصل (1147). و هناك اتجاه فقهي آخر اقترح تفسيراً آخر، فالمادة 1137 حسب هذا الفقه تخص الالتزام بعمل و الالتزام بالامتناع، أما المادة 1147 فتخص الالتزام بإعطاء. غير أن هذا التفسير أُنقِد على أساس عدم صحته لأن المادة 1147 لها نفس مجال التطبيق كالمادة 1146 و 1148 من القانون المدني الفرنسي اللتان تتعلقان بالالتزام بعمل و الالتزام بالامتناع عن عمل. و على غرار الاتجاهين السابقين ظهر اتجاه آخر أسس التفرقة على أن المادة 1137 تخص تنفيذ العقد دون النظر في محله و المادة 1147 فهي الخاصة بالنظر في مضمون الالتزام العقدي غير أنه أُنقِد على أساس أن هذا التفسير مخالف لعبارة المادة 1137، إلى أن جاء ديموج (Demogue) سنة 1928 بتفسير آخر لقي قبولاً من أغلبية الفقه، حيث ذهب إلى أن المادة 1137 التي تفرض على المدين أن يبذل في تنفيذه لالتزامه عناية الرجل العادي فإن هذه الحالة تخص فقط الالتزامات ذات طبيعة ببذل عناية، بينما المادة 1147 فتخص الالتزامات بتحقيق نتيجة أي تلك الالتزامات التي تقتضي من المدين تحقيق النتيجة الموعودة و المنتظرة و المرجوة من العقد سعاد بختلاوي، المرجع السابق، ص 73

³⁹² عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، ص 98.

التسليم، وكان التأخير ناشئاً عن فعل البائع. وفي المادة الخاصة برد الوديعة.³⁹⁷

ويجب أن نبين هنا بأن المشرع المصري هو أيضاً لم يميز بين نوعي المسؤولية، من حيث اشتراط الخطأ ، حيث أشترط الخطأ كركن أساسي للقيام كل من المسئوليتين. ففي نطاق المسؤولية التقصيرية، نص المشرع بشكل صريح في المادة (164) من القانون المدني على، أنه كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، دون تمييز بين أن يكون الخطأ بالفعل الإيجابي أو بفعل السلبي.³⁹⁸

أما في نطاق المسؤولية العقدية، نصت المادة (215) منه على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ". و جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه : " يتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدي بوجوب الوفاء عيناً و إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلًا، وعلى هذا النحو يفترض التخلف تقصير المدين أو خطئه فإذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ".³⁹⁹ و يذهب معظم الشراح المصريين أن الخطأ العقدي في القانون المدني الجديد هو مجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أيا كان السبب في ذلك، فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه، فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي، يستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله (أي دون عمد أو إهمال)، فليس صحيحاً أن عدم التنفيذ يفترض الخطأ من جانب المدين، وإنما عدم التنفيذ هو الخطأ في ذاته، فإذا قام الدليل على عدم التنفيذ كنا بصدد خطأ ثابت لا خطأ مفروض.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Planiol et Boulanger : Traite pratique de Droit civil francais ،2 edition ،t. VI par ESMEIN ،et t. VII par ESMEIN ،RADOUANT ،et GABOLDE ،Paris 1952 ،P 521.

أشار إليه، المرجع السابق، ص27.

³⁹⁸ حسين عامر ، المرجع السابق، ص 190 سمير تناغو ، المرجع السابق، ص235.

³⁹⁹ عبد الرحمن عباد ، المرجع السابق، ص100 و 101 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر المرجع السابق، ص 793.

⁴⁰⁰ عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 310 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر) ، المرجع السابق، 735 / منذر الفضل، المرجع السابق، ص 221. عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 2000. أنور طلبية ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع

ولقد كان الشارع في التقنين القديم، يستلزم صراحة في المادة 177/119 منه تقصير المدين لإلزامه بالتعويض عن إخلاله بالتزاماته، ولم يمنع عدم ظهورها في التقنين الجديد من العمل بمقتضاها، في ظلّه.⁴⁰¹

كما أقام المشرع البحريني المسؤولية المدنية بنوعيتها على فكرة الخطأ، ففي نطاق المسؤولية التقصيرية، نصت المادة (158) من القانون المدني على أنه: "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه".

أما في نطاق المسؤولية العقدية فيتعين التمييز بين المادتين (214) و(216). حيث تنص المادة (214/أ) من القانون المدني على أنه: "إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته، أو كان المطلوب أن يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص المعتاد، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك". فبموجب هذا النص يتضح أن هذه المادة تحكم الحالة التي يكون فيها التزام المدين هو التزام ببذل عناية، ففي هذا النوع من الالتزام يعتبر المدين مخطئاً إذا انحرف في تنفيذ التزاماته عن سلوك الشخص المعتاد.

أما المادة (216) من القانون المدني البحريني التي تنص على أنه: "إذا تعذر تنفيذ الالتزام عيناً أو تأخر المدين في التنفيذ، فعليه تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يدل له فيه"، فتعالج الحالة التي يكون فيها التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يتمثل خطأ المدين في هذه الحالة في عدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدي أو تأخره في تنفيذه لغير السبب الأجنبي. ولم يفرق المشرع بموجب هذه المادة بين أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله، أو عن فعله (أي دون عمد أو إهمال).

السابق، ص78. مصطفى الجمال ورمضان محمد أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص203.
⁴⁰¹ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص16/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص739.

ب- وحدة طبيعة الخطأ في كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية : يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الخطأ العقدي لا يختلف في شيء عن الخطأ التقصيري من حيث طبيعة الخطأ في كل منهما، حيث يظهر في الحالتين تارة، بمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو الواجب القانوني، ولا يظهر تارة أخرى إلا بتقدير سلوك المدين، ومقارنته بسلوك الرجل العادي:

1. إن القانون حينما يفرض على حارس الحيوان أو الشيء الغير حي مثلاً، حماية للناس، إلزاماً محدداً أو بالأحرى واجباً محدداً، بمنعه من إلحاق الضرر بهم، فإن الخطأ التقصيري يتحقق بمجرد عدم تنفيذه دون حاجة إلى تقدير سلوك المدين به. ولكن القانون يكتفي، في القاعدة العامة، بفرض واجب عام على المخاطبين بأحكامه بعدم الانحراف عن السلوك المألوف، ليكون محله بذل عناية معينة، ولا يظهر الخطأ إلا بتقدير سلوك محدث الضرر ومقارنته بسلوك الرجل العادي .⁴⁰²

2. يعتبر المدين في حالة الالتزام العقدي بتحقيق نتيجة مسئولاً لمجرد عدم التنفيذ لأن عدم التنفيذ هو نفسه الخطأ العقدي أيا كان السبب في ذلك. فليس عدم التنفيذ قرينة على الخطأ كما يذهب أنصار الازدواج ، بل هو الخطأ نفسه، فإذا لم ينفذ المدين التزامه فهو مخطئ، ولا يجوز له أن يثبت أنه لم يخطئ، ولا يستطيع أن يتخلص من مسئوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.⁴⁰³ بينما في الالتزام ببذل عناية يتعين على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب خطأ بأن أهمل في تنفيذ التزامه.⁴⁰⁴

وفي ذلك يقول الأستاذ مازو إن : " الالتزام إما أن يكون معيناً ومحدداً، وهذا هو الغالب في الالتزامات العقدية، وأما أن يكون التزاماً عاماً بوجوب اليقظة والعناية، ففي النوع الأول إذا لم ينفذ المدين التزامه فيكون قد انتحى مسلكاً لا

⁴⁰² Van Ryn : Responsabilite aquilienne et contrats en Droit prive francais ، Strasbourg 1939.P 18 .

أشار إليه : محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 19. هـ 33.

⁴⁰³ Planiol et Ripert: Traite pratique de Droit civil francais ، 2 edition t. par ESMEIN ، et t. VII par ESMEIN ، RADOUANT ، et GABOLDE ، Paris 1952.P 703 .

أشار إليه : عبد الرحمن عياد، نظام المسئولية العقدية، ص 100.

⁴⁰⁴ Toullier : Droit civil francais ، suivant l'ordre du code (continue par DUVERGIER) 5 edition p.293.

أشار إليه : المرجع السابق، ص 102 .

يجب أن يسلكه ومن ثم يكون مجرد عدم التنفيذ منطوياً على خطأ لأنه إذا ما أبرم عقد تحمل فيه المدين بالتزام محدد فيجب عليه أن ينفذه فأن لم يفعل كان مخطئاً، وعدم التنفيذ هنا قرينة على الخطأ، وإلا كان مؤدى ذلك أن يباح للمدين أن يثبت أنه لم يخطئ. ولكن الخطأ هنا ثابت أو محقق وهو خطأ يكفي بنفسه نفسه. أما النوع الثاني وهو الالتزام العام باليقظة والعناية فهنا يلزم المدين لا بنتيجة محددة، ولكن ببذل عناية أو اصطناع يقضه للوصول إلى النتيجة، كالطبيب الذي يعالج المريض، والوديع المكلف بالمحافظة على الوديعة. فإذا لم ينفذ المدين هذا الالتزام العام فقد أخطأ. ويكون عدم تنفيذه للالتزامه هنا مرادفاً للخطأ كما هو الحال بالنسبة للالتزام المحدد، ولكن الصعوبة هنا هي في معرفة ما إذا كان هناك عدم تنفيذ أو لا، فبينما في الالتزام المحدد يكون عدم التنفيذ متضمناً خطأ ظاهراً يتقرر تلقائياً، ويكفي فيه أن يثبت أن الالتزام لم ينفذ دون الحاجة للنظر في سلوك المدين والبحث عما إذا كان قد تصرف بحكمة وعناية فأن أمر الالتزام العام باليقظة والعناية يستدعي التحقق عما إذا كان المدين قد راعى في تصرفه ما يقتضيه هذا الالتزام من تبصر وتدبر وحيلة. وهذا يتطلب فحص سلوكه، ويكون عبء إثبات وقوع تقصير منه على عاتق الدائن " 405 فالخطأ العقدي في الالتزام بنتيجة عند الفقيه مازو هو ألا ينفذ المدين التزامه عمداً أو بإهماله أو بفعله. فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي هي انعدام الخطأ، و ما لم يوجد السبب الأجنبي فالخطأ العقدي قائم ليغطي منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً. 406 كما ويقول مازو أيضاً : " أن معيار الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق نتيجة هو بعينه معيار الخطأ التقصيري، فعدم تحقق النتيجة المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد " 407 .

كما يرى يقول الفقيهان مارتى (marty) و رينو (raynaud) ، أن الفرضية التي تقضي بأن الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة يقيم المسؤولية الموضوعية ، هي فرضية مشكوك فيها، ذلك أنه عند الحديث عن المسؤولية العقدية فأن المدين العقدي لا يمكن متابعتة عن الأضرار إلا إذا قصر في تنفيذ التزاماته. فما يتنوع ليس الخطأ لأن مفهومه واحد هو عدم تحقيق الشيء الموعد

⁴⁰⁵ MAZEAUD (H. et L.) : Traite throrique et pratique de la : responsabilite civile delictuelle et contracuelle , et 4e ed. t. 1 ,no 100 ,P. 98 ,paris 1948-1950;p 669.

⁴⁰⁶ أشار إليه : عبد الرحمن عياد ، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 102 و 103.

⁴⁰⁷ أشار إليه ، المرجع السابق، ص 539.

تحقيقه دون أن تمنع من تحققه القوة القاهرة، ما يتغير هو الالتزام، فتارة يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، وتارة أخرى يكون مجرد مطالبة بفعالية التنفيذ.⁴⁰⁸

و يقول الفقيه سالي بأنه، ليس صحيحاً أن المدين إذا سئل عن مجرد عدم الوفاء أنه يسأل عن فعل غير خطأ، لأن عدم الوفاء في حد ذاته خطأ بقطع النظر عن أي مسلك آخر للمدين، إذ أن الخطأ إنما هو الإخلال بالالتزام سابق وهذا هو الذي تقوم على أساسه المسؤولية ولا تقوم بدونه سواء في حالة الإخلال بالالتزام عقدي أو في حالة الإخلال بالالتزام قانوني.⁴⁰⁹

3. مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) : يقرر بعض الفقه قيام المسؤولية العقدية على خطأ المدين استناداً إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يعتبر القوة الملزمة للعقد، وهو يقضي بقيام كل طرف بتنفيذ التزامه التعاقدي طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية. وعليه يكمن الخطأ في نكث المدين بالعهد الذي قطعه في العقد على نفسه⁴¹⁰ أو بعبارة أخرى، بإخلاله بالتزامه الذي رتبته العقد في ذمته، لأن الرجل العادي الذي يتخذ من الانحراف عن سلوكه معياراً للخطأ، كما يلتزم بالسير على السلوك المألوف للجماعة، وإطاعة الواجبات التي يفرضها القانون عليه ليعتبر بانحرافه أو عدم إطاعته، مرتكباً لخطأ يقيم عليه المسؤولية التقصيرية، يلتزم بل و بالأولى باحترام الالتزامات التي نشأت في ذمته بمحض رضائه بمقتضى العقد الذي أبرمه، ويعتبر إذا أخل بها مرتكباً للخطأ يقيم عليه المسؤولية العقدية. و يكون من ثم عدم تنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه، الذي يرجع إلى فعل المدين هو بعينه الخطأ العقدي.⁴¹¹

⁴⁰⁸ " Ce qui varie ce n'est point la faute du débiteur; celle-ci consiste toujours à n'avoir point exécuté ce qu'il avait promis; alors qu'il n'en était pas empêché par la force majeure; ce qui est divers et qui a pu donner le change; c'est l'étendue de l'obligation; tantôt résultat et tantôt simplement diligence. "MaRty et Raynaud 'Droit civil 'Paris '1962 .

أشار إليه : سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص70

⁴⁰⁹ Saleilles : etude sur la theorie generale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire Allemand , 3 edition 'Paris 1925 , p 436.

أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص31.

⁴¹⁰ Van Ryn : responsabilite aquilienne et contrats en Droit positif 'these d'agregation 'Bruxelles 1933. N 13 -14 .

أشار إليه: محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص17 .

⁴¹¹ Brun: Rapports et domain des responsabilites contractuelle et delictuelle 'Loyon 1931.n 25.

أشار إليه، المرجع السابق، ص17 .

و لقد استقر القضاء الفرنسي على أن الخطأ أساس المسؤولية المدنية، العقديّة والتقصيرية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن :
"أي خطأ من طرف الطبيب يقيم مسؤوليته سواء العقديّة أو التقصيرية " .⁴¹²

كما استقر القضاء المصري، على عدم التفرقة بين المسؤوليتين العقديّة والتقصيرية في وجوب قيام الخطأ من جانب المدين . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : المسؤولية التقصيرية تقع على المتسبب بذات الفعل أو الترك الضار سواء كان متعمداً أو مقصراً وسواء كان حسن القصد أو سيئه " .⁴¹³ و وقضت في حكم آخر بأن : "عدم تنفيذ المدعي التزامه العقدي أو التأخير في تنفيذ يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليته التي يدرأها عنه إذا أثبت هو أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يدل له في كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو من المتعاقد الآخر " .⁴¹⁴ كما قضت بأنه : "يتمثل الخطأ العقدي في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه سواء كان ذلك ناشئاً عن عمد أو عن إهمال من جانبه. كما يتحقق هذا الخطأ حتى ولو كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ناشئاً عن سبب أجنبي لا يدل له فيه، ما لم يثبت القوة القاهرة أو خطأ الدائن. فمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يعتبر خطأ موجب للمسؤولية ولا يدرأ عنه هذا الخطأ إلا إثبات قيام القوة القاهرة أو خطأ الدائن " .⁴¹⁵

وفي حكم للمحكمة استئناف الإسكندرية جاء فيه : " أن الخطأ في المسؤولية العقديّة هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجي الذي يدعى به. وفي هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته، و إنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد اثبت الخطأ الذي تبني عليه مسؤولية الملتزم، أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن

⁴¹² Cass civ . 28 juin 1989. N 91- D- 43 .

أشار إليه : سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص137.

⁴¹³ أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ص168 و 190 .

⁴¹⁴ نقض 698، 1981/2/26 س 47 ق. أشار إليه : أنور طلبه، المسؤولية المدنية (المسؤولية العقديّة)، المرجع السابق، ص79.

⁴¹⁵ نقض مدني في 10 مارس 1955 مجموعة أحكام النقض س 6 رقم 101 ص 762 أشار إليه : توفيق حسن و جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص308 / الطعن 563، جلسة 1968/12/5 لسنة 34 ق س 19 ص 1490 أشار إليه : عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (المصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص536.

القول بثبوتته، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية ومثله كما هو مقرر فقهاً الالتزام الضمني في عقد النقل بسلامة الراكب في أثائه ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أي عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم، دون النظر إلى ما قد يدعي بأنه بذله من الجهد أو العناية أو الاحتياط لتحقيق الغاية التي تعهد بها، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومطابقته لما يسلكه الرجل الحريص".⁴¹⁶

كما سلم القضاء البحريني، بالخطأ ركناً في المسؤولية المدنية، دون تمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز بأنه: "يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه وجود خطأ من المدين"،⁴¹⁷ وقضت في حكم آخر بأن: "المساءلة بالتعويض في مقام المسؤولية العقدية تشترط فضلاً عن توافر الخطأ في جانب المدين، توافر الضرر في جانب الدائن، ولا يكفي احتمال وقوعه، ولئن كان استخلاص عناصر المسؤولية ومدى توافرها في واقع الدعوى، من سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة التمييز، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها له ما يسوغه مما له أصل ثابت بالأوراق".⁴¹⁸ وقضت أيضاً بأن: "مناط المسؤولية عن تعويض الضرر هو وقوع خطأ، وأنه لا خطأ في استعمال صاحب الحق لحقه في جلب المنفعة المشروعة التي يبيحها له القانون بمعناه الواسع، وهو ما يشمل العقد باعتباره شريعة المتعاقدين".⁴¹⁹ كما قضت بأن: "عقد النقل البحري يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان وصول الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة فإذا تخلفت هذه النتيجة اعتبر مخلاً بالتزامه ولا يكفي أن يثبت بأنه بذل ما في وسعه لنقل البضاعة بل يلزم أن يثبت أن عدم تحقق النتيجة لا يرجع إلى فعله بل إلى أحد

⁴¹⁶ استئناف إسكندرية في 5 فبراير سنة 1950 المحاماة 30 رقم 276 ص 501 أشار إليه: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (المصادر الالتزام). المرجع السابق، ص 539.
⁴¹⁷ القاعدة رقم 37 الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 79 لسنة 2000 المكتب الفني السنة القضائية 12 تاريخ الجلسة 2001/02/25 - صفحة 130
⁴¹⁸ الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 6 سنة قضائية 2003 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/12/22 - صفحة رقم 721.
⁴¹⁹ الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 265 سنة قضائية 2003 مكتب فني 15 تاريخ الجلسة 2004/05/17 - صفحة رقم 436.

الأسباب التي نصت عليها المادة ١٥٩ من القانون البحري".⁴²⁰ وقضت بأنه: "لما كان أساس الحكم بالتعويض المعادل للعمل الذي يحكم به للعامل في حالة إبطال عقد العمل أو فسخه طبقاً لنص المادة 43 من قانون العمل في القطاع الاهلي هو المسؤولية التقصيرية، فإنه من ثم يقع علي عاتق العامل عبء اثبات أركان تلك المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما".⁴²¹

يتضح مما تقدم ، أن فرق بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، الذي يدعيه أنصار الازدواج من اشتراط الخطأ في الأولى، و انتفاءه في الثانية، هو فرق مصطنع و لا وجود له في الحقيقة. حيث سلم المشرع، و الفقه، والقضاء، بالخطأ ركناً في المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية التقصيرية. و أن الخطأ العقدي يتمثل في عدم تنفيذ المدين لما التزم به، فالمدين يعتبر مخطئاً لمجرد عدم تنفيذ التزامه أياً كان السبب في ذلك، ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى مجرد فعله دون عمد أو إهمال من جانبه، لأنه لا يعفي من المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم الوفاء راجع إلى سبب أجنبي عنه سواء كان هذا الالتزام العقدي بنتيجة أو التزاماً عاماً ببذل عناية. فإذا كان الالتزام المدين التزاماً بتحقيق نتيجة وهي الصورة الغالبة فإنه يكتفى بالإخلال بالوفاء ليستخلص منه توافر الخطأ، أما إذا كان المدين قد التزم بالعناية والتبصر، فإنه لا يعتبر مخطئاً إلا إذا وقع منه إهمال أو عدم تبصر، وهذا يقابل الإخلال بالواجب العام بالحرص والعناية في المسؤولية التقصيرية. والمعيار في الصورتين هو المعيار المجرد ويكون بالمقارنة بين

⁴²⁰ الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 187 لسنة قضائية 2001 مكتتب فني 13 تاريخ الجلسة 2002/04/8 - صفحة رقم 245 / القاعدة رقم 57 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 233 لسنة 2007 المكتتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/03/03 - صفحة رقم 4.

المادة 159 من القانون البحري البحريني رقم 23 لسنة 1982 تنص على أنه : " لا يسأل الناقل أو السفينة عن هلاك البضائع أو تلفها الناشئ عن : أ- الأفعال أو الإهمال أو الأخطاء التي تقع في الملاحة أو في إدارة السفينة من الربان أو البحارة أو المرشدين أو تابعي الناقل. ب- الحريق ما لم يحدث بفعل الناقل أو خطئه. ج- مخاطر البحر أو المياه الملاحية الأخرى أو أخطارها أو حوادثها. د- القوة القاهرة. هـ حوادث الحرب. و- أعمال الأعداء العموميين. ز- كل إيقاف أو إكراه صادر من حكومة أو سلطة أو شعب أو حيز قضائي. ح- قيود الجبر الصحي. ط- كل فعل أو ترك من جانب الشاحن أو مالك البضاعة أو وكيله أو ممثله. ي- كل إضراب عن العمل أو توقف عنه أو إغلاق أو أي عائق عارض أثناء العمل إذا كان من شأنه منع استمرار العمل جزئياً أو كلياً. ك- الفتن والاضطرابات الأهلية. ل- انقراض أو محاولة انقراض الأرواح أو الأموال في البحر. م- العجز في الحجم أو الوزن أو أي هلاك أو تلف آخر ناتج عن عيب خفي أو من طبيعة البضاعة الخاصة أو عيب ذاتي فيها. ن- عدم كفاية التغليف. س- عدم كفاية أو عدم إتقان العلامات. ع- العيوب الخفية التي لا يكشفها الفحص العادي. ف- كل سبب آخر غير ناشئ عن فعل الناقل أو تابعيه أو من ينوب عنه أو أخطائهم. وعلى من يتمسك بهذا الدفع أن يثبت أنه لا شأن لفعل هؤلاء الأشخاص أو أخطائهم في إحداث الهلاك أو التلف.

⁴²¹ القاعدة رقم 42 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 18 لسنة 1994 المكتتب الفني السنة القضائية 5 تاريخ الجلسة 1994/04/03 - صفحة رقم 175 .

سلوك ذلك المدين والكيف الذي كان يسلكه المدين العادي في تبصره. وبذلك تكون المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاث وهي الخطأ، الضرر، العلاقة السببية .

3- من حيث عبء الإثبات :

يذهب أنصار فكرة وحدة المسؤولية المدنية، إلى أن اختلاف المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث عبء الإثبات لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية ذاتها ولا إلى اختلاف مصدرها، وإنما يرجع إلى الأمور الآتية:

أ- أن المادة 1/1315 من القانون المدني الفرنسي، خاصة بطلب تنفيذ الالتزام، ولا تتعلق بحالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذه. فيكتفي إذا طالب الدائن بتنفيذ الالتزام أن يثبت وجوده. ولكن الوضع يختلف إذا طالب الدائن بالتعويض عن عدم تنفيذه ؛ لأن الالتزام بالتعويض لا يتولد من العقد ذاته، بل من عدم تنفيذه، و يجب من ثم على الدائن أن يثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي، أو في عبارة مساوية، خطأ هذا الأخير.⁴²² وتتفق المسؤولية العقدية، على هذا الوجه، مع المسؤولية التقصيرية، حيث يجب دائماً على المدعي إقامة الدليل على الخطأ الذي يؤسس عليه دعوى التعويض. ويتسق هذا التفسير مع القول بأن الخطأ العقدي ينشئ التزاماً بالتعويض يختلف عن الالتزام الذي وقع الإخلال به.⁴²³

تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصري و المشرع البحريني لم يفرق كل منهما بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث عبء الإثبات فالقاعدة وفقاً للمادة الأولى من قانون الإثبات المصري والمادة الأولى من قانون الإثبات البحريني،⁴²⁴ أن عبء إثبات أركان المسؤولية المدنية سواء العقدية

⁴²² محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق. ف6 ، ص 27 / حسين عامر، المرجع السابق، ف32، ص 32 .

⁴²³ فريجة كمال ، المرجع السابق، ص218.

⁴²⁴ تنص المادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني الصادر بالمرسوم رقم 14 لسنة 1996 على أنه : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " .

أو التقصيرية يقع على المدعي، فهو الذي يثبت الضرر الذي وقع عليه والخطأ الذي وقع من غريمه، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.⁴²⁵

ب- إن المسؤولية المدنية بنوعيتها أساسها الإخلال بالتزام سابق، وبالتالي فلا بد للمدعي من إقامة الدليل في كلتا الحالتين على هذا الإخلال حتى يثبت له الحق في التعويض. فكما يجب على المصاب في حادث سيارة أن يثبت أن السائق مثلاً لم يلتزم حدود السرعة المسموح بها أو لم يحم بواجب إضاءة أنوار السيارة ليلاً، كذلك يجب على المدين من ثم أن يثبت أن المدين لم يوف ما تعهد به.⁴²⁶

ت- إن عبء الإثبات قد يحمله الدائن أو يحمله المدين، لا تبعاً لما إذا كانت المسؤولية تقصيرية أو عقدية، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل.⁴²⁷ فالمدين هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به، والدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أتى العمل الذي التزم بالامتناع عنه. ففي المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدي عملاً، فعلى المدين أن يثبت أنه قام به، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسؤولية عقدية بل لأن الالتزام الذي أخل به هو التزام بعمل. أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل، فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه. كذلك الحال في المسؤولية التقصيرية. ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسؤولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن أذن هو الذي يثبت في المسؤولية التقصيرية أن المدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه ولكن ليس ذلك لأن المسؤولية تقصيرية، بل لأن الالتزام الذي أخل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل.⁴²⁸

وفي هذا الصدد يقول بلانيول إن : " الدائن يكتفى منه في الالتزام الإيجابي بإعطاء أو بعمل "بإثبات وجوده، ليحكم على المدين بالتعويض ما لم يثبت

⁴²⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف166، ص 448 / حسين عامر، المرجع السابق، ص35 / عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 628، ص 1066 / ليلي عبدالله، الوجيز في شرح قانون الإثبات البحريني، ط 1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2003، ص 31 - 33.

⁴²⁶ عبد المعين لطفى، المرجع السابق، ص27.
⁴²⁷ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف20، ص 32 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف6، ص 27 / حسين عامر، المرجع السابق، ف32، ص 32 / عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 511، ص 850.
⁴²⁸ المرجع السابق، ف 511، ص 850 و 851.

أن عدم تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبي عنه -، والالتزام السلبي بالامتناع عن عمل، يجب على الدائن أن يثبت إخلال المدين بالتزامه، بإتيان الفعل الذي تعهد بالامتناع عنه، ليحكم له بالتعويض، إذ بغير هذا الإخلال، لا يستطيع الدائن المطالبة بشيء ما، حين أن الدائن في الالتزام بإعطاء أو بعمل، يستطيع، بمقتضى سنده، أن يطالب المدين بتنفيذه، وأياً كانت طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذا الالتزام أو ذاك، وإن كانت الالتزامات الإيجابية هي القاعدة في نطاق المسؤولية العقدية، والالتزامات السلبية، على النقيض، هي القاعدة في نطاق المسؤولية التقصيرية".⁴²⁹

وذهب غيره، مع تسليمه بإلقاء عبء الإثبات على الدائن في الالتزام السلبي، إلى التفرقة في نطاق الالتزام الإيجابي، بين عدم التنفيذ، والعيب في التنفيذ، وإلقاء عبء الإثبات على المدين، في الحالة الأولى، ليكون عليه أن يثبت تنفيذه لالتزامه متى أقام الدائن الدليل على وجوده، دون الحالة الثانية، ليتعين فيها على الدائن أن يثبت العيوب التي يدعيها في تنفيذ الالتزام متى أقام المدين الدليل على إنجازه.⁴³⁰

ث- إن الالتزامات تقسم سواء كانت ناشئة عن القانون أو العقد، إلى التزامات بنتيجة و التزامات بوسيلة.⁴³¹ ففي حالة الالتزامات بنتيجة كاللزام أمين النقل فيما يلتزم به من نقل المسافر سالماً إلى مكان الوصول، أو كما في التزام حارس الشيء بالحيلولة دون ما يحدثه من ضرر للغير. ففي هذا النوع من الالتزامات يكتفي من الدائن بإثبات وجود التزام على عاتق المدين بتحقيق نتيجة معينة، فيكلف المدين بإثبات الوفاء به بحيث إذا لم يقدّم بهذا الإثبات اعتبر عدم الوفاء ثابتاً وبالتالي خطأ المدين محققاً ولم تعد بالدائن حاجة لفحص سلوك المدين، والبحث عما إذا كان قد أهمل في تنفيذ التزامه أم لا، فمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعتبر خطأً ثابتاً منه، ولا يتخلص المدين من المسؤولية إلا بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه على أكمل وجه وتحققت النتيجة المتفق عليها أو بإثبات أن النتيجة المقصودة لم تتحقق بسبب

⁴²⁹ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 6، ص 27 / عامر حسين، المرجع السابق، ف 318، ص 302.

⁴³⁰ جنفيف فيني، المرجع السابق، ص 508 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 318، ص 302.

⁴³¹ فيني، جنفيف، المرجع السابق، ص 508.

تدخل سبب أجنبي عنه أو لخطأ المدين نفسه أو خطأ الغير الذي حال دون تحقق النتيجة المرجوة .

أما في حالة الالتزامات بوسيلة كالالتزام المستعير الذي عليه أن يحافظ على الشيء المعار . والتزام الطبيب الذي عليه أن يبذل العناية في علاج المريض . ففي هذه الالتزامات يلزم الدائن بحث سلوك المدين والتحقق عما إذا كان قد تصرف بحكمة وعناية ؛ لذا فلا يكتفى منه بإقامة الدليل على وجود الالتزام فحسب يجب عليه أيضا إثبات أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه أو أنه قصر في اتخاذ احتياطات معين من الاحتياطات التي كان يجب عليه اتخاذها تنفيذاً لتعهدده .⁴³² و لما كان الخطأ التقصيري كما أشرنا سابقاً يتمثل بالإخلال بالالتزام القانوني العام باتخاذ الحيطة الواجبة لعدم الإضرار بالغير وهو الالتزام بوسيلة ،⁴³³ لذا يكون عبء الإثبات في الالتزام العام ببذل العناية أي الالتزام بوسيلة في النطاق العقدي هو بعينه كما يكون في نطاق المسؤولية التقصيرية يقع في الحاليين على الدائن أو المضرور .⁴³⁴

ويتفق الجمهور ، في الفقه الحديث ، مع أنصار وحدة المسؤولية ، في أن إثبات الخطأ لا يختلف بحسب نوع المسؤولية ، هل هي عقدية أو تقصيرية ، إلا أنه يرون أن عبء الإثبات يخضع في الحالتين ، لنظام واحد ، تضعه المبادئ العامة في نظرية الإثبات ، وتحده فكرتان تمليهما البديهة ، ولا توجبهما نصوص القانون ، هما افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان ، وإلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على تقديمه " فكرة الجدوى من

⁴³² DEMOGUE ، Traite des obligations en general ، Paris 1923 – 1933 ، p. 302.

أشار إليه : حسين عامر ، المرجع السابق ، ف 44 ، ص 33 / سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ف 20 ، ص 33 / عبد الرحمن عباد ، المرجع السابق ، ص 102 / سمير تناعو ، المرجع السابق ، ص 172 / محمد عبد الظاهر ، المرجع السابق ، ص 16 و 17 .

⁴³³ عامر حسين ، المرجع السابق ، ف 319 ، ص 303 .
⁴³⁴ يعترض جانب من الفقه على تشبيه الخطأ العقدي الذي أقيم على الإخلال بالالتزام ببذل عناية مع الخطأ التقصيري القائم أيضا على الإخلال بالالتزام ببذل عناية ، لأن القياس بينهما يبطل . ففي الخطأ العقدي تشغل ذمة المدين بالتزام عقدي لو لم يكون موجودا لأتبعنا الأصل وهو براءة ذمته . ومن ثم إذا أقام المتعاقد الآخر الدعوى فهو يقيمها على خلاف الوضع الثابت أصلا لكي يكلف بالإثبات مادام العقد موجودا وشغلت ذمة المتعاقد بموجبه بالالتزام . أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فيفترض أن ذمة الشخص غير مشغولة بالالتزام . ولا ينشئ هذا الالتزام إلا بإثبات الواقعة التي أدت إلى الضرر ، ولذلك من الطبيعي أن يكلف الدائن بإثبات الواقعة التي تؤدي إلى شغل ذمة المدين بالالتزام ثم نسبتهما إلى المدين ، ولا يتم ذلك إلا بالاستناد إلى معيار الشخص المعتاد لتحديد الخطأ . لأن الواقعة بهذه الصورة تتعلق بالسلوك . صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق ، ص 90 .

الإثبات⁴³⁵، وهو ما يتطلب التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية .

فإذا كان محل الالتزام تحقيق نتيجة، كما في التزام المدين بتسديد مبلغ القرض ، و التزام المدين بصنع منقول معين . و لما كان يصعب على الدائن ، إذا كان محل الالتزام إعطاء أو عمل، أن يثبت عدم تنفيذه. فكيف يستطيع الدائن أن يقيم الدليل على عدم رد مبلغ القرض، أو عدم صنع المنقول الذي اتفق على صنعه ؟ لأن هذه أو تلك، واقعة سلبية غير محددة، يعتبر إثباتها مستحيلاً عليه، حين يكون يسيراً على المدين إثبات تنفيذه لالتزامه بالوفاء بالقرض أو صنع المنقول،⁴³⁶ لذلك ففي هذا النوع من الالتزام يدعو، لإلقاء عبء الإثبات على عاتق المدين اعتباراً : يقوم الأول على افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان، ويقوم الثاني على إلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على القيام به ؛ لأن المدين يستطيع في أغلب الأحيان الوفاء بتعهدده، كما أنه أدري من الدائن بأسباب عدم تنفيذه لالتزامه، لأن الأمر يتعلق بنشاطه. ويجب من ثم على المدين، ليتخلص من المسؤولية، أن يقيم الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى واقعة أو وقائع، محددة، تعتبر سبباً أجنبي لا ينسب إليه. و على ذلك، فمتى أثبت الدائن وجود الالتزام قامت ضد المدين، وفقاً للتحليل البعض، قرينة مزدوجة : قرينة على عدم تنفيذه لالتزامه يمكن نقضها بإثبات الوفاء به، وقرينة على خطئه لا يمكنه نقضها إلا بإثبات السبب الأجنبي. أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل أو كان تنفيذ الالتزام معيباً، تعين على الدائن إثبات إخلال المدين بالتزامه، بإقامة الدليل على وقوع الفعل الذي تعهد بالامتناع عنه، أو العيب الذي يعرّض تنفيذه لالتزامه، إلقاء لعب الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على القيام به في الحالة الأولى، وافتراضاً لما يقع في أغلب الأحيان في الحالة الثانية.⁴³⁷

أما إذا كان محل الالتزام بذل عناية، كالتزام الطبيب بعلاج المريض أو المحامي بالدفاع عن خصمه في قضية، فإن الدائن يلزم بإقامة الدليل على واقعة أو وقائع محددة، تعتبر من المدين قصوراً عن بذل العناية المطلوبة

⁴³⁵ المرجع السابق، ص 79 .

⁴³⁶ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 6، ص 28-29.

⁴³⁷ المرجع السابق، ف 6، ص 31.

منه. ولا يمكن الزام المدين بإقامة الدليل على أنه بذل العناية محل التزامه، إذ يقتضي ذلك منه إثباتاً ليقظته المستمرة، وهو غير ميسور في أغلب الأحيان. ولذلك يلقي عبء الإثبات على عاتق الدائن افتراض لما يحدث في أغلب الأحيان، وهو صحة تنفيذ المدين لالتزامه، وإلقاء عبء الإثبات على عاتق أقدر الخصوم على القيام به.⁴³⁸

و يفرق الفقه المصري على غرار الفقه الفرنسي، بين الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية. فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية، فيثبت الدائن العقد - سواء أكان صريحاً أو ضمناً - وأن الغاية المرجوة منه لم تتحقق. و أن كان الالتزام ببذل عناية، فيثبت الدائن أن المدين لم يبذل القدر الواجب عليه من العناية المطلوبة، وله إثبات ذلك بكافة الطرق القانونية لتعلق الإثبات بوقائع مادية، وقد يكفي إعدار المدين في إثبات إخلاله. أما إذا كان خطأ تقصيراً فالأصل أن عبء إثباته يقع أيضاً على الدائن، وهذا الخطأ كما قدما يتكون من عنصرين مادي ومعنوي، ويعتبر كل من هذين العنصرين واقعة قانونية وليس تصرفاً قانونياً وهو بهذا الوصف يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن.⁴³⁹ كما و يقصر الجمهور، في الفقه المصري، حكم المادة الأولى من قانون الإثبات، على حالة المطالبة بتنفيذ الالتزام، تأثراً بالراجع في الفقه الفرنسي. أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف، فالدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام. فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه، و من أجل ذلك يطالبه بالتعويض. فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه.⁴⁴⁰

هذا في الفقه أما في القضاء، فلقد استقر القضاء الفرنسي على عدم تمييز بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث عبء الإثبات، و إنما فرق بصدد الإثبات بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية. حيث استقر القضاء

⁴³⁸ المرجع السابق، ف 6، ص 32.

⁴³⁹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 166، ص 448 / عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 628، ص 1066 / أنور طلبية، المطول في شرح القانون المدني، ج 4، ط 2، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص 216 و 244.

⁴⁴⁰ يذهب بعض في فقه المصري إلى أن عموم عبارات المادة الأولى من قانون الإثبات المصري التي تقتضي بأن "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" يقطع بشمولها حالة المطالبة بتنفيذ الالتزام، وحالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، بحيث يمكن القول بأن، في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، يكتفي من الدائن "بأن يثبت قيام الالتزام، ثم يكلف المدين بإثبات الوفاء به، وفي الالتزام ببذل عناية يثبت المدين أنه بذل العناية المطلوبة، كما كان يذهب البعض في الفقه الفرنسي حسين عامر، المرجع السابق، ف 46، ص 35 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 6، ص 35.

على أن التزام الطبيب هو دائماً التزام ببذل عناية، و أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض، بغض النظر من وجود أو عدم وجود عقد بينه وبين الطبيب، أي سواء كنا بصدد مسئولية تقصيرية أو مسئولية عقدية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة و المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة، و إذا ادعى المريض أن الطبيب قصر أو أهمل في تنفيذ التزامه، فعليه أن يقوم بإثبات ذلك".⁴⁴¹

ولقد تأثر القضاء الفرنسي بفكرة "الجدوى من الإثبات"، وهو ما دفع بعض المحاكم وخلافا للأصل في الالتزام ببذل عناية الذي يلقي بعبء الإثبات على الدائن، إلى نقل عبء الإثبات على عاتق المدين في بعض الالتزامات ببذل عناية، حيث قدر القضاء أن المدين في هذه الالتزامات سيكون من السهل عليه أن ينفي الخطأ من الدائن فيما لو كلف بإثبات الخطأ. و لذلك لجاء إلى افتراض خطأ المدين، والزمه بإقامة الدليل على انتفاء الخطأ في جانبه. ففي الالتزام بالمحافظة على الشيء كالتزام المودع لديه برد الشيء المودع، افترض القضاء خطأ المودع لديه، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات بانه بذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الشيء الذي أودع لديه.⁴⁴² وكذلك افترض القضاء خطأ المشتري الذي يستلم المبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية حتى يتم الوفاء بجميع أقساط الثمن،⁴⁴³ ومن عهد إليه بتدريب حصان يلزم بالمحافظة عليه ويده بشأن ذلك يد أمانة وهو بذلك يلتزم ببذل العناية في المحافظة على الحصان أثناء التدريب، ولكن اعتبر خطؤه مفترضاً بمجرد نفوق الحصان ومن ثم يقع عليه عبء إثبات انه بذل العناية اللازمة في المحافظة على الحصان لكي ينفي خطأه.⁴⁴⁴ وكذلك أقام القضاء مسئولية الوكيل على قرينة الخطأ " فإذا نفذ الوكيل التزامه ولكن الموكل اعتبر أن التنفيذ غير صحيح فأن على الموكل أن يثبت خطأ الوكيل، على

⁴⁴¹ Cass. Civ. 1، 28 Juin 1989. N° 91-D-43. Cass. 1° civ، 9 octobre 2001، n°00-14564

أشار إليه : سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 82 / كمال و فريحة كمال، المرجع السابق، ص 216.

⁴⁴² Cass civ -1-28 mai 1984، J.C.P، 1984، IV، 252.

أشار إليه : صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية، المرجع السابق، ص 77-79.

⁴⁴³ Cass civ -1- oct 1980، R.T.D.، civ، 1982، 430، obs. CORNU.

أشار إليه المرجع السابق . ص 77.

⁴⁴⁴ Cass civ 1-1-، 29 avril 1985، J.C.P، 1985، IV، 243.

أشار إليه : المرجع السابق . ص 77.

حين أنه إذا لم يحصل الموكل على نتيجة ما لعدم قيام الوكيل بتنفيذ التزامه، فإن الخطأ يفترض - ومن ثم على الوكيل أن ينفي هذا الخطأ "، لأنه من السهل على الوكيل أن يثبت أنه لم يخطأ.⁴⁴⁵

و نتيجة للصعوبات التي تواجه المريض (المضرور) في سبيل النهوض بعبء الإثبات في مجال الخطأ الطبي،⁴⁴⁶ قام القضاء الفرنسي بالتوجه نحو حصر نطاق الالتزام ببذل عناية والتوسع في المقابل في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة، للحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي. ولقد سلك القضاء الفرنسي هذا المسلك بخصوص بعض مجالات النشاط الطبي كنقل الدم، وزراعة الأسنان، و انتقال العدوى، حيث أحدث ثغرة في مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية وذلك فيما يتعلق بالأطباء أو المراكز العلاجية التي تقوم بتوريد منتجات أو أجهزة معينة. فقرر أن الالتزام في مثل هذه الأحوال هو التزام محدد بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة المريض. والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بالألا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يعطيه من أدوية، و بالألا ينقل إليه مرضاً آخر نتيجة العدوى من جراء المكان أو ما ينقله من دم أو خلافة.⁴⁴⁷

حيث حكم القضاء الفرنسي بمسئولية الجراح عن إصابة شخص بفيروس الإيدز جراء نقل الدم إليه ومن ثم الزمه بتعويض الورثة دون أن يقيس خطأ الطبيب على معيار الشخص المعتاد. وإنما اعتبر التزام الطبيب التزام بنتيجة، وهذه النتيجة تتجلى في ضمان سلامة المريض.⁴⁴⁸ وقد تواترت أحكام القضاء على وضع التزام بسلامة المريض محله تحقيق نتيجة على عاتق المؤسسات الصحية، حيث قض محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 21 أبريل 2005 على أنه: "يقع على عاتق المؤسسات العلاجية التزام بسلامة محله تحقيق نتيجة، مع الأخذ بكل الإجراءات المفيدة من أجل التيقن من سلامة المنتجات الدموية الموردة والمحقونة".⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ المرجع السابق، ص 78 و 79.

⁴⁴⁶ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 215 - 239.

⁴⁴⁷ المرجع السابق، ص 229 - 231 / عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1420.

⁴⁴⁸ صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 97.

⁴⁴⁹ Cass civ 1ere Ch. 21/4/2005.pourvoi No: 03-20683.

أشار إليه: فريحة كمال، المرجع السابق، ص 231.

و كذلك عد القضاء الفرنسي الالتزام بضمان سلامة المسافر ووصوله إلى الجهة المقصودة التزاماً عقدياً بنتيجة ليعفي هذا المسافر من إثبات خطأ الناقل الذي لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي.⁴⁵⁰

أما القضاء المصري فإنه مستقر على أنه إذا ادعى الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، فعلى الدائن أن يثبت مدعاه طبقاً للقواعد العامة، سواء في حالة المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن : " الطبيب و إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول. لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فأن عبء إثبات ذلك يقع على المريض. إلا أنه إذا اثبت هذا المريض واقعة ترجح أهمال الطبيب، كما إذا اثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فأن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تتفي عنه وصف الإهمال ".⁴⁵¹ وقضت في حكم آخر بأنه : " إذا كان الخطأ العقدي يتحقق بعدم تنفيذ المدين

وقضت محكمة النقض الفرنسي في قرار الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1994 بأنه : " إذا كان جراح الأسنان يلتزم - من حيث المبدأ - ببذل عناية فيما يخص أعمال العلاج التي يقوم بها، إلا أنه يأخذ على عاتقه التزاماً بتحقيق نتيجة، باعتباره ملزماً بتوريد منتج - متمثل في الأنسجة التي يزرعها للمريض - خال من العيوب". وقضت أيضاً في قرارها الصادر بتاريخ 29 يونيو 1999 على أنه : أن عقد الاستشفاء و العلاج المبرم ما بين المريض والمؤسسة الصحية، يضع على عاتق هذه الأخيرة، فيما يتعلق بإنتان المشفى (العدوى)، التزام بضمان السلامة، محله تحقيق نتيجة، و ليس لها أن تتحمل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي ". أشار إليه :

المرجع السابق، ص 203 و 231.

⁴⁵⁰ صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 327، ص 288. سنتناول الالتزام بضمان سلامة المسافر بتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب .

⁴⁵¹ نقض مدني 26 يونيو 1969 أحكام النقض 20 - 1075 - 166. أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 33، ص 62 و 63.

لالتزامه الناشئ عن العقد فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه للمطعون ضده الأول بالتعويض على إخلال الطاعنة بالتزاماتها الناشئة عن عقد العمل بعدم صرف علاوة استثنائية له في سنة 1976 و وقف نشر مقالاته و إلغاء العمود الأسبوعي المخصص له في الجريدة ومنعه من الكتابة دون أن يعنى ببيان سنده في قيام هذه الالتزامات في جانب الطاعنة ومصدرها وما إذا كانت تدخل في نطاق عقد عمل المطعون ضده المذكور، وعلى خلاف الثابت في الأوراق من أن منح العلاوة الاستثنائية بالمؤسسة هو من إطلاقات الطاعنة، يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب وخالف الثابت في الأوراق بما يوجب نقضه".⁴⁵² وقضت أيضاً بأنه : "ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي، متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته ؛ إذ أن عبء إثباته الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضرور، فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبت، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملمزم أيضاً بإثبات الضرر".⁴⁵³

استقر القضاء البحريني أيضاً على إلقاء عبء الإثبات على المدعي، مع التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه : "من المقرر بنص المادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه وفقاً للقاعدة الأصولية أن البينة على من يدعي خلاف الظاهر".⁴⁵⁴ وقضت في حكم آخر بأن : "المدعي هو المكلف بإثبات دعواه والملمزم بإقامة الدليل على ما يدعيه".⁴⁵⁵ وقضت أيضاً بأنه : "لما كان أساس الحكم بالتعويض المعادل للعمل الذي يحكم به للعامل في حالة إبطال عقد العمل أو فسخه طبقاً لنص المادة 43 من قانون العمل في القطاع الأهلي هو المسؤولية التقصيرية، فإنه من ثم يقع علي عاتق العامل عبء

⁴⁵² نقض 1984/3/5 طعن 99، 310 س 53 ق. أشار إليه : أنور طلبية، المسؤولية المدنية (المسئولية العقدية)، المرجع السابق، ص 216 و 217.

⁴⁵³ طعن رقم 479 سنة 29 ق جلسة 1967/6/22، مجموعة الأحكام المدنية، السنة 18 قاعدة 200 ص 1316 أشار إليه : عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص 27.

⁴⁵⁴ القاعدة رقم 170 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 506 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/10/05 - صفحة رقم 8.

⁴⁵⁵ القاعدة رقم 133 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 529 و 549 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/06/01 - صفحة رقم 8.

إثبات أركان تلك المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما".⁴⁵⁶ كما قضت بأنه : "من المقرر بنص المادتين ٥٣٨،٥٣٠ من القانون المدني التزام المستأجر بأن يبذل من العناية في استعماله للمأجور والمحافظة عليه كل ما يبذله الشخص العادي ورده إلى المؤجر عند انتهاء الإيجار بالحالة التي تسلمه عليها فإذا كان تسليمه إليه قد تم دون بيان لحالته افتراض حتى يقدم الدليل على العكس أنه تسلمه في حالة حسنة. فيسأل المستأجر عن هلاك المأجور أو تلفه في أثناء انتفاعه به إذا كان ناشئاً عن سوء استعماله غير المألوف طالما أنه لم يتفق على غير ذلك. ويقع عليه عبء إثبات أن الهلاك أو التلف لم ينشأ عن خطئه أو خطأ تابعيه بإثبات قيامه بالعناية المطلوبة منه أو أنه يرجع إلى سبب أجنبي لا يدل له فيه".⁴⁵⁷ وقضت بأن : " عقد النقل البحري يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان وصول الأشياء المراد توصيلها سليمة إلى المرسل إليه وهو التزام بتحقيق غاية فإذا ما تخلفت هذه النتيجة أعتبر مخلاً بالتزامه ولا يكفيه أن يثبت بذل ما في وسعه لنقل البضاعة بل يلزم أن يثبت أن عدم تحقق النتيجة لا يرجع إلى فعله بل إلى أحد الأسباب التي نصت عليها المادة ١٥٩ من القانون البحري".⁴⁵⁸

وقضت محكمة التمييز البحرينية بصدد مسؤولية الطبيب بأن : " مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض لعلاجيه هي مسؤولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو نجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضى أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظه تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في

⁴⁵⁶ القاعدة رقم 42 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 18 لسنة 1994 المكتب الفني السنة القضائية 5 تاريخ الجلسة 1994/04/03 - صفحة رقم 175 .

⁴⁵⁷ القاعدة رقم 114 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 450 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/05/11 - صفحة رقم 8.

⁴⁵⁸ القاعدة رقم 142 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 582 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/06/08 - صفحة رقم 8.

جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر و إذا كان ذلك وكان تقدير عمل أهل الخبرة والموازنة بين آراءهم فيما يختلفون فيه هو مما يستقل به قاضي الموضوع وكان الحكم المطعون فيه قد عول على تقرير اللجنة الطبية المتخصصة في فرع الجراحة التي أجريت للطاعنة بما خلص إليه من أن قرار إجراء العملية الجراحية التي أجريت للطاعنة بما خلص إليه من أن قرار إجراء العملية الجراحية لإصلاح جدار البطن واستئصال الجزء المتهدل منه حسب موافقة الطاعنة هو قرار سليم فنياً وإنه لا يوجد تقصير أو إهمال من الجراح في رعايتها قبل و أثناء وبعد العملية وأنه استعمل الأساليب الجراحية المتعارف عليها طبقاً للأصول الجراحية والفنية السليمة وإن ما تركته الجراحة من أثر على جدار البطن لا يعتبر تشويهاً ولا يمكن التنبؤ به أو تلافيه نهائياً فأن التفات الحكم عن دفاع الطاعنة بأن التزام الطبيب الذي أجرى لها الجراحة هو التزام بتحقيق نتيجة مرجوة وتحويله على تقرير اللجنة الطبية وطراحه تقرير الطبيب الشرعي يكون في غير محله".⁴⁵⁹

إلا أنه بعد كل ما تقدم يجب أن يدخل في الاعتبار، أن ما يراد من التمييز بين نوعي المسؤولية - في صدد الإثبات - إنما ينحصر في الحالة، التي تكون المسؤولية فيها ناشئة مما صدر عن الشخص نفسه، أي المسؤولية عن أعماله الشخصية. أما في المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء، فالسائد أن المضرور يعفى من عبء الإثبات في نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية لأن المسؤولية في هذه الحالات، قائمة على أساس الخطأ المفترض فلا يتحمل المتضرر عبء الإثبات .⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ القاعده رقم 104 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 82 لسنة 1993 المكتب الفني السنة القضائية 4 تاريخ الجلسة 1993/12/26 - صفحة رقم 449 .
لقد وضع المشرع البحريني بموجب القانون رقم (7) لسنة 1989 قواعد موحدة للمعالجة المسؤولية الطبية، وبين أن التزام الطبيب بالمعالجة هو التزام ببذل عناية سواء كان التزمه بموجب عقد أو بدون عقد ، حيث نصت المادة (27) من هذا القانون على أنه : " لا يكون الطبيب مسئولاً عن الحالة التي وصل إليها المريض، إذا تبين أنه بذل العناية اللازمة، ولجأ إلى جميع الوسائل التي يستطيعها من كان في مثل ظروفه لتشخيص المرض وعلاج المريض، ولكنه يكون مسئولاً في الأحوال التالية :
أ - إذا ارتكب خطأ أدى إلى الأضرار بالمريض نتيجة الجهل بأمور فنية أو عملية يفترض في كل طبيب الإلمام بها.
ب - إذا لحق ضرر بالمريض نتيجة لإهمال الطبيب أو تقصيره في العناية به.
ج - إذا أجرى على مرضاه تجارب أو أبحاثاً علمية غير معتمدة من قبل وزارة الصحة، وترتب على ذلك الأضرار بهم.
وتختص اللجنة المنصوص عليها بالمادة (5) من هذا القانون بتقرير حدوث الأخطاء المشار إليها / صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 324، ص 286. و صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 100 .
⁴⁶⁰ حسين عامر، المرجع السابق، ف 48، ص 36. 173 / شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد في ضوء الفقه والقضاء ، ط 5 ، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 258 - 262 =

و ننتهي من كل ما تقدم إلى أن عبء الإثبات كفارق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية. لا يصح لأن يكون معياراً للفرقة بين نوعي المسؤولية، فهو يقع في النوعين على عاتق الدائن، مع اختلاف فيما يجب إثباته، إذ عليه أن يثبت الخطأ، أي المخالفة لالتزام القانوني في المسؤولية التقصيرية، بينما يلزم باثبات عدم التنفيذ بأشكاله المختلفة في المسؤولية العقدية، ومن قبل عليه اثبات وجود عقد صحيح وسار، حتى يمكن القول بأن الأمر يتعلق بعدم تنفيذ التزامات متولدة من العقد .

والذي يبدو لنا من خلال ما تم طرحه أنفاً، أن تطبيق القواعد العامة في الإثبات غير ذي محل في مجال المسؤولية التقصيرية، فمجال عمل تلك القواعد هو إثبات تنفيذ الالتزامات العقدية، ولا شك أن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بإثبات الخطأ في المسؤولية التقصيرية، حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة الأخيرة بإثبات نشأة مصدر الالتزام ذاته، لا بإثبات تنفيذ هذا الالتزام . بعبارة أخرى في حالة إثبات الخطأ العقدي فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان المدين نفذ التزاماته الناشئة عن العقد أم لا. وهنا يمكن تطبيق قواعد الإثبات. أما فيما يتعلق بإثبات الخطأ التقصيري، فإن الإثبات هنا يتعلق بنشأة الالتزام ذاته، وهو ما لا يمكن إعمال قواعد الإثبات فيه.

4- من حيث الأهلية :

يذهب أنصار وحدة المسؤولية إلى أنه لا يوجد فرق في الأهلية اللازمة للالتزام بالتعويض بين حالتين الإخلال بالتزام عقدي و الإخلال بالتزام قانوني، ذلك أنه يكفي في الحالتين أن يكون المخل مميزاً، لأن الإخلال مصدر الالتزام بالتعويض ليس عملاً قانونياً حتى تشترط فيه أهلية التصرفات القانونية، و إنما تشترط الأهلية فقط في إبرام العقد الذي ينشأ منه الالتزام العقدي. فإذا توافرت الأهلية عند التعاقد ونشأ العقد صحيحاً وجب على العاقد تنفيذ الالتزامات ولو كان قد حجر عليه بعد ذلك أو صار ناقص الأهلية ، إذ أن نقص أهليته لا يمنع من مساءلته عن عدم الوفاء بالتزاماته

=عزالدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 257 - 382 / راجع المواد 173، 174، 175، 176، 177، 178 من القانون المدني المصري .

العقدية كما لا يمنع من مساءلته عن أفعاله الضارة. و إذن فلا يكون ثمة من فرق من هذه الناحية بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، و أن المقابلة من حيث الأهلية صحيحة ما بين الالتزام بالعقد و الالتزام الفعل الضار، ولكنها غير صحيحة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.⁴⁶¹ ويستندون في تبرير رأيهم هذا إلى ما يلي :

أ- إن الاختلاف في الأهلية بين نوعي المسؤولية الذي يدعيه أنصار فكرة الأزواج ، يرجع إلى الخلط بين مصدر المسؤولية العقدية والأثر المترتب عليها، أو بعبارة أخرى، بين الالتزام الناشئ عن العقد والأثر الذي يترتب على الإخلال به. ولا تتعلق أهلية المتعاقد إلا بالالتزام العقدي، ولا شأن لها بتعويض الضرر الذي ينجم عن الإخلال به، ولا يمكن، من ثم، مقابلتها بالأهلية التقصيرية التي تتعلق بأثر المسؤولية أو بالالتزام بالتعويض دون غيره. فإذا قام العقد صحيحاً، كان على العاقد تنفيذ الالتزامات التي أنشأها في ذمته، و إلا ترتبت مسؤوليته العقدية، التي لا يشترط، لترتبها أية أهلية، بحيث يظل مسئولاً عن تنفيذ التزاماته حتى لو فقد أهليته بعد أبرامه. وإذا كان في الفقه، وفي القضاء، من يمنع قيام المسؤولية العقدية، على كاهل المجنون، عن عقد أبرمه قبل جنونه، فليس في هذا الرأي، - الذي لا يحظى بإجماع الفقه أو القضاء، سوى تطبيق لمبدأ عدم مساءلة عديم التمييز، المسلم به في المسؤولية التقصيرية، ويتفق، بهذا، نوعا المسؤولية المدنية.⁴⁶²

ب- إن للأهلية دور بارز في نطاق المسؤولية العقدية، ليس بصورة مباشرة، وإنما حين يؤدي انعدامها أو نقضها إلى زوال العقد، فإذا ارتكب شخص مميز أو عديم الأهلية فعلاً ضاراً فإنه يسأل عن تعويض هذا الضرر، أما إذا أبرم هذا الشخص عقداً و أخل بالتزامه العقدي. فأن كان مميزاً كان لنائبه أو له عند بلوغه سن الرشد أن ينقض العقد، أما إذا انعدمت أهليته، فحينئذ يعد العقد باطلاً. وفي الحالتين لا يبقى العقد قائماً، وفي الحالتين لا يبقى العقد قائماً كي يسأل بموجبه مسؤولية عقدية. بينما ليس للأهلية مثل ذلك في نطاق المسؤولية

⁴⁶¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 17، ص 29 / عبدالمعین لطفي، المرجع السابق، ص 26.

⁴⁶² محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف 8، ص 42 و 43.

التقصيرية خاصة بعد الإقرار بمسئولية المجنون وهو عديم الأهلية

463

ت- إنه لا يوجد أهلية في كلتا المسئوليتين. وإنما الأهلية في العقد دون غيره. فيشترط الرشد في أكثر العقود. فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي، وإلا كان مسئولاً مسئولية عقدية. ولا يشترط في هذه المسئولية أية أهلية، حتى ولو كان المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد، بقي ملتزماً بالعقد وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته، ولا يخليه من هذه المسئولية إلا القوة القاهرة أو نحوها.⁴⁶⁴ وفي المسئولية التقصيرية فلا محل للكلام في الأهلية؛ لأن التمييز في المسئولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توافرها، كأهلية في العقد، وإنما التمييز هو ركن الإدراك في الخطأ، وبدونه لا يكون التعدي خطأ؛ لذلك فليس صحيحاً أن يقال أن أهلية التمييز واجبة في هذه المسئولية. والصحيح أن يقال أن المسئول يشترط لتحقيق مسئوليته أن يرتكب خطأ، ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضي أن يكون مميزاً، فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسئولية. وليس أهلية في المسئول.⁴⁶⁵

تجرد الإشارة هنا إلى أن القانون المدني الفرنسي يخلو من أي نص خاص يتعلق بمسئولية عديم التمييز. ومن ثم فقد اتجه أغلب الفقه والقضاء الفرنسي إلى تطبيق القواعد العامة في المسئولية،⁴⁶⁶ تلك القواعد التي تضمنتها المواد (1382، 1383، 1384) من القانون المدني الفرنسي. وهي تتجه إلى أنه يكفي للقيام بالمسئولية التقصيرية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزاً أما إذا كان غير مميزاً فلا مسئولية عليه، لأن من أهم شروط تطبيقها وقوع خطأ من مرتكب الفعل الضار، والخطأ قوام الإرادة، فالشخص الذي لا يدرك ما يصدر من عمله لا يجوز محاسبته لا مدنياً ولا

463 صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 329، ص 288 و 289.

464 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ف 511، ص 850.

465 المرجع السابق، ف 536، ص 905.

466 فضل ماهر محمد: المسئولية التقصيرية لعديم التمييز. رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 84.

جنائياً.⁴⁶⁷ ولقد بذلت محاولات تشريعية كثيرة في ظل القانون الفرنسي لتقرير مسئولية عديم التمييز، و انتهت هذه المحاولات بإقرار المشرع بمسئولية المختل عقلياً، وذلك بتعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني بمقتضى القانون رقم 5-68 الصادر في يناير 1968، حيث تنص هذه المادة بعد التعديل على أنه : "من يسبب ضرراً للغير في ظل اختلال عقلي فأن ذلك لا يؤثر على التزامه بالتعويض".⁴⁶⁸ ولقد اتجه القضاء في بعض أحكامه إلى الأخذ بمبدأ المسئولية لعل أشهرها حكم محكمة (مونبلييه) الصادر في 31 مايو 1866م والذي قرر صراحة أنه في نطاق المسئولية المدنية لا يعتد بالإرادة أو التبصر. ومن ثم فإذا كان قد تقرر إعفاء المجنون من المسئولية الجنائية عن الفعل الضار الذي ارتكبه ضد الغير، فأن هذا لا يمنع المضرور من مطالبته بالتعويض هو أو من يتولى ملاحظته

469.

أما الأهلية في نطاق المسئولية العقدية، فلم يعالج المشرع الفرنسي أيضاً هذا المسألة بنصوص خاصة، إلا أن الفقه و القضاء الفرنسي استقر على أن

⁴⁶⁷ أن المسئولية المدنية لم تخلو من التأثير بالمسئولية الجنائية إذ ظل الفقه يشترط ردها طويلاً من الزمن فحين يرتكب خطأ أن يكون مميزاً. وذلك تأسيساً على أن المسئولية تستلزم نسبة الخطأ إلى الفاعل ولا يتم ذلك ما لم يكن مدركاً لأفعاله. إذ كيف يكون المجنون أو عديم التمييز مسئولاً دون أن يكون مدركاً لخطورة أفعاله، وبذلك كان الخطأ المدني يقترب بهذه الصورة من الخطأ الجنائي. ومع ذلك، انتقد الفقه مبدأ عدم مسئولية عديم التمييز باعتباره يتنافى مع العدالة خاصة عندما يكون عديم التمييز ثرياً، كما لاحظ الفقه أن الغرض من المسئولية المدنية ليس عقوبة المخطئ وإنما إزالة الضرر. فلو كان الغرض هو العقوبة فأن ذلك سيدفع المتضرر دون تعويض إذا كان من سوء حظه أن الذي أحدث الضرر له لم يكن مميزاً. أما لو كان مميزاً سيحصل المتضرر على تعويض وذلك دون أن يتغير مركزه من الناحية الموضوعية فهو في كلا الحالتين يتعرض لذات الضرر. من هنا بدأ الفقه الفرنسي يحاول التخفيف من مبدأ عدم مسئولية عديم التمييز بالجوء إلى بعض الوسائل كالاعتداد بفكرة الخطأ السابق للمريض باضطراب عقلي، وإمكان اعتبار عديم التمييز حارساً أو مسئولاً عن غيره، وأيضاً اشتراط أن تثبت حالة انعدام التمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار، وأخيراً التوسع في الأخذ بمسئولية الغير عما ياتيه عديم التمييز من أفعال ضارة. وكما شجع هذا الاتجاه على ظهور التأمين، إذ يمكن للنائب القانوني لعديم التمييز أو المجنون أن يؤمن على أفعاله ما دامت ذات خطر يتمثل فيما يحدثه من ضرر، وبذلك يتحمل تبعه هذا الخطر من أدى إلى وقوعه وليس المتضرر. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 238 / محمد شريف، مسئولية عديم التمييز، مكتبة نجم القانونية، مصر، 2001، ص 121 / فضل ماهر محمد، المرجع السابق، ص 92 وما بعدها.

وبعد تردد، بدأ الطابع الموضوعي للخطأ يظهر في تشريعات مختلفة. حيث ألزم المشرع الفرنسي المختل عقلياً بتعويض الأضرار التي يحدثها للآخرين بموجب القانون الفرنسي المؤرخ في 3 يناير 1968 (والذي تضمن تعديل الفقرة (2) من المادة (489) مدني فرنسي) ، والتشريع المصري الذي التزم في المادة (2/163) عديم التمييز بالتعويض، إذا لم يكن هناك مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض منه، والمشرع البحريني في المادة (159) من القانون المدني التي التزمت المسئول عن الضرر بالتعويض ولو كان غير مميز، والقانون العراقي في المادة (191) من القانون المدني، والمشرع الأردني في المادتين (56 و 57) من القانون المدني/ صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ف 378 و 379، ص 327-329 / أسماء أبو سرور، المرجع السابق، ص 99 / فضل ماهر محمد: المرجع السابق، ص 94.

⁴⁶⁸ ولقد ذهب بعض الفقه إلى أن النص يقتصر تطبيقه على المرضى المختلين عقلياً بالغى سن الرشد، ولو أراد المشرع أن يطبق هذا النص على غير المختلين عقلياً لقال ذلك صراحة فضلاً على أنه نص استثنائي ومن ثم لا يتوسع في تفسيره. فضل ماهر محمد، المرجع السابق، ص 92.

⁴⁶⁹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 238.

الأهلية شرط لنشوء لالتزام العقدي، فإذا نشأ العقد صحيحاً فلا عبرة بتوافر الأهلية بعد ذلك، حيث يظل المدين ملتزماً بالعقد الذي أبرمه، قبل فقد أهليته أو نقصها، مسئولاً عن الإخلال به .⁴⁷⁰

في مصر، نظم المشرع المصري الأهلية اللازمة للقيام مسئولية مرتكب الفعل الضار بموجب المادة 164 مدني التي تنص على أنه : " 1- كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. 2- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم". ومن هذا النص يبين أن المشرع يربط بين المسئولية التقصيرية و التمييز، فمن كان مميزاً ولم يكن كامل الأهلية كالصبي فوق السابعة و دون الحادية والعشرين يسأل مسئولية كاملة عن الضرر الذي يصيب الغير بخطئه. أما فاقد التمييز فلا يسأل عن الضرر الذي يصيب الغير بفعله، لأن هذا الفعل لا يصدق عليه وصف الخطأ لتخلف ركن الإدراك فيه. إلا أنه يجوز للقاضي الحكم على غير المميز بالتعويض إذا لم يوجد مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول على أساس تحمل التبعة.⁴⁷¹ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : " القصر والمحجور عليهم والمعتوهين ملزمون بتعويض الضرر الناشئ عما يرتكبونه من أفعال غير مشروعة والتي تلحق ضرراً بالغير ".⁴⁷²

أما في نطاق المسئولية العقدية فلا يوجد نصوص خاصة تحدد الأهلية اللازمة لقيام مسئولية المدين بالتعويض عن إخلاله بالتزامه العقدي، لذلك ذهب البعض في الفقه المصري إلى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية فيما يتعلق بالأهلية على المسئولية العقدية بطريق القياس حيث يقولون بأنه من النتائج المترتبة على اشتراط الخطأ، أن المسئولية العقدية لا تتحقق أن كان عدم التنفيذ راجعاً إلى فقد المدين للتمييز طبقاً للمادة (163) . إذ لا ينسب

⁴⁷⁰ محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص 43.
⁴⁷¹ عز الدين الديناصري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 76. مصطفى الجمال و رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 309 - 313 / فضل ماهر محمد : المرجع السابق، ص 94 / أسماء أبو سرور، المرجع السابق، ص 101.
⁴⁷² محكمة الإسكندرية الابتدائية - 1930/5/19 - المجموعة الرسمية، سنة 31 رقم 149، ص 381. أشار إليه : عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص 26.

الخطأ إلى غير المميز، فإذا جن المستعير مثلاً و فأتلف الشيء المعار، فلا يجوز الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية، وإنما يسأل عن الدين في هذه الحالة من كان مكلفاً برقابته طبقاً للمادة (173) من نفس القانون⁴⁷³. فإذا لم يكون هناك من هو مسئول عن المدين أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول عن المدين، وجب تطبيق المادة 2/163 مدني بطريق القياس، فيجوز للقاضي أن يلزم المدين الغير مميز بتعويض عادل عن عدم تنفيذ الالتزام مراعيّاً في ذلك مركز الخصوم. ولا يكون أساس التعويض في هذه الحالة مسؤولية مبنية على الخطأ، بل مسؤولية مبنية على تحمل التبعة.⁴⁷⁴

تجدر الإشارة هنا إلى أنه المشرع المصري الزم ناقص الأهلية عندما يتقرر إبطال العقد، بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي لحق به بسبب ذلك، إذا كان قد استعمل طرق احتيالية ليوهم هذا الأخير بأنه رشيد، إلا أن الرجوع على القاصر بالتعويض لا يكون على أساس المسؤولية العقدية، وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية؛ لأنه في حالة بطلان العقد، لا يكون ناقص الأهلية مسئولاً عما يقع منه من أخطاء عقدية، إلا أن مبنى عدم المسؤولية ليس نقص الأهلية، وإنما هو عدم توافر أهم شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية وهو وجود عقد بين المسئول والمضرور.⁴⁷⁵

أقر المشرع البحريني بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله التي تلحق ضرر والتزامه، و الزمه بتعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك. حيث تنص المادة (159) من هذا القانون على أنه: " يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز".⁴⁷⁶ و ذهب اتجاه إلى أن المشرع البحريني أقام مسؤولية عديم التمييز على أساس فكرة الضمان أو تحمل التبعة، وليس على أساس فكرة الخطأ.⁴⁷⁷

⁴⁷³ تنص المادة (1/173) من القانون المدني المصري على أنه: كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز".

⁴⁷⁴ عز الدين الديناصوري و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص329.

⁴⁷⁵ حسين عامر، المرجع السابق، ص16.

⁴⁷⁶ خالد جمال، المرجع السابق، ص229 / صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (مصادر)، المرجع السابق، ص329.

⁴⁷⁷ يرى الدكتور خالد جمال أن نص المادة 159 قد جانب السداد حينما استعمل فيه لفظ (الخاطئ) كوصف لفعل الشخص الذي أضر بغيره ولو كان غير مميز. ذلك الوصف الذي يفيد توافر القصد أو العمد في جانب=

أما في ما يتعلق بالأهلية اللازمة للقيام مسئولية المدين عن الإخلال بالتزامه العقدي، فلم يتناول المشرع البحريني تنظيم هذه المسألة، والذي يبدو لنا أنه ما دام أن المشرع لم يشترط أي أهلية لقيام المسئولية التقصيرية وهي تعد المسئولية الأعم والأشمل، فإنه من باب أولى أنه لا يشترط أي أهلية للقيام المسئولية العقدية، وكذلك سيراً على ما جرى عليه الفقه والقضاء الغالب، من أن الأهلية تكون في العقد فقط،⁴⁷⁸ فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي، وإلا كان مسئولاً مسئولية عقدية، حتى لو زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد. فالمسئولية العقدية لا يشترط فيها أي أهلية.

وخلاصة القول، فيما يتعلق باختلاف المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية في الأهلية اللازمة لقيام كل منهما، أن هذا الاختلاف بين المسئوليتين هو اختلاف مصطنع ولا وجود له في الحقيقة. فلا تشترط الأهلية في كلتا المسئوليتين. فالأهلية شرط لنشأة الالتزام العقدي فقط، أما بعد نشأة الالتزام فلا عبرة بما يطرأ على أهلية المتعاقدين من عوارض كالجنون والعته والغفلة، فالمدين يبقى ملزماً بتنفيذ التزاماته العقدية سواء عن طريق وليه أو وصيه أو القيم، وإلا ترتبت مسئوليته العقدية بتعويض الضرر الذي ينشأ عن عدم التنفيذ، والتي لا يشترط لقيامها أي أهلية، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا السبب الاجنبي. وفي المسئولية التقصيرية تؤيد الرأي الذي يذهب إلى أنه لا يشترط لقيامها أيضاً أي أهلية، وأن التمييز هو شرط لتحقيق المسئولية. وليس أهلية في المسئول.

=مرتكب الفعل. الأمر الذي يقتضي أن يتوافر فيه ركن الإدراك أو التمييز كركن معنوي للخطأ، لأن الخاطئ في اللغة هو من يتعمد الخطأ. بعكس المخطئ فهو من يرتكب الخطأ دون عمد أو قصد مسبق. وهذا ما لم يقصده أبداً واضعوا النص القانوني/ خالد جمال، المرجع السابق، ص230.

⁴⁷⁸ قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: "الأصل أن كل من بلغ سن الرشد - وهو واحد وعشرون سنة - يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية ما لم يكن قد تقرر قبل ذلك استمرار الولاية أو الوصاية على ماله، أو طرأ عليه عوارض من عوارض الأهلية وفقاً للأحكام المقررة قانوناً ومن يدعي خلاف هذا الأصل يقع عليه عبء إثبات ما يخالفه". القاعدة رقم 45 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 202 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/03/02 - صفحة رقم 8.

وقضت أيضاً بأن: "النعي فضلاً عن استناده الي واقع لم يسبق اثارته أمام محكمة الموضوع ولا يقبل اثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز. فإن الدفع ببطلان الشركة لنقص أهلية احد الشركاء هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة ناقص الأهلية فلا يجوز للطاعة التحدي به". القاعدة رقم 180 الفقرة رقم 14 من الطعن رقم 122 لسنة 1994 المكتب الفني السنة القضائية 5 تاريخ الجلسة 1994/12/25 - صفحة رقم 713

ثانياً : الأسس المستندة إلى وحدة الجزاء :

1- من حيث مدى التعويض :

يذهب أنصار نظرية الوحدة إلى أن التعويض سواء كان ناشئاً من الإخلال بالتزام قانوني أو من الإخلال بالتزام عقدي، يجب أن يشمل جميع الأضرار التي لحقت بالمضرور سواء المتوقعة منها وغير المتوقعة. ولقد استند هؤلاء في تبرير رأيهم إلى :

أ- إن حكم المادة (1150) لم يقصد تطبيقه على المسؤولية العقدية دون التقصيرية وإنما قصد به فقط قياس المسؤولية والتعويض بقدر ما وقع من المدين أو المسئول من خطأ. فأن كان ما وقع منه غش أو خطأ عمد ألزم بتعويض جميع الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، سواء كانت ناشئة من إخلال بالتزام عقدي أو من إخلال بالتزام قانوني. أما إذا كان ما وقع منه خطأ غير عمد كانت المسؤولية أخف منها في الحالة السابقة و أقصر التزامه بالتعويض الضرر الذي يمكن توقعه أي الضرر العادي الذي يترتب عادة على مثل الإخلال الذي وقع من المدين أو المسئول سواء كان إخلالاً بالتزام عقدي أو إخلالاً بالتزام قانوني. ⁴⁷⁹ وفي ذلك يقول الأستاذ أوبان Aubin إنه : " يجب عدم التشبث بحرفية نص المادة (1150)، وأن تكون العبرة بروح التشريع على ما يؤدي إليه الابتكار في التفسير، فيبين أن المشرع قد قصد في الواقع أن يتناسب التعويض مع ما وقع من خطأ، وإن يميز في ذلك بين الخطأ العمد وغير عمد، بصرف النظر عن أن يكون مصدر المسؤولية تعاقدية أو غير تعاقدية. فيمكن أن يشمل التعويض - أحياناً - النتائج القريبة المترتبة على الفعل الضار، كما قد يمتد أيضاً إلى أبعد منها. بهذا يكون التعويض متكافئاً مع الخطأ الواقع، وليس مع الضرر، في أي نوع من المسؤولية". ⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Grandmoulin J. : Nature delictuelle de la responsabilite publiques et privees ,paris 1959 .p 59.

أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص36.

⁴⁸⁰ Aubin : Responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle ,these ,bordeaux. 1897. P 93 .

أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ف 54، ص 41

ب- إن قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع فقط يؤدي إلى نتائج غير مقبولة و تجافي العدالة، وتجعل للمضرور بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية مركز أفضل منه بموجب المسؤولية العقدية، وفي ذلك يقول الأستاذين هنري وليون مازو : " إذا ارتكب المدين خطأ فيجب عدلاً أن يلتزم بجبر الضرر الذي تسبب في حدوثه، و إذا وازينا بين المضرور الذي كان دوره سلبياً وبين موقف فاعل الضرر الذي لم يكن دوره إيجابياً فحسب بل سلك سلوكاً خاطئاً، فليس هناك مجال للتردد، و ليس الوضع المذكور في الواقع هو نفسه الوضع القائم في مجال المسؤولية ؟ أليس من الظلم والشذوذ أن نزيد في التعويض أو نخفض منه تبعاً لاستطاعة المضرور أو عدم استطاعته الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ؟ كأمين النقل مثلاً يلزم قبل ورثة المجني عليه لأنهم يقيمون دعواهم باسمهم الشخصي (مسؤولية تقصيرية) بأكثر مما يلتزم به قبل المجني عليه نفسه (مسؤولية عقدية). وصاحب السيارة تكون مسؤوليته في حالة إصابة المسافر الذي دفع له أجراً أقل من مسؤوليته قبل عابر الطريق أو قبل من كان يركب مجاناً " .⁴⁸¹

ت- إن الادعاء بأن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التعويض مقصوراً على الضرر الذي كانا يتوقعانه عند إبرام العقد، فهذا محض افتراض مخالف للواقع، لأنه يصعب القول بأن الطرفين قد توقعوا عند إبرام العقد أن أحدهما لن ينفذ التزامه ومن ثم اتفقا ضمناً على قصر التعويض على الضرر المتوقع.⁴⁸²

2- من حيث نوع التعويض :

ذهب أنصار فكرة وحدة المسؤولية إلى أن التعويض الأدبي ما دام يمكن تقديره بمبلغ من المال، كما هو الشأن في الضرر المادي، ومن ثم فإنه

⁴⁸¹ إسماعيل غاتم ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ج2 ، مطبعة عبدالله وهبة، مصر، 1967، ف 56 / عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 124. ه 2 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 401 / عبد الحي حجازي ، المرجع السابق، ص 46.

⁴⁸² عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 124.

يجب تعويضه سواء كان ناشئاً من الإخلال بالتزام قانوني أو من الإخلال بالتزام عقدي،⁴⁸³ استناداً إلى :

أ- إن التمييز بين نوعي المسؤولية، فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبية، يرجع في الحقيقة إلى كتابات دوما وبوتيه اللذين انكرا في كتاباتهما التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية وسلما به في المسؤولية التقصيرية ظناً منهما أن القانون الروماني كان يفرق بين المسئوليتين في هذا الجانب، في حين أن القانون الروماني أجاز التعويض عن الضرر المعنوي دون تمييز بين المسئوليتين.⁴⁸⁴

ب- لا يجوز عقلاً، ولا عدالة التفرقة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية من حيث جواز التعويض عن الضرر الأدبي، لأن المقصود بالتعويض هو محو الضرر كلما كان هذا المحو ممكناً، فأن تعذر محو الضرر فليس يحول ذلك دون العمل على تخفيف وطأته عن طريق الحكم بالتعويض. فالنقود إذا لم تستطع إصلاح الضرر الأدبي، فأنها على الأقل تساعد على التخفيف منه، أو هي على الأقل تشكل بديلاً لإرضاء المجني عليه أو المضرور.⁴⁸⁵

تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الفرنسي في القانون المدني الحديث، لم يضع نصاً عاماً يمكن الاعتماد عليه أساساً لنظرية متكاملة تحدد نطاق مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إلا أن أغلب الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المادة (1382)⁴⁸⁶ من القانون المدني الفرنسي قد أوردت مبدأ عاماً يقضي بتعويض الضرر الناشئ

⁴⁸³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص35.
⁴⁸⁴ د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 13، ص 71 / عبد الرزاق أحمد السنيهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 767.
⁴⁸⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص35 / سمير تناعو، المرجع السابق، ص165 / باسل محمد، المرجع السابق، ص 98.

⁴⁸⁶ قد أشارت المادة (1382) خلاف بين الشراح حول جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي، فمن جانب هنالك من يرفضون التعويض المالي عن الضرر الأدبي، ومن جانب آخر هنالك من يستندون برفضهم لجواز التعويض عن الضرر الأدبي إلى أنه لا يوجد نص صريح في القانون الفرنسي يجيز التعويض عن هذا النوع من الضرر، نسرد بعض ما جاءوا به على النحو التالي: ذهب البعض إلى القول بأنه : لا محل للتعويض عن الضرر الأدبي إلا في الحالة التي يمس فيها الضرر جانباً مادياً. و ذهب جانب آخر للقول : بإمكان تعويض الضرر الأدبي إذا كان وليد جريمة جنائية، وقد انتقد هذا التوجه لأنه يجعل المسؤولية المدنية عن الضرر الأدبي مرتبطة بالمسؤولية الجنائية ومتفرعة عنها خلافاً للاتجاه الحالي الذي يقر باستقلالية المسئوليتين إحداهما عن الأخرى. و البعض الآخر رفض التعويض عن الضرر الأدبي ذلك لأن المادة 1382 لا تقصد إلا التعويض عن الضرر المادي حسب وجهة نظرهم، مما يستتبع أنه لا يصح تعويض الضرر الأدبي لأن طبيعته لا يجدي جبره بالمال. ناصر جميل، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الموصل، العراق، 1998، ص 78 وما بعدها.

عن الفعل الضار بغض النظر عن طبيعة هذا الضرر وما إذا كان ضرراً مادياً أم أدبياً، حيث نصت على: "وجوب التعويض عن كل فعل يسبب الضرر"، وهذا التعبير بالضرر على إطلاقه يدخل فيه الضرر الأدبي والمادي على السواء.⁴⁸⁷ فضلاً عن ذلك، فإن المشرع الفرنسي وإن لم يكن واضحاً في نص المادة (1382)، فقد أقر مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي من خلال إصدار عدة قوانين أخرى بعد القانون المدني مثل قانون الصحافة الصادر في 1881/7/29.⁴⁸⁸

وفي نطاق المسؤولية العقدية، يذهب أغلب الفقه إلى أن التعويض بموجب المسؤولية العقدية لا يقتصر على الاضرار المادية، وإنما يشمل أيضاً ما يلحق بالمضرور من أضرار أدبية. والسند في هذا ما تنص عليه المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي من أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وهذا التعويض و بلا ريب عن الضرر الذي أصاب الدائن، ولم يحدد المشرع أن يكون التعويض عن الضرر مادي بذاته، مما يعني انصرافه إلى الضرر الأدبي. وكذلك المادة (1149) من القانون المدني الفرنسي فيما نصت عليه من أن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب. فإنه بإطلاق معنى الخسارة، لا يكون ثمة محل لقصره على الخسارة المادية، دون ما يمكن أن يدخل في معناها من أدبية.⁴⁸⁹

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع المصري لم يفرق بين نوعي المسؤولية المدنية من حيث التعويض عن الضرر الأدبي، حيث جاء تحديد الضرر في القانون المصري بنوعيه المادي والأدبي في إطار المسؤولية العقدية، حيث نصت المادة (1/222) من القانون المدني المصري على أنه: "1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء". و جاء في مذكرة المشروع التمهيدي للمادة (300) والتي حل محلها المادة (238) ثم المادة (222) مدني مصري: "يعتد في المسؤولية التعاقدية

⁴⁸⁷ حسين عامر، المرجع السابق، ص319/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص321/ باسل محمد، المرجع السابق، ص98.

⁴⁸⁸ ناصر جميل، المرجع السابق، ص81.

⁴⁸⁹ مازو: بند 329 وما بعده وفي المجلة التفصيلية للقانوني 1950 صحيفة 493. أشار إليه: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص328/ باسل محمد يوسف، المرجع السابق، ص81 و82.

بالضرر الأدبي وفقاً للأحكام التي تقدمت الإشارة إليها في المسؤولية العقدية، وغني عن البيان أن تصور الضرر الأدبي أيسر في نطاق المسؤولية التقصيرية منه في نطاق المسؤولية التعاقدية، على أن ذلك لا ينفي إمكان قيام المسؤولية عن الضرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية، فمن ذلك مثلاً امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند المودع منزلة أدبية رفيعة مع أن قيمتها المادية ضئيلة".⁴⁹⁰ وفي مجال المسؤولية التقصيرية أحال المشرع بموجب المادة (170) حكم التعويض عن الضرر الأدبي إلى المادتين (221) و (222). كما وردت هاتان المادتان في باب أثار الالتزام بوجه عام. وهذا يستفاد منه أن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية.⁴⁹¹

ولم يفرق المشرع البحريني أيضاً بين المسئوليتين من حيث التعويض عن الضرر الأدبي، فأخذ بنوعي الضرر المادي والأدبي في إطار المسئوليتين التقصيرية والعقدية بشكل صريح. حيث تنص (162) من القانون المدني على أن التعويض عن العمل غير المشروع يشمل كل الضرر الذي لحق بالمضرور ولو كان أدبياً.

كذلك الأمر في دائرة المسؤولية العقدية، فقد أجاز المشرع صراحة التعويض عن الضرر الأدبي الناتج عن الإخلال بالالتزام عقدي، بموجب نص المادة (224)، التي تنص على أنه: "يشمل التعويض الضرر الأدبي، وتطبق في شأنه أحكام المواد (162) و (163) و (164)".⁴⁹²

ولم يكن الخلاف في ساحات المحاكم أقل منه في الفقه، حيث أخذ القضاء الفرنسي في البداية بالترقية بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر الأدبي، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "ينحصر التعويض في النطاق العقدي فيما يكون عن الأضرار المادية وحدها، دون الأضرار الأدبية، التي تدخل في مجال المسؤولية التقصيرية". كما قضت في حكم آخر على الوديع الذي لا يرد الصورة المودعة لديه بتعويض لا يمثل سوى القيمة المادية ولا يمتد إلى الأضرار الأدبية التي

⁴⁹⁰ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 2، ص 371. أشار إليه: باسل محمد، المرجع السابق، ص 106.

⁴⁹¹ سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 323.

⁴⁹² خالد جمال، المرجع السابق، ص 179 و 180.

لحقت المودع نتيجة فقد المودع لصورة لعائلته بما يمثله من ذكريات عزيزة لديه. إلا أن القضاء سلم في النهاية بجواز التعويض عن الضرر الأدبي في إطار المسئوليتين العقدية و التقصيرية .⁴⁹³

أما القضاء المصري، فقد كان في البداية مترددًا في تعويض الأضرار الأدبية قبل صدور القانون الجديد ؛ لأنه لم يرد نص في القانون المصري القديم يجيز التعويض عن الضرر الأدبي، لذلك قضت بعض المحاكم بأن الضرر الأدبي لا يكفي لطلب التعويض ما دام المدعي لم يصبه أي ضرر مادي، وأن الشرف لا يقوم بمال وكذلك الحزن والألم، وأنه لا محل للحكم بتعويض مالي عن الضرر الأدبي لعدم سهولة تقويم هذا الضرر، لأنه لا يصح أن يكون أساسًا للتقدير المالي.⁴⁹⁴

ورغم هذا التردد إلا أن الرأي استقر في القضاء قبل صدور القانون المدني النافذ على وجوب التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية.⁴⁹⁵ فقد قضت محكمة الاستئناف مصر في 30 / 11 / 1940 بالتعويض الضرر الأدبي الناشئ عن الإخلال بالتزام عقدي في قضية كانت فيها وزارة الأوقاف قد تعاقدت مع مقال على إصلاح دورة مياه مسجد تابع لها في ميعاد معين، اشترطت عليه شرطاً جزائياً فتأخر المقال، وطبقت عليه الوزارة الشرط الجزائي ودفع مقال بعدم حصول ضرر إلا أن الوزارة ردت بأن التأخير نشأ عنه وقف الشعائر الدينية في المسجد وذلك يسئ إليها ويشينها لأن من أهم وظائفها السهر على إقامة الشعائر الدينية.⁴⁹⁶ وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن : " المعول عليه لدى جمهرة علماء القانون أن الضرر المادي والضرر الأدبي سيان في إيجاب التعويض لمن أصابه شيء منهما. وأنه إذا كان الضرر الأدبي متعذر التقويم، خلافاً للضرر المادي، فكلاهما خاضع في التقدير لسلطان المحكمة. فمتى رأت في حالة معينة أن الضرر الأدبي يمكن تعويضه بقدر معين من المال وجب

⁴⁹³ محمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية، ص 72 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 35

باسل محمد، المرجع السابق، ص 99 / ناصر جميل، المرجع السابق، ص 83.

⁴⁹⁴ استئناف 11 ديسمبر 1900. أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 158.

⁴⁹⁵ استئناف 17 نوفمبر 1931. أشار إليه : باسل محمد، المرجع السابق، ص 100.

⁴⁹⁶ منذر الفضل ، المرجع السابق، ص 233.

الإذعان لرأيها، إذ لا شك في أن التعويض الضرر الأدبي يساعد، على تخفيف الألم عن نفس المضرور".⁴⁹⁷

و لقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية أيضاً على تعويض الضرر الأدبي في إطار المسؤولية العقدية ، و تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز للعامل بتعويض يشمل الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به نتيجة إنهاء المبستر للعقد العمل ، حيث جاء في قرارها بأنه : "لا يعيب الحكم أنه أدمج الضرر المادي والأدبي معاً وقدر التعويض عنهما جملة بغير تخصيص لمقداره عن كل منهما على حده. إذا أورد الحكم المطعون فيه بمدونات ما يكشف عن نوع عمل الطاعن ومدة خدمته وظروف إنهاء عقده فأن ذلك يدل على أنه راعي عناصر التعويض التي أشارت إليها المادة 108 من قانون العمل عند تقديره للتعويض".⁴⁹⁸ وقضت في حكم آخر بأنه : " لما كان المطعون ضده قد برر إنهاء عقد عمل الطاعن محدد المدة قبل انقضاء مدته بتغيبه المتكرر بدون سبب مشروع رغم انذاره وعدم قيامه بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل بإخفاقه في تحقيق الأداء المطلوب وإساءته معاملة الموظفين واستغلال منصبه بالتوقيع على شيكات وسحب مبالغ نقدية لأغراضه الشخصية وهو ما يعطيه الحق في فصله دون تعويض طبقاً لنص المادة 4/113، 5، 6 قانون العمل. كما تمسك بأنه أوفى الطاعن مستحقه من مكافأة نهاية الخدمة وبدل الإجازة السنوية. وكان الحكم المطعون فيه بما أنشأه لنفسه من أسباب وما أحال إليه من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده فيما قضى برفض الدعوى بكافة طلباتها قد أسس قضاءه على أنه فضلاً عن عجز الطاعن عن إثبات ثمة ضرر أصابه نتيجة فصله يستوجب التعويض كما خلت أوراق الدعوى مما يفيد ذلك فقد توافر للمطعون ضده المبرر المشروع لفصله للأسباب التي شهد بها شاهداه والتي من بينها ارتكاب الطاعن واقعه تزوير شيك لصالحه مما من شأنه فقدان ثقة المطعون ضده فيه وهو سبب كاف لتبرير فصله دون تعويض. وأنه لم يثبت خلاف ما قرره الشاهدان أنه استلم كافة مستحقاته من المكافأة وبدل الإجازة في حين أنه فضلاً عن عدم موافقة ما قرره الشاهدان من قيام الطاعن بتزوير شيك

⁴⁹⁷ الطعن رقم 2405 لسنة 2 ق. جلسة 1932/11/7. أشار إليه : عبدالمعين لطفى، المرجع السابق،

ص352.

⁴⁹⁸ القاعدة رقم 78 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 52 لسنة 1991 المكتب الفني السنة القضائية 2 تاريخ الجلسة 1991/12/08 صفحة رقم 314 .

لصالحه لما نسب إليه المطعون ضده عن استغلاله لمنصبه وحقه في التوقيع نيابة عن المؤسسة بسحب شيكات على حسابها لأغراضه الشخصية وهو ما خلت الأوراق مما يدل على حقيقة أمره. فأن مجرد قول الشاهدين عن تكرار تغيبه بدون سبب وإخفاقه في تحقيق الأداء المطلوب وإساءة معاملة الموظفين وقيامه بتزوير الشيك لا تتوافر به إحدى حالات المادة ١١٣ من قانون العمل، ومن ثم يكون حق الطاعن في التعويض ثابت طبقاً لنص المادة ١٠٩ من هذا القانون ويقدر بمقدار الأضرار المادية والأدبية التي أصابته وكانت نتيجة طبيعية للإنهاء المبسر لعقد عمله. ويشمل ذلك ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب طبقاً للقواعد العامة. مع مراعاة العرف الجاري وطبيعة العمل ومدة العقد ويعتبر حرمان الطاعن من أجر عمله في المدة المتبقية من العقد مع عدم ثبوت تقصيره في الالتحاق بعمل بديل ضرراً مادياً محققاً كما يتحقق بفصله للأسباب التي نسبت إليه والتي من شأنها الإساءة إلى سمعته ضرر أدبي يستوجب التعويض أيضاً. وأن ما قرره الشاهدان من استلام الطاعن كافة مستحقاته ومنها مكافأة نهاية الخدمة وبدل الإجازة السنوية بقول مجمل لم يستوضح كيفية علمهما بذلك والوسيلة التي تم بها هذا التسليم ومقدار هذه المستحقات لا يعتبر دليلاً كافياً لإثبات استيفاء الطاعن حقه في هذين المطلبين، وإذ عول الحكم في قضائه على هذه الشهادة وبني عليها قضاءه برفض الدعوى فإنه يكون فضلاً عن قصوره في التسبيب وفساده في الاستدلال قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه ويوجب نقضه". 499

وفي نطاق المسؤولية التقصيرية أقرت محكمة التمييز البحرينية لمؤلف إذا لحقته أضرار أدبية نتيجة الاعتداء على مصنفه بالحق في الحصول على تعويض عنها ، حيث جاء في قرارها بأنه : " الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ثابتاً ومحقق الوقوع سواء كان ضرراً مادياً أو أدبياً. و إذا كان حق المطعون ضدها على المصنفين سواء كان ضرراً مادياً أو أدبياً. و إذا كان حق المطعون ضدها على المصنفين موضوع النزاع يقتصر على الحق في استغلالهما مالياً وهو ما آل إليها بالشراء من المؤلف دون حقه الأدبي عليهما باعتبارهما من الحقوق اللصيقة بشخصه و التي لا يجوز التنازل عنها أو

499 القاعدة رقم 188 الفقرة رقم 4 من الطعن رقم 474 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 19 تاريخ الجلسة 2008/10/27 - صفحة رقم 4 .

التصرف فيها للغير. وكان الحكم المطعون فيه قد قضى لها بالتعويض الذي رآه مناسباً لجبر الضرر المادي الذي لحقها نتيجة اعتداء الطاعن على حقها في استغلالها المصنفين، فإذا تجاوز ذلك وقضى لها أيضاً بتعويض عن ضرر أدبي افترضه يتمثل فيما أصابها من إحباط حال اكتشافها الاعتداء على حقها المالي الذي عوضت عنه فإنه يكون قد خالف القانون " .⁵⁰⁰

وقضت كذلك بأن المضرور إذا طالب قبل وفاته بتعويض عن الأضرار الأدبية التي لحقت نتيجة العمل الغير مشروع الذي لحق به ، فإن الحق في هذا التعويض ينتقل إلى الورثة، حيث جاء في قرارها ما نصه : " لما كانت الحقوق التي تتعلق بشخصية الإنسان ولا تتعلق بماله أو ترتبط به هي حقوق غير متقومة لا يجري فيها التعامل ولا تنتقل إلى خلفه بالميراث. ولئن كان الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً في وقف هذا الاعتداء وإزالة آثاره فلا ينفك هذا الحق ملازماً للشخص نفسه ينقضي بموته ولا ينتقل إلى ورثته إلا أن يكون قد طالب المعتدي بتعويض مالي عما لحقه من ضرر أدبي نتيجة هذا الاعتداء فإن حقه في التعويض عن هذا الضرر يصبح حقاً مالياً ينتقل إلى ورثته. فإذا كان ذلك. وكان مورث الطاعنين قد أقام دعواه بوقف الاعتداء على حق يتعلق بشخصه وإزالة آثاره ولم يطلب الحكم له بتعويض مالي عما لحقه من ضرر نتيجة هذا الاعتداء فقد انقضى حقه قبل المعتدى بوفاته ولم ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يحق للطاعنين الطعن في الحكم الصادر في الدعوى. ويكون طعنهم غير مقبول شكلاً".⁵⁰¹

نخلص بالقول إلى أنه على الرغم من الخلافات التي سادت موقف الفقه والقضاء حول مدى وجود فرق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بجواز التعويض عن الضرر الأدبي. إلا أن الوضع استقر في الفقه والقضاء و القوانين الحديثة على عدم وجود فرق بين المسئوليتين في جواز التعويض عن الضرر الأدبي. فحق في التعويض أينما ورد سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو نطاق المسؤولية التقصيرية إنما يشمل الضرر المادي و الضرر الأدبي على سواء .

⁵⁰⁰ القاعدة رقم — الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 30 لسنة 1995 المكتب الفني السنة القضائية 6 تاريخ الجلسة 1995/05 /14 صفحة رقم 258.

⁵⁰¹ الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 63 سنة قضائية 1999 مكتب فني 10 تاريخ الجلسة 13 / 06 / 1999 - صفحة رقم 361.

3- من حيث طريقة التعويض :

ذهب أنصار فكرة وحدة المسؤولية إلى أن التعويض في أي من المسئوليتين العقدية والتقصيرية لا يتقيد بالتعويض النقدي، بل يجوز أن يكون التعويض عينياً، وأن القاضي يتمتع في نطاق كل من المسئوليتين بسلطة تقديرية في اتخاذ أية وسيلة يراها ملائمة لإصلاح الضرر من بين التعويض المالي أو التعويض العيني. و ستندوا في تبرير رأيهم هذا إلى :

أ- إن المادة (1142) من القانون المدني لا تستبعد الحكم بالتعويض العيني، ولا تفيد إلا استبعاد الإكراه الجسدي لكونه يتنافى مع العرف والقاعدة الخلقية. وفي ذلك يقول الفقيهان "أسمان" و "ايكوني إن: "نص المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي، لا تستبعد الحكم بالتعويض العيني من دون المساس بحرية المدين الشخصية".⁵⁰²

ب- إن نص المادة (1142) على التعويض النقدي. قد روعي فيه الغالب من الأحوال فقط، ولم يقصد بها منع التعويض بأي طريقة أخرى متى كان ذلك ممكناً عملاً.⁵⁰³

ت- إن المادة (1142) لا تتعارض مع التعويض العيني إلا ضمن الإجراءات، إذ قد يؤدي التعويض العيني إلى النيل من حرية المسئول. و إن اللجوء إلى التعويض العيني ضمن نص هذه المادة لا يكون سوى طريقة ملائمة تسمح باستبعاد عدد معين من الحلول، مثل : الحكم بالزام المدين بالترميم يكون عبارة عن التزام جديد بالنسبة للالتزام العقدي الأصلي، ويستطيع القاضي أن ينسب إلى هذا الالتزام موضوع التعويض العيني، وكذلك الحال بالحكم بنفقات إزالة الضرر.⁵⁰⁴

ولقد ذهب أغلب الشراح في مصر إلى أن الأصل بموجب المادة (2/171)⁵⁰⁵ من القانون المدني المصري هو التعويض بمقابل نقدي عن

⁵⁰² نصير صبار، المرجع السابق، ص 106.

⁵⁰³ Planiol et Ripert : Traite pratique de droit civil francaia ، 2 edition ، t. VI par Esmein ، et t. VII par Esmein ، Radouant ، et G abolde ، Paris 1952 p. 677.

أشار إليه : سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 21، ص 33 .

⁵⁰⁴ نصير صبار، المرجع السابق، ص 110.

⁵⁰⁵ تنص المادة (2/171) من القانون المدني المصري على أنه : " ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ".

الاضرار التي تنتج عن الفعل الضار للمسئول ، إلا أن هذه المادة أجازت للقاضي على سبيل الاستثناء أن يحكم بغير النقود، بمعنى أنه يجوز للقاضي بموجب سلطته التقديرية أن يحكم على المسئول بالتعويض عيني .⁵⁰⁶

وفي نطاق المسؤولية العقدية، فإن المبدأ العام هو التعويض النقدي،⁵⁰⁷ إلا أن المشرع المصري بموجب المادة (212)⁵⁰⁸ من القانون المدني أعطى للدائن في حالة ما إذا كان محل العقد الالتزام بالامتناع عن عمل، الحق في أن يطلب إزالة ما وقع مخالفة لهذا الالتزام مع التعويض إذا كان له محل.⁵⁰⁹ ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى اعتبار إزالة المخالفة تعويضاً عينياً، مع أنه قد يكون عمل الإزالة هذا منفذاً من المتضرر على نفقة المسئول.⁵¹⁰ إلا أن أغلب الفقهاء رفضوا التسليم بهذا الرأي ، حيث يرون أن إزالة المخالفة في الالتزام بامتناع عن عمل، بعد ترخيص القضاء، تعتبر تنفيذاً عينياً للالتزام بالنسبة للمستقبل،⁵¹¹ فهي ليست تعويضاً عينياً، إذ أن الدائن يحصل، على الأقل مستقبلاً على عين حقه، بمنع العمل الذي التزم المدين بالامتناع عنه.⁵¹² ولقد استندوا تبرير في هذا الرأي بما نصت عليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ، تعليقاً على المادة (212) من أن: " التنفيذ العيني للالتزام بالامتناع عن عمل قد يكون ممكناً عن طريق إزالة ما استحدث إخلال بالالتزام" . و بموقع المادة (212) في القانون المدني، حيث وردت في الفصل المخصص للتنفيذ العيني للالتزام العقدي.

513

ولقد استقر الفقه المصري على جواز التعويض العيني في نطاق المسؤولية العقدية استناداً إلى ظاهر نص المادتين (215)⁵¹⁴ و (221)⁵¹⁵ من

⁵⁰⁶ مصطفى الجمال رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص 382 و 383 / سمير تناغو ، المرجع السابق، ف 186، ص 261.

⁵⁰⁷ تنص المادة (2/203) من القانون المدني المصري على أنه : " على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً"

⁵⁰⁸ تنص المادة (212) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين" .

⁵⁰⁹ حسين عامر، المرجع السابق، ف 49، ص 37 و 38 / د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 11، ص 55

⁵¹⁰ نصير صبار، المرجع السابق، ص 80.

⁵¹¹ محمد حسام، المرجع السابق، ص 432.

⁵¹² إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 141.

⁵¹³ حسين عامر، المرجع السابق، ف 49، ص 37 و 38 / محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 11،

ص 55.

⁵¹⁴ تنص المادة 215 من القانون المدني المصري على أنه : - " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" . ولقد ذهب بعض الفقه في تفسير هذه المادة إلى=

القانون المدني ، حيث ذهبوا إلى أن كلمة (التعويض) وردت في المادتين عامة دون تحديد لنوعه، مما يترك للقاضي حرية كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لظروف الدعوى .⁵¹⁶ كما أن حكم جواز التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية بموجب المادة (171) ينسحب بالضرورة - بطريق القياس - إلى المسؤولية العقدية.⁵¹⁷

و تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع البحريني أقر مبدأ التعويض العيني صراحة في نطاق المسؤولية التقصيرية ، و منحه المرتبة الثانية بعد التعويض النقدي، وذلك ضمن السلطة التقديرية للقاضي حيث نصت المادة (177)⁵¹⁸ على أنه : " أ) إذا لم يتفق على تحديد التعويض عن الضرر الناجم عن العمل غير المشروع، تولى القاضي تحديده. ب) يقدر القاضي التعويض بالنقد. ج) يجوز للقاضي، تبعاً لظروف الحال، وبناء على طلب المضرور أن يحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو بأي أداء آخر على سبيل التعويض". فبموجب هذه المادة يكون الأصل في نطاق المسؤولية العقدية هو التعويض النقدي،⁵¹⁹ أما التعويض العيني فيجوز للقضاء أن يحكم به على سبيل الاستثناء، بشرط أن يطلب من قبل المضرور، فإذا تم الطلب تكون للمحكمة سلطة جوازية للحكم به. فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية تجاه طلب الدائن التعويض العيني، فله أن يجيب الدائن إلى طلبه ويحكم بالتعويض العيني أو يحيد عنه إلى التعويض النقدي، ذلك حسب ما يراه أصلح لجبر الضرر.⁵²⁰

= أن التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام العقدي لا يكون إلا مبلغ من المال، فالدائن في الالتزام العقدي ليس له، في حالة استحالة تنفيذ الالتزام فعلاً أو حكماً، سوى المطالبة بتعويض نقدي، إلا أن قاعدة التعويض النقدي، لا تمس الحق المطلق للدائن في قهر المدين على تنفيذ التزامه عيناً، الذي تقوم عليه فكرة الالتزام المدني، ويتفرع مباشرة على مبدأ القوة الملزمة للعق فمتى كان تنفيذ العيني للالتزام ممكناً، فلا يستطيع القاضي أن يحرمه منه، ويستبدل به التعويض، أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكناً، فلا يكون للدائن حق في طلب التنفيذ العيني، وليس له في هذه الحالة سوى الاكتفاء بالتعويض النقدي . حسين عامر، المرجع السابق، 529.

⁵¹⁵ و تنص المادة (221) من القانون المدني المصري على أنه : " إذا لم التعويض مقدراً في العقد أو بنص القانون، فالقاضي هو القاضي يقدره"

⁵¹⁶ عبد الوود يحيى، المرجع السابق، ف 25، ص 43 / مصطفى الجمال رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 631 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (الإثبات - آثار الالتزام) ، المرجع السابق، ف 460، ص 825.

⁵¹⁷ محمد حسام، المرجع السابق، ص 432 / إسماعيل غانم ، المرجع السابق، ص 108.

⁵¹⁸ في إطار المادة 177 من القانون المدني البحريني يأتي معنى التعويض العيني بإزالة المخالفة.

⁵¹⁹ صبري حمد خاطر ، أحكام الالتزام، ف 122 و 123، ص 85 و 86.

⁵²⁰ صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، المرجع السابق، ف 123، ص 85. ويشترط في التعويض العيني أن يكون كاملاً، والا إذا كان غير كامل فهو أداء قد يتم إكماله بواسطة النقود، حيث يجوز للمحكمة إذا رأت أن التعويض العيني غير كافٍ أن تحكم بالإضافة إليه بمبلغ من النقود، و خاصة عن المدة الواقعة بين وقوع الضرر و إزالته، فإن هذه المدة لا يمكن التعويض عنها عينا لذلك يعوض

أما في نطاق المسؤولية العقدية، فبالرجوع إلى نصوص القانون المدني التي تنظم التعويض عن المسؤولية العقدية لا نجد أي نص يحتم أن يكون التعويض مقدراً بالنقود. فقد نصت المادة (206) من القانون المدني على أنه : " أ) يجبر المدين، بعد إعداره، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ب) على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقاً للمدين، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً". ونصت المادة (216) من نفس القانون على أنه : - " إذا تعذر تنفيذ الالتزام عينياً أو تأخر المدين في التنفيذ، فعليه تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه ". وقضت المادة (223) بأنه : " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره..... ". ويلاحظ من خلال استقراء هذه النصوص أن المشرع البحريني أطلق مصطلح التعويض، دون تحديد لنوعه، تاركاً مسألة تحديد نوع التعويض للسلطة التقديرية للقاضي حسب ما يراه ملائماً للظروف الدعوى، وأنسب لجبر الضرر. وعليه يتبين أنه لا يوجد في القانون البحريني فرق بين نوعي المسؤولية، فيما يتعلق بجواز التعويض العيني.⁵²¹

هذا في الفقه ، أما في القضاء ، فلقد أظهرت الحرب العالمية الثانية بما رافقها من فرض التسعيرة الجبرية على السلع، مساوئ قصر التعويض في المسؤولية العقدية على النقود فقط، مما جعل بعض المحاكم رفعاً للغبن الذي يتعرض له الدائن، إذا كان محل العقد الالتزام برد أشياء تخضع للتسعير الجبري، تقصر تطبيق القاعدة التقليدية على الالتزام بقيام بعمل أو بامتناع

عنها بمبلغ من النقود كما يجب أن يكون هذا التعويض ممكناً لا تحول دونه أي عقبة مادية أو قانونية. فعلى سبيل المثال لو فقد شخص يده نتيجة فعل ضار فلا يمكن أن يكون التعويض العيني نتيجة استحالة مادية. وقد ينصب التعويض العيني على قيام المسئول عن الضرر بعمل معين لا يمكن إجباره على القيام به من الناحية القانونية. ومن ثم لا سبيل للتعويض إلا باللجوء إلى التعويض بمقابل. صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام، ف 485، ص 414.

⁵²¹ نص المشرع البحريني على التعويض العيني في قانون رقم (22) لسنة 2006 بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في المادة (5/64) التي تنص على أنه : " يجب على المحكمة المختصة بناء على طلب صاحب الحق أن تقضي ، دون تعويض من أي نوع للمدعي عليه ، بإتلاف السلع التي ثبت أنها تنطوي على التعدي ، ويجوز لها أن تقضي بإتلاف - دون تأخير - المواد و الأدوات المستخدمة في تصنيع أو إنتاج السلع التي تنطوي على التعدي ، دون تعويض من أي نوع وللمحكمة في الحالات الاستثنائية التي تقدرها أن تقضي بالتخلص من هذه السلع خارج القنوات التجارية على نحو يحول دون احتمال حدوث تعديت أخرى ". فهذا النص يستلزم إتلاف السلع والمواد و الأدوات المستخدمة في تصنيع أو إنتاج السلع التي تنطوي على التعدي ، وهذا الإجراء يعد من قبيل إزالة المخالفة أي التعويض العيني . انظر : خاطر ، صبري حمد : الملكية الفكرية دراسة مقارنة في القانون البحريني ، ط 1 ، البحرين : مطبعة جامعة البحرين . 2007 . ص 222

عن عمل. أما إذا كان محل الالتزام، الذي استحال تنفيذه بخطأ المدين، تسليم شيء، فيجوز للقاضي أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله، وإن يعمد إلى التهديدات المالية للحمله على تنفيذ أمره. حيث وجد القضاء أن التعويض العيني في هذه الحالة هو أقرب لتحقيق العدالة من التعويض النقدي.⁵²²

ويشكل القرار الذي صدر في عام 1924 الخطوة الأولى على طريق التغير الحقيقي نحو إقرار التعويض العيني في نطاق المسؤولية التعاقدية، حيث نقضت محكمة النقض الفرنسية القرار الذي حكم على إحدى شركات النقل للقطار بالتعويض النقدي، من دون أن تأخذ محكمة الموضوع في نظر الاعتبار ما عرضته شركة النقل بأن تعمل بنفسها على إصلاح الأثاث المتضرر خلال عملية النقل. مسببة قرارها هذا بأنه في هذا الموضوع نجد غياب نص يحدد التعويض المعروض من الناقل، لذلك يكون القاضي حراً في اختيار طريقة التعويض الأنسب لجبر الضرر الحاصل.⁵²³ ثم توالى بعد ذلك الأحكام التي تنبئ عن تحول القضاء الفرنسي إلى هذا الاتجاه، أبرزها قرار محكمة استئناف ليون عام 1945، الذي قضى بأنه: "للقضاء سلطة تحديد أشكال التعويض: لهم على الخصوص مكنة الأمر بالتعويض العيني طالما كان غير مخالف لبنود لعقد، ولا ماسا بالحرية الفردية".⁵²⁴ وكذلك أيضاً قضت محكمة السين التجارية على الوديع برد مثل الأشياء المودعة التي سرقت بخطأ منه.⁵²⁵ ولقد برر البعض موقف القضاء الفرنسي بأنه استجابة للحاجات العملية.⁵²⁶

ولقد استقر القضاء المصري على عدم التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في جواز الحكم بالتعويض العيني. وتطبيقاً لذلك أعتبرت محكمة النقض في حكم لها الزام الإدارة برد الأرض التي اغتصبها من المدعي تعويضاً عينياً يغني عن التعويض النقدي.⁵²⁷

⁵²² محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف11، ص53.

⁵²³ نصير صبار، المرجع السابق، ص108.

⁵²⁴ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص55.

⁵²⁵ محكمة السين التجارية 23 يونيو سنة 1947. أشار إليه: محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف11،

ص53. هـ 36 / نصير صبار، المرجع السابق، ص108.

⁵²⁶ المرجع السابق، ص110.

⁵²⁷ نقض 1948/12/16. أشار إليه: جابر نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة

العربية، مصر، 1995، ص310. أنظر أيضاً: الطعن رقم 3725 لسنة 59 ق جلسة 26/1/1997 س 48

ج 1 ص 195.

و الذي يبدو مما سبق، أنه لا وجود لهذا الفارق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية كما يدعي أنصار الازدواج ، و أن الخلافات التي حصلت في الفقه والقضاء حول جواز الحكم بالتعويض العيني في المسئولية التقصيرية، وعدم جوازه في المسئولية العقدية، ترجع في الأساس إلى الخلط بين التنفيذ العيني للالتزام والتعويض العيني. ومن هنا لا بد من التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، حيث يخلط جانب كبير من الفقه بينهما.⁵²⁸ فالتنفيذ العيني يمثل الطريق الطبيعي لتنفيذ الالتزام ؛ لذا فهو يتمتع بخصوصية إلزامية تمنع القاضي متى كان تنفيذ الالتزام العقدي ممكناً، أن يحرم الدائن من حقه في التنفيذ العيني للالتزام، ويستبدل به التعويض. أما التعويض العيني فهو يمثل جزءاً تحقق المسئولية ؛ لذا فهو له خاصية اختيارية ، تعطي للقاضي إزاؤه سلطة تقديرية، في أن يحكم به إذا ما طالب به الدائن أو أن يحيد عنه إلى التعويض النقدي، حسب ما يراه ملائماً لجبر الضرر.⁵²⁹

لذلك، فإنه بخصوص المادة (215) من القانون المدني البحريني التي تقضي بأنه : " إذا التزم المدين بالإمتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين مع عدم الإخلال بحقه في التعويض". نرجح الرأي الذي يقضي بأن إزالة المخالفة في الالتزام السلبي هي تعويض عيني ؛ لأن هذا الرأي يستقيم مع فكرة استقلال التنفيذ العيني عن التعويض العيني. حيث أنه لو ميزنا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني في نطاق الالتزام بالامتناع عن عمل، نجد أنه بمجرد قيام المدين بالعمل الممنوع يؤدي إلى استحالة التنفيذ العيني ، فلا يكون أمام القاضي بعد ذلك سوى الحكم بالتعويض النقدي أو العيني حسب ما يراه ملائماً لجبر الضرر، و الحكم بالتعويض العيني المتمثل في إزالة العمل المخالف هو أقرب لتحقيق العدالة في هذه الحالة من التعويض النقدي. هذا من جانب. ومن جانب آخر، ولما كان التنفيذ العيني يؤدي إلى إلزام المدين بالقيام بعين ما التزم

⁵²⁸ د . محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 60- 62 / نصير صبار، المرجع السابق، ص 111.
⁵²⁹ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (الإثبات - آثار الالتزام) ، المرجع السابق، ف 440، ص 797 و 798 / نصير صبار، المرجع السابق، ص 111.

به وهو الامتناع عن إتيان العمل، لذا فوقته هو قبل الإخلال بالالتزام، أما بعد إخلال المدين بالتزامه وقيامه بالعمل الممنوع فلا يمكن للقاضي أن يجبره على القيام بالتنفيذ العيني لاستحالته، فلا يكون أمام القاضي مع استحالة التنفيذ العيني سوى الحكم بالتعويض العيني الذي تبدأ وظيفته من لحظة وقوع الإخلال، حيث يقوم بمحو الضرر و إزالته إذا كان ذلك ممكناً.

4. من حيث التضامن :

يذهب بعض أنصار وحدة المسؤولية إلى أنه لا يوجد فرق بين نوعي المسؤولية المدنية من حيث تضامن المسؤولين عن التعويض كما يدعي أنصار نظرية الازدواج ، و أنه يجب إلزام المدينين المتعدين على وجه التضامن في الحالتين. وهم يستندون في ذلك إلى :

أ- إن القاعدة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض في الديون التعاقدية يقتصر تطبيقها على الديون الأصلية التي تنشأ عن التعاقد. أما التعويض عن عدم الوفاء بهذه الديون فلا تسري عليه تلك القاعدة ؛ لأن الالتزام بالتعويض دين ينشأ عن خطأ هو الإخلال بالالتزام الأصلي فيكون حكمه حكم الالتزام بالتعويض الناشئ عن الفعل الضار أي تضامن المسؤولين عنه تضامناً ناقصاً على الأقل.⁵³⁰ لذا يجب عدم تطبيق نص المادة (1202) على دين التعويض، - لأنه لا يتعلق، على وفق هذا التوجه، إلا بالالتزامات التي تنشأ عن العقود، ولا يجوز من ثم، أن يمتد تطبيقها إلى الالتزام الناشئ عن خطأ ارتكبه طرف في العقد إزاء الآخر.⁵³¹

ب- إن الأساس الذي وضعه الفقهاء لتبرير قيام التضامن في المسؤولية التقصيرية ، لا يستوي إلا استناداً إلى نظرية تعادل الأسباب، التي هجرها القضاء الفرنسي.⁵³²

⁵³⁰ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 23، ص 37 / حسين عامر، المرجع السابق، ف 55، ص 43.

⁵³¹ د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 18، ص 88.

⁵³² Mazeaud (H. et L. et J.) : Lecons de droit civil , 5 edition par juglart , Paris 1973. p 1442.

أشار إليه، المرجع السابق، ص 92 .

ت- إن القياس على المادة (55) من قانون العقوبات ؛ قياس غير جائز، لأنها نص جنائي، والنصوص الجنائية يمتنع مد نطاق تطبيقها خارج الحدود التي رسمها له المشرع.⁵³³

ث- إن أخطاء المسؤولين قد تكون متفاوتة الجسامة، وقد يبلغ أحدها من الضالة، إلى جانب خطأ جسيم، قدراً يمكن معه التساؤل عن توافر السببية بينه وبين الضرر. كما أن القضاء الفرنسي، في العلاقة بين المسؤولين، يوزع التعويض عليهم وفقاً لجسامة الخطأ الذي ارتكبه كل منهم، مما يتعارض مع عدم التجزئة التي يرددها، في أسباب أحكامه، نعتاً للخطأ أو الفعل الضارة.⁵³⁴

ج- إن قاعدة عدم جواز التضامن في نطاق المسؤولية العقدية تستند إلى التقاليد العتيقة، التي كانت مستقرة في القانون الفرنسي القديم، و ترد أصولها إلى القانون الروماني، وظهرت، لذلك أمام واضعي التقنين مبدأ مسلماً به، ولو عنّ لهم مخالفته لما فاتهم وضع نص خاص يعارضه.⁵³⁵

5- من حيث التقادم :

يذهب أنصار وحدة المسؤولية إلى أن الفرق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث التقادم دعوى المسؤولية لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية، بل هو فرق تنظيمي قرره المشرع لحكمة ارتأها هو، وقد لا يرتئها مشرع آخر.⁵³⁶

تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك بعض القوانين ساوت بين المسؤولية العقدية والتقصيرية في مدة التقادم، مثل المشرع الجزائري الذي جعلها خمسة عشرة سنة في كلتي المسئوليتين. حيث نصت المادة 133 من القانون المدني

⁵³³ جلال محمد ، المرجع السابق، ص 22 .

⁵³⁴ Mazeaud (H. et L.) : Traite theorique et pratique de la responsabilite civile ، t. I ، 6 edition par TUNC ، et t. II ، 5 edition par TUNC et t. III ، 4 edition .

أشار إليه: محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص92.

⁵³⁵ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 18، ص 92 و 93 .

⁵³⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 24، ص 37 / عبد المعين لطفي، المرجع السابق، ص30/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، ف 512، ص 852 / محمود جلال، المرجع السابق، ص 5 / محمد صبري، المرجع السابق، ص 15 / سعيد سعد، المرجع السابق، ص333.

الجزائري على ما يلي : " تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار "، وتنص المادة 308 من القانون نفسه على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية " .⁵³⁷

برغم أن الفقه وحتى المعارض للازدواج، والتشريع و القضاء، قد سلموا بوجود فرق بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية فيما يتعلق بمدد تقادم الدعاوى الناتجة عنها، إلا أننا نتفق مع رأي أنصار وحدة المسئولية في أن فرق مدد وأحكام التقادم دعوى المسئولية لا يصلح كمعيار للتمييز المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية ؛ لأن هذا الفرق في مدد التقادم يرجع إلى تنظيم الإرادة التشريعية، وهذه الإرادة تتأثر بالظروف السائدة في المجتمع الذي تقوم بتنظيمه، فإذا كان المشرع يرى حالياً بأنه من الأصلح لاستقرار العلاقات بين المسئولين والمتضررين تحديد مدد تقادم دعاوى المسئولية التقصيرية على نحو يختلف عن دعاوى المسئولية العقدية، فقد تتغير الظروف السائدة في المجتمع و تتطور العلاقات بين الأفراد مما قد يدفع الإرادة التشريعية إلى تغيير موقفها السابق، ويرى أن مصلحة الأطراف تكمن في توحيد مدد تقادم دعاوى المسئولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإنه حتى ولو سلمنا بأن اختلاف مدد التقادم يشكل معيار للفرقة بين المسئوليتين، إلا أنه لا يمكن اعتباره معياراً حاسماً ؛ لأن قيام المشرع وكما رأينا ذلك في القانون المصري والقانون البحريني، بجعل القاعدة العامة للتقادم خمسة عشر سنة سواء في نطاق دعاوى المسئولية العقدية أو في نطاق دعاوى المسئولية التقصيرية كفيلاً بتقريب بين المسئولتين.

6- من حيث اتفاقات المسئولية :

يذهب أنصار وحدة المسئولية إلى أنه ليس صحيحاً أن المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام و أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها، إذ أن الكثير

⁵³⁷ محمد صبري، المرجع السابق، ص14 وما بعدها / فريحة كمال، المرجع السابق، ص314 .

من الالتزامات القانونية التي يستتبع الإخلال بها مسؤولية تقصيرية تتعلق بمصالح الأفراد المالية ولا يمس مصلحة المجتمع في شيء كالتزامات التي يفرضها القانون على المرء رعايةً لمال غيره، و التزامات الجوار. وأن المعول عليه بشأن جواز أو عدم جواز هذا الاتفاق ليس مصدر الالتزام بل محله وما يتعلق به. فما كان منه متعلقاً بسلامة الأشخاص يعتبر متعلقاً بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الإخلال به سواء كان مصدره العقد أو القانون وسواء كان الإخلال يسيراً أو جسيماً، أما ما كان منه متعلقاً بسلامة الأشخاص بل الأموال لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام ويجوز الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية الإخلال به أياً كان مصدره سواء كان القانون أو العقد، على أن يقتصر ذلك الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير دون العمد أو الخطأ الجسيم.⁵³⁸

7- من حيث الإعذار :

يذهب أنصار وحدة المسؤولية أن الفرق الذي يدعي أنصار ازدواج بوجوده بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية، من حيث وجوب الإعذار في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، هو فرق مزعوم ، يبررون رأيهم هذا استناداً إلى :

أ- إن ضرورة الإعذار وعدمها لا ترجع إلى طبيعة المصدر الذي نشأ عنه الالتزام الذي حصل الإخلال به وإنما يرجع إلى وظيفة الإعذار وإلى نوع محل الالتزام. فالغرض من الإعذار هو إثبات تأخر المدين في الوفاء، وهو إذن لا محل له إذا كان الالتزام العقدي قد نفذ في ميعاده ولكن بشكل غير واف أو إذا كان محله امتناعاً عن عمل، إذ أن مسألة اعذار المدين في هذه الحالات لا تكون عن تأخيره في الوفاء بل عن إخلاله بالتزامه فلا تكون ثمة حاجة إلى إثبات التأخير، وكذلك الأمر في الالتزامات القانونية التي تنشأ عن الإخلال بها مسؤولية تقصيرية لأن هذه الالتزامات محلها الغالب امتناع عن عمل

⁵³⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 224، ص 641 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 142، ص 163 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 653، ص 1107 و 1108.

فيسأل المرء لا عن التأخير في الوفاء بها، بل خرقها والإخلال بها. وبتالي فلا يصح أن يستدل بإعذار على ازدواج المسؤولية؛ لأنه ادعى للقول بوحدتها مادام الإعذار غير ضروري في غير حالة المسؤولية عن التأخير.⁵³⁹

ب- إن وجوب الإعذار أو عدمه ليس مرتبطاً بنوع المسؤولية، عقدية كانت أو تقصيرية، وإنما يرجع إلى طبيعة الالتزام الذي حصل الإخلال به، فإذا كان الالتزام إيجابياً كإقامة بناء أو توريد أغذية أو أدوية، كان إعذار المدين ضرورياً قبل مطالبته بالتعويض، لأنه يعد متأخراً أو ممتنعاً عن الوفاء ما لم يعذر. وإذا كان الالتزام سلبياً، كالامتناع عن البناء أو عن المنافسة، فبمجرد البناء أو المنافسة، تترتب مسؤولية على عاتق المدين بتعويض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة ذلك، ولو لم يكن قد اعذر؛ لأن الإخلال بالالتزامات السلبية، يجعل التنفيذ العيني لها غير ممكناً، فلا جدوى إذن من الإعذار؛ لذلك لا يشترط إعذار لاستحقاق التعويض في الالتزامات السلبية عامة إذا أخل بها المدين سواء أكان مصدرها العقد، أو الفعل الضار.⁵⁴⁰ غير أنه لما كان الغالب في الالتزامات العقدية أن تكون إيجابية، وفي الالتزامات غير العقدية أن تكون سلبية، التبس الأمر على البعض فاعتقدوا أن وجوب الإعذار أو عدمه متوقف على نوع مصدر الالتزام، عقدياً كان أو غير عقدي.⁵⁴¹ وفي ذلك يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري بأن: كل التزام ببذل غاية - من ذلك الالتزام باتخاذ الحيلة الواجبة لعدم الإضرار بالغير - يكون الإخلال به غير مكن تتدركه، ومن ثم لا يلزم الإعذار لاستحقاق التعويض عن هذا الإخلال.⁵⁴² هذا الاعتراض وارد، لأن في المسؤولية التقصيرية لا تقتصر على الالتزامات السلبية فقط، إذ تقوم وفي بعض الأحيان، إلى جانب الالتزامات السلبية، التزامات إيجابية، كالتزام مالك البناء بصيانته.⁵⁴³

⁵³⁹ حسين عامر، المرجع السابق، ف 36، ص 30 / محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 19، ص 77.

⁵⁴⁰ حسين عامر، المرجع السابق، ف 36، ص 29. هـ 1.

⁵⁴¹ عبد المعين لطفلي، المرجع السابق، ص 29 / عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)،

ف 511، ص 851 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 29 / سعد بختاوي، المرجع السابق، ص 25.

⁵⁴² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (الإثبات - آثار الالتزام)، ف 466، ص 838.

⁵⁴³ د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 78.

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بالاتجاه الذي يسوي بين المسئوليتين من حيث الاعذار، باعتبار أن مسألة وجوب الاعذار أو عدم وجوبه لاستحقاق التعويض، لا ترجع إلى نوع المسئولية، وإنما ترجع إلى طبيعة هذا الالتزام، بما إذا كان التزاماً إيجابياً أو التزاماً سلبياً.⁵⁴⁴

كما أخذت محكمة النقض المصرية أيضاً في حكم لها بهذا الاتجاه، فقضت بعدم اشتراط الإعذار في المسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدي التزاماً سلبياً، فقالت في قرارها بأنه: " ما دام الحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه بالتعويض على أساسين: العقد والفعل الضار فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة 120 من القانون المدني (القديم) التي تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً. إذ هذه المادة لا تنطبق على المسئولية عن الأفعال الضارة، و إذ أن الإعذار الذي تنص عليه غير لازم في حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالنظام بالامتناع".⁵⁴⁵

يتبين من خلال ما تقدم، أن الاعذار ليس عنصراً يمكن الاستناد عليه للفرقة بين نوعي المسئولية المدنية، فاشتراط الإعذار أو عدم اشتراطه لا يتوقف على نوع المسئولية هي عقدية أو تقصيرية بقدر ما يتوقف على تحليل طبيعة الالتزام ذاته، فيما إذا كان التزاماً إيجابياً فيجب فيه الإعذار أو التزاماً سلبياً لا يجب فيه الإعذار، بعض النظر عن مصدره سواء أكان العقد أو الفعل الضار، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن الإعذار لا يتصور إلا في حالة التأخر في تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يتصور في نطاق الالتزامات التعاقدية، بينما يصعب تصوره في نطاق المسئولية التقصيرية؛ لأن مجال المسئولية فيها يتحدد بعدم تنفيذ الالتزام لا بتأخر في تنفيذه.

⁵⁴⁴ نقض 28 مايو سنة 1895 داللو 95 1-1 382، نقض 14 فبراير 1898 داللو 1900 1-73. أشار إليه: حسين عامر، المرجع السابق، ف36، ص29. هـ 1.
⁵⁴⁵ الطعن رقم 260 لسنة 9 ق جلسة 1948/1/1. أشار إليه: شريف الطباخ، المرجع السابق، ص657.

المبحث الثاني

تقويم فكرة الوحدة

نتناول في هذا المبحث أولاً الانتقادات التي وجهها الفقه والقضاء لفكرة وحدة المسؤولية المدنية ، وثانياً محاولة الفقه الجمع بين فكرة ازدواج وفكرة وحدة المسؤولية، على النحو الآتي :

المطلب الأول

الانتقادات التي وجهت إلى فكرة وحدة المسؤولية

نتناول في هذا المطلب موقف الفقه من فكرة وحدة المسؤولية ، ثم نعرض على بيان موقف القضاء منها على النحو الآتي :

أولاً : الانتقادات العامة :

لم ينجح أنصار فكرة وحدة المسؤولية في هدم فكرة ازدواج التي تنادي بازدواجها، ومحو الفوارق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فقد هوجمت هذا النظرية بصورة عنيفة من قبل أنصار ازدواج المسؤولية المدنية، و اندفعت الانتقادات الحادة نحوها، يمكن إجمال أهم الانتقادات التي وجهت إليها فيما يلي :

1- الانتقاد الذي يستند على وجود التزام واحد :

يرى خصوم فكرة وحدة المسؤولية أن أنصار هذه الفكرة اخطأوا بقولهم ،أنه في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي ينقضي الالتزام ويحل محله التزام جديد بتعويض الضرر ليس مصدره العقد وإنما مصدره المسؤولية، وذلك استناداً إلى :

أ- إن التزام المدين لا ينقضي في حالة استحالة التنفيذ العيني لغير السبب أجنبي، إذ لا يوجد هناك سبب من أسباب زوال الالتزام، إلا إذا قيل أن المدين يستطيع أن يمحو التزاماً قائماً في ذمته، وهو قول غير مقبول بداهة. كذلك في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع

إمكانه، فليس هناك سبب لزوال التزامه، فلا يستطيع المدين بامتناعه أن يتخلص مما التزم به، وما لجأ إلى طلب التعويض، إلا لأن المدين قد امتنع عن تنفيذ العيني، ومن ثم يتوقع الدائن أن اللجوء إلى طلب هذا التنفيذ لن يكون مجدياً، وإن المدين سيضع العراقيل في طريقه.⁵⁴⁶

وفي ذلك فيقول الفقيه جوسران أنه : " ليس صحيحاً أن الالتزام ينقضي بمجرد أن المدين يرفض تنفيذه، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة لعقد".⁵⁴⁷

ويقول ستارك : " أن الالتزام الذي يتولد عن العقد هو نفسه الالتزام الذي يتولد عن عدم التنفيذ. والدليل على ذلك أن تأمينات الالتزام الأول تظل قائمة بالنسبة للالتزام الثاني وإن التعويض لا يشمل إلا الضرر المتوقع وأن تاريخ دين التعويض هو تاريخ العقد وليس تاريخ الحكم به وأن التضامن في التعويض لا يقضى به إلا إذا كان المدينون متضامنين في الالتزام الأصلي. فكل هذه الأوضاع لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار الالتزام بالتعويض مؤسساً على العقد لا على مصدر مستقل و متميز عنه.⁵⁴⁸ ويقول ديموج : "لقد قيل في معرض تأييد مذهب وحدة المسؤولية إنه إذا حدث بعد نشأة الالتزام العقدي أن استحالة تنفيذه بسبب خطأ المدين، أن الالتزام ينقضي تلقائياً لاستحالة المحل وينشأ التزام قانوني جديد يخضع للمادة (1382)، بيد أن هذا القول يبدو لنا منتقداً لأنه لا يتمشى مع بقاء الضمانات التي تكفل الالتزام الأصلي كافلة أيضاً لدين التعويض عند عدم التنفيذ".⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ عادل جبري محمد، المرجع السابق، ص 24

⁵⁴⁷ Josseland (L.) : cours de droit civil positif français, 3e édition. Tome 11, Paris 1933, No 480; Starck (B.) : Essi d'une theorie generale de la responsabilite civile consideree en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris 1947, P. 290 et s.

أشار إليه : عادل جبري محمد، المرجع السابق، ص 24.

⁵⁴⁸ عبدالرحمن عياد، المرجع السابق، ص 91 وفي نفس المعنى يقول : الدكتور أحمد شوقي عبد الرحمن : "إن الالتزام بالتعويض ليس التزاماً جديداً، وإنما هو تنفيذ للالتزام الأصلي، وعلى ذلك فإن الالتزام بالتعويض يظل مضموناً بنفس ضمانات الوفاء بالالتزام الأصلي". أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام - إثبات)، دون ناشر، دون بلد نشر، سنة 1984، ص 21. أشار إليه : حبيب، عادل جبري محمد، المرجع السابق، ص 24.

⁵⁴⁹ عبدالرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 91.

ب- إن الحكم على المدين بتعويض الضرر الناشئ عن إخلاله بالتزامه العقدي، لا يعني إنشاء التزام جديد في ذمته، بل هو طريق آخر لتنفيذ الالتزام العقدي الثابت في ذمته، بدليل عن تنفيذه العيني. فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي، فإن من شأن ذلك أن يحيي ويثير القوة الملزمة التي ينطوي عليها الالتزام، وبهذا يحل القهر العام محل النشاط الإرادي للمدين، ليجبره على تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً. أما إذا استحال التنفيذ العيني للالتزام العقدي لهلاك محله أو لتعنت المدين، فإن الالتزام الأصلي يبقى قائماً دون أن يحدث أي تغيير في عناصره الشخصية أو الموضوعية، ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العيني، وهو نفسه تنفيذ للالتزام الأصلي لا يحتاج إلى عناصر أخرى ومصدر آخر.⁵⁵⁰

2- الانتقاد الذي يستند إلى اختلاف الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري:

ويظهر هذا النقد في :

أ- أنه لا يمكن إقحام الخطأ العقدي في نطاق الخطأ التقصيري، على ما يقول به أنصار فكرة وحدة المسؤولية؛ فهناك العديد من الفروق بين القانون والعقود. وأهمها أن القانون وليد الإرادة المباشرة لكل الأفراد وفي كل الأحوال، وهو ينشئ حقوقاً يتمسك بها كل أحد قبل الآخرين. بينما في العقد يحدد متعاقد معين، صلاته بمتعاقد آخر معين. وإن ما يقال من أن العقد شريعة المتعاقدين، إنما قصد به تلك القوة الملزمة التي أرادها المشرع للعقد. وإن كان لا جدل في أن الخطأ هو عمل غير مشروع في كل الأحوال، سواء وقع إخلالاً بحق الغير الناشئ عن

⁵⁵⁰ عبدالرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 91 - 93 / عادل جبيري محمد، المرجع السابق، ص 25. فإذا كان غير صحيح إذن أنه في غير حالة استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي لا ينقضي الالتزام العقدي لعدم انحلال الرابطة التعاقدية، فما حاجتنا إذن إلى اللجوء لنظام المسؤولية العقدية لتنشئ لنا التزاماً آخر، والالتزام الأصلي باق لم ينقض ولازلنا في دائرة تنفيذه. وهو ما سنتطرق إليه بشكل مفصل ضمن الفصل الثاني الخاص بإلغاء المسؤولية العقدية من هذا الباب.

عقد أو الذي رتبته القانون، ولكن هذا لا يكفي لتأييد فكرة وحدة المسؤولية.⁵⁵¹

و يذهب أغلب الشراح إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيري في حالات التعاقد ؛ لأن لكل من نوعي المسؤولية المدنية نطاقاً مستقلاً تاماً عن الآخر، فأحدهما خاص بالعاقدين والآخر بغيرهم، ولا يمكن، من ثم، اجتماعهما في وضع قانوني واحد.⁵⁵²

وينتقد الأستاذ فيرون فكرة وحدة المسؤولية بالقول بأن : " الدائن يستطيع، في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي، التمسك بالمواد 1382 وما بعدها من المجموعة المدنية الفرنسية بإثبات خطأ المدين، معناه أن الواقعة الواحدة يمكن أن تكون، في مواجهة ذات الشخص، خطأ عقدي وخطأ تقصيري، وهذا في ظل النصوص القائمة، غلط في التفسير . فيجب الانصياع إلى التمييز الذي أقامه القانون : إذا وقع إخلال بالالتزام عقدي، تكون المواد 1137 و 1146 وما بعدها من التقنين الفرنسي، التي تنظم المسؤولية العقدية، هي الواجبة التطبيق، وليس المواد 1382 وما بعدها من ذات التقنين، وهي خاصة بالمسؤولية التقصيرية. فكل مجموعة من هذه النصوص نطاق خاص متميز عن نطاق الأخرى. ولا يمكن الادعاء بأن صياغة المادة (1382)، باتساعها لأي فعل للإنسان يحدث ضرراً بغيره، تحيط بالالتزامات العقدية".⁵⁵³

ب-إن للقانون الروماني، و للأصول التاريخية أهمية خاصة في نظرية الالتزامات، التي نقلت، برمتها، عن القانون الروماني، عبر كتابات بوتييه، إلى المجموعة الفرنسية. فقانون إكلية، الذي وضع لدى الرومان، قواعد المسؤولية التقصيرية. لا ينطبق على العلاقات التعاقدية إذا لحق أحد العاقدين ضرر، في نطاق العقد، لا يستطيع الرجوع بالتعويض إلا وفقاً له، فإذا لم تقم مسؤولية العاقد الآخر، طبقاً لبنوده، لا يستطيع الرجوع بالتعويض، طبقاً لقانون إكلية، ولو توافرت

⁵⁵¹ / حسين عامر، المرجع السابق، ف 152، ص 131.

⁵⁵² ، المرجع السابق، ف 153، ص 131.

⁵⁵³ فيرون، تعليق على استئناف بوردوا 8 يوليو سنة 1909. لاييه، جوليات القانون التجاري، سنة 1886-1887، ص 186. أشار إليه: محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 60، ص 475.

شروطه. ونورد ذلك المثال الذي كان يضرب به البيان⁵⁵⁴ Ulpian في هذا الصدد ؛ بأن عاملاً عهد إليه رب العمل بصنع أنية من قطعة رخام، وكان قد اتفق بينهما على عدم مسئولية ذلك العامل عما قد يصيبها من عطب. ولكن قطعة الرخام قد كسرت أثناء نحتها، فليس من مسئولية عقدية قبل العامل بسبب الاتفاق بين صاحبها والعامل،⁵⁵⁵ ولكن هل يسأل، طبقاً للقانون إكليا إذا كان الكسر يرجع إلى إهماله ؟ يجيب البيان (Ulpian)، على السؤال، بالنفي، لأن اتفاق رفع المسئولية جرد رب العمل من دعوى قانون إكليا ، كما جرده من الدعوى العقدية. ويخلصون، من هذه الإجابة، إلى أن المسئولية التقصيرية، في القانون الروماني، لا تنطبق على العلاقات العقدية.⁵⁵⁶

ت- أن النصوص التي تنظم المسئولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، وردت في بابين منفصلين منه. فالمواد 1146 وما بعدها، الخاصة بالمسئولية العقدية، وردت في الباب الثالث، الذي عنوانه " العقود والالتزامات العقدية "، حين وردت المواد 1382 وما بعدها، المتعلقة بالمسئولية التقصيرية، في الباب الرابع الذي عنوانه " الالتزامات التي تنشأ بغير اتفاق "، مما يدل على أن لكل من المسئوليتين نطاقها الذي اختصت فيه بأحكام وحدود معينة ، فلا يمكن أن يأتي ازدواج تنظيها، في التقنين مصادفة، بل عمد الشارع إليه، لأن كلا من نوعي المسئولية ينظم وضعا يختلف كلية عن الآخر : ينشأ أحدهما عن مخالفة القانون، بين اثنين لا تقوم بينهما علاقة، قبل وقوع الفعل الضار الذي أوجدها بينهما، ويترتب الآخر على الإخلال بالعقد، وينشأ بين طرفين تراضيا على علاقة قانونية، سبقت الواقعة الضارة، التي ولدها عدم تنفيذ أحدهما ما تعهد به الآخر.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Girard: Manuel elementaire de Droit Romain ،P. 660.

أشار إليه: عامر حسين، المرجع السابق، ص 132.

⁵⁵⁵ المرجع السابق، ف 154، ص 132.

⁵⁵⁶ محمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية ، المرجع السابق، ف 61، ص 476 / حسين عامر،

المرجع السابق، ف 154، ص 132.

⁵⁵⁷ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 61، ص 476 و 477 / حسين عامر، المرجع السابق، ف

154، ص 132 و 133.

كما أن تلك النصوص تقرر فروقا بين نوعي المسؤولية المدنية، فإذا أجاز نفاذ المسؤولية التقصيرية إلى دائرة العلاقات العقدية، تعطل تطبيقها، وأصبحت حروفا ميتة. فالمادة(1150) من التقنين المدني الفرنسي تقصر في المسؤولية العقدية، التزام المدين بالتعويض الضرر المتوقع، فإذا أجاز للدائن أن يتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية يكفي أن يقيم الدليل على خطأ المدين ليظفر، خلافا لتلك المادة بتعويض الدائن عن الضرر غير المتوقع. والمادة(1927) لا تقتضي، في حفظ الوديعة، إلا العناية التي يبذلها الوديع في حفظ أمواله، ويؤدي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية إلى إحباط حكمها إذا كان الوديع مهملًا في شئونه .

ث- أن هيمنة المسؤولية التقصيرية على العلاقات العقدية يؤدي إلى تعطيل الرعاية التي وفرتها المسؤولية العقدية للمدين بالالتزام العقدي، و أخذه بقواعد صارمة، وضعها الشارع جزاء الانحراف عن قواعد السلوك الاجتماعي ، ويؤدي إلى المساس بمبدأ نسبية أثر العقد بإسباغ وصف (الغير) على كل طرف في العقد ،⁵⁵⁸ بحيث يجمع الشخص الواحد وصفين متعارضين : العاقد والغير، اللذان لا يقلان، في تعارضهما، عن وصف المواطن الأجنبي. فكما أن المواطن لا يمكن في ذات الوقت أن يكون أجنبياً، فكذلك العاقد لا يمكن في ذات الوقت أن يكون (غيراً)، ويتعين من ثم أن يستبعد كل منهما الوصف الآخر⁵⁵⁹. وفي ذلك يقول الأستاذ بيرو : " تفترض المسؤولية العقدية أشخاص يرتبطون بعقد، وتفترض المسؤولية التقصيرية أشخاصاً أجنبياً، قانوناً، بعضهم عن الآخر. ولا يمكن أن يكون الشخص، في نفس الوقت، عاقداً، ليتمسك بدعوى المسؤولية العقدية، و غيراً ليجتج بالمادة 1382".⁵⁶⁰

ج- أن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على العلاقات التعاقدية يؤدي إلى مخالفة بنود العقد، و إهدار القوة الملزمة له، مساساً بمبدأ سلطان

⁵⁵⁸ صبري حمد خاطر : فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق. ص 9 .
⁵⁵⁹ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 63. ص 480 / حسين عامر ، المرجع السابق، ف 156. 133 و 134.
⁵⁶⁰ بيرو، تعليق على نقض فرنسي 26 يناير 1910. أشار إليه : محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ف 63، ص 480 . 7.

الإرادة، و الإخلال تبعا لهذا بالتوازن الاقتصادي بين التزامات العاقد والحقوق الناشئة له على نحو لم يتوقعه ومن ثم لم يقبله وقت إبرامه.⁵⁶¹

وفي ذلك يقول بوفييه - بانجيون : " يجب، فيما بين الأشخاص المرتبطين بعقد، وفي خصوص موضوعه، الفصل في كل ما يتعلق بالخطأ طبقا لبنوده، لتصبح المادة 1382، المنظمة لعلاقات الأشخاص الذين لم يتعاقدوا معاً، غير منطبقة، لأن أحد العاقدين إذ تعهد للعاقد الآخر بتقدمة معينة لا تلزمه قواعد القانون بمثلها، يخرج لمصلحته عن دائرة الحرية الطبيعية ولا يجب سوى أداء ما تعهد به، وبقدر العناية أو اليقظة المتفق عليها، ولا يمكن الأخذ بالمادة 1382 في عمل لا يلزمه القانون به. فالمسئولية في دائرة العلاقات العقدية لا تنشأ إلا عن العقد، ولا تقوم إلا في الحدود التي يقررها هذا العقد".⁵⁶² وذهب البعض، إمعانا في إيضاح الفكرة، إلى القول بأن إبعاد المسئولية التقصيرية، عن العقد، يرجع إلى بند ضمني فيه : يفترض أن طرفي العقد، بإبرامه، قد نزلا عن نظرية القانون العمومي في المسئولية التقصيرية، ليجعلا العقد قانونهما في المسئولية.⁵⁶³

3- الانتقاد الذي يستند إلى اختلاف الالتزام :

انتقدت فكرة الإخلال بالالتزام سابق من جهة أنه لا خلاف بين المسئوليتين العقدية و التقصيرية من ناحية أن كلا منهما مصدر للالتزام، وقوام كليهما الإخلال بالالتزام سابق. غاية الأمر كما يقولون أنه في المسئولية التقصيرية يوجد إخلال بالالتزام فرضه القانون وفي المسئولية العقدية يوجد إخلال بالالتزام ناشئ من العقد. و وجه النقد أنه :

أ- لا وجه للمقارنة بين الالتزام العقدي وبين ما يسمى بالالتزام قانوني المقول بأن الإخلال به يحرك المسئولية التقصيرية، فالالتزام الأول هو الالتزام بالمعنى الفني لهذه الكلمة. أما الثاني فليس التزام بهذا

⁵⁶¹ حسين عامر، المرجع السابق، ف 157، ص 133 و 134.

⁵⁶² بوفييه - بانجيون، تعليق على نقض فرنسي 20 يناير سنة 1902. أشار إليه : محمود جمال الدين، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ف 64، ص 482.

⁵⁶³ المرجع السابق، ف 64، ص 482.

المعنى، ذلك أن الالتزام الأول يقابله حق مالي معين يوجد في حيازة المدين قبل تنفيذه ولا يحتاج الأمر إلا إلى نقله إلى حيازة الدائن، و يمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه للغير وهو لا زال في حيازة المدين. بينما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به مولدا للمسئولية التقصيرية بعيد عن هذا المعنى، إذ لا يقابله حق مالي يمكن التصرف فيه فهو ليس التزاماً بالمعنى الفني، ولكنه واجب عام على الكافة بعدم الإضرار بالغير، و الإخلال به هو الذي يكون ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية.⁵⁶⁴

و في ذلك يقول الأستاذان هنري لالور وزاد : أن الفقيه الكبير بلانيول ينكر ازدواج الخطأ لأنه يرى أن الخطأ دائماً عمل غير مشروع يتمثل في خرق حق للغير سواء كان هذا الحق ناشئاً عن العقد أو عن القانون ويقولان أن هذا صحيح ولكن إذا كان الخطأ العقدي و الخطأ التقصيري لا يختلفان في تعريفهما فهما يختلفان بنظمهما. ثم يقولان أن غالبية الفقهاء تعتنق فكرة ازدواج الخطأ .⁵⁶⁵

ب- أن المسئولية العقدية جزاء الإخلال بالالتزام سابق، بينما الأمر في المسئولية التقصيرية خاص بنشأة الالتزام، أي أنه في المسئولية العقدية يكون الغرض هو المحافظة على حق مكتسب بينما تستهدف المسئولية التقصيرية خلق رابطة قانونية،⁵⁶⁶ فبينما تقوم المسئولية العقدية، نتيجة الإخلال بالالتزام رتبة العقد سابق عليها في وجوده، تنشأ المسئولية التقصيرية عن ذلك الخطأ الذي وقع، و تعتبر، من ثم مصدراً للالتزام لا نتيجة له. وإذا كانت المسئولية التقصيرية تقوم على وضع قانوني سابق في الوجود عليها، فليس هذا الوضع سوى قاعدة سلوكية، وليس التزاماً حقيقياً يقع على الكافة، لأن الالتزام علاقة قانونية بين طرفين،

⁵⁶⁴ عبد الرحمن عياد، نظام المسئولية العقدية، المرجع السابق، ص 95.

⁵⁶⁵ أشار إليه : المرجع السابق، ص 95 .

⁵⁶⁶ المرجع السابق، ص 96.

يكون احدهما بمقتضاها مدينا للآخر ، و تُقيد على خلاف الأصل
حريته العادية .⁵⁶⁷

وهذا هو ما يوجه اتجاه الفقه _ حتى أولئك الذين يميلون إلى مذهب وحدة
المسئولية _ إلى القول أن هناك فرقاً هاماً بين المسئوليتين في مجال الإثبات،
و أن مركز الدائن التعاقدى أفضل في هذه الناحية من مركز الدائن في
المسئولية التقصيرية. ففي المسئولية العقدية - كما يقولون - يوجد التزام
محدد يكون الخطأ العقدي تبعاً له ذا معيار مادي يتحقق بمجرد الإخلال بهذا
الالتزام، بحيث لا يتحمل الدائن في هذه الحالة غير إثبات نشأة العقد، وليس
الأمر كذلك في المسئولية التقصيرية حيث يجب على الدائن أن يثبت وقوع
خطأ من المدين . ولكن الواقع أنه إذا كان الدائن العاقدى في مركز أفضل
من مركز الدائن في المسئولية التقصيرية، فليس ذلك مرده فرق في الإثبات،
ذلك أن الالتزام العقدي مختلف تماماً عن الواجب الذي يعتبر الإخلال به
محركاً للمسئولية التقصيرية. فما هو بالالتزام حتى يقارن بينه وبين الالتزام
العقدي، ولكنه واجب عام بعدم الإضرار بالغير يكون الإخلال به عنصر في
ركن الخطأ.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ JOSSERAND : Cours de Droit civil français 2e edition ,Paris 1933; GAUDEMET ,Traite generale
des obligations (reimpression de l'edition publiee en 1937) publiee par H. DESBOIS et
J.GAUDEMET ,Paris 1965 ,P. 391-392.

أشار إليه : محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 3، ص 13.
و يرى الأستاذ عبد الحى حجازي: " أن الالتزام بمعناه الفني هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين،
وعلى ذلك لا يوجد الالتزام إلا إذا كان هناك دائن ومدين. وكان كل منهما معيناً. وفي المواد التعاقدية لا شك
في وجود الدائن والمدين. أما في المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل الغير مشروع. والذي
يوجد قبل ذلك هو واجب قانوني بعدم الإضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص، فلا يوجد
المدين ولا الدائن إلا عند الإخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانوني العام إلى التزام معين
بين الدائن والمدين. وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن المسئولية التقصيرية تنشأ عند الإخلال بالالتزام السابق
فما للالتزام بمعناه الفني غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع، هو ينشأ من جريمة ومن ثم لا يكون سابقاً
عليها. وعلى ذلك لا يجوز أن تسوى بين المسئوليتين إحداهما تنشأ عن الإخلال بالالتزام تعاقدى و الأخرى
تنشأ من الإخلال بواجب قانوني عام ". عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص 370.

⁵⁶⁸ عبد الرحمن عياد، نظام المسئولية العقدية، المرجع السابق، ص 97.

ثانياً : الانتقادات من خلال موقف القضاء :

1- القضاء الفرنسي :

إذا رجعنا إلى أحكام القضاء الفرنسي نجد أن محكمة النقض الفرنسية ترفض الاتجاه الذي يقضي بأن المسؤولية المدنية مسئولية واحدة وهي المسئولية التقصيرية ، حيث يقرر أنه ليس لقواعد المسئولية التقصيرية موضع في دور تنفيذ العقود. ومن تطبيقات القضاء الفرنسي، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أنه لا محل لتطبيق الواد 1382 وما بعدها فيما يقع من خطأ أبان تنفيذ الالتزام الناشئ من العقد ، أو عن عدم تنفيذه.⁵⁶⁹ إلا أن هناك القليل من الأحكام التي أخذت فيها محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه، حيث قضت في أحد أحكامها بأن للدائن أن يلجأ إلى قواعد المسئولية التقصيرية في مسألتته للمدين عن الإخلال بالتزامه.⁵⁷⁰ كما أنها لم تنقض قراراً لمحكمة الموضوع رغم أنها لم تعط الوصف الصحيح للمسئولية، وذلك بعد أن تبين لها أن النتيجة واحدة أخطأت المحكمة أم لم تخطأ في هذا الوصف.⁵⁷¹

2-القضاء المصري :

رفض القضاء المصري الاتجاه الذي يقضي بتوحيد نظام المسئولية المدنية ، حيث استقرت أحكامه على عدم جواز تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية في حالة ارتباط المسئول والمضروب بعلاقة عقدية سابقة باستثناء حالة الغش و الخطأ الجسيم . ومن تطبيقات القضاء المصري، ما قضت به محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها من أنه : "إذا كان المقرر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط بها المضروب مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة لما

⁵⁶⁹ في 14 و 15 يناير سنة 1918 سيري 1920 -1- 75 دالوز 1919 -1- 68. وفي 11 يناير سنة 1922 سيري 1924 -1- 105 وتعليق ديموج دالوز 1922 -1- 16. وفي 6 أبريل سنة 1927 دالوز 1927 -1- 11 سيري 1927 -1- 201. أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ف 165، ص 141 و 142.
⁵⁷⁰ في هذا المعنى حكم محكمة النقض الفرنسية في 14 ديسمبر سنة 1926 سيري 1927 -1- 105 تعليقه اسمان ودالوز 1927-1- 105 تعليقه جوسران. أشار إليه : حسين عامر، المرجع السابق، ف 165، ص 142. هـ 3.

⁵⁷¹ V.civ.1 ' e 4 janv 1995. Bull civ.1.n. 10 c v. ussi ،BENABENT (A.) op. cit.n 522،p.344.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 328، ص 288.

يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة، إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق أحد المتعاقدين كان نتيجة فعل المتعاقد الآخر يكون جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً تتحقق به في حقه أركان المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد. وإن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك ما دامت الوقائع تسمح به " 572.

و رفضت محكمة النقض في حكم لها تطبيق المادة (177) الخاص بمسؤولية حارس البناء لتحديد مسؤولية المؤجر عن إخلاله بالتزامه العقدي بصيانة البناء محل الإيجار. حيث قضت في قرارها بأنه : " دل المشرع بأفراده لكل من المسئولين التعاقدية والتقصيرية أحكاماً مستقلة يختص بها دون الأخرى، على أنه وضع المادة 177 لحماية غير المتعاقدين في حالة تهدم البناء أو جزء منه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني، الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني التي تنظم أحكام عقد الإيجار. تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجر، ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكورة الإيضاحية للقانون المدني من تعليق على المادة 2/565 الواردة في الكتاب الثاني ضمن أحكام عقد الإيجار من أنه " إذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم أصابه من ذلك ضرر بالفعل. وثبت خطأ في جانب المؤجر، فإن المستأجر يستحق التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويجوز له أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدماً لأن الأمر يتعلق بالنظام العام. ذلك أنه وقد خلت المادة من عبارة " طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية " ورود نصها أمراً في تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة على عقد، فإنه لا يخرج مسؤولية المؤجر - في خصوص هذا الالتزام - على طبيعتها ولا يحيلها إلى مسؤولية تقصيرية، وذلك

⁵⁷² طعن 2384 س 54 ق. جلسة 1990/4/4 / الطعن رقم 530 لسنة 58 ق جلسة 1996 / 2 / 29 س 47 ج 1 ص 405. أشار إليه : أنور طابعة، المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية)، المرجع السابق، ص 211.

مالم يثبت أن المؤجر قد ارتكب خطأ جسيماً أو غشاً أو فعلاً يؤثمه القانون ...⁵⁷³ ". وقضت في حكم آخر بأنه : " وحيث إن المشرع إذ خص المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلاً منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل لكل من المسئوليتين في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسئولية الأخرى فقد افصح بذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئوليتين، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد، سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلق بالمسئولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق 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 متعاقد، ولا أدل على ذلك من أن المشرع جاء بنص المادة (1/177) من القانون المدني الخاص بمسئولية حارس البناء ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع لحماية المتعاقدين في حالة تهدم البناء أو جزء منه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار، فإنه أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني التي تنظم أحكام عقد الإيجار تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسئولية المؤجر ".⁵⁷⁴

⁵⁷³ نقض مدني 1968/4/16، أحكام النقض، سنة 19، ص 762، رقم 110. أشار إليه : حسين، محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص 75. 1.

⁵⁷⁴ نقض 1981/1/27 سنة 32 الجزء الأول ص 355. أشار إليه : عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق. ص 25 و 26.

طعن 268 سنة 47 ق - م نقض م - 32 - 355 جلسة 1981/1/27 / الطعن 1276 سنة 54 ق - م نقض م - 41 - 65 جلسة 2001/5/7. و بالنقض 2384 سنة 52 ق - م نقض م - 41 - 971 جلسة 1990/4/4 / الطعن 465 لسنة 30 ق - م نقض م - 16 - 1160 جلسة 1965/11/30. أشار إليه : محمد كمال، المرجع السابق، ص 1187 و 1188.

3- القضاء البحريني :

رسخت محكمة التمييز البحرينية مبدأ استقلال المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية. ورفضت تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في نطاق الروابط العقدية، باستثناء حالة الغش والخطأ الجسيم، و أعتبرت الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية يخل بالقوة الملزمة للعقد. حيث قضت في أحد قراراتها بأنه : " إذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها، وكان الضرر الذى أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد. فإنه يتعين الإخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه، باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الإخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي لا يرتبط الضرر فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الإخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك مالم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذى ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً 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 متعاقد أو غير متعاقد. وإذا كان الحكم الابتدائي الذى أيده الحكم المطعون فيه قد خلص بأسباب سائغة إلى أن الخطأ الذى ارتكبه الطاعن يعد غشاً وخطأ جسيماً وهو مالم ينافى فيه الطاعن فى هذا الطعن وخلص إلى الحكم عليه بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فإنه يكون قد خلص إلى نتيجة تتفق وصحيح القانون ويكون النعى على ما أو رده الحكم المطعون فيه من أن تلك المسؤولية تقوم إذا طلب المتعاقد فسخ العقد الذى كان مطروحاً ضمناً على المحكمة واجيب إليه المطعون ضده غير منتج".⁵⁷⁵ و قضت في حكم آخر بأنه : " لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية ثبوت خطأ المدين والإضرار بالدائن. بل يجب أن يرتبطا بعلاقة سببية مباشرة وقريبه حسبما تنص المادة 2/93 من قانون العقود لسنة 1969

⁵⁷⁵ الطعن رقم 22 لسنة 1995 المكتب الفني السنة القضائية 6 تاريخ الجلسة 21/05/1995. القاعدة رقم 160 الفقرة رقم 1 من الطعن رقم 546 لسنة 2006 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ الجلسة 2007/05/28 - صفحة رقم 770 .

تحقق تلك الرابطة من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون معقب عليها مادامت قد خلصت إلى ذلك بأسباب سائغة تستند إلى وقائع صحيحة لها أصل ثابت في الأوراق".⁵⁷⁶

• استنتاج

وتجدر الإشارة بعد عرض فكرة وحدة المسؤولية إلى أن هذه الفكرة أثمرت عن بعض النتائج على مستوى التشريع، حيث تجاهلت بعض التشريعات التقسيم التقليدي للمسؤولية المدنية، و وضعت قواعد موحدة لتنظيم المسؤولية المدنية بغية إيجاد نظام موحد يخضع له المضرور بغض النظر عن ارتباطه أو عدم ارتباطه بعقد مع المسؤول.⁵⁷⁷

وقد ظهر ذلك واضحاً في بعض البلاد التي عدل فيها قانون الالتزامات حديثاً مثل تشيكوسلوفاكية وبولونيا والسنغال حيث تحقق توحيد النظام المطبق على المسؤولية سواء نشأت عن عقد أو عن فعل ضار. ويقترب من ذلك قانون الالتزامات اليوغسلافي الصادر سنة 1978 الذي - بعد أن نظم المسؤولية التقصيرية بنصوص تفصيلية - أقتصر على تنظيم بعض مسائل المسؤولية العقدية محيلاً فيما يتعلق بباقي المسائل إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.⁵⁷⁸

ويظهر نفس الاتجاه في تشريعات أقدم نسبياً من ذلك. ففي سويسرا تنص المادة (3/99) من تقنين الالتزامات الفيدرالي على أن قواعد المسؤولية التقصيرية تنطبق بطريق القياس على أثار الخطأ العقدي، بحيث لم يعد - على حد قول الفقهاء السويسريين - بين نوعي المسؤولية سوى بعض الفروق النظرية أكثر منها عملية.⁵⁷⁹

وحتى في البلاد التي لم يعدل فيها قانون الالتزامات تعديلاً جوهرياً منذ وقت طويل توجد اليوم مجموعة من النصوص التشريعية التي تنظم تنظيمياً خاصاً

⁵⁷⁶ القاعدة رقم 277 الفقرة رقم I من الطعن رقم 32 لسنة 2007 المكتب الفني السنة القضائية 18 تاريخ

الجلسة 2007/12/10 - صفحة رقم 1291.

⁵⁷⁷ جنيفيين فيني، المرجع السابق، ص749.

⁵⁷⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص85.

⁵⁷⁹ جنيفيين فيني، المرجع السابق، 749 / سليمان مرقس، المرجع السابق، ص85.

بعض أنواع المسؤولية من أهمها المسؤولية عن حوادث النقل الجوي والبحري والبري والمسؤولية الناشئة عن استخدام الطاقة النووية.⁵⁸⁰

ويبدو لنا أن نظرية وحدة المسؤولية أصابت في بيان أن المسؤولية في جميع الأحوال تقوم على أساس الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما و أن الخطأ يفترض الإخلال بالالتزام سابق لا فرق بين أن يكون هذا الالتزام ناشئاً من القانون أو من العقد، كما أصابت في تنفيذ بعض الفروق التي قال بها أنصار الازدواج بين المسئوليتين، ولكنها جانببت الصواب في محاولة إنكار الفروق أو التهوين منها.⁵⁸¹

المطلب الثاني

الجمع بين فكرة الازدواج وفكرة وحدة المسؤولية

ظهر اتجاه في الفقه يرى أنه يجب أن لا يكون هناك فصل كامل بين فرعي المسؤولية المدنية ، ونظر إليهما كمنهجين متعارضين لأنهما يلعبان أدوار متكاملة، ويبرزان نقاطاً مشتركة.⁵⁸² وفي ذلك يقول الاستاذ اندريه بران (Brun) بأنه : " عملياً، لا يوجد في القانون المدني مسئوليتان، أحدهما عقديّة والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان، أو نوعان، لمسؤولية مدنيّة واحدة".⁵⁸³

ولقد سعى هذا الاتجاه إلى التوفيق بين نظرية الازدواج و نظرية وحدة المسؤولية ، مع احترام مبدأ الازدواج .⁵⁸⁴ حيث ذهب إلى اتحاد المسؤولية المدنية في أركانها الأساسية، وفي جوهر أثارها، فالمسؤولية العقدية،

⁵⁸⁰ جنفييف فيني، المرجع السابق، ص 750 .

⁵⁸¹ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 27، ص 39.

⁵⁸² جنفييف فيني ، المرجع السابق، ص 471.

⁵⁸³ Brun ·Rapports et domaines des responsabilites contractuelle et delictuelle ·Lyon 1931.p 352.

أشار إليه : محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 98 / جنفييف فيني ، المرجع السابق، ص 470 /

محمد كمال، المرجع السابق، ص 1177 و 1178.

⁵⁸⁴ جنفييف فيني ، المرجع السابق، ص 470 / عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ،

المرجع السابق، ف 512، ص 852 و 853.

كالمسئولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة : الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية بينهما. وتؤدي كلتاها إلى تعويض الضرر المباشر، الذي نجم عن الخطأ، سواء كان ماديا أو أدبيا.⁵⁸⁵ إلا أنهما تختلفان في أن الالتزام بتعويض الضرر في المسؤولية العقدية مرتبط بالالتزام المتولد من العقد وهو التزام مرده إرادة المتعاقدين، أما في المسؤولية التقصيرية فهي تنشأ نتيجة الإخلال بالالتزام قانوني هو عدم الإضرار بالغير.⁵⁸⁶ نتيجة لهذا الاختلاف تقوم عدة فروق عملية هامة - قررتها النصوص التشريعية - بين المسئوليتين وإن لم تكون هي كل الفروق التي يقول بها أنصار فكرة ازدواج المسئولية، إلا أنها تكفي للإبقاء على التمييز بينهما، كشمول التعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جميع الأضرار المباشرة و اقتصار التعويض الناشئ عن المسؤولية العقدية في غير حالة الغش على الأضرار المتوقعة فقط. و ثبوت التضامن بقوة القانون في المسؤولية التقصيرية وعدم ثبوته في المسؤولية العقدية إلا بناء على اتفاق المسئولين على التضامن بينهم، وتقدم دعوى المسؤولية التقصيرية بمدة أقل من مدة تقدم دعوى المسؤولية العقدية في بعض الأحوال، و جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في بعض الأحوال و عدم جوازه في المسؤولية التقصيرية.⁵⁸⁷

وفي ذلك يشير بعض الفقه إلى أن " ازدواجية نظام المسؤولية المدنية مسألة حقيقة، فهناك فروق حقيقة تفصل بينهما، ولكنها أقل مما نعتقد أو ندعي ".⁵⁸⁸

وبعد أن أزدوجت المسؤولية المدنية، بدأ هذا الاتجاه بالاهتمام بتحديد نطاق تطبيق كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، و التقيّد بالنطاق المحدد لسريان كل منهما ، بحيث لا يجوز لأي منهما أن تنافس الأخرى في

⁵⁸⁵ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 21، ص 97 و 98.

⁵⁸⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ف 27، ص 39 - 42 .

⁵⁸⁷ سمير تناعو ، المرجع السابق، ف 160، ص 218 و 219 / خالد جمال، المرجع السابق، ص 216-218 / عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 512، ص 852 و 853.

⁵⁸⁸ Rodiere. Etudes sur la dualite des regimes de responsabilite l' partie - la realite de la distinction entre la responsabilite contractuelle et responsabilite delictuelle. J.C.P.1950، 1، 861.

أشار إليه :محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 15 . 1.

المجال المقرر لها،⁵⁸⁹ ومن هنا ظهرت قاعدة عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين، التي تقضي بأنه إذا توافر في العمل الواحد شروط المسئولية العقدية وشروط المسئولية التقصيرية في وقت معاً، فلا يجوز للمدين الجمع بين المسئوليتين في الرجوع على المدين، ليطالبه بتعويضين، تعويض على أساس المسئولية العقدية، و تعويض على أساس المسئولية التقصيرية ؛ لأنه وحسب الرأي الراجح ينبغي أن لا يجاوز التعويض مقدار الضرر⁵⁹⁰ وفي الوقت ذاته لا يجوز للدائن أن يجمع في دعوى التعويض بين خصائص المسئولية العقدية وخصائص المسئولية التقصيرية ووفقاً لما يفيد من كل منهما و إلا ظهرت دعوى غير معروفة لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية، و أخيراً لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين بمعنى أنه إذا رفع أحدى الدعويين فخرها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى لعله يكسبها ؛ لأن ذلك يتعارض مع مبدأ قوة الأمر المقضي به .⁵⁹¹ أما مسألة الخيرة بين المسئوليتين، فقد رجح عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين،⁵⁹² إلا إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي يكون جريمة أو خطأ جسيماً . وعلى هذا الأساس ليس أمام ضحية الخطأ العقدي الا دعوى المسئولية العقدية من حيث المبدأ، فإذا كان الخطأ العقدي يشكل جريمة أو خطأ جسيماً كان له الخيرة بين دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية التقصيرية.⁵⁹³

⁵⁸⁹ جنيف فيني، المرجع السابق، ص471.

⁵⁹⁰ عبد الوود يحيى، المرجع السابق، ص226 .

⁵⁹¹ حسن علي الذنون ، المرجع السابق، ص150/ خالد جمال المرجع السابق، ص 218 و 219.

⁵⁹² Cass civ.2ech.13 nov .1970 .bull .11no .596 ، civ .2e ch 13 dec .1972 ،bull .111.no .679 ،d.1973

.372 notej.mazeed 6 ،9 mai 1979،d.1980 ،414 et civ.le 11 mai 1982 ،bull .i.no. 170.

أشار إليه : محمد حسام : المرجع السابق، ص148.

⁵⁹³ سمير تناعو ، المرجع السابق، ص221.

الفصل الثاني

نفي المسؤولية العقدية

طرحنا المسؤولية العقدية بوصفها نظاماً قائماً إلى جانب نظام المسؤولية التقصيرية. و إن أركان هذه المسؤولية هي نفسها أركان المسؤولية التقصيرية: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، و إن هذه المسؤولية لا تثار إلا عند إخلال المتعاقد بالالتزاماته العقدية. بيد أن الأمر لم يسر بهذه الصورة في التطبيق، فقد أثار نظام المسؤولية العقدية بعض الإشكالات القانونية التي تعذر حلها وتضاربت فيها الآراء تضارباً كبيراً ، أهمها مشكلة ضعف المعيار الذي يفصل بينها وبين المسؤولية التقصيرية مما دفع بعض الفقهاء إلى التشكيك في وجودها، حتى أن بعضهم لم يكتفِ بانتقاد نظام المسؤولية العقدية والتشكيك فيها، بل ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، وهو القول أن نظام المسؤولية العقدية نظام خاطئ، و أن هذه المسؤولية مجرد هالة فقهية لا جدوى منها، وانتهوا من ثم إلى نفي وجودها ، مما يعني الرجوع إلى مسؤولية واحدة وليس ازدواج المسؤولية . و لأهمية ذلك في تحديد فكرة الازدواج نبهت هذا الموضوع في بحثين، نخصص الأول لطرح إشكالات وجود المسؤولية العقدية، وفي المطلب الثاني ندرس فكرة إلغاء المسؤولية العقدية.

المطلب الأول

إشكالات وجود المسؤولية العقدية

ظلت فكرة ازدواج المسؤولية المدنية قائمة رغم الانتقادات التي وجهت إليها و محاولة إعادة النظر في التمييز بينهما؛ لأن انتقاد الفكرة لم ينصب على جوهر الازدواج ، الذي يتمثل في المعايير التي تفصل بين نوعي المسؤولية المدنية وتؤدي إلى تطبيقهما تطبيقاً مختلفاً، فالازدواج بني على أن الطرف في العقد يخضع لنظام مختلف عن الغير الذي ليس طرفاً فيه، وما يترتب على ذلك من اختلاف طبيعة الخطأ الذي يرتكبه كل منهما.

ولما كان يصعب في الغالب تحديد ما إذا كان الخطأ يحدث في النطاق العقدي أو في النطاق التقصيري، وما إذا كان مرتكب الخطأ يرتبط بعلاقة عقدية مع المضرور أم أجنبياً عنه ؛ لذا وضع الفقه معيارين لتمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، هما معيار نسبية أثر العقد، ومعيار الإخلال بالعقد، إلا أن التطبيق العملي لهما أثار بعض الإشكالات القانونية، أبرزها تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على أشخاص يعتبرون من الغير وفقاً لمعيار النسبية، كذلك يسأل المتعاقد في حالة الالتزام بنتيجة بمجرد عدم تحقق النتيجة ودون أن يرتبط الخطأ بسلوكه. كما أن بناء فكرة الخطأ العقدي على طبيعة الالتزام فيما إذا كان الالتزام بنتيجة أو التزاماً ببذل عناية يثير إشكالات في تحديد الخطأ عندما يتداخل أحد الالتزامين بالآخر على نحو لا يمكن الفصل بينهما ؛ وهذه الإشكاليات أضعفت المعايير الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية، إلى الحد الذي دفع جانب من الفقه إلى التشكيك في وجود المسؤولية العقدية كنظام قائم إلى جانب المسؤولية التقصيرية . وعليه نبين هذه الإشكاليات في المطلبين الآتين :

المطلب الأول

إشكالات معيار نسبية أثر العقد

ورد مبدأ نسبية أثر العقد ابتداءً في المادة (1165) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن : " الاتفاق لا أثر له بين المتعاقدين فهو لا يضر ولا ينفع الغير " وقد كان الاتجاه السائد في القرن التاسع عشر يفسر هذا المبدأ بالمعنى الدارج لكلمتي ((يضر)) و ((وينفع)) بمعنى أن أثر العقد لا يمس الغير مادياً أو قانونياً. وبذلك صار معنى القاعدة أن الاتفاقات لا يمكن أن تحدث ضرراً للغير و لا تجلب له نفعاً.⁵⁹⁴

و ظل كل من الفقه والقضاء الفرنسيين رديحاً طويلاً من الزمن أميناً على مبدأ النسبية، حيث كانا يرفضان فكرة رجوع الشخص المتضرر من التصرف القانوني إذا لم يكن طرفاً فيه، حتى لو كان هذا الشخص طرفاً في تكوين تصرف قانوني آخر متعاقب أو مرتبط بهذا التصرف. ومن ثم لا يكون له حق الرجوع على المدين إلا بدعوى المسؤولية التقصيرية متى توافقت شروط تطبيقها.⁵⁹⁵

إلا أنه وعلى أثر التطورات الاقتصادية، تطورت العلاقة بين المتعاقدين والغير، و أفرز الواقع العملي الكثير من الحالات التي يتضرر أو ينتفع الغير فيها جراء تنفيذ عقد لم يكون طرفاً فيه. وهذا الوضع أدى إلى التوسع في استخدام دعوى المسؤولية التقصيرية في نطاق الروابط العقدية، بحجة عدم مخالفة قاعدة عدم جواز الخيرة أو الجمع بين المسئوليتين، مما أدى في النهاية إلى نتائج غير مقبولة على صعيد التوقعات المشروعة للأطراف، و

⁵⁹⁴ أن مبدأ نسبية أثر العقد مستمد من القاعدة الرومانية "Res inter alios acta aliis nec prodest" محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص 210 / حسين عامر، المرجع السابق، ص 82 / عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 595 وما بعدها / جاك غستان، المطول في شرح القانون المدني (مفاعيل العقد و آثاره)، ترجمة منصور القاضي، ط 2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 424 - 430 / زواري فريدة، مبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح، الجزائر، 1992، ص 1 / علي فيصل، مبدأ حجية العقد (دراسة مقارنة)، ط1، الخليج العربي للنشر والتوزيع، البحرين، 2013، ص 33 - 40 .
⁵⁹⁵ نبيلة رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، دار الطباعة الحديثة، مصر، 1986، ص 67 وما بعدها.

إخلال بالمساواة بين المتضررين مباشرة والمتضررين بصورة غير مباشرة، و تباين في المعاملة فيما بينهم، فعندما نسمح للغير بالاستفادة من عدم تنفيذ العقد، ليني عليه دعواه في المسؤولية التقصيرية، فهذا يجعله في مركز أفضل من المتعاقد، وهو ما يضر بمصالح المدين الذي كان خطؤه العقدي سببا لوقوع الضرر.

ولقد أثرت تلك الأوضاع على مبدأ النسبية، فأصبحت ترد عليه استثناءات حتمية وضرورية كالاستثناء الخاص بالعقود الجماعية،⁵⁹⁶ والاشتراط لمصلحة الغير،⁵⁹⁷ والتعهد عن الغير، والدعوى المباشرة المقرر لمقاول من الباطن في مواجه المقاول رب العمل وغيرها.⁵⁹⁸

إن الخطورة التي تتعرض لها فكرة الأزواج لا تتمثل في الاستثناءات التي وردت على معيار نسبية العقد فحسب، بل تتمثل في اختلاف الفقه والقضاء حول معيار نسبية أثر العقد وتشكيك في سلامته، وفيما إذا كان يصلح للفصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية والإبقاء على الأزواج، ومحاولات بعضهم تجاوز هذا المعيار، عن طريق توسيع تطبيق قواعد المسؤولية العقدية خارج النطاق العقدي، مما يؤدي إلى استبعاد المسؤولية التقصيرية، وإحلال المسؤولية العقدية محلها، كلما كان هناك علاقة تربط الغير، على نحو أو آخر، بالعقد الذي حصل الإخلال به. وهذه المحاولات تجسدت في نظرية الغير الشريك، ومن بعدها نظرية المجموعة العقدية التي نتج عنهما تطبيق أحكام المسؤولية العقدية على أشخاص يعتبرون من الغير وفقاً لمبدأ النسبية، وتوسع القضاء الفرنسي في تطبيق أحكام المسؤولية

⁵⁹⁶ العقد الجماعي هو اتفاق يربط أفراداً بصفة جماعية بفرد معين أو مجموعة أخرى من الأشخاص، وهو يلزم من وافق عليه ومن لم يوافق، من كان حاضراً ومن كان غائباً، فيكفي انضمام الشخص إلى الجماعة التي أبرمت العقد لإلزامه به واكتسابه حقوقاً منه. ومن هذا المنظور تعتبر هذه العقود استثناء من مبدأ نسبية العقد، إذ تبرم الأغلبية هذا العقد، فيلزم الأقلية رغم عدم مشاركتها بل بالرغم من اعتراضها. عبد المنعم البدر اوي، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، مصر، 1986، ص 74.

⁵⁹⁷ من الأمثلة الحديثة على الاشتراط للمصلحة الغير: وجود اشتراط لمصلحة المريض من جانب الطبيب أو المركز أو المستشفى على مراكز نقل الدم، بمقتضى هذا الاشتراط يتم تزويد المريض بكميات من الدم اللازمة له، وليس هذا فقط، وإنما يشمل الاشتراط أيضاً أن يكون الدم المزود به المريض سليماً خالياً من الأمراض، لذلك، فإن أي إصابة تحدث للمريض من جراء الدم، كإصابة بفيروس الايدز، الالتهاب الكبدي الوبائي، وغير ذلك من الأمراض التي يكون الدم أحد وسائل نقلها، يعطي للمريض الحق في المطالبة بالتعويض عن هذه الإصابة، ويكون للمريض مطالبة مركز الدم بالتعويض عن الأضرار المباشرة التي لحقت به من جراء الإصابة بناء على وجود اشتراط ضمنى لصالحه في عقد نقل الدم، وهو ما يعطي له دعوى عقدية مباشرة للحصول على تعويض. محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 180.

⁵⁹⁸ محمد حسام، المرجع السابق، ص 186-197

العقدية على الغير في كل حالة تبين له فيها تحقيق مصلحته . وهذا أمر خطير ؛ لأنه أدى إلى استبعاد مبدأ نسبية العقد تماماً، مما أدى في النهاية إلى وضع هذا المعيار في أزمة، فأصبح مبدأ نسبية أثر العقد الذي يستخدم كمعيار للتحديد نطاق المسؤولية العقدية وتمييزها عن المسؤولية التقصيرية، هو في ذاته بحاجة إلى تحديد نطاقه. وهو هذا ما نبينه على النحو الآتي:

أولاً : نظرية الإشتراك :

نتناول فكرة الإشتراك في الفقرات الآتية :

1- فكرة الإشتراك :

قد يحدث أن يتعهد أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد لغيره، سواء كان من أتباعه أو كان قريباً له أو من معارفه، فإذا لم يتم هذا الغير بتنفيذ العقد، فإن مسؤولية المتعاقد فيما عليه من القيام بالتزاماته هي مسؤولية عقدية. ولكن قد يتدخل الغير فيعوق تنفيذ العقد دون أن يكون قد كلف بهذا التدخل من أحد المتعاقدين.⁵⁹⁹ ومن ذلك على سبيل المثال، إقدام الغير على إقناع البائع بعدم تسليم المبيع للمشتري بل وشراؤه ثانية منه بسعر أعلى، أو قيام صاحب مسرح بإقناع ممثل بعدم تنفيذ التزامه تجاه مسرح آخر، والتعاقد معه بدلاً من ذلك أو قيام الغير بالتعاقد مع التاجر على نحو يخل فيه الأخير بالتزامه بعدم المنافسة أو قيام الغير بشراء بضاعة معينة من بائع التجزئة بسعر يختلف عن السعر الذي التزم البائع به عند شرائه هذه البضاعة من بائع الجملة.⁶⁰⁰ ولا شك أن المتعاقد يتعرض للمسؤولية العقدية لأنه يخل بالتزام عقدي، ولكن ما هي مسؤولية الغير في هذه الحالة ؟

حاول الفقه أن يبرر مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في ظل معيار نسبية أثر العقد بأن هذا الإخلال ذو وجهين هما : الوجه العقدي الذي يمثل العلاقة بين المتعاقدين ومن ثم لا تطبق بشأنه إلا أحكام المسؤولية العقدية، والوجه التقصيري الذي يمثل علاقة الغير بالعقد وتطبق بشأن هذه العلاقة

⁵⁹⁹ حسين عامر، المرجع السابق ف 114، ص 94.

⁶⁰⁰ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 288.

المسئولية التقصيرية، إلا أن ذلك التفسير يثير عدة إشكالات لم تعالج على نحو يرضن به المعيار في تطبيق المسؤولية، و هذه الإشكالات هي:

أ- إن القول بأن الفعل الواحد هو تقصيري وعقدي يؤدي إلى الجمع بين النقيضين وفق المبادئ المتبعة في تحديد ازدواج المسؤولية المدنية، فالفعل العقدي هو إرادة ويفترض أن الفعل التقصيري هو مادي لا إرادة فيه، فكيف يكون الفعل إرادة ويخلو من الإرادة، اليس ذلك يؤدي إلى نوع من الاستحالة العقلية.⁶⁰¹

ب- إذا سأل المتعاقد عن الإخلال بالعقد مسؤولية عقدية، وسأل الغير مسؤولية تقصيرية في مواجهة المتعاقد الذي يتضرر من الإخلال بالعقد، فأن ذلك سيؤدي إلى تعويض الضرر مرتين، وهذا غير جائز.⁶⁰²

من هنا لم يكن ممكناً عند معالجة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، عزل فعل الغير عن فعل المتعاقد ؛ مما دفع بعض الفقه الفرنسي وعلى رأسهم (إيكوني) إلى محاولة تجاوز المعنى التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد. فقد ذهب متأثراً بفكرة الإشتراك الجرمي في القانون الجنائي إلى أن المدين عندما يخل بالتزامه عن قصد فإنه يرتكب جريمة مدنية (un delit civil)،⁶⁰³ فإذا ساهم الغير في ارتكاب هذه الجريمة أو حث المتعاقد على ارتكابها فإنه لا يعتبر أجنبياً بالنسبة للمتعاقد وإنما يوصف بأنه "شريك" في الإخلال به، وبالتالي فإنه يتحمل عن ذلك مسؤولية قانونية تتسم بما يأتي :

أ- لا تعد هذه المسؤولية مستقلة عن مسؤولية المتعاقد، لأن "الغير" لا يمكن أن يخل بالعقد بمفرده نظراً لأن العلاقة العقدية تمثل رابطة

⁶⁰¹ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 45.

⁶⁰² المرجع السابق، ص 47.

⁶⁰³ اخذ الفقيه إيكوني في نظريته " الغير الشريك " بالرأي القائل بأن الغش، في تنفيذ العقد، يعتبر " جنحة مدنية " تقسيم المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية، وعلى وجه يقيم للدائن الخيرة بينهما وفقاً لمصلحته. وبقي، بعد ذلك، تحديد العناصر اللازمة لقيام هذه المسؤولية. حيث لجأ إلى تحديدها، إلى نظرية الاشتراك في القانون الجنائي، التي يرتفع بها مستوى المبادئ العامة في القانون الوضعي : فطبق على اشتراك الغير في الإخلال بالالتزامات العقدية قواعد قانون العقوبات في المساهمة الجنائية التي تعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الأصلي لأنه يستمد الصفة الإجرامية من هذا الفاعل، ويجب تبعاً لهذا، أن يكون اشتراك الغير واعياً، وكذلك إيجابياً، لتقوم مسؤوليته قبل الدائن، على الوجه الذي يقيم المسؤولية الجنائية. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 40، ص 211 / صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 18. محمد عبد السليمان ، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 53 / علي فيصل، المرجع السابق، ص 136 - 138

شخصية بين المتعاقدين لا يمكن أن يصبح الغير طرفاً فيها كي يستطيع أن يخل بها مباشرة، لذلك يستمد المسؤولية من مسؤولية المتعاقد نتيجة المشاركة في الإخلال بالعقد.⁶⁰⁴

ب- تعتبر مسؤولية " الغير " مسؤولية تقصيرية؛ لأنه يستعيرها من المتعاقد. والمتعاقد إذا ارتكب جريمة مدنية يسأل مسؤولية تقصيرية لأن كل إخلال تدليسي يرتكبه المدين يترتب عليه هذا النوع من المسؤولية. فالتدليس على خلاف الخطأ العقدي لا يقع في نطاق العقد، ومن ثم يكون خطأ تقصيرياً. وهذا الخطأ هو الذي يرتبط به خطأ (الغير) ليستعير منه الطابع التقصيري.⁶⁰⁵

2- تقويم فكرة الاشتراك :

أ- انتقاد فكرة الاشتراك

انتقدت نظرية الغير الشريك في طرحها فكرة الإشتراك، فهذه الفكرة في نطاق الجحة المدنية تعد غامضة، كما أن التأسيس على أن المدين فاعل أصلي و الغير شريك له محل نظر لأن الغير يعد فاعلاً أصلياً إذا كان الإخلال بمبادرة منه، ومن ثم فإن وصف الغير بأنه شريك على نحو مطلق يعد موقفاً تعوزه الدقة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن (إيكوني) يرى - كما اسلفنا - أن مسؤولية الغير مسؤولية تقصيرية لأنه يستعيرها من المتعاقد، المتعاقد إذا ارتكب جريمة مدنية يسأل تقصيرياً عن كل إخلال تدليسي يرتكبه المدين يترتب هذا النوع من المسؤولية، بيد أن محكمة النقض الفرنسية وإن كانت تجيز الحكم بالمسؤولية التقصيرية عندما يخل المدين بالتزامه العقدي بارتكاب فعل الغش أو الخطأ الجسيم، إلا أن الخطأ قد لا يرقى إلى الغش أو الخطأ الجسيم. ويضيف آخرون بأن فكرة (إيكوني) لا تقوى على أيسر النقد وتكفي تبعيتها للقانون الجنائي لاستبعادها كلية لأن اختلاف الغاية في القانون

⁶⁰⁴ صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 291 .

⁶⁰⁵ صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 291 / علي فيصل، المرجع السابق، ص 136 .

المدني عنها في القانون الجنائي لا يسمح على الإطلاق، بتدخل قواعد أحدهما على الأخرى .⁶⁰⁶

ب- بدائل فكرة الاشتراك :

لقد أقر الفقه، بعد طرح نظرية (الغير الشريك)، أن (الغير) قد يتدخل ليحول بين المتعاقد و بين تنفيذ التزامه العقدي. و أن هذا التدخل ينزع عن (الغير) صفة الأجنبي بالنسبة للعقد، إلا أنهم لم يسلّموا بتلك النظرية كما هي، و إنما طرحوا أفكاراً أخرى تجسدت في عدة نظريات قانونية أبرزها :

1. نظرية انضمام (الغير) إلى العقد للأستاذ ديموج

DEMOGUE: ذهب هذا الفقيه في نظريته إلى توصيف

مسئولية (الغير) عن الإخلال بالعقد بأنها مسؤولية عقدية وليست مسؤولية تقصيرية كما ذهب الرأي السابق. إذ يرى أن العقد تطبيقاً لما يقضي به المبدأ الفردي، الوارد في المادة (1165) يلزم المتعاقد بتنفيذه، كما يلزم الغير الذين يعلمون بالالتزام الناشئ عنه، بعدم إعاقة تنفيذه. فكما أن الاشتراط لمصلحة الغير يترتب حقوقاً للمشتراط، وأخرى للغير، فكذلك العقد يترتب التزامات على عاتق العاقد، و أخرى على عاتق الغير.⁶⁰⁷ فمتى قام الغير، بعد علمه بالعقد، بدفع المتعاقد إلى الإخلال بالتزامه العقدي، فإنه يعد سيء النية يتواطأ مع المتعاقد في ارتكاب الخطأ العقدي، وهذا التواطؤ يقفز به إلى نطاق العقد ليصبح طرفاً فيه ما دامت إرادته قد انصرفت إلى حرمان دائن المتعاقد من حقوقه العقدية.⁶⁰⁸ وفي هذه الحالة يعتبر الغير شريكاً مع المتعاقد في الإخلال بالعقد، وتكون مسؤولية الشريك تبعاً لهذا، كمسؤولية العاقد، ذات طبيعة عقدية، و إن كانت أضيق منها نطاقاً، لأنها لا تقوم

⁶⁰⁶ محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 211 / علي فيصل، المرجع السابق، ص 137 و 138 .

⁶⁰⁷ DEMOGUE ، Traite des obligations en general ، n. 530.

أشار إليه : محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص 213.

⁶⁰⁸ DEMOGUE ، Traite des obligations، n.1176 ، p.580.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 319، ص 283.

إلا إذا كان الشريك سيء النية، يعلم بالعقد الذي عاون على الإخلال به.⁶⁰⁹

إلا أن هذه النظرية أيضاً لم يكتب لها النجاح، فقد انتقدها الفقه باعتبار أنها قائمة على أساس أن نشوء التزام عن العقد يفرض على الغير عدم إعاقة ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات، وأن هذا الالتزام كأثر للعقد ينصرف إلى الغير بذات الطريقة التي ينصرف بها أثر العقد إلى "الغير" بموجب أحكام الاشتراط للمصلحة (الغير)، وهذه النظرية منتقدة من ناحيتين، الأولى: أن الالتزام باحترام العقد أو عدم إعاقة تنفيذ الالتزامات العقدية لا يجد مصدره في العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين ما دام من أعمال الإرادة، وليس شريعة (الغير). فإذا ألزم (الغير) حيال هذا العقد بالتزام معين فإن هذا الالتزام يجد مصدره في القانون باعتباره الشريعة العامة التي تطبق على جميع الأشخاص. وما يترتب على ذلك أن (الغير) إذا أخل بهذا الالتزام تطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية، لأن (الغير) يخل حينئذ بالتزام قانوني لا عقدي. أما الناحية الثانية، فإن الإشارة إلى الاشتراط لمصلحة (الغير) تبرر انصراف الحق إلى (الغير) وليس انصراف الالتزام بعدم إعادة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد إليه. ثم أن الحق بموجب الاشتراط ينصرف إلى (الغير) مع هذا الخيار. ف"الغير" عندما يسأل عن الإخلال بالالتزام العقدي فإنه بذلك يرفض هذا الالتزام حتماً. عليه ليس ثمة معنى للقول أن هذا الالتزام انتقل إليه عندما يسأل عن الإخلال به.⁶¹⁰

صحيح أن القفز با (الغير) إلى نطاق العقد في إطار التصوير المتقدم يرجع إلى أن الخطأ في هذه الحالة واحد يكمن في الإخلال بالعقد. لكن ذلك لا يكفي للقول بمسؤولية (الغير) العقدية عن الإخلال بالعقد؛ لأن المتعاقد انصرف إرادته إلى أبرام العقد وبذلك يتحمل بموجب إرادته ما يترتب على الإخلال بالتزامه من أثر، أما (الغير) فلم تنصرف إرادته للتعاقد أو لتحمل الالتزامات الناشئة عن ذلك، فهو يرتكب فعلاً تقصيرياً، لا يخل بذلك أن الفعل واحد، لأن هذا الفعل يكون تقصيرياً في مواجهة (الغير)، ومن ثم يسأل المتعاقد بموجب مسؤوليته العقدية، ويسأل (الغير) بموجب مسؤوليته

⁶⁰⁹ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 213.

⁶¹⁰ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 297 و 298.

التقصيرية على وجه التضام مع المتعاقد بنسبة مساهمة خطأ كل منهم في
إحداث الضرر. ⁶¹¹

2. نظرية عدم مشروعية السبب: تقوم هذه النظرية على أن
(الغير) إذا علم أن تعاقدته مع المدين يؤدي إلى إخلال
الأخير بالتزامه العقدي وعلى الرغم من ذلك لم يمتنع عن
إبرام عقده معه، فأن هذا العقد قد يرد على محل مشروع، بيد
أن سبب هذا العقد غير مشروع ؛ لأنه يمثل حينئذ إرادة
المتعاقدين في إعاقة المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، وهذا
يؤدي إلى بطلان العقد الذي يبرمه الغير مع المدين لعدم
مشروعية السبب. ⁶¹² انتقدت هذه النظرية على أساس أن
تفسيرها لمسئولية الغير عن الإخلال بالعقد لا يمكن القبول
به سواء على صعيد النظرية التقليدية في السبب أم النظرية
الحديثة، إذ لا يمكن أن يتعاقد ال (الغير) في جميع
الحالات التي تثور فيها مسئوليته عن الإخلال بالعقد بباعث
إعاقة المدين عن تنفيذ التزامه ولا يمكن كذلك تفسير تعاقد
المدين ثانياً على أنه يتم دائماً بباعث دافع هو إلحاق
الضرر بدائنه من خلال وضع عائق أمام تنفيذ التزاماته في
مواجهة الدائن ؛ لأن الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة عدم
تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية قد يكون نتيجة لتعاقدته مع
(الغير) لا سبباً له. ومن جهة آخر أن القضاء الفرنسي لم
يرتب على تعاقد (الغير) مع المدين بطلان العقد، وإنما
كان يكتفي بالحكم بعدم نفاذ التصرف. ⁶¹³

3. نظرية تواطؤ الغير مع المدين بالالتزام العقدي: تذهب هذه
النظرية إلى أن علم (الغير) أن المتعاقد معه سبق له

⁶¹¹ صبري حمد خاطر ، النظرية لعامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، المرجع السابق، ف 319، ص 282
و 283.

⁶¹² Boulanger (J.) : Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis a publicite .R.T.D. civ. P.
558 -560.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 292. ه 3.
⁶¹³ المرجع السابق، ص 299.

التعاقد مع شخص آخر، لا يكفي لاعتباره سيئ النية، وبالتالي تجريده من وصف (الغير)، وإنما لا بد أن يرتكب فعل التواطؤ بواسطة القيام بمناورات تدليسية.⁶¹⁴ ورفض هذا الاتجاه تأسيساً على أن التواطؤ ليس هو الخطأ الذي يعد ركناً من أركان المسؤولية، وإنما هو بمثابة ظرف يؤدي إلى تشديد الخطأ وتغيير طبيعته من خطأ عادي إلى خطأ جسيم. ومن جانب آخر، أن التواطؤ لا يجرد الشخص المتواطئ من وصف (الغير) ليصبح طرفاً في العقد.⁶¹⁵

4. نظرية ارتكاب (الغير) فعل الغش البوليصي: تعني هذه النظرية أن (الغير) الذي يتعاقد مع المدين و يأتي فعلاً من شأنه إفسار المدين أو زيادة إفساره، فإنه يرتكب فعل الغش البوليصي، الذي يترتب عليه أن الدائن بالالتزام العقدي يستطيع أن يقيم عليه دعوى بوليصية⁶¹⁶. ولقد أنتقد هذه النظرية؛ لأن فكرة الاستناد إلى دعوى البوليصية تختلف في طبيعتها و شروطها عن طبيعة وشروط دعوى المسؤولية.⁶¹⁷

5. نظرية التعسف في استعمال الحق: تقوم هذه النظرية بناء على أن (الغير) يتمتع، من حيث المبدأ، بحرية التعاقد، بيد

⁶¹⁴ تنسب هذه النظرية للفقيه الفرنسي دي بو نتافيس PONTAVICE . DU . محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 216.

⁶¹⁵ علي فيصل، المرجع السابق، ص 143.

⁶¹⁶ تعتبر الدعوى البوليصية (Action Paulienne) وسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام يتغلب بها الدائن على مسلك إيجابي من المدين، و هو أن يتصرف تصرفاً ضاراً بالدائن. و إذا كان الأصل أن المدين حر في التصرف في أمواله، و أن هذه التصرفات نافذة في حق دائنيه، إلا أن هذه الحرية قد تنقيد لمصلحة الدائنين في سبيل المحافظة على الضمان العام. فقد يقوم المدين ببيع بعض أمواله لتخرج من الضمان العام للدائنين، أو يحابي الغير على حساب الدائنين، فيهب بعض أمواله لصديق أو قريب فيخرج المال الموهوب من الضمان العام.

يرجع اسم الدعوى البوليصية أو البوليانية إلى أحد رجال القانون الروماني (بولص) الذي يقال أنه الذي ابتدعها. كما يطلق على هذه الدعوى أيضاً اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات، لأن الهدف منها هو عدم نفاذ التصرف الذي قام به المدين في مواجهة دائنه إذا توافرت شروط معينة. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط (الإثبات - آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص 996 وما بعدها / مصطفى الجمال و رمضان محمد ابو السعود و نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 654. ولقد عرض المشرع البحريني لهذه الدعوى في المواد 232 - 239 من القانون المدني.

⁶¹⁷ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 293 و 295.

أنه يتعسف في ممارسة هذه الحرية عندما يتعاقد مع المدين بالالتزام العقدي مع علمه أن المدين لا يستطيع التعاقد معه ما لم يخل بهذا الالتزام.⁶¹⁸ ولقد انتقدت هذه النظرية، على أساس أن شروط نظرية التعسف لا تتحقق في هذه الحالة ؛ لأن التعسف لكي يتحقق يجب أن تنصرف نية (الغير) إلى الإضرار بالدائن بالالتزام العقدي أو إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع مصلحة الدائن. بينما قد يرتكب الغير خطأه في التعاقد دون أن تكون لديه نية الإضرار بالدائن أو دون أن تنصرف إرادته إلى تلك المصلحة.⁶¹⁹

3- موقف القضاء :

استقر القضاء الفرنسي على تكييف مسئولية الغير عن الإخلال بالعقد على أنها مسئولية تقصيرية، متأثراً بنظرية الفقيه أيكوني " الغير الشريك " ، من تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الشأن، حكم محكمة النقض الصادر عام 1988 الذي قضت فيه بمسئولية (الغير) الذي يستخدم 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

⁶¹⁸ Esmein «le transporteur et le mort » gaz-pall. 1959. P. 65 .

أشار إليه : محمد عبد السلام، المرجع السابق، ص55. نظرية التعسف في استعمال الحق ليست نظرية الجديدة أو مبتدعة بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم وتشبع بها الفقه الإسلامي ولكنها اختفت ربحاً من الزمن بعد أن ظهرت المبادئ الفردية و إيمان الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ. وبقيت هذه النظرية مختفية طوال القرن التاسع عشر ولا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتكرر لها الفقهاء إلى أن قضيض الله لها فقيهين من إعلام الفقه الفرنسي هما (سالي) و (جوسران) فنفضا عنها التراب وأعادا لها الجدة. فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء. ثم أخذت بها التقنيات الحديثة وأصبحت اليوم نظرية ثابتة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانقضاء عليها . سعاد بلحورابي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر ، 2014.

⁶¹⁹ صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 293. ه 1/ محمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية، ص 216.

"صاحب العمل الأول" بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية. باعتبار أن خطأه كان تقصيرياً وليس عقدياً.⁶²⁰

إلا أن أحكام القضاء اختلفت بعد ذلك حول مسألة كفاية العلم أو عدم كفايته لوحده لتقرير مسؤولية الغير. وقد مرّ موقف القضاء الفرنسي من هذه المسألة بعدة مراحل على النحو الآتي :

المرحلة الأولى : لم يكتف القضاء الفرنسي بعلم الغير بوجود العقد للحكم بمسؤوليته، وإنما اشترط أيضاً تواطؤه مع أحد المتعاقدين بغية إخلال الأخير بالتزاماته العقدية.⁶²¹ ولقد أراد القضاء بذلك أن نية الإضرار تؤدي إلى إبطال العقد لأنها تتجلى في الغش الذي يفسد كل شيء، ومن ثم لا يعدو أن تكون واقعة مادية لكل من تضرر منها أن يطلب التعويض.⁶²²

و هذه المرحلة تمثل التأثير بالأفكار التقليدية التي في ظلها لم يكن من المتصور أن يرتكب (الغير) خطأ بالنسبة للإخلال بالعقد على وفق اتجاه بأن ل((الغير)) حرية مطلقة في التعاقد، و أن تعاقد (الغير) لذاته لا يمكن أن يكون خطأ يؤدي إلى الإخلال بالعقد. لذلك لا بد من أن تكون لدى (الغير) نية الإضرار بالدائن، وهذه النية لا تنهض إلا بوجود التواطؤ.⁶²³

المرحلة الثانية : في هذه المرحلة اشترط القضاء فضلاً عن علم (الغير) بالعقد، أن يكون (الغير) سيئ النية دون الحاجة للتواطؤ مع المتعاقد.⁶²⁴

المرحلة الثالثة : في هذه المرحلة أنهى القضاء إلى الحكم بمسؤولية (الغير) مكتفياً بعلمه أن العقد الذي يبرمه يتناقض مع عقد سابق أبرمه الطرف الذي يتعاقد معه.⁶²⁵ ومن القضايا التي حكم فيها بمسؤولية (الغير) عن الإخلال بالعقد، قضية تنازل فيها مالك براءة اختراع عن البراءة التي يملكها إلا أنه تعاقد مع الغير على الاستمرار باستغلال البراءة، فأصدر القضاء قراره بالحكم

⁶²⁰ Cass com , 24 mars 1998 , bull-civil , j.c.p , 1998.

أشار إليه : علي فيصل، المرجع السابق، ص158.

⁶²¹ المرجع السابق، ص 150.

⁶²² Paris , 5 juil 1929 , D.H. 1926 , P , 427.ET SUR POURVOIT , Req juin 1929 , D. H. 1929.P. 445 .

أشار إليه : خاطر : صبري حمد : فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص19.

⁶²³ صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 310.

⁶²⁴ Cass , civ. , 15 decem 1965 , BULL- CIV. – 1- R. 718 , P. 549. DOUAI , 29 , OCT. 1968 , IV , 171.

أشار إليه، المرجع السابق، ص20.

⁶²⁵ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 19 – 20.

بمسئولية المالك و (الغير) على وجه التضامم عن تعويض المتنازل له عما
اصابه من ضرر جراء الإخلال بعقد التنازل .⁶²⁶

وهكذا استقر القضاء الفرنسي، على أن تدخل (الغير) في الإخلال بالعقد،
يؤدي إلى أن يسأل مسؤولية تقصيرية، لا مسؤولية عقدية، وأنه يكفي لقيام
مسئولية (الغير) التقصيرية، مجرد علمه بالعقد، وقت التعاقد، بحق الدائن،
ولا يستلزم تواطؤه مع المدين على الإضرار به أو سوء نيته.⁶²⁷

أما القضاء البحريني فلقد أقر بأن (الغير) بإمكانه أن يشترك في الإخلال
بالعقد، إلا أنه وبخلاف القضاء الفرنسي لم يكتف بالعلم، وإنما اشترط
لقيام مسؤولية (الغير) عن الإخلال بالعقد، ضرورة أن يرتكب الغير فعلاً
مستقلاً عن العقد يتمثل بالتدليس والتواطؤ. و تطبيقاً لذلك رفضت محكمة
التمييز البحرينية طلب الطاعن بالزام شريكه وزوجته متضامنين ومتضاممين
بتعويض الأضرار التي لحقت به نتيجة تواطؤ شريكه وزوجته في الإخلال
بالتزاماته العقدية قبله ، مستتدة في قرارها إلى أن الأوراق قد خلت من دليل
على وجود تواطؤ بين المطعون ضدهما .⁶²⁸

• استنتاج :

لم يعد مقبولاً القول بعدم وجود العقد في مواجهة الغير أو أن العقد لا ينفعه
ولا يضره، لأن العقد يشكل واقعة مادية يمكن أن يتصل الغير بها من
ناحيتين ؛ الأولى أن يتدخل فعله في إطارها فيلحق ضرراً مما يؤدي إلى
مسئولية تقصيرية، والثانية ؛ أن هذه الواقعة قد تنشئ أثراً مادياً يؤدي إلى
إلزام الغير. وهذا التغيير في الموقف أدى إلى تهديد مبدأ نسبية أثر العقد
بالزوال، حيث ذهب بعض الفقه إلى القول بانتهاء مبدأ نسبية أثر العقد و

⁶²⁶ Cass civ -1- 29 jan 1963·BULL- civ ،19664 -1- n.63. Cass ،com ،13 mars 1979 ،D. S ،1980 – 1 – n. SERRA. Cass ،com ،25 novem 1986 ،BULL civ ،1987 ،-1- n. 219.

أشار إليه : المرجع السابق، ص 19. ه 4.

⁶²⁷ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 216.

⁶²⁸ الطعن رقم 455 لسنة 2002 جلسة 2015 /11/17. أشار إليه : علي فيصل، المرجع السابق، ص155.

انهياره، و وصفه بأنه مبدأ مزعوم،⁶²⁹ وخالياً من المعنى، أو أنه كالفقشة التي كنستها الرياح.⁶³⁰

إلا أن الفقه ورغم كل ذلك لم يتخل عن مبدأ نسبية أثر العقد، وإنما تمسك بهذا المبدأ، ودافع عنه بوصفه معياراً تستند إليه فكرة الأزواج لتمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، واعتبر ما حدث من تراجع لمضمون مبدأ نسبية على أثر الإقرار بتأثير الغير بالعقد، سبباً لتجديد وتطوير المفهوم التقليدي لمبدأ النسبية، من خلال ابتداع فكرة جديدة، هي فكرة حجية العقد لتنظم علاقة (الغير) بالعقد على نحو لا يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقد .

فبموجب فكرة الحجية تغير مفهوم مبدأ نسبية أثر العقد، فلم يعد يعني أن (الغير) لا يتأثر بالعقد بصورة مطلقة، فهو قد ينتفع به أو يضر و لكن من الناحية المادية، أي أن للعقد آثار مادية تنصرف إلى (الغير)، والذي ينظم هذه الآثار هو مبدأ "حجية العقد" الذي لا يجوز الخلط بينه وبين مبدأ نسبية أثر العقد للقول بأن (الغير) يخضع للمسؤولية العقدية والتوهم بأن هذا المبدأ قد أنتهى.⁶³¹ فإذا أخل (الغير) بالعقد، فإنه يخل في الواقع بمبدأ "حجية العقد" الذي يترتب على عاتقه واجباً باحترام وجود العقد، فإذا علم (الغير) بوجود العقد، ورغم ذلك تعاقد مع أحد طرفيه، و أدى هذا التعاقد إلى إخلال الأخير بالتزاماته العقدية، فأن (الغير) يرتكب خطأ يتمثل بإخلال بواجبه باحترام العقد و من ثم تجب مسؤوليته. وهذه المسؤولية توصف بأنها مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية؛ لأنها تقع في الإطار الخارجي للعقد.⁶³² أما الشخص الذي يسأل مسؤولية العقدية فهو الذي يخل بالعقد من الداخل، أي بالتزاماته العقدية، بمعنى أن الغير قد يخل بحجية العقد ولكنه لا يمكن أن يخل بالالتزام العقدي.⁶³³

⁶²⁹ Savatier : lepretendu principe de leffet relative du contrst ،R.T.D.civil ،1، 34، P. 525 .

⁶³⁰ أشار إليه : محمد عبد السليمان، المرجع السابق، ص26.

⁶³¹ علي فيصل، المرجع السابق، ص36.

⁶³² محمد عبد السليمان، المرجع السابق، ص37.

⁶³³ علي فيصل، المرجع السابق، ص38.

⁶³³ صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 300 – 304 / محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 214 / صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 23-27. / مصطفى جمال، المرجع السابق، ص406.

ومن ثم تبين أن التفسير القديم لمبدأ نسبية أثر العقد قد تغير، وسلم الجميع بأن المادة (1165) لا تتعلق إلا بالأثر الملزم للعقد، فالشخص لا يمكن أن يصبح اتفاقياً مديناً أو دائناً دون إرادته، ولا يجوز من ثم أن يتحمل بالتزام أو يطالب بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفاً فيه، إلا إذا كان استثناءً منتفعا من اشتراط لمصلحته. ولا تعارض بين مبدأ نسبية أثر العقد، على هذا التفسير، و التزام الغير طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، بتعويض الضرر الذي يلحق الدائن نتيجة الإشتراك مع المدين في الإخلال بتنفيذ التزاماته العقدية، لأن الغير حائذ، لا يطالب بدعوى ناشئة عن العقد الذي اعتدى عليه، فالأثر الملزم للعقد لا يتجاوز العلاقة بين طرفيه، ولكن على أساس الخطأ التقصيري الذي أتاه بمعاونة المدين في عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ومن هذا الخطأ التقصيري نشأت العلاقة القانونية بين الغير والدائن.⁶³⁴

ثانياً: نظرية المجموعة العقدية :

نعرض فكرة المجموعة العقدية و الانتقادات التي وجهت إليها، وموقف القضاء منها فيما يلي :

1- عرض فكرة المجموعة العقدية :

بعد أن استطاع الفقه ترصين مبدأ نسبية أثر العقد على النحو المتقدم إلى حد بعيد، وظل معياراً يصلح لازدواج المسؤولية المدنية ؛ عقدية وتقصيرية، إلا أن هذا المعيار سرعان ما تزعزع مرة أخرى، بسبب المساوي التي نتجت عن تطبيق المسؤولية التقصيرية للمتعاقد تجاه الغير على صعيد توقعاته العقدية، حيث أن إعمال نظام المسؤولية التقصيرية يؤدي في الغالب إلى إضعاف مركز المدين الذي يجد نفسه مسئولاً على نحو يتجاوز ما كان يتوقعه، فيصير ملزماً بالتعويض وفقاً لقواعد أشد قسوة مما لو خضع لأحكام المسؤولية العقدية، وهو ما يجعل مسئوليته تجاه الغير أشد وطأة من مسئوليته تجاه المتعاقد الآخر تبعاً لإعمال مبدأ نسبية أثر العقد. وبهدف الحد من اتساع مجال تطبيق المسؤولية التقصيرية على نحو غير مرغوب فيه، اتجه

⁶³⁴ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية و المرجع السابق، ص 215.

فريق من الفقهاء إلى ابتداء فكرة قانونية جديدة هي فكرة المجموعة العقدية التي طرحها الأستاذ تسيه TEYSSIE في رسالته للدكتوراه عام 1975،⁶³⁵ حيث لاحظ أن هناك طائفة من العقود قد ترتبط فيما بينها بروابط اقتصادية، أما بواسطة المحل أو بواسطة الغرض.⁶³⁶ ونادى بضرورة أن الرابطة الاقتصادية بين عقود المجموعة الواحدة يجب أن تصبح رابطة قانونية، بما يسمح بترتيب أثار قانونية على وجود المجموعة في ذاته، بحيث يصبح أطراف العقود المكونة لها أطرافاً في المجموعة، فيزول عنهم وصف الغير، اعتداداً بأن كلاً منهم يعد طرفاً في نفس المجموعة.⁶³⁷

ولقد تبنى الفقه نظرية المجموعة العقدية للتخفيف من وطأة مبدأ نسبية أثر العقد الذي قيل بأنه يعرقل مواكبة التطورات الاقتصادية على صعيد العلاقات القانونية.⁶³⁸ فقد حاول الأستاذ نيرت NERET في دراسته للعقود من

⁶³⁵ Teyssie (B.): Les groupes de contrats ; L.G.D. J. 1975.

أشار إليه : أسامة محمد ، النظرية العامة لعقود الباطن ، دار النهضة ، مصر ، 2008 ، ص 199 . ويرجع ظهور فكرة المجموعة العقدية ، في الفقه الفرنسي ، إلى النصف الثاني من القرن الماضي . حيث يرى البعض أن الأستاذ (ديوري) هو أول من لفت انتباه الفقه إلى هذه الفكرة عندما تسأل عام 1969 بصدد حديثه عن العقد المزوج الذي يربط الشاحن بالناقل من جهة وبين الناقل ومقاول التفريغ من جهة أخرى . عما إذا كان يجب حقيقة اعتبار الشاحن من الغير بالنسبة لمقاول التفريغ ، بحيث يكون في وضع قانوني مماثل لوضع أحد المارة الذي تسقط على رأسه شحنة من البضاعة المنقولة أثناء عملية النقل .

Durry (G.) : Obs. Sous cass. com. 4 dec. 1968. R. T. D. C. 1968. P. 774 .

أشار إليه : محمد حسين عبد العال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعة العقدية ، دار النهضة ، مصر ، 2006 ، ص 73 .

⁶³⁶ تتعلق المجموعة العقدية بدائن أحد أطراف التصرف . شريطة أن يكون حق الدائن قد نشأ عن تصرف أبرمه بدوره مع هذا الطرف . وتعني المجموعة العقدية أن ثمة عدداً من العقود التي ترتبط فيما بينها بما يكون المجموعة . وترتبط هذه العقود أما بواسطة المحل فتكون سلسلة عقدية بواسطة الضم أو التفرع ، فإذا باع الشخص شيئاً يملكه يكون لدينا بيع أول . فإذا باع المشتري بدوره الشيء صار لدينا بيع ثاني ومشتري ثاني فإذا باع هذا المشتري الشيء أيضاً صار لدينا بيع ثالث . وهكذا تكون عقود البيع هذه سلسلة عقدية ترتبط فيها العقود كونها ترد على الشيء المبيع . فينظم كل عقد بواسطة البيع إلى الآخر . وإذا أبرم الشخص مقالة ثم أبرم المقاول عقداً من الباطن يرد كلا العقدتين على إنجاز العمل و يبقى كل من العقدتين لا ينفذ حتى ينفذ الآخر ، فتكون المجموعة سلسلة بواسطة التفرع . أما أن ترتبط العقود بواسطة الغرض فتكون المجموعة عبارة عن تجمع عقدي : فلو اشترت شركة معملًا لتؤجره للزبون مع إعطائه وعد ببيع هذا المعمل له عند انتهاء مدة الإيجار ، فإن هذه العملية التي تسمى الليسنك تجمعاً عقدياً مكون من البيع والإيجار والوع كل منهما يرتبط بالآخر بواسطة الغرض ليكون تجمعاً عقدياً صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 187 و 188 / مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الإسلامي ، (مصادر الالتزام ، ط 1 ، الفتح للطباعة والنشر ، مصر ، 1996 ، ص 374 وما بعدها .

⁶³⁷ عبد العال ، محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 67 .
⁶³⁸ تعد فكرة المجموعة العقدية وليدة التطور الاقتصادي الذي يعيشه العالم ، إذ يصعب أن نجد مشروعاً اقتصادياً يقوم ويطور نفسه بمفرده ، وإنما الذي يحدث عملاً أن يعتمد بشكل أو بآخر على مجهودات غيره من المشروعات المماثلة أو المكملية ؛ إذ يلجأ المشروع الاقتصادي - في سبيل تحقيق نشاطه - إلى إبرام العديد من العقود المتتالية تارة والمكملة تارة أخرى ، بغية تحقيق أهدافه ، وتتدرج هذه العقود في إطار ما يسمى بالمجموعة العقدية . ولا تقتصر فكرة المجموعة العقدية على المشروعات الاقتصادية فحسب ، بل نجدها أيضاً على مستوى معاملات الأفراد فالشخص الذي يرغب في تشييد بناء له يبرم أكثر من عقد فيسبيل إنجاز هذا البناء ، فيتعاقد مع المقاول ، وهذا الأخير يتعاقد مع مقاول من الباطن ليقوم بالتنفيذ ، ويتعاقد مع =

الباطن أن يثبت أن المتعاقد الأصلي يرتبط بالمتعاقد من الباطن بعلاقة تظهر في أن كلا منهما يستطيع أن يمارس في مواجهة الآخر دعوى عقدية، لأنهما لا يعتبران من (الغير) ⁶³⁹. و يقول الاستاذ لوفيليك LORVELICE بأن عقد الليسنك (Leasing)، يخلق، دون شك، علاقات اقتصادية مادية بين البائع والمنتج و المستأجر. ومن ثم يصبح ضرباً من الزيف ان يقال أن (عملية الليسنك تتكون من عقود يستقل بعضها عن البعض الآخر) ⁶⁴⁰. ويذهب الأستاذ كاليه - أولوى بمناسبة تطور البيع بثمن مؤجل، إلى أن المشتري لا يعتبر (غيراً) بالنسبة لعقد القرض الذي يبرمه البائع مع أحد المؤسسات المالية لغرض تمويل البيع. وذلك لأن عقد البيع والقرض يشتركان في تكوين تجمع عقدي، وكل طرف في هذا التجمع يرتبط بالطرف الآخر بعلاقة عقدية. ⁶⁴¹

ويرى، أنصار النظرية، أن فكرة توحيد طبيعة المسؤولية بين اطراف الأسرة العقدية، يؤدي إلى احترام التوقعات العقدية للمدين الذي ينتظر على نحو مشروع ألا يسأل إلا وفقاً لما يقرره عقده، و تفادي إخضاعه للقواعد مختلفة للتعويض عن الضرر تبعاً لما إذا كان المضرور متعاقداً مباشراً أم شخصاً من الغير. كما أن هذا الحل يؤدي إلى تبسيط الإجراءات. فبدلاً من أن يرجع مالك المشروع على المقاول الأصلي، وقد يكون معسراً، ثم يرجع الأخير بدوره على المقاول من الباطن، فأن دعوى واحدة تكفي، بحيث يرجع مالك المشروع مباشرة ضد الأخير. ⁶⁴²

ولقد اعتنق هذا الاتجاه مفهوم واسع لمبدأ نسبية أثر العقد، حيث يرون أنه يجب عدم النظر إلى مبدأ النسبية على أنه يخص كل علاقة تعاقدية على حده، ولكن يجب تفسيره على نحو يشمل كافة التصرفات القانونية المتعاقبة

=المورد، الذي يورد مواد البناء التي يحتاجها المقاول، وهكذا نجد ان هذا الشخص يبرم أكثر من عقد تهدف جميعاً في النهاية إلى تحقيق هدف مشترك واحد، يتمثل في إنجاز البناء.

Weill (A.) : Droit civil 'Les obligations', Dalloz, 1974, 1 ed. no. 357, p. 368 .

أشار إليه : أسامة محمد، المرجع السابق، ص200.

⁶³⁹ Neret (J.) , 'le sous – contrat 'these precitee 'L.G.D.J. 1979 .

أشار إليه : محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص43

⁶⁴⁰ Lorvellec (L.) Note sous com '15 janv 1975 'D. 1975. P. 648 .

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق ، ص 279.

⁶⁴¹ ، المرجع السابق، 279.

⁶⁴² Jourdain (P.) : La nature la responsabilite civile dans les chaines de contrats apres l'arret

d' Assemblée pleniére du 12juillet 1991.D.1992 ,Chr.P.149.

أشار إليه : محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص38. ه 1.

على مال واحد، أو المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك،⁶⁴³ ورتبوا على ذلك نتائج هامة، هي :

أ- جعلوا من وجود المسؤولية العقدية أساساً قانونياً يسوغ بمقتضاه إنشاء دعاوى مباشرة أياً كان مضمونها بين أطراف المجموعة العقدية، بحيث يجوز لكل طرف أن يرجع مباشرة على طرف آخر، سواء بالضمان أو بالوفاء له بمستحقاته أو مطالبته بتنفيذ التزامه، حتى ولو لم توجد بينهما رابطة عقدية مباشرة، ما دام كل منهما طرفاً في المجموعة ذاتها.⁶⁴⁴

ب- نفي وصف (الغير) عن المشتركين في المجموعة، من خلال إطفاء الطبيعة العقدية على المسؤولية المدنية التي تنشأ بين أطراف المجموعة في علاقاتهم المتبادلة، بحيث تصبح المسؤولية العقدية وحدها هي الواجبة التطبيق في إطار المجموعة الواحدة. فزوال وصف الغير عن أعضاء المجموعة يستتبع بالضرورة عدم إثارة المسؤولية التقصيرية داخل المجموعة.⁶⁴⁵

إن الرغبة التي سيطرت على أنصار هذا الاتجاه في خلق علاقات تعاقدية بين أشخاص لا يرتبطون مباشرة بعقد، لمجرد أنهم أطراف في مجموعة عقدية واحدة، جعلتهم يفكرون في تحويل المفهوم التقليدي ل (الغير عن العقد) الذي يقوم عليه مبدأ النسبية، على نحو يسوغ اعتبار سائر المشتركين في مجموعة عقدية أطرافاً، وبحثاً عن الوسيلة المثلى لتحديد مفهوم الغير في ظل المجموعة العقدية ، انقسم الفقه في اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى هذا الاتجاه أن الأشخاص المشاركون في مجموعة العقدية واحدة ليسوا من الغير بالنسبة لكل عقد على حدة من العقود المتداخلة في المجموعة. وتبعاً لذلك، تصبح المسؤولية العقدية وحدها هي الواجبة التطبيق في علاقات هؤلاء الأشخاص مع بعضهم. فبموجب هذا الاتجاه يتم تغيير وصف المتعاقد و ليس المعيار الذي بموجبه تطبق أحكام المسؤولية العقدية. فقد كان المتعاقد من يساهم بإرادته في العقد، ولكن بموجب هذا

⁶⁴³ فيصل زكي، المسؤولية المدنية في إطار الاسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1992، ص 118 .

⁶⁴⁴ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 67.

⁶⁴⁵ فيصل زكي، المرجع السابق، ص 138.

الرأي يصبح المتعاقد من يساهم بإرادته أما في العقد و أما في المجموعة العقدية. أما (الغير) الذي يستبعد من نطاق المسؤولية العقدية، فهو (الغير الأجنبي) عن المجموعة العقدية هو وحده من يخضع للمسئولية التقصيرية.⁶⁴⁶

و في تحديد مفهوم (الغير) يقول الاستاذ نيرت NERET : " بأن 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 بالمسئولية التقصيرية، ومن ثم ينتهي إلى أن الشخص متى كان طرفاً في المجموعة العقدية يمكنه ممارسة دعوى عقدية في مواجهة أي طرف في المجموعة و إن لم يكن بينهم عقد مباشر، بل أن الشخص - الطرف - لا يستطيع ممارسة دعوى المسئولية التقصيرية عن الإخلال بالعقد لأنه تجرد من وصف (الغير) ".⁶⁴⁷

الاتجاه الثاني : وفيه أن الطرف في المجموعة العقدية يعتبر (غيراً)، لأن آثار أي عقد في المجموعة العقدية لا تنصرف إليه تلقائياً مثلما يحصل بالنسبة لمن يبرم عقد بإرادته فيكون طرفاً فيه. ومع ذلك فهو لا يعتبر (غيراً أجنبياً) لأنه يلتزم بأحد الالتزامات الناشئة عن أحد العقود التي تتكون منها هذه المجموعة، نظراً لأن هذه المجموعة قد تزج بهذه الالتزامات في محيط العقد ليصبح من مستلزماته.⁶⁴⁸ فبموجب هذا الاتجاه يلزم التفرقة بين شخصين، الشخص الذي لم يكن له دور في تكوين العقد وفي تنفيذ العلاقة التعاقدية، وهذا هو (الغير الأجنبي) الذي يخرج عن نطاق تطبيق أحكام المسئولية العقدية، ويخضع للمسئولية التقصيرية، وذلك الذي يشارك في تنفيذ

⁶⁴⁶ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية ، المرجع السابق، ص 39 .

⁶⁴⁶ Larroumt (Ch.) : L'action de nature necessairement contractuelle et la responsabilite civile dans les ensembles contractuels , J.C.P. 1988-1-3357.

أشار إليه : محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق، ص 37. ه 3 .

⁶⁴⁷ NERET (J.) ، le sous-contrat ، p. 604.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 279 / علي فيصل، المرجع السابق، ص 215.

⁶⁴⁸ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية، المرجع السابق، ص 40/ جاك غستان، المرجع السابق، ص 565.

العقد، دون أن يكون له دور في تكوينه، وهو (الغير المستفيد) الذي يخرج من نطاق المسؤولية التقصيرية ويدخل في نطاق المسؤولية العقدية.⁶⁴⁹

وعليه فإن تحويل مفهوم (الغير) على النحو المتقدم، ترتب عليه تحديد نطاق كل من نوعي المسؤولية المدنية على نحو مختلف كما كان عليه بموجب المعنى التقليدي لمعيار نسبية أثر العقد، فلم يعد نطاق تطبيق المسؤولية العقدية يسري على طرفي العقد الواحد فقط، وإنما امتد ليشمل إلى أطراف المجموعة العقدية الواحدة أيضاً. وبالمقابل تراجع نطاق المسؤولية التقصيرية، عند حدود المجموعة العقدية، دون أن يتجاوزها، بحيث لا تحكم إلا العلاقات أطراف المجموعة بالغير الأجنبي عنها.

2- انتقاد فكرة المجموعة العقدية :

لاقت نظرية المجموعة العقدية العديد من الانتقادات الحادة لدى فريق من الفقهاء، أبرزهم الأستاذ غستان،⁶⁵⁰ الذي تمسك بالتفسير التقليدي لمعيار نسبية أثر العقد، وما يترتب عليه من وجوب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الروابط الناشئة في إطار المجموعة العقدية، طالما لم يوجد عقد فردي يربط مباشرة بين المسئول والمضرور. ولقد بغلت هذه الانتقادات حد إنكارها ورفض الأخذ بها كلية، وتظهر هذه الانتقادات من خلال وجهين:

الوجه الأول: رفض الأساس:

تقوم نظرية المجموعة العقدية على أساس تشابك العلاقات الاقتصادية وتطورها بما يضيف طابعاً خاصاً للعلاقات التي تتحد في محلها أو سببها، ومن هنا أنكر جانب من الفقه حقيقة هذا التطور من عدة نواحي أهمها :

أ- عدم ضبط الأساس الاقتصادي الذي تقوم عليه المجموعة أدى إلى كثرة وتنوع أنواع وتصانيف هذه المجموعة، وتقسيمها وتشعبها على نحو يصعب إخضاعها جميعاً لنظام قانوني واحد يترتب نتائج متشابهة، تبعاً للمعيار غير الواضح الذي تتبناه النظرية.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ فيصل زكي، المرجع السابق، ص 116 / محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 92.

⁶⁵⁰ جاك غستان، المرجع السابق، ص 97.

⁶⁵¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 102.

ب- إن تأسيس المجموعة ومضمونها من شأنه تشويه فكرة المحل و السبب ذاتها. فقد قام أنصار النظرية بتقسيمها إلى سلسلة عقدية وتجمع عقدية، تبعاً لاتحاد المحل أو السبب، فبالنسبة لمحل العقد ينظر الأمر وفقاً لموضوع الأداء الجوهرى في العقد، وهذه النظرة يمكن تصورها في سلسلة العقود المتجانسة، أي التي تتعاقب فيها عدة عقود تتسم بطبيعة قانونية واحد كعقود البيع المتتالية.⁶⁵² أما في حالة السلسلة الغير متجانسة، فيرى الأستاذ غستان GHESTIN أن مفهوم الموضوع غامض، حيث أنه من الممكن تحديد موضوع أو التزام مشترك بين التزامات الصانع و البائع والمقاول و الناقل، إلا أن الأداء الجوهرى أو الالتزام الرئيسي لكل منهما يركز في النهاية إلى تسليم شيء مصنوع لصاحب العمل المستقل، وهذا القاسم المشترك (الأصغر) لا يحتمل تحليل مضمون الالتزامات الرئيسية.⁶⁵³ بل حتى مع غض الطرف عن هذه الالتزامات الجوهرية فأن وحدة المحل لا تسوغ إضفاء صفة الطرف على أشخاص بعيدين في السلسلة، فلا يمكن منحهم صفة كهذه لمجرد وحدة محل عقودهم.⁶⁵⁴

كذلك الأمر بالنسبة إلى التجمع العقدي، حيث تركز النظرية على مفهوم موسع للسبب بصورة خاصة، وتقوم على مبدأ نفسي بالنسبة للأهداف المباشرة وغير المباشرة التي تحتم توافق المتعاقدين. والحال - وفقاً ل (غستان) GHESTIN - أن توافقاً كهذا غير موجود بين هؤلاء الأشخاص حتى لو شاركوا في عملية اقتصادية مشتركة، فربما لم يتعاقدوا فيما بينهم، وعليه يركز الهدف الرئيس والمعروف لدى الجميع على قرينة مستنتجة من وجوه عملية إجمالية ساهموا فيها وليس من التعبير عن إراداتهم، وهذه المشاركة لا تشكل وحدها معياراً كافياً لتحديد امتداد إرادات أعضاء المجموعة العقدية، فضلاً عن أن التحليل المعتمد يستوعب اجتهاداً لمفهوم السبب، وهو تحليل غير متوافق مع الاتجاهات الحالية، ولا تقييم محكمة النقض الفرنسية وزنا لهدف ينشده الأطراف إلا لتقدير مشروعية السبب ووجوده.⁶⁵⁵

⁶⁵² صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد، المرجع السابق، ص 281

⁶⁵³ علي فيصل، المرجع السابق، ص221.

⁶⁵⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 933.

⁶⁵⁵ المرجع السابق، ص934 .

ت- لا يمكن تفسير وجود النظرية تبعاً لفكرة عدم القابلية للانقسام، إذ ليس صحيحاً القول بأن وجود المجموعة يستند إلى فكرة عدم القابلية للانقسام أو التجزئة أو أن كل عقد يشكل سبب للآخر، حيث أن عدم الانقسام هنا أمر طبيعي ناشئ عن تشابك طبيعي بين العقود. فضلاً عن أن فكرة عدم الانقسام ذاتها تستند إلى معايير اقتصادية غامضة ذات أبعاد تفتقر كثيراً إلى التحديد. وبالتالي فإنه من الصعب إثبات بأن جميع الأطراف قد عبروا بشكل صريح عن إراداتهم في جعل هذه العلاقات غير قابلة للانقسام.⁶⁵⁶

الوجه الثاني : رفض النتائج :

يؤدي إعمال المجموعات العقدية، على صعيد ازدواج نظام المسؤولية المدنية إلى نتيجة أساسية هامة، تتمثل في تطبيق المسؤولية العقدية بدلاً من المسؤولية التقصيرية في العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص المشتركين في مجموعة عقدية واحدة. وتترتب هذه النتيجة تبعاً لاعتناق مفهوم واسع لمبدأ نسبية أثر العقد، وهذا ما جعل الفقهاء المتمسكين بالمفهوم التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد، يرفضون ما تسفر عنه من نتائج، يعتبرونها مخالفة صارخة لمبدأ النسبية، ومجافاة للخلق القانوني. و نتناول هذه الانتقادات فيما يأتي :

أ- إن فكرة المجموعة العقدية بما تقرره من توسيع مفهوم الطرف في العقد، ليشمل أشخاص لم يتعاقدوا فيما بينهم تتناقض بشدة مع جوهر مبدأ النسبية، بالتالي فهي تؤدي إلى المساس بمبدأ استقلال الإرادة المرتبط به⁶⁵⁷ ؛ لأن هذا المبدأ يستلزم أن لا يسأل الشخص إلا بموجب إرادته، والمتعاقد إذا ساهم بإرادته في عقد منفرد فهذا لا يعني أن إرادته انصرفت أيضاً إلى المساهمة في مجموعة عقدية. يقول الأستاذ أو كسافيه ديو DIEUX أنه : " ليس ضرورياً قلب

⁶⁵⁶ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص105.

⁶⁵⁷ يرى بعض الفقهاء أن مبدأ سلطان الإرادة يشرح مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا الأمر صحيح إذ أن الشخص لا يلزم غيره بل يلزم نفسه فقط وفقاً لإرادته، ولكن مبدأ نسبية العقد أسبق في الظهور من مبدأ سلطان الإرادة، لذلك يرى الفقهاء المعارض لنظرية المجموعة العقدية، أن اتساع نطاق المسؤولية العقدية على النحو الذي يؤدي إليه إعمال النظرية، هو أمر يتضمن إنكاراً كاملاً لمقتضى المادتين 1134 و 1165 من التقنين المدني. فإذا كان العقد هو شريعة المتعاقدين، فهذا لأنه إرادة، بحيث ينبغي أن يقتيد وصف (الطرف المتعاقد) بهذا المعيار الشخصي. أما أن هذه النظرية تتجاهل هذا المعيار تماماً فلا يكون هذا الوصف مرتبطاً بدوره بالإرادة، وإنما يصبح متوقفاً على مجرد ملاحظة تشابك الروابط الاقتصادية أو وحدة المحل بين العقدين . محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص222 / زواري فريدة، المرجع السابق، ص 1.

المبادئ الأساسية للقانون المدني للوصول إلى حلول تناسب حالات خاصة، والتي عرضت بصدد المجموع العقدي " .⁶⁵⁸

ب- إن فكرة المجموعة العقدية، تتناقض الاتجاه السائد لدى القضاء نحو حماية المضرورين، فهي تستهدف فقط حماية التوقعات العقدية المشروعة للمدين المسئول وحده، فهي نشأت لأفادته هو فقط، وأغفلت أن هذا من شأنه إهدار مصالح المضرور بالتكرار لحاجاته إلى الاستقرار والتوقع. إذ يجد المضرور نفسه خاضعاً لنظام عقدي لمسئولية المدين، على نحو لم يتوقعه، ولم يسبق له مناقشته أو العلم به، ويفلت تماماً من إرادته،⁶⁵⁹ لذلك فإن أعمال المسئولية العقدية بين أطراف المجموعة العقدية لا تتسجم مع الحماية المقررة للمستهلك فيما يتعلق بالشروط المتعلقة بالمسئولية خاصة إذا تضمن عقد المدين المسئول شروطاً تقرر إعفاءه من هذه المسئولية تماماً أو تحد كثيراً منها، ففي هذه الحالة لا يستطيع المستهلك الذي تعاقد مع المنتج أن يرجع على منتج آخر ؛ لأن هذا الرجوع بموجب أحكام المجموعة مقيد بشروط جميع العقود التي تتكون منها المجموعة.⁶⁶⁰ وفي هذا الشأن تقول الأستاذة فيني : " أن نظرية المجموعة العقدية تنبئ عن قسوة بالغة بالنسبة للمضرورين " .⁶⁶¹

ت- تفتقر المجموعة العقدية للنظام قانوني خاص يسري على جميع العقود. ففي مجال الإنشاءات المعمارية، قد تختلف العقود من حيث الطبيعة على الرغم وجود ارتباط بينها. كأن يكون العقد الأصلي من العقود التي تخضع للنظام العام، أما العقد من الباطن فيطبق عليه القانون الخاص، كذلك قد

⁶⁵⁸ Dieux (X.) : Les chaines et groupes de contrats en droit belge – pour un retour au source «les obligations en droit français et droit belge», ULB, D, 1992, p. 150

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس المسئولية العقدية ، المرجع السابق، ص 48.

⁶⁵⁹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 109.

⁶⁶⁰ مقتضى وجود بند الاعفاء أو التخفيف من المسئولية ، أن المسئول يمكنه التمسك به في مواجه المضرور، سواء ورد هذا البند في العلاقة التعاقدية التي تشارك في تكوينها، أو كان قد تضمنه التصرف القانوني الذي ساهم هذا الأخير في بنائه. ولكي يمكن التمسك بهذا البند لا بد من توافر شروط بعثته إلى الوجود والتي من أهمها العلم والقبول ومن جهة أخرى عدم مخالفته للنصوص التشريعية الأمرة التي توفر حماية لبعض الأشخاص الذين يكونون في مركز قانوني معين كالمستهلك. ولبيان الخلاف الذي ثار في الفقه والقضاء حول هذه الشروط. أنظر : فيصل زكي، المرجع السابق، ص 193 / صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسئولية العقدية، المرجع السابق، ص 42.

⁶⁶¹ محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق، ص 109. هـ 4.

تختلف أحكام الضمان المقررة بشأن كل عقد في المجموعة.⁶⁶² أيضاً قد تختلف طبيعة الالتزامات التي يترتبها كل عقد من عقود المجموعة، فقد يترتب أحدها التزاماً ببذل عناية، بينما ينشئ الآخر التزاماً بتحقيق نتيجة،⁶⁶³ فإذا كان العقدان لا يخضعان لنظام قانوني واحد. ففي هذه الحالات فإن العقود في المجموعة لا تخضع لنظام قانوني واحد، مما يثير مشاكل قانونية عند تطبيق أحكام المسؤولية العقدية في إطار المجموعة.⁶⁶⁴

على الرغم من حدة الانتقادات التي وجهت إلى نظرية المجموعة العقدية، إلا أن جانباً الفقه يرى بأن الانتقادات التي تعرضت لها فكرة المجموعة العقدية ناتجة عن الخلط بين الالتزامات الناشئة عن العقد و التي تنصرف إليها إرادة المتعاقد وبين الإخلال بهذه الالتزامات باعتبار أن فرقاً كبيراً بينهما، فالإرادة لا يمكن أن تترتب التزاماً في ذمة (الغير) دون وسيلة أخرى خارج نطاق الإرادة قد تكون هذه الوسيلة الاستخلاف أو نص القانون. أما إذا أخل المتعاقد بالعقد فليس ثمة إرادة لنقل الالتزام إلى الغير و إنما المسألة التي تثور هي تعويض الضرر ولو ألزم المتعاقد في مواجهة (الغير) بالتعويض فإنه لا تنصرف إرادته إلى هذا التعويض. فالمسألة لا تتعلق بالزام الإرادة (للغير) هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا التزم المتعاقد بالتعويض بموجب أحكام المسؤولية العقدية في مواجهة الغير فإن هذا الالتزام لن يضر به فهو لا يلتزم إلا بتعويض الضرر المتوقع في هذه الحالة ، على حين لو التزم بموجب المسؤولية التقصيرية فإنه سيلتزم بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع . والواقع أن الخلط بين الالتزامات والإخلال بها حدث في نطاق المجموعة العقدية ، فلما سأل المتعاقد عن الإخلال بالعقد بموجب أحكام المسؤولية العقدية في مواجهة شخص يعد من (الغير) من الناحية التقليدية، عمم هذا الحل في نطاق تلك المجموعة، و رجح الاتجاه الذي يذهب إلى أن كل طرف في هذه المجموعة لا يعد من (الغير)، وبذلك يمكن أن ينصرف أثر العقد في هذه المجموعة إلى أي طرف فيها، ولو لم يكن طرف في هذا العقد، أي ولو لم يساهم بإرادته في إبرامه، وبذلك سوى بين الإخلال بالعقد الذي لا يمثل انصراف

⁶⁶² جاك غستان، المرجع السابق، ص 937.

⁶⁶³ Remy (Ph.) : Obs. sous cass civ. III ، 22 Juin 1988. R.T.D.C. 1989. P. 110 .

أشار إليه : محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 11. 2 .

⁶⁶⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 938.

الإرادة إلى الزام (الغير)، و بين الالتزام الذي هو تصرف إرادي. ومن هنا ظهر التراجع عن تلك المجموعة لتناقضها مع مبدأ استقلال الإرادة، أو لأن من غير المنطقي أن يلتزم شخص دون إرادته خاصة و أن الالتزام في حقيقته يمثل قيداً من القيود. أما لو تم الفصل بين الالتزام والإخلال به لكان الموقف من المجموعة العقدية مختلفاً.⁶⁶⁵

3- موقف القضاء :

كان القضاء الفرنسي حريصاً على احترام مبدأ نسبية أثر العقد، وحيث كان يرفض فكرة رجوع الشخص المتضرر من العقد بموجب قواعد المسؤولية العقدية إذا لم يكن طرفاً فيه، حتى لو كان هذا الشخص قد ساهم في بناء علاقات تعاقدية أخرى متعاقبة، أو مرتبطة بهذا العقد . ومن تطبيقات القضاء الفرنسي، ما قضت به محكمة النقض من أن المفاوض الذي يعهد إليه المستأجر بإجراء الإصلاحات اللازمة في العين المؤجرة، لا يمكن انعقاد مسؤوليته تجاه المؤجر عن الأضرار التي لحقت بهذا الأخير وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية المباشرة.⁶⁶⁶ وفي حكم آخر رفضت دعوى المسؤولية العقدية التي رفعها رب العمل ضد المنتج لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء تسليم هذا الأخير (للمفاوض المتعاقد معه) نسيج غير مطابق للمواصفات التي تم الاتفاق عليه في عقد البيع، على أساس إنتفاء العلاقة التعاقدية بين المدعي والمدعى عليه، والتي تعد عنصراً جوهرياً لتحريك المسؤولية العقدية.⁶⁶⁷ وحكمت أيضاً بقبول دعوى المستأجر ضد المهندس عن الأضرار التي لحقت به من جراء إخلال هذا الأخير بالتزامه بالتعاقد، وذلك على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.⁶⁶⁸

إلا أن القضاء الفرنسي وفي محاولة منه للخروج عن المعنى التقليدي للمبدأ نسبية أثر العقد، طبق أحكام المسؤولية العقدية على العلاقة بين المتعاقد

⁶⁶⁵ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 51 و 52.

⁶⁶⁶ Cass civ. 3.27.1.1988، Prec.

أشار إليه : فيصل زكي، المرجع السابق، ص 28 .

⁶⁶⁷ Cass civ. 3.19.1984، J.C.P. 85، 11، 20387، obs Malinvaud؛ D. 85، 213، note Benabent .

أشار إليه، المرجع السابق، ص 26.

⁶⁶⁸ Cass civ. 1.9.10.1962.D63، note Liet-veaux؛ J.C.P. 62، 11، 12290، Obs Esmein ؛ G.P. 62، 2، 289.

أشار إليه: المرجع السابق، ص 28.

وشخص كان يعد من الغير بموجب مبدأ نسبية أثر العقد عام 1988، وذلك في قضيتين شهيرتين، الأولى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بالزام المقاول من الباطن بتعويض رب العمل بموجب أحكام هذه المسؤولية رغم عدم وجود رابطة عقدية مباشرة بينهما. حيث قضت في قرارها قائلة : " عندما يعهد المدين بتنفيذ التزامه العقدي إلى شخص آخر، فإن الدائن لا يمارس في مواجهة هذا الأخير إلا دعوى هي عقدية حتما " ⁶⁶⁹ وفسرت ذلك بوجود رابطة بين العقود أي بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن. هذه الرابطة هي البديل عن العلاقة بين الأشخاص، فالمقاول من الباطن ما كان ليحدث ضرراً برب العمل لولا ارتباط عقده بالعقد الأصلي. ⁶⁷⁰

وفي قضية الثانية طبقت محكمة النقض أحكام المسؤولية العقدية في قضية عقود بيع متتابعة للمواد معينة و أداء خدمة، حيث قضت بأنه : " تطبق المسؤولية العقدية على كل من يتعرض للضرر في المجموعة العقدية ما دام لم يتعرض له إلا لأنه له علاقة بالعقد الأصلي " . ⁶⁷¹

لقد قيل أن الذي حمل القضاء على ذلك مبادئ هي أقوى من المعيار التقليدي و أبرزها أثنان هما :

المبدأ الأول : هو مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين، لأن من تكون له دعوى عقدية في مواجهة الطرف الذي يتعاقد معه سيخالف هذا المبدأ لو أعطي له الحق في إقامة الدعوى بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية عن الإخلال بالعقد لمجرد أن من يقيم عليه الدعوى هو من الغير. فعلى سبيل المثال : إذا باع شيء إلى مشتر ثم باع هذا المشتري الشيء ثانية على مشتري آخر، فإن الإخلال بعقد البيع الأخير يعطي للمشتري دعوى عقدية

⁶⁶⁹ (dans le cas ou le debiteur de une obligation contractuelle a charge un obligation contractuelle a charge un autre personne de l' execution de cette obligation le creancier ne dispose contre cette derniere que d " une action de nature necessairement contractuelle). v. cass. civ -1- 21 juin 1988. J. c. p. 1988 – 11 – 21070. Obs. JOURDAIN.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص 188. هـ 3 / محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص 177. هـ 1.

⁶⁷⁰ ، المرجع السابق، ص 284 / حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 219.

⁶⁷¹ Cass ، 21 juin 1988 ، cite par JOURDAIN ، la responsabilitee civile dans les group de contrats ، article precitee.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 36. هـ 2.

في مواجهة البائع الذي تعاقد معه، إذا أعطي دعوى في مواجهة البائع الأول وكانت تقصيرية لأن هذا البائع من (الغير)، فهذا يعني أن المشتري الأخير تكن له حرية اختيار المسؤولية إما عقدية في مواجهة البائع الأخير و إما تقصيرية في مواجهة البائع الأول، وهذا يؤدي إلى انتهاك المبدأ المذكور.

و أما المبدأ الثاني : هو مبدأ التوازن العقدي. فالتوازن العقدي قائم على التوقع، فإذا لم يأخذ هذا التوقع بنظر الاعتبار أدى ذلك إلى الإخلال بهذا التوازن. فالمقاول من الباطن بوصفه متعاقد يتوقع أن يسأل بموجب أحكام المسؤولية العقدية عند إخلاله بعقد المقاولة من الباطن. فإذا رفع عليه رب العمل دعوى مسؤولية تقصيرية فأن ذلك سيكون على خلاف توقعه ويخل بتوازن علاقته العقدية مع المقاول. ومن ثم لا مناص من انصراف الأثر العقدي إلى رب العمل بوصفه دائناً فيقيم دعوى مسؤولية عقدية حفاظاً على ذلك التوازن.⁶⁷²

ولكن محكمة النقض الفرنسية فاجأت الفقه مرة أخرى، و تراجعت عن هذا الموقف عام 1991، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن رب العمل أقام الدعوى على مقاول من الباطن يطالب بموجبها بالتعويض بموجب أحكام المسؤولية العقدية، إلا أن المحكمة طبقت معيار نسبية أثر العقد ورفضت تطبيق أحكام هذه المسؤولية استناداً إلى أن " المقاول من الباطن لا يرتبط عقدياً مع رب العمل ".⁶⁷³ ويرى الفقه أن هذا الحكم يفهم منه أن المحكمة أرادت بذلك أن تظهر تمسكاً شديداً بالمفهوم التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد. ففي ظل هذا المفهوم، الذي يعكس مبالغة مفرطة في توسيع دور الإرادة، تشكل الدعوى العقدية لمالك المشروع ضد المقاول من الباطن خروجاً على مبدأ النسبية، لا يجد سنداً له بمقتضى نص تشريعي، ولا يمكن تفسيره بالاستناد إلى قاعدة انتقال الملحق.⁶⁷⁴

⁶⁷² صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 189.

⁶⁷³ Cass 12 juillet 1991, cite par Patrice JORDAN 'la responsabilité civile, dans les groupes de conrat 'las obligations 'en droit français et droit belge, convergences et divergences, ULB, université de BRUXELLES et de PARIS. D. 1994, p. 104.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 12/ حسن حسين البراوي ، المرجع السابق، ص 220.

⁶⁷⁴ Mourier (R.) : concl. sous Ass. Plen ; 12 Juill. 1991, R. J. D. A. 1991, P. 110 .

أشار إليه : محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 224 .

هذا في فرنسا أما في البحرين، فقد تصدى القضاء لموضوع المجموعة العقدية، وكان هذا التصدي في ميدان الالتزام بضمان السلامة في عقد المقاولة على وجه الخصوص، حيث أصدرت محكمة التمييز البحرينية في عام 2003 حكماً هاماً في قضية رفعها رب العمل ضد كل من المقاول والمهندس، نتيجة ظهور تشققات في البناء، حيث قضت المحكمة بمسئولية المقاول والمهندس على وجه التضام. و ورد في حكمها : "أن مفاد المادة 13 من قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 تحميل المرخص له والمهندس والمقاول المسئولية 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 مسئوليته طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالمضرور فيتسع النص ليشمل مسئوليته التقصيرية أو العقدية سواء قبل الغير أو قبل بعضهم البعض حسب الأحوال".⁶⁷⁵ ومن خلال هذا الحكم يتضح أن محكمة التمييز لم تقر بحجية المجموعة العقدية بالنسبة للعقود المطروحة، ولا يمكن التذرع بأن هذه العقود قد أبرمت بشكل جماعي بين المالك والمقاول والمهندس، بمعنى وجود عقد واحد يجمعهم جميعاً حتى يرجع كل منهم على الآخر بالمسئولية العقدية، فالثابت وفقاً للحكم المشار إليه أن محكمة أول درجة قد قضت بمسئولية المقاول والمهندس على وجه التضام بما يقطع بعدم وجود عقد بين هذين الطرفين، كما ذكرت محكمة التمييز أن رجوع المالك والمقاول والمهندس (كل بحسب مسئوليته طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالمضرور) بمعنى تطبيق القواعد التقليدية للمسئولية، فإن انتفى العقد طبقت أحكام المسئولية التقصيرية بطبيعة الحال.⁶⁷⁶

ورغم أن رجوع القضاء والفقهاء عن نظرية المجموعة العقدية يعزز من معيار مبدأ نسبية أثر العقد للحكم بالمسئولية العقدية إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً في هذا السياق أيضاً. ففكرة انصراف بعض أثار العقد إلى الخلف الخاص تعني أن هذا الخلف سواء اكان مسئولاً أو متضرراً تطبق عليه أحكام

⁶⁷⁵ الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 381 سنة قضائية 2002 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/09/22 -

صفحة رقم 485.

⁶⁷⁶ علي فيصل، المرجع السابق، ص 243.

المسئولية العقدية في حدود هذه الآثار، فإذا أبرم البائع عقداً بصدد المبيع قد تنتقل بعض آثار هذا العقد إلى المشتري بوصفه خلفاً خاصاً ومن ثم تطبق أحكام المسؤولية العقدية في حدود هذه الآثار بين هذا الخلف ومن تعاقد البائع معه رغم عدم إبرام عقد بينهما.⁶⁷⁷

وتجد الإشارة هنا إلى أن بعض التشريعات الخاصة، ولا سيما تلك التي تسعى إلى حماية الفئات الضعيفة تتجاهل تماماً التمييز بين المسؤولية العقدية من جهة والمسئولية التقصيرية من جهة أخرى، فمقتضى التشريع الجزائري المتعلق بحماية المستهلك مثلاً، يستطيع المستهلك عند توافر حالة الضمان أن يرجع على أي من المتدخلين في أي مرحلة من مراحل عرض المنتجات للاستهلاك، بعض النظر عن العلاقة العقدية التي تربطه بأحد المتدخلين.⁶⁷⁸

• استنتاج :

إن فكرة المجموعة العقدية على الرغم من أنها تؤدي إلى تحقيق المساواة بين المتضررين سواء كان المتضرر متعاقداً مع المدين المسئول أو كان من الغير، إلا أنها فكرة منتقدة ؛ لأنها ترتب نتائج غير مقبولة على صعيد قاعدة ازدواج نظام المسؤولية المدنية، هي:

1- تشويه مفهوم معيار نسبية أثر العقد ؛ لأن التسليم بوجود علاقات عقدية تربط بين جميع الأطراف في المجموعة العقدية ، يعني أن كل شخص من الأشخاص المشتركين في المجموعة العقدية سيكتسب صفة (الطرف)، ويزول عنه وصف (الغير)، في مواجهة الباقيين، فلا يكونون جميعاً من الاغيار في علاقاتهم المتبادلة، و هذا يؤدي إلى تغيير مفهوم مبدأ نسبية أثر العقد على نحو غير مقبول، فلم يعد يقتصر على كل علاقة تعاقدية على حدة، بل أصبح يشمل جميع العلاقات التعاقدية المتعاقبة على مال واحد، أو المترابطة بقصد تحقيق

⁶⁷⁷ صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 284.

⁶⁷⁸ نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012 .

هدف مشترك ، مما يؤدي بالتالي إلى انحسار مفهوم (الغير) على (الغير الاجنبي) تماماً عن المجموعة، أي كل شخص لم يشارك فيها.

2- القضاء على قاعدة ازدواج المسؤولية المدنية؛ لأن استبعاد صفة (الغير) واسباع صفة (الطرف) على كل شخص من الاشخاص المشاركين في المجموعة حتى ولو لم تربط بينهم علاقات عقدية مباشرة ،يؤدي إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية واستبعاد المسؤولية التقصيرية في حالة إخلال أحد الاطراف بالتزاماته مواجهه البقية. ومما يؤدي بالتالي إلى إهدار مبدأ نسبية أثر العقد، باعتباره المعيار الذي يميز نطاق كل من المسئوليتين. مما يؤدي بالنهاية إلى القضاء على فكرة الازدواج ذاتها، وتوحيد نظام المسؤولية المدنية.

3- اختلاف عبء الاثبات بين أطراف المجموعة العقدية الواحدة ، فإذا حدث إخلال من جانب أحد أطراف المجموعة العقدية، فإنه لا توجد أدنى صعوبة في إثبات الخطأ إذا كانت الالتزامات المنبثقة من الأسرة العقدية ذات طبيعة واحدة، كما لو كانت هذه الالتزامات جميعها مضمونها تحقيق نتيجة أو بذل عناية، حيث يكفي في هذه الحالة أن يقوم الطرف المتضرر بإثبات عدم تحقق النتيجة المطلوبة، وفي الحالة الثانية يجب عليه اثبات عدم قيام الطرف المسئول ببذل العناية الواجبة عليه.

ولكن الإشكالية هنا تظهر في حالة اختلاف التزامات الأطراف في المجموعة العقدية الواحدة، كأن يكون مضمون الالتزام الذي يتحمل كاهل الطرف المسئول بموجب العلاقة العقدية التي شارك في تكوينها تحقيق نتيجة، بينما يكون مضمون الالتزام المنبثق من العلاقة العقدية التي شارك فيها الطرف المتضرر بذل عناية، والعكس، فهل سيعتد لتحديد من يقع عليه عبء الإثبات بمضمون الالتزام الملقى على كاهل الطرف المسئول، فيقع على عاتق الطرف المتضرر وفقاً للمثال السابق، عبء إثبات عدم بذل العناية الواجبة من جانب الطرف المسئول، أم بمضمون الالتزام المنبثق عن العقد الذي شارك فيه الطرف المتضرر، فيقع على عاتق الطرف المسئول عبء إثبات السبب الاجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة المطلوبة ؟

4- مخالفة إرادة المشرع ؛ لأن توحيد طبيعة المسؤولية في إطار المجموعة العقدية، يتنافى مع منهج تصنيف صور المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، الذي اتبعه المشرع عند وضع نصوص التشريعات المدنية، حيث وضع لكل صورة نظامها القانوني الخاص بها، وخص كل منهما بأحكام تختلف عن الأخرى في بعض المسائل، كمسألة التقادم، ومدى التعويض، والتضامن وغيرها ؛ مما يقتضي وجود نطاق محدد لك منهما، لا يجب تعديده أو الاعتداء عليه من جانب الصورة الأخرى، وبالتالي فأن استبعاد تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، وإحلال أحكام المسؤولية العقدية محلها يترتب عليه إهدار القيمة القانونية للنصوص التشريعية التي وضعها المشرع لتنظيم نطاق كل منهما.

5- الحرمان من مزايا المسؤولية التقصيرية ؛ لإن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية داخل المجموعة العقدية، يؤدي إلى حرمان الطرف المضرور من المزايا التي توفرها له أحكام المسؤولية التقصيرية، و المتمثلة بتعويضه عن كافة الأضرار المباشرة التي لحقت به المتوقعة منها وغير المتوقعة، و ميزة بطلان شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الناتجة عن تعلق أحكام المسؤولية التقصيرية بالنظام العام. هذا من جهة المضرور .

أما جهة الطرف المسئول، فأن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية يحرمه من ميزة التقادم القصير الخاصة بدعوى المسؤولية التقصيرية. حيث أن دعوى المسؤولية التقصيرية يتعين ممارستها خلال ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بالشخص المسئول، أو 15 سنة من تاريخ واقعة الإخلال أيهما أقرب، و نظراً لأن أطراف المجموعة العقدية يعرفون بعضهم بحكم المصالح المتبادلة فيما بينهم، و بالتالي فأن دعوى التعويض ستسقط بمضي ثلاث سنوات على فرض تطبيق نظام المسؤولية التقصيرية . كذلك يحرم الطرف المسئول من ميزة التضامن المفترض بين المدينين في مبلغ التعويض.

المطلب الثاني

إشكالات معيار الإخلال بالعقد

لا تنشأ المسؤولية العقدية لمجرد وجود عقد بين المسئول والمضرور، ولا يكفي، لقيامها وجود صلة مادية بين العقد والضرر الذي لحق طرفيه، على تقدير أنه لولا العقد لما وقع الضرر، - كالصلة بين اعتداء المؤجر على المستأجر أثناء نقاش حول إصلاح العين المؤجر أو دفع الأجرة الذي لم يكن ليقع لولا الإجارة، بل يجب، لقيام المسؤولية العقدية، أن يكون الضرر الذي لحق أحد العاقدين، قد نشأ عن إخلال العاقد الآخر بالتزام ناشئ عن العقد القائم بينهما، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع أو تسليمه، أو التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة.⁶⁷⁹ وعليه فقد وصف الإخلال بالعقد بأنه خطأ ومن ثم أصبح ركنا في المسؤولية، وبذلك تشترك المسؤولية العقدية مع المسؤولية التقصيرية في أنه يشترط في كل منهما الخطأ. ولكن الذي يميز الأولى أن الإخلال يرد على التزام عقدي أما الثانية فأن الإخلال يرد على التزام قانوني. ولما كان من المتفق عليه أن طبيعة الخطأ هي التي تحدد نوعية المسؤولية التي تقوم، ولذلك لا بد من وجود معيار فني ودقيق يميز به بين الأفعال التي تصدر من المتعاقد فيما إذا كانت تخضع للمسؤولية العقدية أو للمسؤولية التقصيرية، وهذا المعيار هو معيار الإخلال بالتزام العقدي.

وفي إطار تحديد مضمون معيار الإخلال بالتزام عقدي، تبنى الفقه تقسيم الالتزامات إلى التزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة. فإذا كان الالتزام هو التزام ببذل عناية، فأن المدين يلتزم فقط باستعمال الوسائل اللازمة لإتمام عملياته، بأن يظهر حرصه في القيام بما يمكنه حتى يسمح للدائن بالحصول على النتيجة التي يريدها، أي أنه يبذل جهده للوصول إلى الغرض سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق لأن مضمون هذا الالتزام هو القيام بعمل دون ضمان النتيجة، ومقدار العمل يقاس بالعناية التي يبذلها الشخص العادي، وهذا المقدار يزيد أو ينقص تبعاً لما يقضي به الاتفاق أو ينص عليه القانون. ومن ثم، يقع على الدائن عبء إثبات عدم تنفيذ المدين للالتزامه، وذلك

⁶⁷⁹ محمود جمال الدين ، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 218.

بإقامة الدليل على أن المدين لم يقم ببذل العناية المطلوبة.⁶⁸⁰ وفي إطار هذا النوع من الالتزام تتشابه قواعد المسؤولية العقدية مع قواعد المسؤولية التقصيرية.

ومن أمثلة هذا النوع من الالتزام، التزام المستعير بالمحافظة على الشيء المعار، و التزام الصيدلي بإعلام المريض بالطريقة المثلى للاستعمال الدواء،⁶⁸¹ الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة.⁶⁸²

أما في الالتزام بالنتيجة يلتزم المدين أكثر من الالتزام ببذل عناية حيث يلتزم المدين في مواجهه الدائن بتحقيق نتيجة محددة و معينة، كالالتزام بنقل ملكية شيء، والالتزام بتسليم الشيء المباع، أو الالتزام بتزويد منزل بجهاز إنذار، فهذه الالتزامات كلها التزامات بتحقيق نتيجة، حيث لا يقبل الدائن بأن يطغى الشك على تأكيد تحقق النتيجة. فمضمون الالتزام يظهر في النتيجة نفسها، وحتى يحققها على المدين أن يضع تحت تصرف الدائن كل الوسائل حتى يستطيع تحقيق النتيجة.⁶⁸³

لقد أثار المعيار الإخلال بالالتزام العقدي في التطبيق أحكام المسؤولية العقدية بعض الاشكالات القانونية، التي عجز الفقه عن إيجاد حلال لها، ابرزها:

1- إن تحديد الخطأ العقدي وفقاً لتقسيم الالتزامات العقدية إلى الالتزامات بنتيجة، والالتزامات ببذل عناية رغم أنه يبدو سهلاً، ألا أنه ليس منضبطاً فقد نجد المتعاقد الذي يكون مديناً هو الذي يتحمل عبء نفي الخطأ رغم أن التزامه هو التزام ببذل عناية. ومن ذلك على سبيل المثال : المودع والعامل و المستأجر فعندما يلتزم كل منهم بالمحافظة على الشيء فأن التزامه هو التزام ببذل عناية ومع ذلك هم من يتحمل عبء إثبات أنهم بذلوا العناية المطلوبة، والواقع عندما يكون سبب

⁶⁸⁰ سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 68.

⁶⁸¹ المرجع السابق، ص 183.

⁶⁸² أمل كاظم ومحمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 109 – 112.

⁶⁸³ سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 67-70.

الضرر مجهولاً فإن من الصعب، إن لم يكن مستحيلاً على المتعاقد أن ينفي الخطأ عن نفسه.⁶⁸⁴

2- إن المسؤولية ترد على سلوك المدين، إلا أن جانباً من الفقه ذهب إلى أن الالتزام بالنتيجة يقيم المسؤولية الموضوعية، أي مسؤولية بدون خطأ، مقابل لها مسؤولية شخصية تستلزم الخطأ في الالتزام ببذل عناية. حيث يرون أن الالتزام العقدي إذا كان محله تحقيق نتيجة معينة توافرت المسؤولية عند عدم تحقق النتيجة ولو لم يثبت بجانبه أي خطأ مادام لم يثبت السبب الأجنبي، أما إذا كان محل الالتزام العقدي مجرد بذل العناية، فيجب بحث سلوك المدين، ومقارنته بسلوك الرجل العادي الذي يرتبط بعقد مشابه، لبيان ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه ببذل العناية المطلوبة منه، فيعندم خطؤه، أم لم ينفذه، بقصوره عن بذل هذه العناية، فيقوم الخطأ في جانبه.⁶⁸⁵ وبذلك تظهر المسؤولية العقدية مزدوجة في إطار نظام عقدي واحد قائم على الإرادة.

3- إن تقسيم الالتزامات العقدية إلى الالتزامات بنتيجة و الالتزامات ببذل عناية، ليس من النظام العام و هذا يعني جواز الاتفاق على تغيير طبيعة الالتزام أي تحويله من التزام بنتيجة إلى التزام ببذل عناية أو من بذل عناية إلى نتيجة، ويفترض أيضاً أن الإرادة تستطيع أن تغير المسؤولية العقدية من نظام إلى آخر، بل وتستطيع أن تعفي أي طرف في العقد من المسؤولية على اعتبار أن المتعاقد يكون على بصيرة بصدد ذلك ما دامت المسؤولية لا تخرج عن حدود توقعه.

4- إن معيار التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية يحتاج بدوره إلى معيار آخر للتمييز بين الالتزامين، لنعرف متى يكون الالتزام بنتيجة، ومتى يكون الالتزام ببذل عناية، والراجح أن المعيار هو معيار (الاحتمال)، فإذا كانت النتيجة لا تتوقف على الاحتمال و إنما تقع حتماً كان الالتزام التزاماً بنتيجة أما إذا كانت محتملة كان الالتزام التزاماً ببذل عناية. إلا أن هذا المعيار لا يمكن الركون إليه

⁶⁸⁴ محمود جمال الدين، المرجع السابق، ف 6، ص 28-29 / سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 82/ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 216.

⁶⁸⁵ عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 100 / سعاد بختاوي، المرجع السابق، ص 70.

لأنه معيار فقهي غير منضبط ؛ فهو يخضع تحديد طبيعة الالتزامات، ومن ثم نوع المسؤولية إلى السلطة التقديرية للقضاء .⁶⁸⁶

ومن خلال ما تقدم يتبين أنه ليس ثمة معيار ثابت ودقيق ومحدد، يمكن أن نحدد بموجبه نطاق المسؤولية العقدية، لكي نجعل منها نظاماً قائماً إلى جانب المسؤولية التقصيرية. فضعف المعيار في التأسيس للمسؤولية العقدية أدى إلى بروز جوانب سلبية لهذه المسؤولية، و إلى تشكيك الفقهاء في وجودها، فهل هي موجودة فعلاً في الواقع أم أنها مجرد هالة فقهية لا وجود لها في الواقع؟؟!

المبحث الثاني

فكرة إلغاء المسؤولية العقدية

لم يكتف اتجاه في الفقه بالتشكيك في وجود المسؤولية العقدية تبعاً لضعف المعيار الذي أسست بموجبه، وإنما ذهب إلى أن نظام المسؤولية العقدية، هو نظام خاطئ كلية ولا مبرر لوجوده أصلاً،⁶⁸⁷ واستند هؤلاء في إثبات خطأ هذا النظام وعدم جدواه إلى حجج تاريخية وأخرى موضوعية، إلا أنه وفي ظل الانتقادات الشديدة التي وجهت لها، تمسك جانب من الفقه بها و حاولوا الإبقاء عليها. وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول نفرد للوقوف على نظرية نفي المسؤولية العقدية، و الثاني نخصص لبيان موقف المتمسكين بنظام المسؤولية العقدية، مع بيان موقف القضاء منها .

⁶⁸⁶ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 68.
⁶⁸⁷ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 375 / صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 105-139.

المطلب الأول

عرض فكرة الإلغاء

كان الفقه شبه مجمع على أن عدم تنفيذ العقد يؤدي إلى تعويض الضرر الناشئ عنه بموجب أحكام المسؤولية العقدية، وإن هذا التعويض يختلف عن تنفيذ الالتزام العقدي. ولكن البروفسور فليب لو تونوا، في الطبعات المتلاحقة لكتابه عن المسؤولية المدنية، تمسك باعتباره، أن التعويضات الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي، تصبح شكلاً من أشكال تنفيذ العقد، بما هو مساوٍ للالتزام العقدي الذي لم ينفذ، وبذلك تصبح علاقة عدم تنفيذ الالتزام العقدي بالمسؤولية العقدية اصطلاحية. وهو بذلك يرفض أي وظيفة إصلاحية للتعويض الناتج عن الإخلال بالعقد، ويرى أن هذه الوظيفة تقتصر على المسؤولية التقصيرية، فهي وحدها القادرة على تعويض جميع الأضرار ومن بينها الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ العقد.⁶⁸⁸ ولقد بقي هذا الرأي معزولاً في الفقه مدة من الزمن، حتى جاء العميد دنيس تالون Tallon، الذي دعم رأي البروفسور فليب في عدة مقالات له، نشرت سنة 1994. وانتقد هذا الكاتب ربط الإخلال بالعقد بنظام المسؤولية، حيث يرى أنه لا ينبغي الحديث عن خطأ تعاقدى بل عن عدم تنفيذ، وأن استخدام كلمة (الخطأ) استعارة سيئة من نظام المسؤولية التقصيرية.⁶⁸⁹ ثم جاء من بعده البروفسور فليب ريمي، الذي تبني هذا الاتجاه في مقالين شهيرين، أحدثا انقلاباً فقهياً مشهوداً، جعل الكثير من الفقهاء يضربون على نفس الوتر، و ينادون بهدم المفهوم الخاطئ للمسؤولية العقدية.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ V.l'ed. 2000 de ce traite -- redige -- avec L. Cadet 'et intitule desormais droit de la responsabilite et des contrats (precisement pour marquer le refus des auteurs d'enterinerl'isage de l'expression " responsabilite contractuelle " sansa pour autant priver le lecteur des developpements que les partisans de la " responsabilite contractuelle " rattachent a ce concept) n° 802-809 .

أشار إليه : جنيف فيني ، المرجع السابق، ص473. هـ 18.

⁶⁸⁹ D.Tallon: Pourquoi parler de faute contractuelle ? de G. Cornu ,P. 429 et s. ; "L'inexécution du contrat : pour une autre presentation" ,RTD civ. 1944 ,P. 223.

أشار إليه : المرجع السابق، ص473. هـ 19

⁶⁹⁰ ((critique du systeme francais de responsabilite civile)) ، Revue ((Droit et Cultures)) 1996. p. 31 ، ((La responsabilite contractuelle : histoire d'un faux concept)) ,RTD civ.1997. p. 323 .

أشار إليه : المرجع السابق، ص473. هـ 20.

و يستند هذا الاتجاه الذي ينفي وجود المسؤولية العقدية، إلى حجج بعضها تاريخية، والبعض الآخر موضوعية :

أولاً : الحجج التاريخية :

يذهب هذا الاتجاه إلى أن المسؤولية العقدية تفتقر إلى الجذور التاريخية التي تصلح للتأسيس لها. حيث يرى البروفسور فليب ريمي في مقالته ((المسؤولية العقدية، مفهوم خاطئ تاريخياً))، أن مصطلح المسؤولية العقدية لم يرد في الفقه القانوني الذي أسس للقانون المدني الفرنسي. حيث يقول : " أن واضعي القانون المدني، باتباعهم رأي كتاب القانون القديم، خاصة دوما و بوتيه، ألحقوا بالأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية وظيفة حصرية نحو التنفيذ بما يعادل الالتزام العقدي. و أن الاعتراف بالوظيفة التعويضية، وبالتالي ربط الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ بمفهوم المسؤولية العقدية هو ابتكار متأخر للفقه يُنسب أساساً إلى بلانيول، وتبعه من بعد حول هذه النقطة هنري، ليون، ومازو، الذين كانوا مشبعين بالأفكار القديمة التي كانت تدافع عن الخطأ أساساً للمسؤولية، فالدعوى إلى المسؤولية محرك في الأساس بالحرص على إخضاع الحق بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد إلى إثبات وجود الخطأ، في حين أنه في نطاق التعاقد، وحده عدم تنفيذ العقد هو المهم ".⁶⁹¹

فمن يرجع إلى دوما (DOMAT) يجد أن هذا الفقيه لم يبحث في المسؤولية؛ لأن هذه الكلمة لم تكن موجودة في عهده، لكنه بحث مطولاً في (التعويض) في الباب الخامس من كتابه الثالث، وطوال فترة البحث، لا يزال يذكر أن التعويضات مهما كان مصدرها - عدم تنفيذ العقد أو خطأ غريب عن العقد - لها وظيفة التعويض عن الأخطاء أو تعويض ضرر المتضررين.⁶⁹² وهو ما يعني أن هذا الفقيه لم يعن بوجود مسؤولية عقدية، و أن إزالة الضرر العقدي عنده لا تتم إلا بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية التي تعتبر القاعدة بالنسبة للمسؤولية. وفي هذا الصدد كتب يقول : " التعويض هو النتيجة الطبيعية لكل أنواع الالتزامات الخاصة (التعاقدية)،

⁶⁹¹ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق ، ص 105 .

⁶⁹² . جنيفي فيني، المرجع السابق، 475.

والالتزام العام بعدم الإضرار بالغير (الجريمة) والتي تسبب بعض الضرر، أما بعدم الالتزام بالتعهد أو التحلل منه، وهذا يستدعي إصلاح الخطأ الضار" وكتب أيضاً : " مهما كانت طبيعة الضرر، وكان سببه، فالملتزم عليه أن يصلح بالتعويض المتناسب مع خطئه أو جرمه والخسارة الناتجة عنه".⁶⁹³

ولا يختلف الحال عند بوتييه (POTHIER)، فهو مثل دوما، لم يتكلم عن المسؤولية العقدية، وإنما شرح أحكام التعويض في بحثه عن الالتزامات تحت عنوان (التعويضات الناتجة إما عن عدم تنفيذ الالتزامات، وإما عن التأخير في التنفيذ). و وظيفة التعويض في نظر بوتييه هي نفسها، مهما كان مصدر الالتزامات التي تم الإخلال بتنفيذها، سواء كان العقد أو شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة، أو القانون ذاته. وهذه الوظيفة هي إصلاح الضرر. وفي ذلك كتب يقول : " عندما نقول أن المدين ملزم بتعويض الدائن عن الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزام، هذا يعني أن يعوض الدائن عن الخسارة التي لحقت به والربح الذي فاته بسبب عدم تنفيذ الالتزام ".⁶⁹⁴

ولقد حدد بوتييه، مجال هذه الوظيفة التعويضية، بالأضرار المباشرة دون الأضرار الغير مباشرة، التي في رأيه، لا يلزم التعويض عنها. وهذا التمييز بين الأضرار المباشرة وغير المباشرة مهم ؛ لأن تحديد مدى التعويض بأضرار المباشرة يعزز الفكرة بأن الأمر يعني مجرد بديل عن التنفيذ.⁶⁹⁵

أما كيف ظهرت المسؤولية العقدية، فهذا يرجع إلى أن بعض الفقهاء، وعلى وجه التحديد بلانيول (PLANIOL) ومازو (MAZEAUD) فقد أعطيا لمعالجة الإخلال العقدي وظيفة إصلاح الضرر، وبذلك تحولت هذه المعالجة إلى المسؤولية العقدية.⁶⁹⁶ وهذا غير صحيح مثلما يبين أصحاب هذا الاتجاه عند نفي المسؤولية من حيث التأصيل الموضوعي. واضح أن نشوء المسؤولية _ على وفق هذا الاتجاه _ من الناحية التقليدية التاريخية لم يستند

⁶⁹³ المرجع السابق، ص 475 / صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 105 .

⁶⁹⁴ جنيفي فيني ، المرجع السابق، ص 476.

⁶⁹⁵ ، المرجع السابق، ص 477 / صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 105 و 106.

⁶⁹⁶ V.P. Remy : La responsabilite contrctuelle : histoire d'un faux concept ، RTD.civ ، 1997 ، P. 323.

أشار إليه : جنيفي فيني، المرجع السابق، ص 479 / صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزامات (مصار الالتزام)، المرجع السابق، ص 228.

إلى أسس تكفي لاعتناقها، و أن الاعتماد على رأي فقهي في بنائها لا يكفي لذلك متى عرضت بدائل تكفي للاستغناء عنها.⁶⁹⁷

ثانيا : الحجج الموضوعية :

ثمة عدد من الحجج التي أستاذ إليها أصحاب هذا الاتجاه في نفي المسؤولية العقدية، هي :

1- إضفاء الصفة التقصيرية على الإخلال بالعقد :

ينفي البعض عن الإخلال بالعقد صفة الخطأ العقدي ويضفي عليه صفة الخطأ التقصيري. فالمسؤولية العقدية تعطى للتعويض معنى إزالة الضرر بموجب العقد. وهذا المعنى غير صحيح لأن فكرة العقد تتناقض مع فكرة المسؤولية، فالعقد يثير فكرة التنفيذ. أما إزالة الضرر فهي فكرة ترتبط بالمسؤولية التقصيرية. كما أن الإخلال بالعقد يؤدي إلى نشوء التزام مستقل عن الالتزام العقدي، فهو التزام جديد له محل جديد، وهو التعويض.⁶⁹⁸

2- الاتجاه نحو توسيع نطاق المسؤولية التقصيرية في إطار الروابط العقدية القائمة :

ذهب اتجاه في الفقه نحو تضيق نطاق الحالات التي تطبق فيها قواعد المسؤولية العقدية، من خلال الاعتراف بالمسؤولية التقصيرية للمتعاقد. حيث يرون أن القضاة الفرنسيين قاموا بالتحايل أو التصنع لاعتبار التزامات معينة أنها عقدية ، ومن ثم تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على حالات الإخلال بها، في حين أن الأسلم في مثل هذه الحالات، لتلاشي التصنع والتحكم في فرض التزامات على العقد لا أساس لها في القانون ولم تتصرف إليها إرادة

⁶⁹⁷ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 106.
⁶⁹⁸ تطرقنا سابقا لبيان هذا الاتجاه الفقهي عند تناول فكرة وحدة المسؤولية المدنية في الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث.

لا يرى البعض في إطار هذا التوجه أن ثمة فرقا بين الضرر الذي يمس الحق الناشئ عن العقد، وبين الحق الذي يتمتع به الغير، بل إذا كان الضرر الذي يلحق بالغير يبرر بأنه المساس بالثقة بحماية هذا الحق، فإن هذه الثقة قائمة بالنسبة للحق العقدي، بل أن ثقة المتعاقد بأن لا يمس حقه هي أكثر وضوحا. أما بالنسبة للمسئول عن الخطأ فإن ما يشترط في سلوكه هو ذاته سواء أكان السلوك في إطار الفعل الضار أم كان السلوك في إطار العقد، فعليه أن يكون في كلا الإطارين يقظاً أو أن لا يهمل أو أن يتصرف على وفق معيار الشخص المعتاد صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 107.

المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وهو الاعتراف بالمسئولية التقصيرية للمتعاقد.⁶⁹⁹

ويبرر هؤلاء رأيهم بأن :

أ- إن تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بدل العقدية في هذه الحالات يحقق مصلحة المضرور، بتوفير أكبر قدر من الحماية له من حيث عبء الإثبات، ومن حيث مقدار التعويض المستحق له. فتطبيق القواعد التقصيرية يقدم مزايا للمضرور، أهمها افتراض الخطأ، في حالات تطبيق المسئولية الموضوعية المتعلقة بحراسة الاشياء الغير حية أو بمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه. وحتى في الحالات التي لا تقدم فيها المسئولية التقصيرية ميزة افتراض الخطأ، فأنها لا تختلف عن المسئولية العقدية بصدد عبء الإثبات، وذلك في حالة الالتزام بوسيلة، فعبد الإثبات في الحالتين يقع على المضرور ، إلا أن إعمال المسئولية التقصيرية يقدم ميزة أخرى لا توفرها له المسئولة العقدية، تتعلق بمقدار التعويض الذي يمكن أن يحكم به للمضرور، حيث يكون شاملاً للأضرار المباشرة التي تقع سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، على خلاف المسئولية العقدية التي لا تسمح إلا بتعويض الأضرار المتوقعة فقط طالما انتفى الغش أو الخطأ الجسيم.⁷⁰⁰

ب- إن تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية في مثل هذه الحالات، لا يشكل خرقاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين نوعي المسئولية أو الخيرة بينهما، فمخالفة هذا المبدأ لم تثر إلا بسبب ما وقع فيه القضاء من خديعة مؤداها أنه لا يجوز تطبيق قواعد المسئولية العقدية في ظل وجود رابطة عقدية قائمة، أي أنه ما دام هناك عقداً، فلا يتصور إلا تطبيق قواعد المسئولية العقدية، أما إذا طبقت المسئولية التقصيرية، فهذا معناه اعتداء على مبدأ عدم جواز الخيرة بين النوعين. ولقد سيطر هذا التصور على أذهان القضاة في معظمهم و انعكس بالتالي في أحكامهم التي اتجهت نحو تطبيق قواعد المسئولية العقدية في حالات

⁶⁹⁹ موافي بناني، الالتزام بضمان السلامة، مجلة المفكر، جامعة باتنة، العدد 10، 2006، ص 413 وما بعدها.

⁷⁰⁰ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 148.

لا تقبل تطبيق هذه القواعد إلا بطريقة مصطنعة و فيها الكثير من التحكم. في حين أن التحليل الدقيق للمواقف التي أثار فيها القضاء هذا المبدأ، يقود إلى نفي وجود أي نزاع بين نوعي المسؤولية، وبالتالي رفض القول بأن هناك خرق للمبدأ. وذلك يتحقق من خلال حصر نطاق أعمال المسؤولية العقدية في مجال مخالفة الالتزامات العقدية، بالمعنى الضيق، أي تلك الالتزامات المتولدة عن العقد سواء أكانت صريحة بالإشارة إليها من جانب الطرفين أم ضمناً بإحالتهم إلى نص قانوني أو إلى بعض الأعراف أو العادات، وفيما عدا ذلك تفرض المسؤولية التقصيرية هيمنتها، وبذلك لا يتصور وجود خيرة أو جمع من جانب المضرور، فكل نوع من المسؤولية مجاله ونطاقه من حيث الالتزامات التي تؤدي مخالفتها إلى إعماله وتطبيقه.⁷⁰¹

و لجأ هذا الفريق من أجل توسيع حالات المسؤولية التقصيرية للمتعاقد إلى وسيلتين :

الوسيلة الأولى : تضيق النطاق الزمني العقد :

إن تحديد اللحظة التي يولد فيها العقد وتلك التي ينتهي فيها أمر غاية في الأهمية، إذ بناء عليه يمكن معرفة النظام القانوني للمسؤولية الواجب التطبيق. فإذا وقع التقصير أو الضرر في الفترة التي كان فيها العقد قائماً، فأن قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق، أما إذا لم يتزامن التقصير أو الضرر مع لحظة وجود المركز العقدي، بمعنى أن الضرر وقع نتيجة واقعة سابقة على العقد أو لاحقة عليه وقع قبل أن يولد العقد أو بعد انتهائه، فأن احكام المسؤولية التقصيرية هي التي تفرض سيطرتها حتى لو كان هناك عقد بين المضرور ومرتكب الفعل الضار.⁷⁰²

ولقد أثير ذلك بصدد بعض العقود كالعقود التي تبرم عبر الوسائل الاتصال الحديثة،⁷⁰³ وعقد النقل،⁷⁰⁴ والعقد الطبي،⁷⁰⁵ مشكلة تحديد اللحظة التي

⁷⁰¹ المرجع السابق، ص 179 و 180.

⁷⁰² محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص 136.

⁷⁰³ عصام عبد الفتاح، التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص 146 وما بعدها.

⁷⁰⁴ محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها.

⁷⁰⁵ فريجة كمال، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

يبدأ فيها العقد في السريان وتلك التي تتوقف فيها على وجه الدقة. ولقد استغل بعض الفقه هذه المشكلة من أجل تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على أحد المتعاقدين، بحجة أن العقد لم يكن قد بدأ في الوقت الذي وقع فيه الضرر أو أنه كان قد أنتهى عند حدوث ذلك.⁷⁰⁶

الوسيلة الثانية : تضيق الالتزامات العقدية :

وفي هذه الوسيلة يتم تحديد نطاق العقد بشكل دقيق، من خلال معرفة الالتزامات الحقيقية المتولدة عنه و يشير إليها الاطراف صراحةً أو يثبت انصراف نيتهم إليه، والتي يمكن أن نطلق عليها فعلاً التزامات عقدية، وفي خارج هذا الإطار لا يمكن التحدث عن مثل هذا النوع من الالتزامات. وتبدو الفائدة من هذا الحصر في امكانية القول بجواز انطباق قواعد المسؤولية التقصيرية حتى في ظل السريان الزمني للعقد، وهو ما يتحقق عندما يكون الضرر ناتجاً عن الإخلال بالتزام ليس متولداً عن العقد ولا تقوم بينه وبين عدم تنفيذ العقد أية صلة.⁷⁰⁷

لقد ظهر هذا الاتجاه بادئ الأمر، بصدد الالتزام بضمان سلامة المسافر في عقد النقل، فقد ثار خلاف في الفقه والقضاء الفرنسي حول طبيعة التزام الناقل بضمان سلامة المسافر عن الحوادث التي تقع له، هل هو التزام بنتيجة أم التزام بوسيلة ؟، وهل المسؤولية المترتبة على مخالفته هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ؟، وهل الحادثة التي تقع للمسافر في محطة السفر، ترتبط بالرحلة وتدخل في إطار تنفيذ العقد ، أم أنها لا تعد كذلك؟.⁷⁰⁸

ذهب القضاء الفرنسي حتى عام 1911، إلى أن مسؤولية الناقل، عن إصابة المسافر أثناء وجوده في المحطة قبل صعوده إلى وسيلة النقل، لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية، على اعتبار عدم وجود عقد في اللحظة التي وقعت فيها، وبالتالي لا مجال للحديث عن مسؤولية عقدية ترتبط، بمخالفة التزام متولد عن عقد نافذ وموجود، أي أن مسؤولية هيئة السكة الحديدية تقوم على أساس المادة 1382. و بذلك كان يتعين على المسافر المضرور من الحادثة أن يثبت خطأ الناقل (الهيئة) حتى تقوم مسؤوليتها و بخاصة إذا لم

⁷⁰⁶ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص139.

⁷⁰⁷ المرجع السابق، ص154.

⁷⁰⁸ محمد علي ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص 198 .

يكن يستند إلى مسئولية موضوعية، في الحالات التي يتدخل فيها الشيء في إحداث الضرر أو في حالات إثارة مسئولية المتبوع عن أخطاء تابعه.⁷⁰⁹

ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكماً أرست فيه مبدأ مهماً في عام 1911م، أدخلت بمقتضاه الالتزام بضمان السلامة في إطار عقد النقل باعتباره التزاماً عقدياً بنتيجة، يلتزم من خلاله الناقل بإيصال المسافر إلى مكان الوصول سليماً معافى، وهذا الالتزام يعفي المسافر من عبء اثبات خطأ الناقل.⁷¹⁰ وقد ترتب على الأخذ بمفهوم واسع للنطاق العقدي، أن امتد هذا الالتزام ليشمل الحوادث التي تقع في المحطات قبل صعود المسافر إلى القطار أو السيارة. وتكون نتيجة هذا الحكم أن قواعد المسئولية العقدية هي التي تطبق على الأضرار التي تلحق بالمسافر أثناء الرحلة، أي أثناء التنفيذ الفعلي للعقد، أم قبل ذلك أو بعده، طالما أن الفعل الذي أحدث الضرر قد وقع في إطار محطة السفر أو الوصول.⁷¹¹

و حاولت محكمة النقض بعد ذلك التخفيف من شدة الالتزام بضمان السلامة الملقى على عاتق الناقل عن الحوادث التي تقع قبل التنفيذ الفعلي للرحلة أو بعدها، وذلك من خلال النظر إلى هذا الالتزام في هذه الفترات على أنه التزام بوسيلة ويختلف عن الالتزام بضمان السلامة الذي يرتبط بالرحلة ذاتها وينشأ عن عقد النقل، الذي هو التزام بنتيجة مضمونه، التزام الناقل بأن يوصل المسافر إلى مكان الوصول سليماً معافى و أي تخلف لهذه النتيجة ولو بشكل جزئي، معناه قيام مسئولية الناقل العقدية تجاه المسافر عن تعويض الأضرار التي أصابته أو تعويض الورثة في حالة وفاته. وتؤكد ذلك في حكمها الصادر في 1969/7/1، الذي حددت فيه نطاق عقد النقل فيما بين اللحظة التي يصعد فيها المسافر إلى العربة وتلك التي ينزل فيها منها، حيث قضت فيه بأن : " التزام الناقل بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول سليماً معافى الذي ينتج عن المادة (1147) مدني، لا يوجد إلا أثناء تنفيذ عقد النقل، بمعنى أنه

⁷⁰⁹ محمود جمال الدين ، مشكلات المسئولية المدنية. ص234 / عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1954، ص 252. / محمد علي، المرجع السابق، ص198 .

⁷¹⁰ Cass. Civ. 21/11/1911 ، et Cass. Civ. 27/1/1913. D ، 1913 ، 240.

أشار إليه : د . محمود جمال الدين ، المرجع السابق، ص234. هـ 21 / مواقي بناتي، المرجع السابق، ص414 / محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص141.

⁷¹¹ حافظ محمد ، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة)، الشركة الإسلامية للطباعة، العراق، 1956، ص 511.

يبدأ من اللحظة التي يبدأ فيها المسافر في الصعود إلى العربة وحتى اللحظة التي ينزل منه " .⁷¹²

ثم تلا ذلك حكمها الصادر في 1970/7/21 ، والذي وضع المبدأ بشأن مسؤولية الناقل عن الأضرار التي تلحق بالمسافر أثناء وجوده بالمحطة، فقضت أنه : " إذا كان التزام الناقل بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول سليماً معافى يتوقف عندما يصل المسافر إلى المكان وينزل فعلاً من العربة، فإن الناقل يبقى ملتزماً في مواجهة المسافر بالتزام عام بالعناية والحرص " . و أنهت إلى أن هيئة السكك الحديدية قد أرتكبت خطأ يؤدي إلى قيام مسؤوليتها إذ لم تتخذ الاحتياطات المناسبة من أجل تأمين الخروج العادي و الآمن للمسافرين و تركتهم بلا حماية ... " .⁷¹³

ثم استقر القضاء الفرنسي على أن أمين النقل، في السفر بالسكك الحديدية أو المترو، يتحمل التزاماً بضمان السلامة محله بذل عناية، طيلة وجود المسافر في المحطة، قبل صعوده إلى العربة أو نزوله منها. و هذا الالتزام لا يعد التزاماً عقدياً، وإنما هو التزام قانوني، لأنه لا يرتبط بتنفيذ عقد النقل ذاته، لذلك، فإن مخالفته تثير قواعد المسؤولية التقصيرية، سواء أكانت المسؤولية شخصية، أم كانت مسؤولية موضوعية قائمة على افتراض الخطأ.⁷¹⁴

وذهب بعض الفقه بشأن موقف القضاء الفرنسي من الالتزام بضمان السلامة في حوادث النقل إلى أن : "مد نطاق تطبيق المسؤولية العقدية إلى مواقف

⁷¹² Cass. civ. 7/3/1989. D. 1989. Inf. Rap. P. 96 .

أشار إليه : محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 143 و 146.

⁷¹³ Cass.civ. 21/7/1970. D. 1970. J. P. 797.

تتلخص وقائع الدعوى، التي صدر فيها حكم 1970//7/21 المشار إليه، في أن سيدة مسنة (87 سنة) أصيبت بكسور، لوقوعها على الأرض نتيجة تزام المسافرين، وتسابقهم في الخروج، في أثناء وقوفها أمام بوابة الرصيف . قضت محكمة استئناف باريس، اتباعاً للقضاء السائد، بالتعويض على أساس إخلال الناقل بالتزامه المحدد بالسلامة في أثناء النقل. فطعن في الحكم بطريق النقض تأسيساً على انقضاء الالتزام المحدد بسلامة بنزول المدعية من عربة القطار. ومع اعتراف محكمة النقض بانقضاء الالتزام المحدد بسلامة، على الوجه المذكور بالطعن إلا أنها، ومع ذلك رفضت الطعن في الحكم، تأسيساً على إخلال الناقل بالالتزام العامة باليقظة والانتباه الذي ألقت عليه عاقبه بعدم توفيره الوسائل المناسبة لضمان خروج المسافرين على وجه عادي وهادئ، وتركهم دون حماية، عرضة للتزام، حين كانوا لا يزالون خاضعين لمراقبته في مراكز مرور إجبارية . أشار إليه : محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 144.

⁷¹⁴ أخذت محكمة استئناف باريس بهذا الرأي، حيث قضت في حكم لها بأن مسؤولية إدارة المترو عن إصابة الراكب، في أثناء انتظاره على رصيف وصول المترو صدمه راكب نزل منه قبل وقوفه، لا يمكن أن تأسس على غير المادة 1/1384 باعتباره حارساً للمترو الذي انقذف منه راكب، لأن عقد النقل لم يكون قد بدأ تنفيذه. باريس الابتدائية 1972/12/19، مجلة الاسبوع القانوني 1974—2—17618. أشار إليه : د. محمود جمال الدين المرجع السابق، ص 295. 357.

تفوق توقعات العقد، أي تتجاوز الغرض منه وفقاً لقصد المتعاقدين، يستند إلى تحايل مزدوج، فمن ناحية، عمل القضاء على إدخال الاضرار التي تقع قبل النقل الفعلي أو بعده في نطاق المسؤولية العقدية، بينما هذه الأضرار لا تنتج عن عدم تنفيذ التزامات متولد عن العقد أو مفروضة بسببه، وهذا ما يعني توسعاً مصطنعاً لنطاق المسؤولية. كما أنه من ناحية أخرى، يخالف ما يسير عليه القضاء من تيسير مسألة إثبات الواقعة المولدة للمسؤولية - وهو أمر لا يوجد إذا القينا بعبء اثبات خطأ الناقل على المسافر المضرور الذي لا يكفيه إثبات عجز الناقل وإنما يجب عليه الإشارة إلى الحادثة التي تعد السبب في وقوع الضرر، بينما يتجه القضاء إلى اعتبار الخطأ موجوداً بمجرد وقوع الحادثة على المحطة. إذ يعني وقوع إهمال هيئة السكة الحديدية في اتخاذ الإجراءات الضرورية لحماية المسافرين أثناء تواجدهم بالمحطة. وهذا ما يتوافر عند النظر إلى الالتزام بضمان السلامة خارج الإطار العقدي الدقيق على أنه التزام تقصيري يكون في الغالب بنتيجة تثير مخالفته افتراض الخطأ".⁷¹⁵

ويبدو أن الذي يفرض ضرورة تطبيق قواعد المسؤولية على الأضرار التي تصيب المسافرين أثناء وجوده في محطة السفر هو اعتبارات العدالة والمساواة بين المضرورين من الحوادث التي تقع داخل المحطة أو على أرصفة السفر، فلا يعقل أن يكون المسافر المضرور من مثل تلك الحوادث في وضع أقل من الشخص العادي المضرور، إذ لا شك في أن الضرر الذي يصيب الشخص العادي - كأن يكون بين المودعين للمسافر أو المنتظرين له - بسبب ما يقع من حوادث داخل المحطة، لا يمكن تعويضه عن طريق أعمال قواعد المسؤولية العقدية، وإنما يكون هذا التعويض مجالاً طبيعياً لتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، لما تقدمه للمضرور من مزايا سواء أكان فيما يتعلق بعبء الإثبات، إذا كان الخطأ مفترضاً، أم بالنسبة لحجم التعويض الواجب له، لذلك يذهب اتجاه في الفقه إلى ضرورة إعطاء حكم محكمة النقض إطاراً واسعاً ومفهوماً عاماً، بحيث لا ينحصر فقط في عقد النقل، وإنما يمتد إلى عقود أخرى التي أثار القضاء بشأنها وجود التزام بضمان

⁷¹⁵ Mascala : (Corinne) Accidents de gare “ Le deraillement “ de l’obligation de securité D ، 1991 ، Chro ، P82.

أشار إليه : محمد عبدالظاهر، المرجع السابق، ص 175. 1.

السلامة معه مثل العقد الطبي، و عقد البيع، و عقد الإيجار، وعقود السياحة،⁷¹⁶ و العقود التي يبرمها المستغل لنشاط الترفيه، أو الممارس لنشاط سباق الخيل، وغير ذلك من العقود التي تتضمن التزاماً بضمان السلامة، فقد أكد الاتجاه السابق على أن القضاء يأخذ بنفس الحلول التي طبقها بشأن عقد النقل.⁷¹⁷

وهكذا تمكن الفقه والقضاء في فرنسا من توسعة نطاق تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية حتى في ظل وجود روابط عقدية قائمة، وتقليل بقدر الأمكان من نطاق المسؤولية العقدية، وذلك من خلال تكييف الالتزام بضمان السلامة في العقود التي تتضمن مثل هذا الالتزام بأنه التزام بنتيجة في فترة التنفيذ الفعلي للالتزامات العقدية، وبذلك تكون المسؤولية الناشئة عن مخالفته هي مسؤولية عقدية تقوم على عاتق المدين بالالتزام بمجرد عدم تحقق النتيجة، أي حدوث الإصابة أو وقوع الضرر، ويتعين على المدين إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت التنفيذ أو السبب الأجنبي. أما خارج إطار التنفيذ الفعلي للعقد، أي قبل ذلك أو بعده، فيكون الالتزام بسلامة التزاماً بوسيلة، باعتباره واجباً قانونياً مفروضاً على الكافة يمنعهم من إيذاء الغير، وتكون المسؤولية المثارة عند مخالفته ذات طابع تقصيري سواء أكانت المسؤولية التقصيرية شخصية، أم كانت مسؤولية موضوعية قائمة على افتراض الخطأ.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه بعد الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية أخذ المشرع بالالتزام بضمان السلامة في عدد من القوانين : منها قانون التجارة المصري لسنة 1999،⁷¹⁸ قانون النقل العراقي سنة 1983،⁷¹⁹ قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري 2009،⁷²⁰ و القانون التجاري الجزائري⁷²¹، قانون الطيران المدني البحريني 1995، القانون البحري

⁷¹⁶ أمل كاظم و محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 92 وما بعدها.

⁷¹⁷ محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 150.

⁷¹⁸ تنص المادة 264 منه على أنه : 1- يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي باعفاء من هذا الضمان. 2- يشمل تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين شروع الراكب في الصعود إلى وسيلة النقل في مكان القيام ونزوله منها مكان الوصول .

⁷¹⁹ المادة 10 ومادة 11 .. سعود، أمل كاظم و محمد علي صاحب، المرجع السابق، ص 93.

⁷²⁰ تنص المادة 4 منه على أنه : " يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك، احترام الزامية سلامة هذه المواد و السهر على أن لا تضر المستهلك " . نوال شعباني، المرجع السابق، ص 156.

أحمد / موافي بناني، المرجع السابق، ص 415.

⁷²¹ تنص المادة 62 منه على أنه : " يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء النقل سلامة المسافرين و ان يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المحدد " . المرجع السابق، ص 416 .

البحريني 1982، قانون حماية المستهلك 2012، و قانون التجارة البحريني 1987، حيث نصت المادة (254) على أنه : " 1- يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل، ويكون مسئولاً عما يلحق الراكب من أضرار بدنية أو مادية وعن التأخير في الوصول ولا يجوز له أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب. 2- وللورثة الحق في مطالبة الناقل بالتعويض عن الضرر الذي لحق مورثهم سواء وقعت الوفاة أثر الحادث مباشرة أو بعد انقضاء مدة من الزمن "، فالمشرع البحريني بموجب هذا النص جعل من التزام الناقل بتوصيل الراكب التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً بوسيلة، وعليه إذا أصاب الراكب ضرر فإن الناقل يكون قد أخل بتنفيذ التزامه، لأنه لم يحقق النتيجة المطلوبة. ويمتد الالتزام بالمحافظة على سلامة الراكب من وقت الشروع في الصعود بواسطة النقل و لغاية النزول منها عند الوصول.⁷²²

ومن تطبيقات القضاء البحريني فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة في عقود النقل، ما قضت به محكمة التمييز بأنه: "من المقرر طبقاً للقواعد العامة في أحكام اتفاقية و ارسو لسنة ١٩٢٩ الخاصة ببعض قواعد النقل الجوي والاتفاقيات المعدلة والمكملة لها الواجبة التطبيق أن التزامات الناقل المترتبة على عقد نقل الأشخاص تنحصر في التزامه بنقل المسافر سالماً إلى جهة الوصول في الميعاد المقرر دون تأخير فإذا أخل بهذا الالتزام كان مسئولاً عن تعويض الأضرار الناتجة عن ذلك ولا يسأل عن أي ضرر قد يلحق المسافر لا يكون ناشئاً عن تنفيذ عقد النقل".⁷²³

• استنتاج :

إن الاتجاه نحو توسيع نطاق تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في ظل العلاقات العقدية القائمة، من خلال الاعتراف لمتعاقدي المتضرر من الإخلال ببعض الالتزامات العقدية بالحق في الرجوع على المتعاقد المسئول بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، يؤدي إلى تشويه قاعدة ازدواج المسؤولية المدنية التي تبناها المشرع، واختلاط المجال المقرر لسريان كل من المسئوليتين

⁷²² باسم محمد صالح، المرجع السابق، ص 222 و ما بعدها.

⁷²³ القاعدة رقم 56 الفقرة رقم 2 من الطعن رقم 183 لسنة 2008 المكتب الفني السنة القضائية 20 تاريخ الجلسة 2009/03/16 - صفحة رقم 8.

العقدية والتقصيرية، فضلاً عن توسيع نطاق المسؤولية التقصيرية واقحامها في مجال التعويض عن الاضرار تنابها عن وظيفتها الأصلية ، وهذا يرتب عدة نتائج على صعيد اختلاف أحكام المسؤولية العقدية عن أحكام المسؤولية التقصيرية :

أ- إلزام المتعاقد المسئول بتعويض المضرور عن كافة الأضرار المباشر بعض النظر عما إذا كانت هذه الأخيرة متوقعة أو غير متوقعة، وهذا يخالف النص التشريعي الذي يقضي بقصر التعويض في حالة الإخلال بالتزام عقدي على الأضرار المباشرة المتوقعة دون الأضرار الغير متوقعة.⁷²⁴

ب- حرمان المتعاقد المسئول من التمسك ببند الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ؛ لأن هذا البند يكون باطلاً بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لمخالفته للنظام العام ، وما يترتب على ذلك من خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يوجب احترام بنود العقد.

ت- حرمان المتعاقد المضرور من ميزة التقادم الطويل الخاصة بالدعوى المسؤولية العقدية.

ث- حرمان المتعاقد المضرور من ميزة افتراض الخطأ التي تعفيه من أثبات خطأ المتعاقد المسئول في حالة الالتزام بنتيجة. لأن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على عقد، يعني أن المضرور يجب علي عليه إثبات الخطأ التقصيري المتمثل في الإخلال بالواجب العام المفروض على الكافة بعدم الاضرار بالغير، لأن مضمون هذا الالتزام ببذل عناية باستثناء حالة المسؤولية عن حراسة الأشياء، ومسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه. والذي يبدو لنا أن الهدف الأساسي من وراء تقرير المسؤولية التقصيرية في نطاق العلاقات التعاقدية هو الاستفادة فقط من مزايا المسؤولية الموضوعية في حالة المسؤولية عن حراسة الأشياء، ومسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه .

⁷²⁴ المادة 1150 من القانون المدني الفرنسي، المادة 2/222 من القانون المدني المصري، المادة 2/223 من القانون المدني البحريني.

3- نفي وصف الخطأ عن الإخلال بالعقد :

يذهب البعض إلى أن الإخلال بالعقد لا يثير فكرة المسؤولية، لأن هذا الإخلال لا يعد خطأ كي يكون ركناً سواء أكانت مسؤولية تقصيرية أم كانت مسؤولية عقدية. فالإخلال بالعقد لا يعد خطأ وكيف بذات الطريقة التي يكيف بها الخطأ في المسؤولية التقصيرية.⁷²⁵

و يذهب هذا الرأي إلى القول أن الفقه الحاضر تحت تأثير الأهمية التي أضفاها على المدلول الخاطئ للإرادة كمصدر للالتزام العقدي، وسع في دائرة هذا الالتزام، فاقحم فيها كل تعهد تقول به الإرادة صراحةً أو ضمناً ولو كان محل هذا التعهد موجوداً قبل انعقاد العقد أو موجوداً بغض النظر عن انعقاده، وظنَّ أنَّ هذا التعهد الذي يتضمنه واجباً بالعناية وعدم التسبب في الإضرار بمحل لم ينشأه العقد يعتبر التزامه عقدياً، بحيث يكون الضرر الذي يلحق بهذا المحل ضرراً عقدياً تحكمه المسؤولية العقدية مع أنه في ذات الوقت ضرراً تقصيرياً تحكمه المسؤولية التقصيرية، ومن هنا نشأت فكرة ازدواج المسئوليتين ومشكلة الخيرة بينهما، و ما أثارته من صعوبات وخلافات أستحال حلها نتيجة هذا الخطأ في أصل المسألة.⁷²⁶

والحقيقة أن ما يسمى بالضرر العقدي إنما هو ذاك الضرر الذي يمس قيمة مالية أنشأها العقد. أما الضرر الذي يصيب حقاً مالياً لم ينشأه العقد فمجاله المسؤولية التقصيرية حتماً، وإلا تجاوز الالتزام العقدي قيمته الصحيحة وكان معنى ذلك أن يعتبر مجرد الواجب بعدم الإضرار بالغير التزاماً، بالمعنى الفني للالتزام.⁷²⁷ فعلى سبيل المثال : إذا أحدث مستأجر لعين حريق بها أثناء شغله لها، فإن الضرر الذي لحق المالك المؤجر لم يكون نتيجة إخلال المستأجر بالتزام العقدي بالمعنى الفني للالتزام، بل نتيجة الإخلال بواجب المحافظة على العين المؤجرة من جانب المستأجر. وليس محل هذا الواجب شيئاً أنشأه عقد الإيجار، فالمسؤولية هنا تقصيرية وقيام هذا الواجب إنما هو عنصر واقعي في ركن الخطأ في هذه المسؤولية. كذلك الطبيب الذي يتعاقد

⁷²⁵ D. Tallon. I inexécution du contrat 'pour une autre présentation 'Rev. Tr. dr. civ, 1994, P.223 et suiv.

أشار إليه : محمد عبد الظاهر، المرجع السابق، ص 134. هـ 1.

⁷²⁶ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 133.

⁷²⁷ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 385 و 386.

مع المريض لعلاج. إذا لم يقيم الطبيب بالعلاج المتفق عليه، فالمريض له حق التنفيذ بمقابل في كل الأحوال دون إثبات تقصير الطبيب وقدر التنفيذ بمقابل هنا بما يتكبده المريض من نفقات علاجه لدى طبيب آخر. أما إذا كان المريض قد أصابه ضرر بسبب عدم مراعاته الأصول العلمية والفنية في العلاج، فالضرر هنا تقصيري تحكمه المسؤولية التقصيرية وحدها، وأيضاً المسافر الذي يصاب أثناء النقل. الضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشأ عقد النقل فنكون أمام مسؤولية تقصيرية. والأمر كذلك في عقد نقل الأشياء.⁷²⁸ فالعقد في هذه الأمثلة إذا أنشأ للمتعاقد قيمة مالية فيجب على المتعاقد الآخر المدين أن يحققها له بعينها فإن لم يفعل الزم بمقابل هذه القيمة بمقتضى التزامه الأصلي الناشئ عن العقد دون الحاجة لاستلزام خطأ من جانبه. أما إذا كانت المنفعة التي انتقصت لم تتولد عن العقد وإنما هي منفعة مستقلة عنه، فإن الإضرار بها يدخل مجال المسؤولية التقصيرية ويستدعي البحث في توافر أركانها.⁷²⁹

وفي ذلك يقول الفقيه الإنجليزي هوستن (Heuston) : " أن مشاكل عديدة تثور عندما يكون التصرف الخاطئ إخلالاً بالعقد، وحالة من حالات المسؤولية التقصيرية في آن واحد. إذ يوجد العديد من الافتراضات التي يلزم الشخص فيها بإرادته في عقد وفي الوقت ذاته يلقي على عاتقه واجب معين مستقل عن العقد، فإخلال بالعقد هو ضرر تقصيري أيضاً (Tort)، ما دام المسؤولية ستوجد وإن لم يوجد العقد".⁷³⁰

ويذهب البعض إلى أنه وفقاً للمعيار الذي قال به هوست فإن الإخلال بالعقد لا يتطابق مع الخطأ التقصيري ؛ لأن الإخلال بالعقد لا يمكن أن يوجد ما لم يوجد العقد، أما الخطأ التقصيري وإن ظهر في صورة الإخلال بالعقد - فهو يوجد وإن لم يوجد العقد. إلا أن الفقه الحاضر خلط بين الإخلال بالعقد والخطأ التقصيري حينما ظن أنه ما دام أن الضرر الذي حدث كان نتيجة للإخلال بواجب أنشأه العقد فإنه ضرر تعاقدي، ولم يلاحظ أن الإخلال بهذا

⁷²⁸ المرجع السابق، ص 386.

⁷²⁹ المرجع السابق، ص 387.

⁷³⁰ SALMOND and HEUSTON 'the Law of torts', 17 ed, 1977, p. 10.

أشار إليه : خاصر، صبري حمد : فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 133.

الواجب ليس إلا عنصراً في ركن الخطأ أحد أركان المسؤولية التقصيرية أي أنه ليس إلا واقعة بالنسبة لهذه المسؤولية. فكل ما يجب البحث عنه على ضوء الواقع بصدد قيام هذه المسؤولية هو معرفة إن كان المتعاقد قد أخطأ أم لا بأن كان في استطاعته أن يتفادى وقوع الضرر المكلف بمنعه أم لم يكن في استطاعته ذلك.⁷³¹ وعدم ملاحظة ذلك كان عاملاً جوهرياً في اختلاف رأي هوستن بشأن استلزام أو عدم استلزام ركن الخطأ، لأنه حاول إخضاع مسألتين متميزتين تماماً لحل واحد. فأحدهما و هي التي تتعلق بالإخلال بالتزام عقدي لا تستدعي البتة إثارة ركن الخطأ، لأن الالتزام الأصلي لم ينحل فلا حاجة لمصدر جديد لاقتضاء تنفيذه بمقابل، ومن ثم فلا محل لتطلب عنصر آخر لإعمال هذا التنفيذ. أما المسألة الثانية فخاصة بالمسؤولية عن ضرر يلحق بمحل لم ينشئه العقد، ومن ثم تستدعي توافر ركن الخطأ مع تنظيم إثباته وتوزيع عبئه حسب مقتضيات الواقع.

ويذهب هذا الرأي إلى سبب الخلط بين الإخلال بالعقد والخطأ التقصيري هو إدخال واجبات قانونية ليس مصدرها الإرادة واعتبارها من قبيل الالتزامات العقدية التي يقع الإخلال بها، فقليل بأنها تؤدي إلى ظهور المسؤولية العقدية والتقصيرية في آن واحد في حين أن الإخلال بالالتزام العقدي لا يثير فكرة المسؤولية وإنما فكرة التنفيذ بمقابل.⁷³² وعليه فأن هذا الاتجاه يذهب وخلاف للرأي الفقه الحاضر ، بأن الالتزام بالسلامة في عقد النقل ليس التزاماً تعاقدياً البتة، وليس التزاماً بالمعنى الفني للالتزام، فليس الأمر في تكييف الالتزام بأنه عقد أو غير عقدي مرده إلى ما تقول به أو لا تقول به إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وإنما يتحدد الالتزام العقدي بأنه يمثل قيمة لم تكون موجودة قبل إبرامه أو وجدت بعض النظر عن إبرامه. فسلامة الراكب لم

⁷³¹ المرجع السابق، ص 388.

⁷³² يذهب هذا الاتجاه إلى أن الوديع إذا نفذ الوديع التزامه برد الوديعة فهل يخل بالتزامه العقدي، وهو يخل بواجبه العام في أداء الأمانة. فالالتزام الأول يثير فكرة التنفيذ العيني بالزام المودع لديه برد الوديعة أو برد المقابل. ولا يعتبر المتعاقد قد أخل بهذا الالتزام دون وجود العقد أما الالتزام الثاني فيثير فكرة المسؤولية التي تنقل كاهل من كانت يده على المال يد أمانة حتى لو لم يوجد العقد وبدلاً من النظر إلى هذه المسألة بهذه الصورة، وصف الإخلال بالعقد أنه خطأ عقدي ثم أدخل في إطار هذه المسؤولية عنصراً لا ينسجم مع الأحكام التي وضعت لها وهو التعويض عن الضرر الغير متوقع. على حين الأرجح أن يضمن المودع لديه الوديعة للمودع بأن يعيدها له كما هي عينياً أو أعادة المقابل لها في حالة هلاكها في حدود الالتزام العقدي. ثم لما كان المودع لديه قد ارتكب فعلاً ضاراً، لإخلاله بالواجب العام بأداء الأمانة، فأنه يجب عليه أن يعرض المودع بموجب أحكام المسؤولية عن الضرر، وليس الذي يتعلق بالالتزام العقدي فقط وإنما عن أي ضرر يخرج عن إطار هذا الالتزام متوقفاً كان أم غير متوقع. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 133 - 134.

ينشئها عقد النقل، وإنما كانت موجودة قبل وجوده. ومن ثم لا يكون الإخلال بهذه السلامة مسألة عقدية، وإنما الأمر هو أن الناقل ملزم قانوناً بمناصفة تنفيذ عقد النقل بعدم التسبب بخطأه في إصابة المسافر الذي ينقله، وهذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الفني وإنما هو عنصر واقعي في ركن الخطأ. ويرى هذا الاتجاه بأن الغاية العملية من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدي هي إعفاء المسافر من إثبات خطأ الناقل لصعوبة الإثبات، إذ يتعذر عليه غالباً أن يعرف السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث.⁷³³

وفي ذلك يقول الأستاذ كاربونييه (CARBONNIER) بأنه: " في العديد من الفرضيات البارزة حيث يجب تطبيق المسؤولية العقدية، لا يختلف الوضع الإنساني المالي عما نصادفه في نطاق المسؤولية التقصيرية. _ ومن ذلك الحوادث الجسدية في عمليات نقل المسافرين، والقتل نتيجة الإهمال في العقد الطبي، وما يدل على ذلك من الناحية العملية التردد في مثل هذه الأمثلة بين الحكم بالمسؤولية التقصيرية والحكم بالمسؤولية العقدية _ ولا يمنع ذلك من القول أن ثمة أمراً مصطنعاً في الربط بين القوة الملزمة للعقد وإصلاح الضرر وفق نموذج المسؤولية التقصيرية. إن التعويض العقدي يكون نتيجة انعكاس للعلاقات التي توجد سلفاً بين الدائن والمدين. على حين تظهر المسؤولية التقصيرية بين شخصين كل منهما أجنبي عن الآخر ".⁷³⁴

و يعبر هذا الاتجاه عن الرأي الفقهي الذي يفرق بين الالتزام بالنتيجة والالتزام بعناية ولا يتطلب في النوع الأول ثبوت تقصير من جانب المدين بينما يتطلب توافره في النوع الثاني، حيث يذهب إلى أن تفسير ذلك يرجع إلى أن الالتزام في النوع الأول هو غالباً التزام عقدي بالمعنى الصحيح. أما الالتزام بعناية في النوع الثاني فقد أدمج فيه الفقه ما هو عقد وما هو تقصيري، ذلك أن الالتزام بعناية هو في حد ذاته التزام بنتيجة، قد يحدد المتعاقدين صراحة مضمونه ومداه وقد يحددانه ضمناً طبقاً للأصول الفنية أو العرف السائد.

⁷³³ عبدالرحمن عباد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 391 و 392 .

⁷³⁴ CARBONNIER, (J.). Droit civil, T.4, les obligation, 21 ed, 1998, p. 145.

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 110 .

ويستند الأستاذ كاربونييه في رأيه إلى القانون الإنجليزي، إذ يقول : " يحرص القانون الإنجليزي على أصالة الموضوع العقدي، إذ لا يكرس البحث فيما إذا كان يوجد خطأ أو عن نوع الخطأ. وإنما يكرس البحث عن الإخلال بالعقد ومن ثم يطالب الدائن بما يستحقه بدلاً من إصلاح الضرر ". صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 110 .

والإخلال بهذا الالتزام في حد ذاته مسألة عقدية بحتة تخضع لنظام التنفيذ بمقابل. أما إذا كان الشيء محل عناية - هو شيء لم ينشأه التعاقد - قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ التعاقد إلتزامه بالعناية، فهو ضرر تقصيري، ولو أنه نتج عن إخلال المدين المتعاقد بواجب العناية، لأن هذا الإخلال ما هو إلا عنصر واقعي في ركن الخطأ أحد أركان المسؤولية التقصيرية.⁷³⁵

و فضلاً عما تقدم يرى جانب آخر من مناصري عدم اشتراط ركن الخطأ في المسؤولية العقدية، أن اعتبار الإخلال بالعقد خطأ يؤدي إلى نتائج غير مقبولة هي :

أ- ترجيح التعويض على الوسائل الأخرى التي يتم بها معالجة الإخلال بالعقد، كالفسخ والتنفيذ العيني وإصلاح الخلل العقدي. كما أن هذه الوسائل ترتبط فيما بينها و على حين لو أخذنا بالتعويض فإنه سوف يؤدي إلى تعدد هذه الوسائل دون إيجاد رابطة بينه وبين أي من هذه الوسائل. وعليه ينبغي أن لا يوصف عدم تنفيذ العقد بأنه خطأ، لأن هذا الوصف لا يعني إلا استعارة غير صحيحة له من نطاق المسؤولية التقصيرية.⁷³⁶

ب- اعتبار فعل الدائن الذي يساهم في عدم تنفيذ العقد، خطأ يؤدي، مثلما عليه الحال في نظام المسؤولية التقصيرية إلى انقاص تعويض الضرر بالقدر الذي يساهم به خطأ الدائن في عدم التنفيذ. في حين أن التنفيذ يمثل حق الدائن، وفعل الدائن لا يؤدي إلى انقاص التعويض، وإنما إلى الاستثناء من الفسخ، أو إلى عدم اجبار المدين على التنفيذ العيني.⁷³⁷

ت- إذا لم يتم تنفيذ العقد نتيجة استعانة المتعاقد بالغير في تنفيذ العقد، يقال أن المتعاقد يكون مسئول مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وهذا نتيجة القياس على المسؤولية التقصيرية. في حين عدم التنفيذ يستلزم إجبار المتعاقد على التنفيذ سواء على التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل،

⁷³⁵ المرجع السابق، ص 395.

⁷³⁶ صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 109.

⁷³⁷ D. Tallon 'L' inexecution du contrat : pour une autre presentation ·RTD civ. 1994 ·P. 229.

أشار إليه : جنيفيين، المرجع السابق، ص 488

والقول بالمسئولية عن فعل الغير يؤدي إلى تجاهل هذا الحكم الواجب التطبيق.⁷³⁸

ث- عدم اعتبار إزالة المخالفة الناجمة عن عدم تنفيذ العقد من قبيل التعويض، وإنما تعد من قبيل التنفيذ العيني للعقد.⁷³⁹

4- عدم الحاجة إلى ركن الضرر :

يذهب اتجاه في الفقه إلى نفي اعتبار الضرر ركناً قائماً بذاته في المسؤولية العقدية. حيث يقول إن الفقه الحاضر قد نظر إلى عنصر الضرر نظرة غير مباشرة، و صور المسألة على أن امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه المتولد عن العقد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً يترتب عليه الحاق ضرر بالمتعاقدين الآخر، ومن ثم ينشأ التزام جديد على عاتق المدين يحل محل الالتزام السابق كلياً أو جزئياً، وهذا الالتزام الجديد مضمونه تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه المعيب. في حين أنه لا محل لمثل هذا القول، لأننا بصدد تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً أو بمقابل، ومن ثم تحقيق المنفعة التي يتضمنها الالتزام، وما الضرر إلا التعبير العكسي لهذه المنفعة. فالتنفيذ العيني ليس مقصوداً لذاته، وإنما لأنه يحقق منفعة معينة مقومة بمال، فيتحول التنفيذ العيني في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه إلى هذا التقويم النقدي ليحصل الدائن على نفس المنفعة التي سيحققها له التنفيذ العيني.⁷⁴⁰

ويحمل هذا الاتجاه مذهب الإرادة جانباً من تبعة الانحراف الذي وقع فيه الفقه، وذلك نتيجة اعتداده بالمدلول الخاطئ لمعنى (الإرادة)، فالفقه يقول عادة في هذا الصدد أن الالتزام الأصلي الناشئ عن العقد قوامه الإرادة فإذا لم ينفذ المدين التزامه فأن التزاماً آخر ينشأ مصدره القانون ومؤسس على المسؤولية، وهذا الالتزام يقع في نطاق آخر غير نطاق مبدأ سلطان الإرادة إذ ينتهي هنا عمل الإرادة ويقوم التزام جديد لا دور للإرادة فيه و الخطأ في هذه

⁷³⁸ المرجع السابق، ص 109.

⁷³⁹ المرجع السابق، ص 110.

⁷⁴⁰ عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 402

الفكرة إنما يرجع إلى حمل الإرادة _ كأساس لنشوء الالتزام على معنى الرغبة والمشئنة، مما يكون معه إجبار المدين على التنفيذ بمقابل منافياً لهذا المعنى. في حين أننا لو حملنا الإرادة الواعية الحرة على معنى المسؤولية كأساس لنشأة الالتزام العقدي _ فأن استمرار الاستناد إلى هذا الأساس لا ينطوي على تناقض ما في حالة تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل. وعليه ففي حالة استحالة تنفيذ الالتزام لغير السبب الأجنبي، وفي حالة إخلال المدين بالتزامه و امتناعه عن التنفيذ العيني مع إمكانه، يبقى الالتزام الأصلي قائماً ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العيني. ومن ثم فلا حاجة بنا إلى اللجوء إلى نظام المسؤولية العقدية لتنشأ لنا التزام آخر والالتزام الأصلي باق لم ينقضي ولا زلنا في دائرة تنفيذه.⁷⁴¹

ويعبر بعض الفقه عن هذا الاتجاه بأن هناك فرق بين مصطلح المسؤولية، ومصطلح تنفيذ الالتزام، فمفهوم المسؤولية يستلزم إزالة الضرر بمعنى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي الرجوع إلى الوراء. أما تنفيذ الالتزام فيلزم ربطه بالقوة الملزمة للعقد، التي يترتب عليها أن المدين إذا أخل بالالتزامه العقد، فإنه يكون أمام احتمالين، الأول أن يجبر على تنفيذ التزامه عيناً، و الثاني ألا تتحقق شروط التنفيذ، وفي هذه الحالة يلزم بالتنفيذ ذات التزام أيضاً ولكن بمقابل، وذلك بإعطاء الدائن مقابلاً عن محل الالتزام الذي لم يتم بتنفيذه، أي أن التنفيذ هو حركة للأمام، يلزم المدين من خلاله بوضع الدائن في المركز الذي يكون فيه عند تنفيذ الالتزام عيناً. فليس مهماً الوسيلة التي يتم بها التنفيذ سواء كان عينياً أو بمقابل أو بأي وسيلة مشروعة، إنما المهم هو تحقيق الغرض من التعاقد بوضع الدائن في المركز الذي توقع أن يكون فيه طبقاً لمضمون الالتزام العقدي .⁷⁴²

ويفسر هذا الاتجاه ما يذهب إليه الفقه الحاضر من أن الدائن لا يستحق التعويض إذا لم يلحقه ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً ؛ بأن الالتزام إذا كان ذا قيمة فلا بد و أن يترتب على عدم تنفيذه ضرر (التعبير العكسي للمنفعة) . ولا يكون الالتزام ذا قيمة وقت التعاقد إلا إذا كان هناك

⁷⁴¹ عبدالرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المرجع السابق، ص 372 - 377.

⁷⁴² صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 122-136

غلط في هذا الوقت، ومن ثم يترد إلى عيب سابق في الرابطة العقدية وما يترتب على قيام هذا العيب من عدم نشأة الالتزام. ومع ذلك فإنه إذا كان الالتزام غير ذي قيمة أو أصبح غير ذي قيمة (وهو ما يعبر عنه الفقه بأن عدم تنفيذه لا يترتب عليه ضرر) فإن الدائن لا يستحق شيئاً قبل المدين لأن التنفيذ بمقابل لا محل له لأنه لا مقابل لهذا الالتزام. أما قول الفقه بأن التأخير في تنفيذ الالتزام قد لا ينتج منه ضرر فلا يستحق الدائن تعويضاً، فليس هذا إلا تعبيراً غير مباشر للقول بأن الالتزام على الرغم من هذا التأخير لم ينقص منه شيء.⁷⁴³

ويفسر أيضاً ما يذهب إليه الفقه من قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع؛ بأن ذلك يرجع إلى أن الإخلال بالالتزام العقدي لا يؤدي مسؤولية يقتضي قيامها توفر ركن الخطأ ومن ثم تحميل فاعله كل نتائجه، وإنما يؤدي إلى تقويم المنفعة التي يشتمل عليه الالتزام بمبلغ من النقود، فما الضرر المتوقع إلا التعبير العكسي لمقابل الالتزام . ومن ثم فلا حاجة بعد ذلك إلى تفسير ذلك الوضع بما قيل به من أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التعويض قاصراً على الضرر الذي كانا يتوقعانه عند إبرام العقد، فهذا محض افتراض مخالف للواقع.⁷⁴⁴

و أخيراً يذهب هذا الاتجاه من أجل تحديد قدر المنفعة، إلى إعمال مبدأ السببية المادية أي ربط بين تنفيذ الالتزام في ميعاده المحدد و المنفعة التي كانت ستعود على الدائن من هذا التنفيذ، وهو ما يعنيه الفقه الحاضر من عبارة (النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء). ويرون هنا أن إعمال السببية المادية لا يتطلب الاتجاه إلى نظام المسؤولية العقدية، فالسببية ليست بشرط لاستحقاق الدائن مقابل الالتزام، وإنما هي مجرد معيار لتحديد قدر المنفعة التي يتضمنها الالتزام.⁷⁴⁵

⁷⁴³ المرجع السابق، ص 402 و 403.

⁷⁴⁴ المرجع السابق، ص 403 .

⁷⁴⁵ المرجع السابق، ص 408.

5- السبب الأجنبي يمنع نشأة الالتزام العقدي :

يرى جانب من الفقه المعارض لنظام المسؤولية العقدية أن أثر السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ يمنع نشأة الالتزام العقدي، خلافاً لما يذهب إليه الفقه الحاضر من أن الالتزام نشأ بداءة ثم أنتفت المسؤولية عن المدين لعدم توافر أركان الخطأ، وخلافاً لما يقول به آخرون من نشأة الالتزام في مرحلة أولى ثم سقوطه كأثر لسبب الأجنبي في مرحلة ثانية. ويبرر هؤلاء رأيهم على أساس فكرة الغلط وقت التعاقد، حيث يقولون أن المسألة هنا لا تتعلق بفحص سلوك المدين وقت استحقاق أداء الالتزام لمعرفة إذا كان ملوماً أو غير ملوم في هذا الوقت، وإنما الأمر يتعلق بوقوع المدين في غلط وقت التعاقد يتعلق باستحالة المحل، فإذا كان المدين مدركاً وقتئذ أن سبباً سيجد من شأنه استحالة تنفيذ التزامه ومع ذلك تعهد لما اعتبر هذا السبب أجنبياً و الزم بالتالي بأن يؤدي للدائن مقابل التزامه. أما إذا لم يكن مدركاً وقت التعاقد بأن سبباً أجنبياً سيجد من شأنه أن يحول بينه وبين تنفيذ التزامه، فإن المدين يعتبر هنا غالطاً. فتنتفي عنه المسألة ؛ لأن الغلط هنا كمانع من توافر شرط الإدراك في المسؤولية يمنع نشأت الالتزام بداءة. فإذا تعاقد شخص على توريد منتجات مصنع معين و كان المصنع قد احترق وقت التعاقد دون علم المدين أو احترق بعد ذلك دون توقع منه فإن الالتزام في الحالتين لم ينشأ، ففيهما كان المتعاقد غالطاً، وفيهما كان الغلط وقت التعاقد.⁷⁴⁶

ويبرر هذا الاتجاه سبب تحميل المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة إثبات السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة المدين، حيث يقولون أنه إذا كان الفقه يقول أن في ذلك مخالفة للقواعد العامة بما يتضمنه من نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين تأسيساً على افتراض قرينة مؤداها أن عدم التنفيذ راجع إليه، فنحن نقول أنه لا افتراض هنا ولا مخالفة للقواعد العامة إذ أن ادعاء المدين بقيام السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ إنما هو ادعاء من جانبه بوقوعه في غلط ما يتحمل إثباته طبقاً للقواعد العامة. أما الالتزام ببذل عناية، فشأنه في رأيهم شأن الالتزام بتحقيق نتيجة. فهو الالتزام محدد و أن كان يرجع في تحديده غالباً إلى الأصول العلمية أو إلى العرف، فإذا ما

⁷⁴⁶ المرجع السابق، ص 404 و 405.

تحدد كان على المدين عبء إثبات القيام به طبقاً للقواعد العامة لأنه يدعي القيام بتنفيذه عيناً. أما إذا كان قد ترتب على عمل المدين أثناء قيامه بتنفيذ التزامه هذا ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد فنكون بصدد ضرر تقصيري بحت تحكمه قواعد المسؤولية التقصيرية وحدها. وطبقاً لهذه القواعد يتحمل المدين عبء الإثبات.⁷⁴⁷

المطلب الثاني

تقويم فكرة إلغاء المسؤولية العقدية

نتناول في هذا المطلب اتجاه بعض الفقه نحو الإبقاء على المسؤولية العقدية، ثم نتطرق إلى موقف القضاء من نظام المسؤولية العقدية تباعاً وفقاً لما يأتي:

أولاً : الإبقاء على المسؤولية العقدية

يتمسك جانب من الفقه بنظام المسؤولية العقدية، يرى خلاف ما تقدم - ضرورة الإبقاء على المسؤولية العقدية على الرغم من الانتقادات التي وجهت لها، ولعل أبرز فقهاء هذا الاتجاه الأستاذة فيني (VINEY) في بحثها الذي طرحته تحت عنوان (المسؤولية العقدية محل تساؤل)⁷⁴⁸، والأستاذ هويت (HUET) في رسالته (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية). حيث يذهب فيها إلى ضرورة الإبقاء على المسؤولية العقدية ولكنه يعطي لهذه المسؤولية وظيفة جديدة، إذ يرى أنها لا تؤدي وظيفة التعويض فقط وإنما تؤدي وظيفة الوفاء أيضاً.⁷⁴⁹

فيذهب الأستاذ هويت إلى أن معظم النقد الذي يتناول هذه المسؤولية انطلق من الفكرة الخاطئة التي ظهرت في التأسيس لها. فقد اعتبرت المسؤولية

⁷⁴⁷ المرجع السابق، ص 407.

⁷⁴⁸ صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 113.

⁷⁴⁹ Responsabilite contractuelle et responsapilites delictuelle، essai de delimitation entre des responsabilites، these، paris، (dylact). 1978 .

أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 112. 1.

العقدية أثر للعقد، أو أنها التنفيذ البديل له، على حين يؤدي الإخلال بالعقد إلى إنشاء واقعة جديدة لا بد أن تعتبر في التأسيس لنظام المسؤولية العقدية. وعلى الرغم من أن واقعة الإخلال هي واقعة جديدة، إلا أن ذلك لا يعني أن العقد لا يعكس أثره في إطارها. فالالتزام بالتعويض نطاق لا يرتبط بالضرورة بالالتزام الذي وقع الإخلال به و أن كان يتأثر به، فالالتزام العقدي هو الذي يحدد نطاق الضرر، ويمكن أيضاً أن يكون له مظهر يتعارض من حيث الطبيعة مع التكييف الخاطئ له بأنه خطأ يستلزم التعويض. مثلما عليه الحال عندما يقع الإخلال بالالتزام المحافظة على الشيء، ليكون التعويض عنه بمقابل، أي أن الإخلال بالالتزام ليس خطأ يؤدي إلى التعويض وإنما هو إخلال يؤدي إلى مقابل تنفيذ الالتزام بموجب أحكام المسؤولية العقدية. إلى جانب ذلك إذا قيل بأن الإخلال بالالتزام العقدي يؤدي إلى التنفيذ بمقابل فهل يؤدي التأخير في تنفيذ الالتزام إلى التنفيذ بمقابل أيضاً؟ فالواقع طبقاً لهذا الاتجاه _ إن التأخير في تنفيذ الالتزام هو إخلال بالالتزام لا يمكن معالجته إلا بواسطة التعويض.⁷⁵⁰

كما ذهب إلى أن بعض النقد الذي وجه إلى المسؤولية العقدية ناجم عن الخلط بين الالتزامات التي يلتزم بها المتعاقد. و أبرز مثال على ذلك التزام الطبيب، إذ يتم الخلط بين الالتزامات التي تفرض بموجب المهنة، وبين الالتزامات الناشئة عن العقد في حين أن الإخلال بالأولى يختلف عن الإخلال بالثانية.⁷⁵¹

ويرى بعض الفقه أن رأي الأستاذ هويت في غير محله، لأنه فضلاً عن أنه يؤدي إلى الخلط بين المصطلحات في القانون المدني، فهو يبعد المسؤولية عن سلوك المدين، الأمر الذي يؤدي إلى رفض فكرة المسؤولية العقدية وليس القبول بها.⁷⁵²

أما الأستاذ فيني (VINEY)، فتذهب إلى أنه لا يجوز نفي المسؤولية تبعاً للتأصيل التاريخي، فالتعويض لا يعني التنفيذ بمقابل، وعدم استخدام مصطلح المسؤولية العقدية لا يعني عدم وجود المسؤولية. فبالرجوع إلى ما كتبه كلاً من الفقيهين دوما وبوتيه يتضح أنهما لم يستخدموا مصطلح المسؤولية في

⁷⁵⁰ صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 112.

⁷⁵¹ صبري حمد خاطر ، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 229.

⁷⁵² صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية ، المرجع السابق، ص 112.

تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام العقدي. ولكن ليس لأن هذه المسؤولية غير موجودة، وإنما لأن مصطلح المسؤولية لم يكون مستخدماً في وقتها⁷⁵³. و اقتباس بعض النصوص مما كتبه دوما يوضح ذلك، فهو يقول: " أن النتيجة الطبيعية لكل تعهد عام أم خاص هو ألا يحدث التعهد ضرراً لأي شخص، فالمتعهد يلتزم بتعويض الضرر الذي يسببه نتيجة إعاقة تنفيذ التعهد أو التأخر في تنفيذه ". وتطبيقاً لذلك : " إذا لم يجز المستأجر الصيانة المطلوبة بموجب عقد الإيجار، والمقاول الذي لا ينجز العمل الذي تعهد بإنجازه أو ينجزه بصورة معيبة والبائع الذي لا يسلم المبيع أو لا يضمن استحقاقه؛ كل هؤلاء يجب أن يعوضوا الضرر الذي ينجم عن عدم تنفيذ تعهداتهم بموجب القواعد التي تختلف تبعاً لاختلاف الضرر ". إن ما يستتبط من ذلك أن التعويض العقدي له وظيفة إزالة الضرر مثل وظيفة التعويض في المسؤولية التقصيرية، وأن التنفيذ بمقابل ليس بديلاً عن التعويض. خاصة أن دوما لم يثر فكرة التنفيذ بمقابل. وبذات النمط تحدث بوتتييه، إذ أنه يشير إلى أن : " التعويض يكون أما عن تنفيذ الالتزام، و أما عن التأخر في تنفيذه ". ويترتب عليه عندما قال : " أن المدين يلتزم بتعويض الدائن عن الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام، أن يعوض الدائن عن الخسارة التي يسببها له وعن الكسب الذي يفوته نتيجة الإخلال بالالتزام"⁷⁵⁴.

و ترفض فيني (VINEY)، فكرة نفي وظيفة التعويض عن معالجة الإخلال بالالتزام العقدي، والتعامل معه على أنه تنفيذ بمقابل. و تقسم الضرر الذي يحدث نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ المعيب له، إلى نوعين : الأول، الضرر عن عدم تنفيذ العقد، الذي يتمثل في تفويت الغرض من التعاقد. والنوع الثاني، الضرر الذي يتبع عدم التنفيذ، وهو يمثل النتائج الأخرى الضارة التي تنعكس بسبب عدم تنفيذ الالتزام، وتمس حقوق و أموال الدائن كضياع فرصة ربح بفعل عدم دفع المبلغ المستحق، و أضرار جسدية ناتجة عن إستئجار مسكن غير صحي، و كسرقات بالسلح متعاقبة نتيجة عيب في تجهيزات نظام السلامة، وكخسارة استثمار مرتبط بعدم تسليم الشيء المبيع.⁷⁵⁵

⁷⁵³ جنيف فيني، المرجع السابق، ص 478.
⁷⁵⁴ صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 116.

⁷⁵⁵ جنيف فيني، المرجع السابق، ص 480.

ففي ظل النوع الأول نجد أن تعويض الضرر عن عدم تنفيذ العقد يشكل تنفيذ للعقد في الحالة واحدة هي حالة التي يكون فيها محل الالتزام العقدي مبلغ من النقود، حيث لا يوجد فرق بين تنفيذ هذا للالتزام وبين التعويض عن الخسارة التي تنشأ من جراء عدم تنفيذ الالتزام. أما في ما يخص الالتزامات الأخرى التي تتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، فهم يرون أن اعتبار التعويض تنفيذاً للالتزام غير صحيح بل يعد أمراً خطيراً.⁷⁵⁶ فهو غير صحيح لأن التنفيذ يرد على محل الالتزام الذي تم الاتفاق عليه، فالالتزام بالقيام بعمل لا ينفذ إلا بالطريقة ذاتها التي تم الاتفاق عليها، أي أن يتم تنفيذه تنفيذاً عينياً، أما التعويض فلا يرد على ذات المحل. وهو أمر خطير، لأن معاملة التعويض معاملة التنفيذ الالتزام يعني إعطاء أولوية للتعويض على التنفيذ العيني الجبري، في حين أن القضاء أكد على أولوية التنفيذ العيني الجبري. فإذا كان تنفيذ الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ممكناً فأن الدائن أن يطالب به، فإذا طالب به الدائن فليس للقضاء أن يدع التنفيذ العيني جانباً ويحكم بالتعويض. وهذا الحكم هو أثر للقوة الملزمة للعقد. صحيح أن الدائن لا يلزم بالمطالبة بالتنفيذ العيني، فهو يستطيع أن لا يطالب بالتنفيذ العيني ويطالب بدلاً منه بالتعويض. ولكن التعويض سيتخذ حينئذ طابعاً اقتصادياً يشبه تنفيذ العقد و لكن هذا التشابه لا يكفي للقول بأن التعويض يندمج بالتنفيذ. لأن التعويض يختلف عن التنفيذ سواء من حيث الشروط أو من حيث الأثر، إذ أن التنفيذ متى كان جبرياً يشترط فيه أن يكون ممكناً و ألا يكون مرهقاً للمدين و أثره انقضاء العقد بتنفيذه. أما التعويض فلا يقضى به دون أن تتحقق شروط المسؤولية و أثره إزالة الضرر.⁷⁵⁷

يقول الفقيه كوسية (Grosser)، أن التعويض عن عدم التنفيذ ليس تعويضاً حقيقياً، إذ أنه ليس تعويضاً من حيث المضمون، وإنما هو يخفي إعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليه قبل التعاقد (أي فسخ إلى جانب التعويض). وتعرض الأستاذة فيني (VINEY) على هذا الرأي، وترى أن التعويض العقدي هو معالجة تخصص للإخلال بالعقد، ولا يخضع للشروط التي يخضع لها الفسخ أو تعديل العقد صحيح أن الدائن يستطيع طلب الفسخ إذا وقع الإخلال بالعقد ولكن لا يشترط الفسخ أو تعديل العقد للحكم بالتعويض. فكل منهما نظام يختلف عن الآخر. وبناء على ذلك ترى أن الضرر عن عدم تنفيذ العقد ليس هو الضرر الوحيد وإنما يحصل إلى جانبه الضرر الذي يتبع عدم التنفيذ والضرر عن التأخر في هذا التنفيذ، ولا يمكن وضع جميع أنواع هذا الضرر في بوتقة واحدة. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية. المرجع السابق، ص 114-116.

⁷⁵⁶ جنيف فيني، المرجع السابق، ص 481.

⁷⁵⁷ المرجع السابق، ص 482 / صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص 115 و 116.

أما بالنسبة للنوع الثاني من الضرر، هو الضرر الذي يتبع عدم التنفيذ، فهو أيضاً لا يعتبر تنفيذا للعقد ؛ لأن هذا الضرر يختلف عن التنفيذ لأنه يقع على أي مال للمدين لم يكن محلاً للعقد أو يمس مصلحته الاقتصادية. حيث نجد أن الكثير من الأضرار تتبع عدم التنفيذ بل وتجد مصدرها فيه، وقد تتجاوز هذه الأضرار قيمة محل الالتزام الذي لا يتم تنفيذه. ولا يمكن اعتبار هذا النوع من الضرر تقصيرياً، إلا إذا اعتبرنا عدم تنفيذ العقد ذاته واقعة مادية تخضع للمسئولية التقصيرية، وهذا غير ممكن وفقاً لهذا الاتجاه. وعلى ذلك فالقول بأن التنفيذ بمقابل هو بديل المسؤولية العقدية بما يؤدي إلى نفيها يعني أن تعويض الضرر الذي يتبع عدم تنفيذ العقد يتم وفق أحكام المسؤولية التقصيرية ما دام تنفيذ العقد لا يؤدي إلى إزالة الضرر.⁷⁵⁸ وهذا ما يعترض عليه هذا الاتجاه. صحيح أن تطبيق مسئولية واحدة قد يؤدي إلى عدم التمييز بين من يتعرض للضرر الناجم عن عدم التنفيذ حسب ما إذا كان متعاقداً مع المدين أو كان من الغير. ولكن ذلك سيؤدي بالمقابل إلى ما هو أخطر، لأنه يؤدي إلى إيجاد دعويين بين المتعاقدين، الأولى هي دعوى تنفيذ العقد التي هي دعوى عقدية، ودعوى تعويض الضرر الذي يتبع تنفيذ العقد لتكون دعوى تقصيرية. الأمر الذي يؤدي دون مبرر إلى تنوع العلاقة بين المتعاقدين حسب نوع الدعوى، للاختلاف بين الدعويين ؛ من حيث التقادم والتنازع في الاختصاص، وما إلى ذلك. وهذا يعني ظهور مشاكل أكثر من تلك التي يجب حلها عندما يطبق نظاماً مختلفاً بين المتعاقدين والغير.⁷⁵⁹

و تتمسك الأستاذة فيني (VINEY) بالخطأ، أساساً لقيام هذه المسؤولية. حيث ترى أن عدم تنفيذ الالتزام يرتبط بالتعويض، ويتم تقدير التعويض تبعاً لنطاق الالتزام الذي وقع الإخلال به. وهذا الالتزام قد يكون من النوع الذي لا يمكن فصله عن سلوك المدين أي لا يمكن فصله عن الخطأ. ولكن في افتراضات معينة لا نحتاج فيها إلى إثبات الخطأ، وذلك عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام خطأ موضوعياً، مثلما عليه الحال بالنسبة للالتزام بتسليم شيء معين أو أداء خدمة معينة.⁷⁶⁰

⁷⁵⁸ جنيفيف فيني، المرجع السابق، ص 483 .

⁷⁵⁹ المرجع السابق، ص 483.

⁷⁶⁰ المرجع السابق، ص 487.

و كذلك ترفض ما يقول به أنصار وحدة المسؤولية المدنية من إدخال الضرر
التقصيري في نطاق العقد، وذلك نتيجة اعتبار بعض الالتزامات القانونية،
كالالتزام بضمان السلامة، من قبيل الالتزامات العقدية. وهذا من الأسباب
التي أدت إلى اختلاف المسؤولية بالنسبة للمتضررين على الرغم أن الضرر
واحد لا يختلف. في حين المفروض أن يؤدي الإخلال بهذه الالتزامات إلى
المسؤولية التقصيرية سواء أكان المتضرر متعاقداً أو كان من الغير، فهذه
الالتزامات تدور في نطاق العقد أو ترتبط به ولكن لا تتحول إلى الالتزامات
عقدية. إلا أنه يستلزم لإعطاء الوصف الحقيقي لهذه الالتزامات بأنها
تقصيرية أن يخفف من صرامة القاعدة التي تقضي بعدم الخيرة بين
المسئوليتين : التقصيرية والعقدية، ولكي يجوز للمتعاقد إقامة دعوى المسؤولية
التقصيرية وليس العقدية فقط.⁷⁶¹

ثانياً: موقف القضاء :

1- القضاء الفرنسي :

كان موقف القضاء الفرنسي خلال في الفترة من 1997 إلى 2003 يميل
إلى التنفيذ بمقابل بدلاً من البحث على أساس المسؤولية. ففي قضية رفعتها
صاحبة محل تشغله مؤسسة تجارية، ضد المستأجر، تتهمة بأنه عدل في
الأمكنة خلافاً لعقد الإيجار. وطلبت تعويضاً عن الأضرار، إلا أن محكمة
الاستئناف رفض طلبها بحجة أنها لم تتعرض لأي ضرر، وبأنها لا تملك
الدليل على الاعتداء على متانة العقار ولا على نقص في قيمته الإيجارية.
لكن هذا القرار نقض استناداً إلى المادتين (1143) و (1144) من القانون
المدني الفرنسي، وقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها قائلة : " أن
للدائن الحق بأن يطالب بأن ما تم تنفيذه خلافاً للعقد وينبغي إزالته، ويستطيع
هو إزالته على حساب المدين، حتى ولو لم يصبه ضرر من جراء ذلك ".
⁷⁶² إذن استند قرار محكمة النقض في إزالة التعديلات التي أحدثها

⁷⁶¹ المرجع السابق، ص 487.

⁷⁶² Bull civ III. n 202. RTD civ. 1988 P. 124 obs. P. Jourdain et P. 690. Obs. p.

أشار إليه : جنيفيين، المرجع السابق، ص 490.

المستأجر في العقار على حق الدائن في تنفيذ الالتزام العقدي ، وليس على مسؤولية المستأجر عن الإخلال بالتزامه العقدي .

وفي قضية أخرى رفع المستأجرين دعوى تعويض ضد المالك لعدم قيامه بالإصلاحات المتفق بموجب عقد الإيجار . فرفض محكمة الدعوى بحجة أن المدعين لم يتعرضوا لأي ضرر . لكن هذا الحكم نقض استنادا إلى أن تعويض المستأجر بسبب عدم تنفيذ المالك للإصلاحات المحددة في عقد الإيجار لا يشترط فيه وقوع ضرر.⁷⁶³ وفي هذا القرار رفضت المحكمة النقص الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، و ربطت التعويض بتنفيذ الالتزام العقدي، وذلك حين قضت بأن التعويض يمكن الحكم به دون الحاجة إلى إثبات الضرر .

وفي قضية تتعلق بطلب تعويض بسبب عدم تنفيذ الالتزامات المحددة بعقد العمل ، قضت المحكمة وبشكل صريح بدمج التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام، حيث قالت بأنه: " وفقاً للمادة 1147 يلتزم المدين بدفع التعويض لعدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخير في تنفيذه، وبشكل التعويض المدفوع للدائن في هذه الحالة مقابلاً لتنفيذ العمل أو الامتناع عن العمل " .⁷⁶⁴

لكن محكمة النقض في قراراتها الحديثة رجعت عن هذا التوجه، وعادت لتتمسك بنظام المسؤولية العقدية، وبشكل خاص في قراراتها الصادرة سنة 2003، بصدد طلب المؤجر من المستأجر التعويض عن الضرر، أدعى أنه أصابه بسبب عدم قيام المستأجر بتنفيذ التزامه بإعادة العين المؤجرة بحالة تسمح بإعادة تأجيرها من جديد. حيث قضت بأن : " التعويض لا يمكن الحكم به إلا إذا ثبت للقاضي وهو ينظر الدعوى، بأن هناك ضرر لحق بالمدعي، وأن هذا الضرر ناتج عن خطأ عقدي " .⁷⁶⁵

⁷⁶³ Bull civ III 'n 17 ،RTD civ. 2002 ،P. 816 obs .P. Jourdain et P. 321 ،obs. P. – Y.

أشار إليه: المرجع السابق، ص 490 و 491.
⁷⁶⁴ Civ. 19 November 1996 ،Bull. civ. I 'n 404 ،RTD civ. 1997 ،P. 156 ،obs. P. –Y. Gautier et P. 437 ،obs. P. Jourdain.

أيضاً :
Bull.civ.V 'n 368 ،RTD civ. 2003 ،P. 711 ،obs .P. Jourdain ،Rev. des contrats 2003 ،P. 54 ،obs. P. Stoffel – Munck.

أشار إليه، المرجع السابق، ص 490 و 491.

⁷⁶⁵ Bull civ III. N 221 ،obs > G. Viney. JCP G 2004. I. 163 'n – a 4 ،RTD civ ،2004 ،P. 259 obs. P. Jourdain ،D ،2004 ،IR ،P. 395 .

أشار إليه، المرجع السابق، ص 492. ه 69.

وفي قضية أخرى، تتعلق بتنفيذ التزام بدفع مبلغ من النقود، قضت محكمة النقض بأن : " الدائن لالتزام بدفع مبلغ من المال، لم يتم تنفيذه، يملك دائماً الحق بتفضيل تنفيذ الالتزام على دفع التعويض أو الفسخ".⁷⁶⁶ وفي هذا القرار أكدت المحكمة على أولوية التنفيذ العيني للالتزام عندما يطالب به الدائن، فإذا لم يطلب به أو كان غير ممكناً يجوز للدائن اللجوء إلى التعويض بموجب المسؤولية أو الفسخ.

2- موقف القضاء المصري والبحريني :

يُدمج القضاء المصري في بعض قراراته التعويض عن عدم التنفيذ الالتزام العقدي بتنفيذ هذا الالتزام ، حيث يميل إلى حمل التعويض على معنى التنفيذ بمقابل، وليس على معنى إزالة الضرر بموجب أحكام المسؤولية العقدية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن : " المقرر في قضاء محكمة النقض أن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين و يتكافآن فوراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذ أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذاً عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني أو إذا كان ينطوي على إرهاب للمدين وهو ما نصت عليه المادة 203 من القانون المدني"⁷⁶⁷. وقضت في حكم آخر بأن: " مفاد نص المادتين 1/203 و 215 من القانون المدني . وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة . أن الأصل هو تنفيذ الالتزام عيناً، ويصار إلى عوضه أي التنفيذ بمقابل إذا استحال التنفيذ العيني أو اتفق الدائن والمدين على الاستعاضة بالتعويض عن التنفيذ العيني، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً".⁷⁶⁸

وهذا ما ذهب إليه القضاء البحريني في بعض أحكامها، حيث قضت محكمة التمييز بأن : " التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه - أي التنفيذ بمقابل - إلا إذا استحال التنفيذ عيناً، فإذا رفع المضرور دعواه

⁷⁶⁶ Civ. I 9 juillet 2003 inedit ،RTD civ ،2003 ،P. 709 ،obs J. Mestre et B. Pages.

أشار إليه، المرجع السابق، ص493. ه 72.
⁷⁶⁷ الطعن رقم 2971 لسنة 60 ق جلسة 1994/4/7 س 45 ج 1 ص 663 / الطعن رقم 1780 لسنة 53 ق جلسة 23/1/1990 س 41 ج 1 ص 233 .

⁷⁶⁸ الطعن رقم 721 لسنة 53 ق جلسة 18/2/1987 س 38 ج 1 ص 269 .

مطالباً بتعويض نقدي، وكان التنفيذ العيني ممكناً، فإن المحكمة لا تكون قد جاوزت سلطتها أو قضت بما لم يطلبه الخصوم إذا هي قضت به ولو لم يطلب المدعي ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي".⁷⁶⁹ يستشف من هذا القرار أنه في حالة استحالة تنفيذ الالتزام عيناً فإن المدين لا يتعرض للمسئولية العقدية، بل يلزمه القاضي بتنفيذ ذات الالتزام الذي أحل به ولكن مقابل.

وقضت في حكم آخر بأنه: "إن إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه سواء أكان هذا الإخلال بعدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو المعيب، يخول للمحكمة أن تعمل خيارها في إجباره بالتنفيذ العيني أو بطريق التعويض النقدي أو التنفيذ العيني والتعويض عما يكون مستحقاً للدائن لجبر ما قد يصيبه من ضرر جراء إخلال مدينه المتعاقد بالتزامه".⁷⁷⁰ ويتبين من هذا القرار أن محكمة التمييز تتبنى الاتجاه الذي يقضي أنه في حالة إخلال المدين بالتزامه لغير السبب الأجنبي فإنه لا يلزم بجبر الضرر بموجب أحكام المسؤولية، وإنما يلزم بتنفيذ التزامه بضمان وضع الدائن في ذات المركز الذي يكون فيه لو تم تنفيذ العقد بغض النظر عن الوسيلة التي يتم بهذا هذا التنفيذ سواء بالتنفيذ العيني أو بالتنفيذ بمقابل أو بالإثنين.

• استنتاج :

إن الإشكالات والانتقادات التي تعرض لها نظام المسؤولية العقدية، من المبالغ أن يستنتج منها أن نظام المسؤولية العقدية يجب إلغاؤه أو عدم ملاءمته لمعالجة الإخلال بالالتزامات العقدية، وإنما الأمر يستدعي رسم الحدود بين النظام العقدي والنظام التقصيري بدقة، وإن اقتباس نظام التعويض بموجب المسؤولية العقدية من نظام التعويض بموجب المسؤولية التقصيرية، لا ينال من حقيقة أن نظام المسؤولية العقدية و نظام المسؤولية التقصيرية، هما نظامان متميزان نظرياً وعملياً، فالخطأ العقدي يتمتع في

⁷⁶⁹ الفقرة رقم 5 من الطعن رقم 6 سنة قضائية 2003 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/12/22 - صفحة رقم 721، و الفقرة رقم 3 من الطعن رقم 258 لسنة 2005 المكتب الفني السنة القضائية 17 تاريخ الجلسة 2006/01/30 - صفحة رقم 194.

⁷⁷⁰ الطعن 204 لسنة 2003 جلسة 15 / 12 / 2003. أشار إليه : صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية. المرجع السابق، ص 125. 1.

نطاق معين، باستقلال تام عن مفهوم الخطأ التقصيري، بحيث يشكل إخلال بالتزام عقدي بحت، أي التزام لا يفرضه القانون ولا يمكن أن ينشأ إلا عن العقد. يتسبب هذا الخطأ في ضرر عقدي يتمثل في تخلف المدين عن تنفيذ الأداء الذي يقع على عاتقه بمقتضى العقد. والمسئولية العقدية هي وحدها التي تعنى بالتعويض عن هذا الضرر، لأنها مجرد وسيلة لتنفيذ الالتزام العقدي بطريق التعويض، فهي أداة لإجبار المدين على تنفيذ التزامه بمقابل بعد أن تعذر تنفيذه عيناً. وهذا ينسجم مع طبيعة الوظيفة التي تؤديها المسئولية العقدية في ظل مبدأ ازدواج المسئولية المدنية . فالتعويض بموجب المسئولية العقدية لا يهدف كما في المسئولية التقصيرية إلى إصلاح الضرر بإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فهذه وظيفة الفسخ، لأن التعويض في حالة الفسخ يكون بموجب أحكام المسئولية التقصيرية.⁷⁷¹ أما التعويض بموجب المسئولية العقدية فهو يهدف إلى وضع الدائن في الحالة التي كان يتوقع أن يكون فيها لو قام المدين بتنفيذ التزامه الموعد.

وعليه يجب التأكيد على استقلال الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري، و أن الاشكالات التي تعرض لها نظام المسئولية العقدية نتيجة ضعف المعيار المحدد لنطاقها، ناتجة عن الخلط بين الخطأ العقدي المحض والخطأ العقدي الذي يتضمن في ذات الوقت خطأ التقصيري. فإخلال المدين بالتزامه العقدي قد يتضمن في ذات الوقت الإخلال بالواجب العام بعدم الإضرار بالغير، وهو يتحقق إذا أدى عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي إلى ضرر يصيب المتعاقد الآخر أو الغير في جسده أو ماله، أي ضرر مستقل تماماً عن الضرر المتمثل في تخلف المدين عن تنفيذ الأداء العقدي الذي تعهد به.

إن عدم الالتفات إلى ذلك أدى إلى إضعاف مبدأ نسبية أثر العقد باعتباره المعيار الفاصل بين نوعي المسئولية ، فالنظر إلى الخطأ العقدي على أنه يعد في جميع الاحوال خطأ تقصيري بالنسبة للغير أدى إلى توسيع استخدام دعوى المسئولية التقصيرية في نطاق الروابط العقدية، بحجة عدم مخالفة قاعدة عدم جواز الخيرة أو الجمع بين المسئوليتين، مما ترتب عليه الإخلال

⁷⁷¹ قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه : " الحكم بالتعويض المترتب على فسخ العقد إنما يكون على أساس من المسئولية التقصيرية لزوال العقد ومن ثم عدم صلاحيته ليكون أساساً للتعويض ". الفقرة رقم 5 من الطعن رقم 249 سنة قضائية 2002 مكتب فني 14 تاريخ الجلسة 2003/04/14 - صفحة رقم 238.

بالمساواة بين المتضررين مباشرة والمتضررين بصورة غير مباشرة، و تباين في المعاملة فيما بينهم، فعندما نسمح للغير بالاستفادة من عدم تنفيذ العقد، لئبني عليه دعواه في المسؤولية التقصيرية، فهذا يجعله في مركز أفضل من المتعاقد، وهو ما يضر بمصالح المدين الذي كان خطأه العقدي سببا للوقوع الضرر. وهذا هو السبب الذي دفع اتجاه في الفقه والقضاء نحو التفكير في استبدال المسؤولية التقصيرية بالمسؤولية العقدية كلما كان هناك علاقة تربط الغير على نحو أو آخر بالعقد الذي حصل الإخلال به.

إما إذا وضعنا الأمور في نصابها الصحيح و فرقنا بين الخطأ العقدي المحض، و الخطأ العقدي الذي يتضمن في ذات الوقت خطأ تقصيري، يترتب على ذلك أنه لا يجوز القول بأن الخطأ العقدي يعتبر دائماً وفي جميع الأحوال خطأ تقصيري بالنسبة بالغير، لأن هذا القول على إطلاقه يناقض قاعدة نسبية أثر العقد، ويؤدي إلى الخلط بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية والوظيفة المنوطة بكل منهما.

فإذا كان ما وقع من المدين هو خطأ عقدي محض، ففي هذه الحالة فإن الدائن وحده هو الذي يملك أن يطالب المدين بطريق المسؤولية العقدية، بالتعويض عن الضرر العقدي الذي أصابه، لأنه لا يطلب هنا سوى بتنفيذ الالتزام العقدي الذي نشأ لمصلحته. فإذا أصاب هذا الضرر ذاته شخصاً من الغير فعندئذ لا يكون بيد المضرور، وفقاً للقواعد العامة، أي دعوى ضد المدين للتعويض عن هذا الضرر. فهو لا يملك أن يرجع بدعوى المسؤولية العقدية لأن هذا معناه أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه بطريق التعويض، وهذا التزام لم يتقرر لمصلحته ونشأ عن عقد لم يكون طرفاً فيه، الأمر الذي يتنافى مع قاعدة نسبية أثر العقد. كما لا يستطيع الغير المضرور في هذه الحالة أن يرجع على المدين على أساس المسؤولية التقصيرية. وهذا مرجعه إلى أن الخطأ المسبب للضرر الذي أصابه هو خطأ عقدي بحت لا يتضمن انتهاكاً لواجب قانوني عام، ولا يتوافر فيه بالتالي معنى الخطأ التقصيري اللازم لقيام هذه المسؤولية. فالغير لا يتضرر هنا من مخالفة المدين لالتزام قانوني يقع على الكافة و إنما يتضرر من إخلاله بالتزام عقدي خالص، أي التزام لا يفرضه القانون في نفس الوقت. ولا يجوز اعتبار الإخلال بهذا الالتزام خطأ تقصيرياً بالنسبة للغير استناداً إلى قاعدة حجية العقد، لأن الأمر هنا سوف لا

يقف عند مجرد الاحتجاج بالعقد في مواجهه أطرافه، و إنما يمتد إلى ما هو أبعد من ذلك، أي المطالبة بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد بطريقة التعويض، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط بين حجية العقد ونسبية أثره الملزم.

أما إذا كان الخطأ العقدي يتضمن في ذات الوقت خطأ تقصيري، أي أدى إلى إصابة الغير بضرر في جسده أو ماله، فيجب عليه أن يرجع على المدين المسئول على أساس المسئولية التقصيرية، ولا معنى لإقحام قواعد المسئولية العقدية كلما تعلق الأمر بالتعويض ناشئ عن خطأ عقدي يعد في نفس الوقت خطأ تقصيري حتى لو كان الضرر تربطه علاقة بنحو أو بآخر بالعقد الذي وقع الإخلال به ، لأن هذا الاتجاه يؤدي إلى المساس بمبدأ ازدواج المسئولية واختلاط المجال المقرر لسريان كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية.

لذلك فأن التسليم بمبدأ استقلال الخطأ العقدي عن الخطأ التقصيري يقتضي القول بأن تحديد طبيعة هذه المسئولية يجب ألا تستند إلى معيار شخصي محض لا يعتد إلا بصفة الضرر، و إنما ينبغي أن تقتنر بمعيار موضوعي آخر يقوم على طبيعة الخطأ المسبب للضرر، وما إذا كان خطأ عقدياً محض يستقل تماماً عن الخطأ التقصيري أو كان خطأ عقدياً بسيطاً، أي يتضمن إخلالاً بواجب قانوني عام يمكن اعتباره خطأ تقصيرياً في نفس الوقت. فعندما يسبب عدم تنفيذ العقد ضرراً للغير الذي لا علاقة لهم بالعقد أو عندما يساهم الغير بالإخلال بالعقد، فيجب على الغير الضرر أو المتعاقد المضرر للرجوع على المسئول بتعويض، أن يبرهن على وجود خطأ تقصيري مرتبط بعدم التنفيذ الالتزام العقدي .

ويجب الملاحظة أن التمايز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لا يعني أنهما نظامين مختلفين تماماً ، و إنما يوجد تقارب بينهما في بعض الأمور، فالمسئولية العقدية مثل المسئولية التقصيرية، هي تارة مسئولية شخصية قائمة على الخطأ في حالة الالتزام بوسيلة، وتارة تكون مسئولية موضوعية دون اعتبار للخطأ في حالة الإخلال بالالتزام العقدي بالنتيجة، وحالة المسئولية الشبئية، والمسئولية عن فعل الغير.

و بخصوص الالتزام بوسيلة، يوجد تقارب واضح بين مفهوم الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، لذلك حصل خلط بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على أثر ظهور بعض الالتزامات الحديثة كالالتزام بضمان السلامة، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالمشورة، فعلى الرغم من أن هذه الالتزامات هي في الأساس من الطبيعة التقصيرية، إلا أن القضاء توسع في إدراجها وفرضها في بعض العقود، فصار التعويض عن الضرر التقصيري الذي يصيب أحد المتعاقدين في جسده أو ماله أثناء تنفيذ العقد، مما يخضع لأحكام المسؤولية العقدية دون التقصيرية إعمالاً لقاعدة عدم جواز الخيرة بين هاتين المسئوليتين.

إلا أن هذا الاتجاه لا يمكن القبول به ، لأن يؤدي إلى تشويه مبدأ ازدواج المسؤولية، واختلاط المجال المقرر لسريان كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، فضلاً عن توسيع نطاق المسؤولية العقدية وإحاطتها في مجال التعويض عن أضرار تنأى بها عن وظيفتها الأصلية ، لذلك يجب العدول عنه ووضع الأمور في نصابها الصحيح، فإدخال هذا النوع من الالتزامات في نطاق العقد ، لا يحولها إلى التزامات عقدية يثير الإخلال بها المسؤولية العقدية، وإنما تبقى على الرغم من إدخالها في نطاق العقد محتفظة بطابعها التقصيري. وإذا كان التوسع في تطبيق نظام المسؤولية العقدية عن الإخلال بهذه الالتزامات يهدف إلى التغلب على صعوبات الإثبات، بما يوفره من حماية للمتعاقد الذي يضار في جسده أو ماله أثناء تنفيذ العقد، فإنه يمكن تذليل هذه الصعوبات في نظام المسؤولية التقصيرية، وذلك في إطار ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية القائمة على افتراض الخطأ.

الخاتمة

في نهاية دراسة فكرة ازدواج المسؤولية المدنية ، لا بد من بيان النتائج الأساسية التي توصلت إليه الدراسة، و المقترحات التي تخرج بها في نهاية المطاف، وذلك وفقاً لما يلي :

أولاً: النتائج :

1- عدت فكرة ازدواج المسؤولية المدنية فكرة حديثة، نشأت في أحضان الفقه الفرنسي الحديث ، خلال القرن التاسع عشر، إلا أنه عند التدقيق في الأمر، يتضح أنها فكرة قديمة تمتد بجذورها الى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. فالرومان على الرغم من أنهم في البداية كانوا يخلطون فكرة العقد بفكرة الفعل الضار ، إلا أن الفكرة تطورت من خلال قانون إكليليا إلى التمييز بين الخطأ الناشئ عن الإخلال بالتزامات التي منشأها العقد ، وبين الخطأ الذي يقع بصرف النظر عن التعاقد . كما فرق فقهاء القانون الفرنسي القديم بين الخطأ الناشئ عن الاتفاق وبين ذلك الخطأ الذي يقع في غير دائرة الاتفاقات وعلى هذا التقسيم بنيت نتائج المسؤولية المدنية، ولكن بغير أن تتميز بأحكام خاصة. و لقد شكل هذا التقسيم نقطة البداية التي انطلقت منها فكرة ازدواج المسؤولية المدنية .

2- أن المشرع الفرنسي يعترف صراحة بفكرة ازدواج المسؤولية المدنية أما المشرعان المصري والبحريني فهما يعترفان ضمناً بهذه الفكرة حيث أن كل منهما يفرد تنظيماً مستقلاً لكل من نوعي المسؤولية المدنية .

3- تتأسس فكرة الازدواج على وجود نوعين من مسؤولية مدنية تغاير كل منهما الأخرى في الطبيعة والأحكام هما المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية. و يرجع التمييز بين هذين النوعين إلى اختلاف مصدر الالتزام بالتعويض في كل من المسؤوليتين ، فمصدر الالتزام بالتعويض في المسؤولية العقدية هو العقد ، وهذا العقد ينشأ عن توافق إرادة المتعاقدين في حين أن مصدر الالتزام بتعويض في نطاق المسؤولية

التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، أي أن القانون هو الذي أنشأ هذا الالتزام وحدد مداه ، ولم تتدخل إرادة الطرفين في نشؤه .

4- بعد طرح الفوارق الأساسية التي رأها أنصار الأزواج بين كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية، وبعد عرض ما ارتأه الفقه الحديث من انتقادات لهذه الفوارق، يتضح أن ازدواجية نظام المسؤولية المدنية مسألة حقيقة، فهناك فروق حقيقة تفصل بينهما، ولكنها أقل مما يدعي أنصار الأزواج . فقد تبين بعد طرح وتحليل الفروقات بين المسئوليتين، أن من هذه الفروق ما يشكل معيار للفرقة باعتباره دليلاً عليها، كجواز التعويض عن الأضرار الغير متوقع، والتضامن بين المسئولين، واختلاف مدد التقادم، وجواز الاتفاق على الإعفاء أو تعديل أحكام المسؤولية، وجوب الإعذار لاستحقاق التعويض. ومنها ما أدى التطور الطبيعي للقانون، ومشاكل تطبيقه الى تلاشيهِ أو التقليل من أهميته كعنصر للفرقة ، كاختلاف معيار الخطأ، واستلزام وقوع الخطأ من المسئول ، واختلاف عبء الإثبات، واشتراط الأهلية،و التعويض عن الأضرار المباشرة، وجواز التعويض عن الضرر الأدبي، و جواز التعويض عن الضرر العيني .

5- ظهر في أوساط الفقه والقضاء اتجاه ينكر ازدواجية نظام المسؤولية المدنية، ويحاول هدم التفرقة بين المسئوليتين، مرتأياً في المسؤولية وحدتها من حيث الفعل المنشئ لها والاثـر المترتب عليها. وذلك انطلاقاً من دوافع عملية دعت إليها الغاية من المسؤولية عموماً و أيا كان نوعها، وهي الإقرار للمضـرور فيها بالحـق في التعويض المناسب. إلا أن هذه محاولة لم تنجح في محو الفوارق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، وهدم التفرقة بين المسئوليتين، فما زالت التفرقة بين المسئوليتين قائمة، أياً كان نطاقها أو حجمها ، مما يؤكد على بقاء التفرقة القائمة، إن أغلب التشريعات المدنية عالجت النوعين في مكانين مختلفين، ووضع المشرع فيها لكل منهما تنظيمات يراه مختلف عن التنظيم الذي وضعه للنوع الآخر، وقد نظر الفقه إلى هذا التنظيم، مقررًا أنه لا توجد في القانون المدني مسئوليتين إحداهما عقدية

والاخرى تقصيرية، و إنما يوجد نظامان أو نوعان لمسئولية مدنية واحدة.

6- تزعزت فكرة ازدواج المسؤولية، على أثر الإشكالات التي أثارها التطبيق العملي لمعيار نسبية أثر العقد ومعيار الإخلال بالعقد، اللذان وضعهما الفقه للتحديد نطاق تطبيق كل من المسئوليتين؛ مما دفع بعض الفقه إلى الشك في سلامة هذين المعياران، و فيما إذا كانا يصلحان للفصل بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية والابقاء على ازدواج :

أ- انعكست التطورات الاقتصادية على معيار مبدأ نسبية أثر العقد، مما أدى إلى تطور العلاقة بين المتعاقد والغير، وهذا الوضع أثار عدة إشكاليات أضعفت من معيار النسبية، فلم يعد الغير لا يتأثر بالعقد بصورة مطلقة، و إنما قد يضار من العقد او ينتفع به ، مما دفع بعض الفقه والقضاء إلى محاولة تجاوز هذا المعيار، و اختراق نطاق المسئولية التقصيرية ، بتطبيق أحكام المسئولية العقدية على أشخاص يعتبرون من الغير وفقاً مبدأ النسبية، هذه المحاولات تجسدت في نظرية الغير الشريك ، ومن بعدها نظرية المجموعة العقدية :

1. حاول بعض الفقه من خلال، طرح نظرية الغير الشريك و ما أعقبها من نظريات قانونية أخرى، اختراق معيار مبدأ نسبية أثر العقد باعتبار الغير الذي يدفع المتعاقد إلى الإخلال بالعقد مسئولاً مسئولية عقدية في مواجهة المتعاقد المضرور. إلا إن هذه المحاولة لم تستطع النيل من معيار نسبية أثر العقد، فقد تمسك الفقه بهذا المبدأ و دافع عنه بوصفه معياراً تستند إليه فكرة الازدواج للتمييز المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية، و اعتبر ما حدث من تراجع للمضمون مبدأ نسبية أثر العقد سبباً لتجديد وتطوير المفهوم التقليدي لمبدأ النسبية، من خلال ابتداع فكرة جديدة هي فكرة حجبة العقد لتنظم علاقة (الغير) بالعقد على نحو لا يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقد.

2. حاول بعض الفقه في فرنسا من خلال فكرة المجموعة العقدية، خلق علاقات تعاقدية بين أشخاص لا يرتبطون مباشرة بالعقد، عن طريق تغيير المفهوم التقليدي ل (الغير عن العقد) الذي يقوم عليه مبدأ النسبية، على نحو يجعل سائر المشتركين في مجموعة العقدية أطرافاً فيه . لاقت الفكرة المجموعة العقدية العديد من الانتقادات الحادة التي ترجع إلى الأساس الاقتصادي لهذه النظرية ، وما تتطوي عليه من تحول لفكرة (الطرف) في العقد وبنتيجة لفكرة (الغير) بالنسبة للعقد. كما إن أعمال فكرة المجموعات العقدية، يؤدي على صعيد ازدواج نظام المسؤولية المدنية إلى نتيجة أساسية هامة، تتمثل في تطبيق قواعد المسؤولية العقدية خارج النطاق الروابط العقدية، مما يؤدي بالنتيجة هدم فكرة الازدواج ، واختلاط المجال المقرر لسريان كل من المسئوليتين العقدية والتقصيرية، فضلاً عن توسيع نطاق المسؤولية العقدية وإحكامها في مجال التعويض عن الأضرار تنأ بها عن وظيفتها الأصلية، مما ترتب عليه تراجع الفقه و القضاء عنها.

ب- إن التطبيق العملي لمعيار الإخلال بالعقد أثار بعض الإشكالات القانونية التي تعذر حلها وتضاربت فيها الآراء تضارباً كبيراً ، أبرزها أن المتعاقد في حالة الالتزام بنتيجة يلتزم بالتعويض بمجرد عدم تحقق النتيجة ودون أن يرتبط الخطأ بسلوكه. كما أن بناء فكرة الخطأ العقدي على طبيعة الالتزام فيما إذا كان الالتزام بنتيجة أو التزاماً ببذل عناية يثير إشكالات في تحديد الخطأ عندما يتداخل أحد الالتزامين بالآخر على نحو لا يمكن الفصل بينهما؛ وهذه الإشكالات أضعفت من معيار الإخلال بالعقد، مما جعله غير المناسب لتحديد نوع المسؤولية.

6- ذهب بعض الفقه إلى إنكار فكرة الازدواج ، من خلال إلغاء نظام المسؤولية العقدية، باعتبار أن المسؤولية التقصيرية تشكل الشريعة العامة للمسؤولية المدنية، و أن فكرة المسؤولية العقدية هي فكرة مصطنعة و تقوم على أسس خيالية كان الهدف منها خلق مسؤولية لها نفس وظيفة المسؤولية التقصيرية في التعويض. فالتعويض عن

الإخلال بالالتزام العقدي - وفقاً لهؤلاء - ليس إلا شكلاً من أشكال التنفيذ الملزم للعقد، حيث يضمن المدين من خلال التعويض وضع الدائن في المكان الذي سيكون فيه لو تم تنفيذ الالتزام عيناً، وبالتالي فلا يوجد أي مجال للحديث عن الخطأ أو الضرر. ولقد استند هؤلاء في تدعيم رأيهم بحجج تاريخية، وأخرى موضوعية. و يرى اتجاه على خلاف ما تقدم - ضرورة الإبقاء على المسؤولية العقدية، وما يرتبط بها من وجود فكرة ازدواج المسؤولية.

7- إن التسليم بمبدأ ازدواج المسؤولية المدنية يقتضي القول بأن تحديد طبيعة هذه المسؤولية في ظل فكرة الازدواج ، يجب ألا يستند إلى معيار شخصي محض لا يعتد إلا بصفة المضرور، وإنما ينبغي أن يقترن بمعيار موضوعي آخر يقوم على طبيعة الخطأ المسبب للضرر، وما إذا كان خطأ عقدي محض يستقل تماماً عن الخطأ التقصيري، أو كان خطأ عقدي بسيط، أي يتضمن في ذات الوقت خطأ تقصيري.

كما أن تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية لا يعني أنهما نظامين مختلفين تماماً ، وإنما يوجد تقارب بينهما في بعض الأمور، فالمسؤولية العقدية مثل المسؤولية التقصيرية، هي تارة مسؤولية شخصية قائمة على الخطأ في حالة الالتزام بوسيلة، وتارة تكون مسؤولية موضوعية دون اعتبار للخطأ في حالة الإخلال بالالتزام العقدي بالنتيجة، وحالة المسؤولية الشبيهة، والمسؤولية عن فعل الغير.

ثانياً: التوصيات :

1- نقترح تبني موقفاً تشريعياً يتسم بالوضوح من نظام المسؤولية العقدية ، وذلك باستبدال عنوان ((التنفيذ بطريق التعويض)) الوارد في الباب الثاني من القانون المدني ب ((التعويض بطريق المسؤولية)) .

2- إعطاء القضاء سلطة تقديرية في تطبيق التمييز بين المسئوليتين، وذلك بأن يكون للقاضي حرية استبدال الأساس الذي بنى عليه الدعوى من عقدية إلى تقصيرية وبالعكس، كلما وجد أن ذلك يحقق مصلحة

المتضررين، وأن يكون ذلك تحت رقابة محكمة التمييز ؛ للتأكد من سلامة التطبيق.

3- إعطاء المضرور في حالة الخطأ العقدي البسيط، الذي يتضمن في ذات الوقت خطأ تقصيراً، الحق في اختيار نظام المسؤولية الذي يريد أن يطبق على دعوى التعويض، على أن يكون الاختيار كلياً.

4- وضع نظام موحد يحقق المساواة بين المتضررين بعض النظر عما إذا كانوا مرتبطين بعقد أم لا، بشرط أن يكون هناك إتحاد بينهم في معطيات المشكلة كما في حالة المجموعة العقدية.

المراجع

أولاً - الكتب العامة :

- أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام - إثبات)، دون ناشر ،
دون بلد نشر، سنة 1984 .
- إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ج2 ، مطبعة عبدالله وهبة، مصر،
1967.
- أنور طلبة ، المطول في شرح القانون المدني، ج 4 ، ط2 ، المكتب الجامعي الحديث،
مصر، 2006.
- أنور طلبة، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط 7 ، الفنية للتجليد الفني، مصر،
2000 .
- أنور طلبة، المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية)، ج1، ط1، المكتب الجامعي الحديث، مصر،
2005.
- توفيق حسن و جلال علي العدوي، النظرية العامة للالتزامات، منشورات الحلبي الحقوقية،
لبنان، 2002.
- جاك غستان ، المطول في شرح القانون المدني (مفاعيل العقد و آثاره) ، ترجمة منصور
القاضي، ط 2 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان، 2008 .
- جلال علي العدوي ، أصول الالتزامات (مصادر الالتزام)، منشأة المعارف، مصر، 1997.
- جنيفيف فيني، المدخل إلى المسؤولية، ترجمة عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، ط1، المؤسسة
الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2011 .
- حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، ط 2، دون ناشر، دون بلد نشر.
- حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني، تنقيح محمد سعيد الرحو، ط1، دار وائل
للنشر، الأردن، 2006.
- حسين عامر : المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، مصر، 1956.

- خالد جمال ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، ط2، مطبعة جامعة البحرين، البحرين ، 2002.
- خالد عبد الفتاح ، المسؤولية المدنية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط2، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
- سلمان أبو ذياب، مبادئ القانون المدني، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، دون سنة نشر.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، ط 5، دون ناشر، مصر، 1988.
- سعيد سعد ، مصادر الالتزام المدني، ط1، دار النهضة العربية، مصر ، 2002-2003.
- سعيد أحمد، قضاء النقض في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، مصر ، 2002.
- سمير تناعو ، مصادر الالتزام، دون ناشر، دون بلد نشر، 1999-2000.
- شريف الطباخ ، التعويض عن الإخلال بالعقد في ضوء الفقه والقضاء ، ط 5 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، 2005 .
- شريف الطباخ ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، مصر ، 2006.
- صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2009.
- صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006.
- عاطف النقيب ، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، منشورات عويدات وديوان المطبوعات الجامعية، لبنان ، 1984.
- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام (مصادر)، مطبعة نهضة مصر، مصر ، 1950.

- عبدالرحمن عياد ، أساس الالتزام العقدي (النظرية والتطبيقات) ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر ، دون سنة نشر .
- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (صادر الالتزام)، ج1، ط 3، منشورات الحلبي، لبنان، 2000 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الإثبات - آثار الالتزام)، ج2، ط 3 ، منشورات الحلبي، لبنان، 2000 .
- عبد المعين لطفي ، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية)، ج 1، ط 1، الهيئة العامة للكتاب، مصر، 1977.
- عبد المنعم البدرابي، مصادر الالتزام ، دون ناشر، مصر، 1986.
- عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام (دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري) ، دار النهضة العربية، لبنان، 1979.
- عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات (صادر الالتزام)، ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر ، 1989.
- عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء. ط 7، الفنية للتجليد الفني ، مصر ، 2000.
- عز الدين الديناصورى و عبد الحميد الشواربي ، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج 1، دار الفكر العربي، مصر، 2012.
- فتحي عبدالرحيم، شرح النظرية العامة للالتزامات العامة، ج1، منشأة المعارف، مصر ، 2001.
- محمد حسام ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، النسر الذهبي، مصر ، 1999.
- محمد شريف ، مصادر الالتزام في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1999 .
- محمد كمال ، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه (مصادر الالتزام) ، ط 3 دون ناشر، مصر، 2003.
- مصطفى الجمال ، مصادر وأحكام الالتزام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .
- مصطفى الجمال و رمضان محمد أبو السعود و نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الالتزام، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2000.

مصطفى الجمال ، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية، مصر، 1987.

مصطفى الجمال ، القانون المدني في ثوبه الاسلامي، (مصادر الالتزام)، ط1، الفتح للطباعة والنشر، مصر، 1996.

منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط 1، دار ثاراس للطباعة والنشر، العراق، 2006.

موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، ج2 ، منشورات الحلبي ، لبنان، 2001 .

نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دون ط، دار الجامعة الجديدة، مصر ، 2004.

ثانياً – الكتب المتخصصة :

أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية في القانون الروماني، دون ط ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، دون سنة.

أحمد إبراهيم حسن و طارق المجذوب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .

أحمد عابدين ، التعويض عن الضرر المادي والادبي و المورث، منشأة المعارف ، مصر، 1995.

أسامة أحمد بدر ، المسؤولية المدنية للمعلم ، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

أسامة محمد ، النظرية العامة لعقود الباطن ، دار النهضة، مصر، 2008 .

باسم محمد صالح ، شرح القانون التجاري البحريني، جامعة العلوم التطبيقية ، ط 2، البحرين، 2009.

جابر نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1995.

جلال محمد، الرجوع بين المسؤولين المتعديين دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي والقانون الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

حافظ محمد ، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة)، الشركة الاسلامية للطباعة، العراق، 1956.

حسن حسين البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية. دار الكتب القانونية. مصر. 2010.

صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 2001.

صبري حمد خاطر ، الملكية الفكرية دراسة مقارنة في القانون البحريني، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2007.

صلاح محمد ، الوسيط في شرع قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين، ط1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006.

صوفي أبو طالب، الوجيز في القانون الروماني، دار النهضة العربية، مصر، 1965 .

عادل جبري محمد، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

عباس العبودي، تاريخ القانون، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 1998.

عبد الحي حجازي ، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر، مصر، 1954.

عبد الغني عمرو ، تاريخ النظم القانونية، ط 3، مطابع عصر الجماهير الخمس، ليبيا، 2000.

عبد المجيد الحفناوي، المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني، دون ناشر، مصر ، 1975 .

عبد المنعم درويش، المسؤولية التقصيرية بين القانون الروماني والشرعية الإسلامية، دون ناشر، دون بلد نشر، 1998 .

عصام عبد الفتاح ، التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.

علي فيصل ، مبدأ حجية العقد (دراسة مقارنة)، ط1، الخليج العربي للنشر والتوزيع، البحرين، 2013.

- ليلي عبدالله، الوجيز في شرح قانون الإثبات البحريني، ط 1، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2003.
- محمد حسين عبد العال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعة العقدية، دار النهضة، مصر، 2006.
- محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسئولية المدنية (دراسة مقارنة بين القانون المصري واليميني والشرعية الإسلامية)، دار النهضة العربية، مصر ، 1990.
- محمد سعد و أحمد محمد هيكمل، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، مطبعة جامعة البحرين، البحرين، 2006.
- محمد شريف، مسؤولية عديم التمييز، مكتبة نجم القانونية، مصر، 2001.
- محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، ج2، ط1، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992.
- محمد عبد السليمان، فكرة عدم سريان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- محمد عبد الظاهر : المسئولية التقصيرية للمتعاقد (دراسة فقهية قضائية في العلاقات التبادلية بين نوعي المسئولية)، المؤسسة للطباعة الفنية والنشر، مصر ، 2012.
- محمد عبدالمنعم و عبدالمنعم البدرابي ، مبادئ القانون الروماني تاريخه ونظمه، مطابع دار الكتاب العربي، مصر ، 1956 .
- محمد علي ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، مصر، 1980.
- محمود سلام ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة العربية، مصر ، 1966.
- محمود جلال ، العمل غير المشروع باعتباره مصدر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
- نبيلة رسلان، العلاقات القانونية الثلاثية، دار الطباعة الحديثة، مصر، 1986.

ثالثاً - الرسائل العلمية :

- باسل محمد يوسف، التعويض عن الضرر الأدبي دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة النجاح، فلسطين. 2009.
- حازم ظاهر ، لتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين، 2011.
- ربيع ناجح رابع ، مسئولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني.
- رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح، فلسطين، 2008.
- زواوي فريدة ، مبدأ نسبية أثر العقد، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح ، الجزائر، 1992.
- سعاد بختاوي ، المسؤولية المدنية للمهني المدين، رسالة ماجستير بمقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب ، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر ، 2012 .
- فضل ماهر محمد، المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين، 2008.
- لطيفة أمارو، الالتزام البائع بالتسليم المبيع في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر. 2011.
- مجد محمد ، الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النجاح ، فلسطين 2012 .
- ناصر جميل، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الموصل، العراق، 1998.
- نصير صبار، التعويض العيني، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة النهرين، العراق، 2001.
- نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش. رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق - جامعة مولود معمري، الجزائر، 2012.

رابعاً – المقالات والابحاث والدوريات :

- أحمد منيب، متى تسقط الفوائد والأجرة والحكر ونحوها المحكوم بها؟، مجلة المحاماة ، العدد الثامن، السنة الخامسة ، مايو سنة 1925، www.mohamoon.com .
- أمل كاظم ومحمد علي صاحب ، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، مجلة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، العدد 7، المجلد 1، العراق ، 2013.
- أسيل باقر و وفاء تقي و أحمد سلمان الشهاب، قيام مسؤولية الناقل عن الإخلال بضمان السلامة في حوادث الإرهاب الجوي، مجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 22، 2013 .
- رائد كاظم محمد ، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم ، العراق ، 2010 .
- قصي سلمان ،المسؤولية العقدية عن الأشياء، مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العدد 9، المجلد 15، العراق ، 2006.
- عبد الرحمن عياد، نظام المسؤولية العقدية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مطبعة جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني. مصر ، 1969.
- عزيز جواد ، التعويض عن إصابات العمل، مجلة العلوم القانونية. جامعة بغداد، العدد 1، المجلد 25، العراق ، 2010 .
- مالك جابر، الأثر القانوني لاتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية ، جامعة القادسية، 2009، www.theuaelaw.com
- فايز محمد حسين، أثر مشروع السنهاوري في القوانين المدنية العربية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، www.mara.gov.om .
- محمود السقا، أثر الفلسفة في الفقه و القانون الروماني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 41 و 42، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، مصر، 1971 – 1972.
- مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني. السنة 46 ، الشركة المتحدة للنشر و التوزيع، مصر، 1976.
- مواقي بناني ، الالتزام بضمان السلامة، مجلة المفكر، جامعة باقة، العدد 10، 2006 .

نواف حازم، دور جسامة الخطأ في تقدير مقدار التعويض، مجلة كلية، جامعة المستنصرية، العدد 11 و 12، المجلد 3، سنة 2010 .

خامساً- القوانين والتشريعات :

- القانون المدني الفرنسي 1804 .
- القانون المدني المصري رقم 114 لسنة 1946 .
- قانون تنظيم المباني البحريني رقم (13) لسنة 1977.
- القانون البحري البحريني رقم (23) لسنة 1982.
- قانون النقل العراقي لسنة 1983 .
- قانون التجارة البحريني رقم (7) لسنة 1987.
- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني رقم (14) لسنة 1996 .
- قانون التجارة المصري لسنة 1999 .
- القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001 .
- قانون الشركات التجارية البحريني رقم (21) لسنة 2001.
- قانون الطيران المدني البحريني رقم (6) لسنة 2005 .
- قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة البحريني رقم (22) لسنة 2006.
- قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري لسنة 2009 .
- حماية المستهلك البحريني رقم (35) لسنة 2012 .
- قانون العمل في القطاع الأهلي البحريني رقم (36) لسنة 2012 .
- قانون تنظيم الطيران المدني البحريني رقم (14) لسنة 2013.

سادساً - الأحكام القضائية :

- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1989 ، السنة القضائية (1).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1990 ، السنة القضائية (2) .
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1991 ، السنة القضائية (3).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1992 ، السنة القضائية (4) .
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1993 ، السنة القضائية (5).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1994 ، السنة القضائية (6).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1995 ، السنة القضائية (7).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1996 ، السنة القضائية (8).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1997 ، السنة القضائية (9).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1998 ، السنة القضائية (10).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 1999 ، السنة القضائية (11).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2000 ، السنة القضائية (12).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2001 ، السنة القضائية (13).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2002 ، السنة القضائية (14).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2003 ، السنة القضائية (15).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2004 ، السنة القضائية (16).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2005 ، السنة القضائية (17).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2006 ، السنة القضائية (18).
- مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرينية ، 2007 ، السنة القضائية (19).

وزارة العدل المصرية ، قاعدة التشريعات والإجتهادات المصرية. www.arablegalportal.org .

Abstract

This thesis tackles the issue of dual concept of civil liability .One of the established practices of jurisprudence is that jurisprudence draws a line between two types of civil liability: liability arising from breach of contractual liability is defined as contractual liability whereas the liability arising from breach of legal liability is called liability in tort .

Contractual liability assumes that there is a contractual relationship between the person liable for damage and the person suffering damage whereas liability in tort exists when there is no contractual relationship between the parties.

Jurisprudence purports to draw a clear line between two kinds of liability in several ways.

In the light of differing provisions covering contractual liability and liability in tort, the difference in dealing with victims gains some visibility and some jurisprudent lists contend that the civil liability system shall be treated in fact as monolithic rather than dualistic, in terms of its key rationales and results by giving claims in support of single civil liability in stead of dual civil liability and providing insights that on one hand, difference does not revolve about nature of each liability and that difference on the other hand has nothing to do with its underlying features . New questions emerge once the contractual liability system has been implemented; some jurisprudent lists call upon the cancellation of contractual liability.

This thesis includes two parts: the first part discusses the concept of dual civil liability and is broken down into two chapters.

The first chapter explores the basic legal and jurisprudential concept of dual civil liability.

The second chapter highlights the legal foundations for the concept of duality.

The second part tackles the denial of dual concept of civil liability and this part is split into two chapters. The concept of civil liability as monolithic entity is discussed in chapter (I) and the cancellation of contractual liability is examined in chapter (II).



UNIVERSITY OF BAHRAIN



College of Law

Department of Private Law

Duality of responsibility

A comparative study

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Master
Degree in Private Law

Submitted by

Sana s. Baqer sharaf

20039953

Supervised by

D. Sabri Khater

Professor of Civil Law

UNIVERSITY OF BAHRAIN

Kingdom BAHRAIN

July 2015