علي علي سليمان

النظرية العامة للإلتزام

مصادر الالتزام
في القانون المدني الجزائري

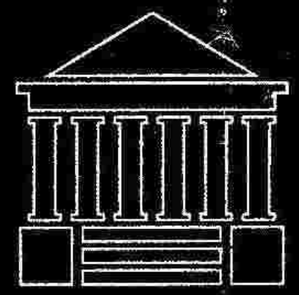
ديوان المطبوعات الجامعية

علي علي سليمان
1-346-317/01
OPU

علي علي سليمان

النظرية العامة للالتزام

مصادر الالتزام
في القانون المدني الجزائري



ديوان المطبوعات الجامعية

1-346-317/01
OPU
OPU 3172
390

الدكتور علي علي سليمان
أستاذ بكلية الحقوق
جامعة الجزائر

المركز الجامعي بالمدية
المكتبة المركزية
هذه الوثيقة ملك للمركز الجامعي بالمدية لايمكن
بأي حال من الاحوال امتلاكها أيهما او استبدالها
التاريخ: 2005/07/16
الاحصاء رقم: 166.76

النظرية العامة للالتزام

مصادر الالتزام
في القانون المدني الجزائري

الطبعة الخامسة 2003

ديوان المطبوعات الجامعية
الساحة المركزية - بن عكنون - الجزائر

© ديوان المطبوعات الجامعية 2003-09

رقم النشر: 4.02.3172
رقم: ر.د.م.ك(ISBN) 9961.0.0326.8
رقم الإيداع: 2003/1149

تقديم الطبعة الثالثة

إني لتغمرني السعادة العارمة حين أرى الطبعتين الأولى والثانية من هذا المؤلف قد نفدتا بسرعة مذهلة، مما يدل على أن هذا المؤلف، الذي وضع أصلا لطلبة السنة الثانية بمعاهد الحقوق، قد تجاوز محيط هؤلاء الطلبة، ووصل الى محيطات قانونية أفسح نطاقا، ولعل ذلك يرجع الى أني آليت فيه على نفسي أن أجعله صورة صادقة لما جاء به القانون المدني الجزائري من أحكام خاصة بمصادر الالتزام، لا أن يكون نقلا عن شراع القانون المدني المصري، فأبرزت فيه خصائص نصوص هذا القانون، وما اعتور الكثير منها من شوائب موضوعية وشكلية، وهي بعض النواهي التي ألممت بها تقريبا في مؤلفي.. ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري... الذي نشره ديوان المطبوعات الجامعية أخيرا.

ولم أضف الى هذه الطبعة جديدا بعدما أضيف الى الطبعة الثانية. ومازال ما أبرزته من أخطاء موضوعية وشكلية في الطبعتين السابقتين باقيا على حاله. ولقد اطلعت على عدة طبعات جديدة للقانون المدني، سواء بالعربية أو بالفرنسية، وما كان أشد أسفي حين وجدت الأخطاء الموضوعية التي أبرزتها في هذا المؤلف، وفي كتابي الذي نشره ديوان المطبوعات الجامعية أخيرا، ما زالت باقية على حالها، ولم يتداركها أو لو الأمر على الرغم من أهميتها وبديهيتها.

فلعل نشر هذه الطبعة [illegible] هذا المؤلف، بعد نشر كتابي «ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري» [illegible] الأمر الى حتمية إعادة النظر في القانون المدني، حتى يصبح مرآة صادقة تعكس ما وصلت اليه الجزائر من نهضة تشريعية جبارة، ومن حضارة تليق بمكانتها الدولية.

ومازلت أكرر أني سلكت في هذا المؤلف سبيلا وسطا، تجنب الايجاز المخل، والاسهاب الممل، وبسطت شرحه في أسلوب عربي رصين. والله أسأل أن يوفقني الى شرح بقية أحكام القانون المدني الجزائري.

د. علي علي سليمان
أستاذ بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر

مقدمة للطبعة الثانية

إني لسعيد بأن أرى الطبعة الأولى من هذا الكتاب قد نفدت بسرعة، مما يدل على أنه قد جاوز محيط طلبة السنة الثانية بمعاهد الحقوق، الذين وضع من أجلهم، ليصل إلى محيطات قانونية أوسع نطاقا، ولعل ذلك يرجع الى أني آليت فيه على نفسي أن أجعله صورة صادقة لما جاء به القانون المدني الجزائري من أحكام خاصة بمصادر الالتزام. لا أن يكون نقلا عن شراح القانون المدني المصري، فأبرزت خصائص النصوص الجزائرية وما اعتور الكثير منها من أخطاء موضوعية وشكلية، وهي بعض النواحي التي ألممت بها كلها تقريبا في كتابي «ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري» الذي سيصدره ديوان المطبوعات الجامعية عما قريب.

ولم أضف الى هذه الطبعة الثانية جديدا، الا ما ورد في قانون علاقات العمل الصادر في 1990/4/25. بصدد التعويض عن الضرر الأدبي.

أما ما عدا ذلك فمازال ما ورد في الطبعة الأولى كما هو لم يتغير، وما زال ما أبرزته فيها من أخطاء موضوعية وشكلية باقيا على حاله، بعد أن أطلعت على طبعتين جديدتين للقانون المدني، احداهما بالفرنسية صدرت في سنة 1990، والثانية بالعربية صدرت في سنة 1991، وما كان أشد أسفي حين وجدت الأخطاء الموضوعية والشكلية، التي أشرت اليها في هذا الكتاب. والممت بها في الكتاب الذي سيصدره ديوان المطبوعات الجامعية، مازالت كما هي، ولم يتداركها أو لو الأمر. فلعل نشر الطبعة الثانية من هذا الكتاب، ونشر الكتاب الذي أشرت اليه آنفا، يلفتان نظر أولى الأمر الى ما تسلل الى القانون المدني من أخطاء موضوعية وشكلية.

وما زلت أكرر أن شرحي لمصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، يمتاز بالايجاز غير المخل، وبتجنب الاسهاب الممل، وببسط الشرح في أسلوب منطقي سهل وفي لغة عربية فصيحة.

والله أسأل أن يوفقني الى شرح أحكام القانون المدني الجزائري للالتزام

د. علي علي سليمان
أستاذ بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر

تقديـــم

هذه هي المحاضرات التي ألقيتها على طلبة السنة الثانية بمعهد الحقوق بجامعة العاصمة في العام الدراسي 1988/1987، وقد كلفت بدراسة هذه المادة على حين غرة بعد سفر الزميل الفاضل الدكتور محمد حسنين الذي كان يتولى دراستها منذ عدة سنين، فاضطررت الى الاسراع في كتابتها حتى أستطيع سد الفراغ الذي أعقب سفره.

ولقد رأيت الا أعمد فيها الى الاختصار المخل، أو الى التطويل الممل، واتخذت فيها سبيلا وسطا، فأوجزت حيث يكفى الايجاز، وأسهبت حيث ينبغي التفصيل، مراعيا في هذا أو ذاك الوضوح الذي يلائم هؤلاء الذين يطرقون أبواب الدراسات القانونية للسنة الثانية وما يزالون في أول مرحلة من مراحل التكوين القانوني.

ومع ذلك فبعد أن أنتهيت من هذه الدراسة رأيت أنها صالحة لكل من يتصدى لدراسة القانون من رجال القضاء والمحامين، ولذلك اقترحت على ديوان المطبوعات الجامعية نشرها في كتاب حتى يعم الانتفاع بها، لا سيما بعد أن رأيت أنه لم يوضع في نظرية الالتزام هنا باللغة العربية غير المؤلف الذي وضعه الزميل الفاضل الدكتور محمد حسنين منذ سنة 1983، أي قبل صدور قانون الأسرة في سنة 1984، وهو القانون الذي أكمل ما كان ينقص القانون المدني في نطاق الأحوال الشخصية، وعلى ذلك فقد أصبح مؤلف الزميل الفاضل غير مساير للوضع الحالي للتشريع المدني، وفضلا عن ذلك. فقد تأثر مؤلفه كثيرا بالقانون المدني المصري، وبما كتبه الفقهاء المصريون عنه، فجاء مؤلفه شرحا للقانون المدني المصري لا الجزائري، وفاته ما بين القانونين من اختلاف، وما شاب القانون المدني الجزائري من عيوب.

ولما كان واضع هذه المحاضرات قد تعرض لابراز ما في القانون المدني الجزائري من خصائص وما به من عيوب، في محاضرة ألقاها بوهران في 1976/5/5، ثم في سلسلة نشرت بمجلة الشرطة منذ سنة 1982، وما زالت

تنشر بها حتى الآن تحت عنوان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، فقد جاءت هذه المحاضرات صورة صحيحة صادقة للقانون المدني الجزائري نفسه كما هو متأثرا بالقانون المدني المصري.

ولما كانت هذه المحاضرات قد ألقيت على الطلبة أسبوعا بعد أسبوع، فإني لم أتمكن من تقسيمها طبقا للمنهج التقليدي الى أبواب وفصول ومباحث ومطالب وفروع، واكتفيت بتقسيمها الى خمسة فصول، وكل فصل الى مباحث، وحسبي أني وضعت فقراتها طبقا لأرقام مسلسلة.

ولما كنت قد وضعت كتابا عن المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، تناولت فيه المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء والتعويض، وقد نشره ديوان المطبوعات الجامعية في سنة 1984، وسوف يعيد طبعه مرة ثانية، فقد أحلت عليه في هذه المحاضرات تجنبا للتكرار، فأصبح هذا الكتاب مكملا لهذه المحاضرات.

والله أسأل أن أكون قد وفقت بهذه الدراسات الى ما هدفت إليه دائما من وضع لبنة في صرح الدراسات القانونية العربية في هذا البلد الفتي الطيب، الذي كاد الاستعمار الفرنسي الطويل يقضي على لغته الوطنية، وعلى ثقافته العربية، وأراد أن يمحو شخصيته الأصلية الجزائرية الاسلامية.

د. علي علي سليمان
أستاذ بمعهد الحقوق بجامعة الجزائر

الجزائر في 1988/07/03

تمهيـد:

تعتبر النظرية العامة للالتزام أهم جزء في القانون لمدني، بحيث لو ألم الطالب بها الماما تاما فإنه لن يجد أية صعوبة في فهم أجزاء القانون المدني التي سوف يدرسها في السنتين التاليتين.

ذلك أن هذه النظرية تعتبر هي الأصل العام والقاعدة العامة التي يجب الرجوع اليها، سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري أو في القوانين الأخرى طالما أنه لم يوجد نص خاص في هذه القوانين.

وفي نطاق القانون المدني، تطبق أحكام هذه النظرية على كل نواحي القانون المدني، ولا سيما على العقود، ما لم يوجد نص خاص. ولقد تناول القانون المدني أحكام هذه النظرية في الكتاب الثاني منه، فتناول في الباب الأول مصادر الالتزام وهي موضوع دراستنا في هذا العام، ثم تناول في الباب الثاني آثار الالتزام، وفي الباب الثالث الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، وفي الباب الرابع انتقال الالتزام، وفي الباب الخامس انقضاء الالتزام، وفي الباب السادس اثبات الالتزام. وقد بلغت النصوص الخاصة بنظرية الالتزام في القانون المدني 298 مادة من المادة 53 الى المادة 350 أي ما يقرب من ثلث القانون، ويضاف اليها ما جاء به قانون الأسرة الصادر في 1984/6/9، الذي كمل ما كان ينقص في القانون المدني من أحكام تتصل بنظرية الالتزام.

ويرجع أصل هذه النظرية الى القانون الروماني، فهو أول قانون نظم هذه النظرية من ناحية الصياغة الفنية القانونية، ثم جاء فقهاء القانون الفرنسي القديم فاستمدوا صياغة النظرية من القانون الروماني، وكملوا هذه الصياغة وبلوروها طبقا لتطور الزمن، وأكبر الفقهاء الذين كان لهم هذا الفضل هما دوما Domat في القرن السابع عشر ثم بوتييه Pothier من بعده، وقد استمد واضعو قانون نابليون أحكام هذه النظرية من هذين الفقيهين ولا سيما من بوتييه، ثم استمدت قوانيننا العربية أحكام هذه النظرية من القانون المدني الفرنسي، ولكنها كملتها بما أخذته عن الشريعة الاسلامية من أحكام كثيرة سوف نتعرض لها فيما بعد.

ولكي نفهم معنى الالتزام ينبغي أن نرجع الى تقسيم الحقوق الذي عرفتموه في دراسة السنة الأولى.

فالحقوق المدنية تنقسم الى حقوق مالية، وهي التي نتناول دراستها هنا، ويسمونها بالفرنسية Les droits patrimoniaux، وحقوق غير مالية Les droits extrapartrimoniaux وهي حقوق الأسرة وحقوق الشخصية.

وتنقسم الحقوق المالية بدورها الى ثلاثة أقسام:

1 ــ الحقوق الشخصية Les droits personnels وهي التي تهمنا هنا.

2 ــ الحقوق العينية Les droits réels سواء كانت أصلية أو تبعية.

3 ــ ثم الحقوق المعنوية Les droit intellectuels التي تقع على الانتاج الذهني، فلا هي عينية ولا هي شخصية. والذي يدخل في نطاق دراستنا هو الحق الشخصي فقط، أو حق الدائنية Le droit de créance، فهذا الحق إذا نظرنا اليه من ناحية الدائن سمي حقا، وإذا نظرنا اليه من ناحية المدين سمي التزاما، وقد جرى الفقه على تغليب ناحية المدين في هذه النظرية فسموها: نظرية الالتزام وأن كانت في الواقع تشمل التزام المدين وحق الدائن، ولذا سماها القانون المدني المصري الالتزامات أو الحقوق الشخصية.

الفصل الأول

مصادر الالتزام

1 ــ الأصل هو أن كل شخص برىء الذمة، غير مدين، حتى يتقرر أنه مدين، كما في المواد الجنائية إذ اعتبر الانسان بريئا حتى يحكم عليه بالأدانة. والمصادر التي يترتب عليها التزام المدين كما وردت في القانون المدني هي: 1 العقد، والفعل الضار، أو المسؤولية التقصيرية، وما سماها القانون المدني شبه العقود أو الاثراء بلا سبب، ودفع غير المستحق، والفضالة وهو ما يسمى بالفعل النافع، والى جانب هذه المصادر الثلاثة، هناك مصدر رابع هو القانون، الذي قد يكون هو المصدر المباشر لبعض الالتزامات، ولسوف نرى أن هناك مصدرا خامسا للالتزام أخذت به القوانين الحديثة، وهو الارادة المنفردة، ولكن القانون المدني لم يعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام وأن كان قد اعتبرها مصدرا استثنائيا لبعض الالتزامات كما سوف نرى.

2 ــ وتترتب هذه المصادر إما على وقائع طبيعية Faits naturels لا دخل للانسان فيها، وأما على وقائع انسانية Faits de l'homme أي قام بها الانسان نفسه مختارا أو غير مختار، فالوقائع الطبيعية ترتب الالتزام بالنفقة بين أفراد الأسرة، وترتب عدم الاضرار بالغير في الالتزامات الناشئة عن علاقات الجوار، ومصدر هذه الالتزامات هو القانون وحده، ولا دخل فيه للانسان. أما الوقائع الانسانية التي يتدخل فيها الانسان، فتنقسم الى: تصرفات قانونية Actes juridiques والى أعمال مادية Faits juridiques.

3 ــ والتصرفات القانونية هي التي ترتب التزاما يكون مصدره هو إرادة الانسان، فإذا اقترنت هذه الارادة بإرادة أخرى سمي المصدر عقدا، وإذا لم تقترن بإرادة أخرى سمي التزاما بإرادة منفردة.

4 ــ وأما الأعمال المادية فإما أن تكون مشروعة فيترتب عليها التزام ينشأ عنه ما يسمى بالفعل النافع، أي الاثراء بلا سبب، ودفع غير المستحق والفضالة، أو ما سماه القانون المدني الجزائري، متأثرا بتقنين نابوليون «شبه العقود»

وإما أن تكون الأعمال المادية غير مشروعة فتترتب عليها المسؤولية التقصيرية أو الالتزام الناشىء عن الفعل الضار، وهو الذي سماه النص العربي «العمل المستحق للتعويض» وسوف نرى أنها تسمية خاطئة، لأن العمل المستحق للتعويض أوسع مدلولا من العمل الضار، إذ يشمل الاثراء بلا سبب، كما يشمل تأخير المدين في تنفيذ التزامه النقدي (م 186م ج) وأما المصدر الرابع وهو القانون فيترتب الالتزام فيه بقوة القانون مباشرة دون تدخل إرادة الانسان، وإذا كانت المصادر الثلاثة السابقة تترتب كذلك بمقتضى القانون، فإنه لا يعتبر مصدرها المباشر، وإنما مصدرها المباشر هو إرادة الانسان.

5 ــ ولقد تناول القانون المدني الجزائري النص على القانون كمصدر للالتزام في المادة (53) التي تنص على مايلي: «تسرى على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون وحده النصوص القانونية التي قررتها» ولسوف نرجىء بحث هذه الالتزامات التي يعتبر القانون مصدرها المباشر الى ما بعد.

6 ــ أما العقد وهو أهم المصادر في نظرية الالتزام التقليدية، فقد خصص له القانون المدني الفصل الثاني ونص عليه في 70 مادة من 54 الى 123. وأما العمل غير المشروع فقد خصص له الفصل الثالث ونص عليه في المواد من 124 الى 140 وأما العمل النافع فقد نص عليه في الفصل الرابع وتناوله في المواد من 141 الى 159.

من ذلك نرى أن أهم مصادر الالتزام هو العقد الذي خصه القانون المدني الجزائري بسبعين مادة، لأنه أهم مصادر الالتزام في النظرية التقليدية، وأن كان دوره قد تقلص حديثا بعد تدخل الدولة وتقلص مبدأ سلطان الارادة.

وقبل أن نبدأ دراسة العقد، نلقي نظرة على المذهب الذي أخذ به القانون المدني الجزائري للالتزام لنرى هل أخذ بالالتزام طبقا للنظرية الشخصية التي أخذت بها القوانين اللاتينية التي تأثرت بالقانون الروماني أو بالنظرية المادية الجرمانية.

7 ــ فالنظرية الشخصية للالتزام تقوم على أن الالتزام رابطة شخصية تربط بين الدائن والمدين، ويؤخذ فيها شخص المدين بالاهتمام، فهي رابطة ملتصقة به لا تنفك عن شخصه، وتعطى للدائن سلطة عليه، وقد أخذت هذه النظرية عن القانون الروماني الذي كان يعتبر المدين ملتزما شخصيا بالدين، ويجيز للدائن أن ينفذ بدينه على شخص المدين فيحبسه، أو يسترقه بل وكان له أن يقتله إذا لم يقم بسداد دينه. وطبقا لهذه النظرية لا يجوز احلال مدين محل مدين (حوالة الدين) لأن الدين ملتصق بشخص المدين. كما أنه لا يتصور التزام بدون دائن، وقد أخذت القوانين اللاتينية وأهمها القانون المدني الفرنسي، بهذه النظرية.

8 ــ وأما النظرية المادية التي اعتنقها الفقه الألماني وسادت في القانون المدني الألماني والقوانين التي حذت حذوه، فهي تنظر الى الالتزام كرابطة مادية بين ذمتين ماليتين، ولا تؤخذ شخصية الدائن أو المدين بأهم اعتبار في هذه الرابطة، وبالتالي يجوزان يتغير شخص الدائن وشخص المدين (كما في حوالة الحق وحوالة الدين)، ويجوز أن يلتزم شخص لدائن غير معين (كالوعد بجائزة الموجه للجمهور والاشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد).

ــ وقد اعتنق القانون المدني الجزائري النظرية الشخصية كالقوانين اللاتينية والعربية وجعلها هي الأصل، ولكنه لم يهمل الأخذ بالنظرية المادية، بل أعطاها نصيبا من أحكامه.
فنص على حوالة الدين، وعلى الوعد بجائزة الموجه للجمهور، وعلى الاشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد، وأخذ بمعايير مادية مثل معيار الغبن في البيع وفي القسمة. وأخذ بالارادة الظاهرة في كثير من المواضيع بقصد استقرار التعامل بين الناس، كما فعل في بقاء التعبير عن الارادة بعد موت صاحبه أو فقده أهليته.

9 ــ وتقوم نظرية الالتزام على رابطة قانونية إذا نظرنا اليها من ناحية المدين سميت التزاما وإذا نظرنا اليها من ناحية الدائن حقا شخصيا أو Droit de créance، وإذن فموضوع دراستنا هو الحق الشخصي أو الالتزام من ناحية المدين، وقد غلبت ناحية المدين على ناحية الدائن فسميت النظرية: بنظرية الالتزام.

10 ــ وتعريف الحق الشخصي هو: رابطة قانونية بين شخصين أو بين ذمتين ماليتين تجيز لصاحب الحق أن يطالب الملتزم بإعطاء شيء Obligation

de donner أو بالقيام بعمل Obligation de faire أو بالامتناع عن عمل Obligation de ne pas faire والفرق بين الحق الشخصي والحق العيني، هو أن الدائن في الحق الشخصي يمارس حقه بواسطة شخص هو المدين، أما في الحق العيني فصاحبه يمارس سلطة على شيء معين بدون واسطة شخص آخر، وينحصر موضوع نظرية الالتزام كما قلنا في دراسة الحق الشخصي، ولا نريد أن نعرض هنا لنظريتين حاولت احداهما تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، وحاولت الأخرى تقريب الحق العيني من الحق الشخصي، ولم تنجح كلتاهما في القضاء على التمييز بين الحقين.

ـــ وقد قلنا أن أهم مصدر للالتزام في النظرية التقليدية وفي القانون الفرنسي والقوانين العربية التي حذت حذوة هو العقد، ولذلك خصه القانون المدني الجزائري بسبعين مادة، بينما خص الالتزامين الآخرين بأقل من ذلك بكثير.

11 ـــ تعريف العقد: تناولت المادة 54 م ج تعريف العقد بقولها «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما»

وقد سقط من النص العربي جزء من التعريف أتى به النص الفرنسي للمادة 54 المنقول حرفيا عن المادة 1101 م ف وطبقا للنص الفرنسي تكون صحة النص العربي هي:
«العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما».

ولقد عيب على هذا التعريف المأخوذ من تقنين نابليون عيبان: الأول هو أنه خلط بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام، فالعقد رابطة تقوم على اتفاق ينشيء هذه الرابطة أو يعدلها أو ينهيها، وتترتب على قيام هذه الرابطة التزامات لكل التزام منها محله سواء كان عملا أو امتناعا عن عمل. الثاني هو أنه اعتبر العقد نوعا من الاتفاق، أي جعل الاتفاق جنسا والعقد نوعا مع أن المتفق عليه هو أن العقد والاتفاق إسمان لمسمى واحد. ولقد تأثر تقنين نابليون في هذا التعريف بالقانون الفرنسي القديم الذي ميز فيه دوما وبوتييه بين العقد والاتفاق.

يضاف الى هذين العيبين المنقولين عن القانون الفرنسي عيب ثالث وقع في النص العربي للمادة 54 وهو أنه سمي الالتزام (بمنح) وظن أن الكلمة الفرنسية الواردة في القانون المدني الفرنسي وفي النص الفرنسي للمادة 54 بلفظ Donner معناها المنح أي «Donation» مع أن الكلمة الفرنسية Donner مأخوذة من الكلمة اللاتينية Dare التي تعني نقل حق ملكية وكان ينبغي أن يقال بدلا من كلمة (بمنح) بنقل حق عيني). وعلى كل حال فلا ضرورة للنص على هذا الالتزام، لأن الالتزام بنقل حق هو في الواقع التزام بعمل، ويندرج في الالتزام الثاني الوارد بالنص.

ولعل أدق تعريف للعقد لا ينحاز الى المذهب الشخصي ولا الى المذهب المادي، هو التعريف الذي انتهى اليه المشروع الفرنسي الايطالي في المادة 1 منه، والذي كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد اقتبسه وهو: «العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو انهائها»

ولقد رؤى عدم الاتيان بهذا التعريف في النص النهائي تجنبا للاكثار من التعريفات التي هي من مهمة الفقه. والمهم في العقد هو (أن تتجه إرادتا المتعاقدين الى انشاء أثر قانوني لاتفاقهما، أي الى التزام قانوني يلتزم المدين بتنفيذه. فإذا لم تتجه الارادتان الى احداث مثل هذ الأثر القانوني فإنهما لا تؤخذان في الاعتبار. مثال ذلك أن يدعو صديق صديقه الى العشاء ثم يخلف وعده أو أن يعد والد ولده بمكافأة إذا هو نجح في الحصول على ليانس الحقوق، فمثل هذين الوعدين لا يصلان الى مرتبة الالتزام القانوني، ولا يلزمان الواعدين بأي التزام قانوني. وكذلك لا تؤخذ في الاعتبار إرادة الهازل، الذي لا يريد أن يرتب على هزله أثرا قانونيا.

المبحث الأول

تقسيم العقود

12 ـــ يؤخذ على القانون المدني الجزائري في تقسيمه للعقود ثلاثة مآخذ:

أ ـــ أنه قلد تقنين نابليون في تقسيمه وتعريفه للعقود، مع أن الفقه الفرنسي قد انتقده في ذلك، لأن مثل هذه الأمور من عمل الفقه لا من عمل المشرع،

ولذلك فقد تجنبت التشريعات الحديثة الخوض في هذه المسائل الفقهية، مثل التقنين الألماني والتقنين السويسري. وقد حذت القوانين العربية حذوهما ولم تتعرض لتقسيم العقود

ب ـــ وياليت القانون المدني الجزائري حين أخذ يقسم العقود أحاط بكل أقسام العقود. بل أنه تأثر في هذا التقسيم بتقنين نابليون العتيق فأتى ببعض الأقسام دون البعض الآخر. بل ولم يقلد تقنين نابليون في كل ما أورده من أقسام تقليدا تاما. فقد أورد هذا التقنين عقد التبرع بالمادة 1105 قبل أن يعرف عقد المعاوضة بالمادة 1106. بينما لم يتعرض القانون المدني الجزائري لهذا العقد. ونظرا لتقليده تقنين نابليون، فاته أن يأتي بتقسيم لعقود ذات أهمية كبرى، مثل تقسيم العقود الى فورية ومستمرة أو زمنية، وتقسيم العقود الى رضائيه وشكلية وعينيه، وتقسيم العقود الى بسيطة ومركبة، والى عقود مسماة وغير مسماة.

وتقسيم العقود الى عقود مساومة وعقود اذعان.

ج ـــ ولم يكن واضحا في تعريفه لأقسام العقود التي أوردها، فخلط بين العقد المحدد وبين العقد التبادلي، وبين عقد **المعاوضة** والعقد التبادلي، فضلا عن خطأ النص العربي في تعريف العقد التبادلي.

وفيما يلي نتولى تقسيم العقود، ما ورد منها في القانون المدني الجزائري وما لم يرد.

13 ـــ أولا: تقسيم العقود الى عقود تبادلية وعقود ملزمة لطرف واحد

فالعقد التبادلي هو الذي عرفته المادة 55 م ج بما يلي: «يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا» وهذا التعريف قد ورد في النسخة الفرنسية منقولا حرفيا عن المادة 1102 م ف، وقد ترجم الى العربية ترجمة سقيمة، ولعل صحة التعريف هي: «يكون العقد تبادليا متى التزم كل من المتعاقدين بالتزام نحو الآخر» فالعقد التبادلي إذن هو الذي ينشىء التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين ويسمونه بالفرنسية Synallagmatique أو Bilatéral ومثاله عقد البيع، يلتزم فيه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الى

المشتري، ويلتزم فيه المشتري بدفع الثمن الى البائع. ويتميز العقد التبادلي بأن الالتزامات التي تنشأ عنه تتقابل، فكل التزام من طرف يقابله التزام من الطرف الآخر، وسوف نرى ما يترتب على هذا التقابل بعد قليل.

أما العقد الملزم لطرف واحد، فقد عرفته المادة 56 بقولها: يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين. وإذن فالعقد الملزم لطرف واحد هو الذي ينشىء التزاما على عاتق طرف دون أن يلتزم الطرف الآخر بأي التزام، ويسمى بالفرنسية C.unilatéral. ويلاحظ أن هذا العقد يستلزم توافق ارادتي الطرفين. فهو ليس عملا قانونيا يصدر من جانب واحد كالوصية أو الوعد بجائزة، وهو ما يسمى بالفرنسية Acte Juridique unilatéral بل هو اتفاق ارادتين أو أكثر ولا بد فيه من ايجاب وقبول كما في العقد التبادلي، غير أنه يختلف عنه في أنه لا ينشىء التزامات الا في ذمة طرف واحد، مثال ذلك عقد الكفالة أو عقد الوديعة بدون أجر أو عقد الوكالة بدون أجر أو عقد الهبة بدون عوض، ففي هذه العقود يترتب التزام في ذمة الكفيل أو المودع عنده أو الوكيل أو الواهب دون أن يترتب التزام يقابله في ذمة الطرف الآخر، فيكون فيه مدين غير دائن وهو الملتزم ودائن غير مدين وهو الطرف الآخر.

14 ـــ أهمية هذا التقسيم:

تظهر أهمية تقسيم العقود الى تبادلية وملزمة لجانب واحد في النواحي الآتية التي ترجع كلها الى أن الالتزامات في العقد التبادلي تتقابل ويتوقف كل منها على الآخر، ويسمى هذا التقابل بالفرنسية interdépendance ويترتب عليه مايلي:

أولا: إذا لم يقم أحد المتعاقدين في العقد التبادلي بتنفيذ التزامه فإن للمتعاقد الآخران يطلب فسخ العقد، وقد نصت على هذا الحكم المادة 119 م ج بقولها: «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه

جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه..» فبما أن الالتزامات في العقد التبادلي متقابلة، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه فإن للطرف الآخران يطلب فسخ العقد، وسنرى فيما بعد أن الفسخ قد يكون بطلب من القضاء وقد يكون بدون طلب إذا اتفق المتعاقدان على انفساخ العقد دون حكم. واذن فالفسخ أو ما يسمى بالفرنسية La résolution خاص بالعقود التبادلية، فكل عقد تبادلي يتضمن شرطا يقضي بالفسخ عند عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ويسمى هذا الشرط الضمني بالفرنسية Condition résolutoir tacite أما في العقد الملزم لطرف واحد فلا محل للفسخ وإذا لم يقم الطرف الملتزم بتنفيذ التزامه فليس للطرف الآخر أن يطلب الفسخ.

ثانيا: في العقود التبادلية إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه فيجوز للمتعاقد الآخر بدلا من طلب الفسخ، أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه، وقد نصت على هذا الحكم المادة (123) م ج بقولها: في العقود الملزمة للجانبين «إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به» وهذا هو ما يسمى: (الدفع بعدم التنفيذ) وقد كان مصدره هو القانون الروماني الذي كان يسميه l'exeptio non adimpleti contractus وليس في العقد الملزم لجانب واحد محل لهذا الدفع.

ثالثا: إذا كانت الالتزامات في العقد التبادلي متقابلة فإن هذا كان هو الداعي الى القول بالنظرية التقليدية للسبب، فقد كانت هذه النظرية ترى أن سبب التزام كل من المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر، أما النظرية الحديثة فترى أن السبب في العقد هو الباعث الدافع الى التعاقد، وسنرى هذه المسألة فيما بعد عند دراسة السبب.

رابعا: في العقود الملزمة للجانبين تقع تبعة الهلاك على المدين بمحل الالتزام الذي هلك Resperit debitor وفي العقود الملزمة لجانب واحد تقع على الدائن الذي كان سوف يتلقى محل الالتزام الذي هلك Resperit creditor ففي عقد

البيع مثلا إذا استحال على البائع تنفيذ التزامه لهلاك الشيء المبيع قبل تسليمه بسبب لا يدله فيه، وقعت عليه تبعة الهلاك فلا يتقاضى الثمن من المشترى أو يرده أن كان قبضه (م 360 م ج). ولقد نصت على هذا المبدأ المادة (121 م ج) بقولها: «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب (استحالة) تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون (ويلاحظ أن النص العربي قد أسقط كلمة (استحالة) وهي واردة في النص الفرنسي). أما في العقود الملزمة لجانب واحد فتقع تبعة الهلاك على الدائن، فإذا هلك الشيء الموهوب بين يدي الواهب بسبب لا يدله فيه، فإن الموهوب له هو الذي يتحمل تبعة الهلاك لأنه لن يحصل على الشيء الموهوب له دون عوض. أما الواهب فإنه لن يخسر شيئا إذ يستوى عنده أن يتسلم الموهوب له الشيء الموهوب أو لا يتسلمه مادام ليس هناك عوض.

15 ــ هل هناك عقود تبادلية ناقصة ؟ Contrats synallagmatiques imparfaits

كان الرومان يقولون أن العقد الملزم لطرف واحد عند ابرامه، يصبح عقدا تبادليا إذا ترتبت عليه التزامات في ذمة الطرف غير الملزم أثناء سريان العقد، ولكن التبادل فيه ناقص لأنه لم يحدث عند انعقاده، وكانوا يضيفون الى جانب العقود التبادلية التامة طائفة سموها العقوبة التبادلية النـاقصة Contrats synallagmatiques imparfaits مثال ذلك عقد الوديعة بدون أجر، فهو عقد ملزم لطرف واحد عند انعقاده، إذ يضع على عاتق المودع لديه التزامه بحفظ الشيء والتزامه برده، ولكن المودع لديه قد يقوم بإنفاق مصاريف على الشيء المودع فيلتزم المودع برد هذه المصاريف، وللمودع لديه الحق في حبس الشيء المودع حتى يتقاضى المصاريف، أي أن الطرفين المتعاقدين قد أصبحا ملتزمين تبادليا ولكنه تبادل ناقص لأنه لم ينشأ منذ انعقاد العقد. وقد كان السبب الذي دعا الرومان الى ذلك هو أن العقود الملزمة للطرفين هي وحدها التي كان يشترط تنفيذها بحسن نية، دون العقود الملزمة لطرف واحد، فأرادوا أن يخضعوا العقود التبادلية الناقصة لشرط حسن النية، وبما أن القوانين الحديثة قد أصبحت تشترط حسن النية في كل العقود تبادلية أو غير تبادلية، (م 107 م ج) فقد أصبح

القول بوجود هذه الطائفة من العقود التبادلية الناقصة لا محل له. وعلى ذلك فكل عقد نشأ عند انعقاده ملزما لطرف واحد فإنه يظل كذلك ولو نشأت أثناء سريانه التزامات في ذمة الطرف الذي كان غير ملتزم، ويكون مصدر مثل هذه الالتزامات ليس هو العقد، وإنما هو في المثل الذي ضربناه للمصاريف التي انفقها المودع لديه، الاثراء بلا سبب، وقد يكون الفعل الضار إذا كان الشيء المودع قد سبب ضررا للمودع لديه يستحق التعويض.

16 ــ ثانيا: تقسيم العقود الى عقود محددة وعقود احتمالية (أو عقود غرر)

العقد المحدد، الذي يسمى بالفرنسية Commutatif، هو العقد الذي يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد، مثل عقد البيع بثمن محدد، فالبائع فيه يعرف مقدار الشيء المبيع الذي يعطيه ومقدار الثمن الذي يتقاضاه من المشتري عند انعقاد العقد، والمشتري يعرف كذلك مقدار الثمن الذي يدفعه ومقدار المبيع الذي يأخذه، وليس من المهم أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا كما أنه ليس من المهم أن يكون تسليم المبيع مؤجلا، وقد نصت المادة 1/57 على العقد المحدد فلم تكن موفقة لا في النص العربي ولا في النص الفرنسي، فجاء النص العربي هكذا: «يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له» وهكذا خلط بين العقد المحدد والعقد التبادلي، كما أنه لم يأت بأهم مميز للعقد وهو معرفة كل من الطرفين مقدار ما يعطي ومقدار ما يأخذ عند التعاقد، ولا يختلف النص الفرنسي عن النص العربي إلا في أنه سمي العقد Commutatif وهي التسمية الصحيحة.

أما العقد الاحتمالي، وهو الذي يسمى بالفرنسية aléatoire والذي سمي عندنا عقد غرر، فهو الذي لا يعرف فيه كل من المتعاقدين مقدار ما يعطى أو مقدار ما يأخذ، وتتوقف فيه هذه المعرفة على حادث مستقبل غير محقق الوقوع أو غير محقق تاريخ وقوعه، مثال ذلك بيع ثمار لم تنضج بعد، أو بيع ما سوف تأتي به شبكة الصياد من الحوت، أو عقد التأمين على الحياة، أو البيع بثمن مرتب لمدى الحياة. وقد عرفته الفقرة الثانية من المادة 57 م ج. بتعريف

غير واضح، منقول عن المادة 2/1104 م ف، فقالت: «إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر».

17 ــ أهمية هذا التقسيم:

تظهر أهمية تقسيم العقود الى محددة وعقود غرر في أن الطعن بالغبن لا يقبل، في الأصل، في العقود الثانية لأن الطعن بالغبن يقوم على معيار حسابي محدد في القانون المدني بالخمس (م 358)، وبما أن العقد الاحتمالي يتضمن منذ يوم انعقاده احتمال الخسارة والكسب عند تحقق الحادث المستقبل، فلا يكون للطرف المغبون أن يشكو من غبنه لأنه كان يتوقعه عند التعاقد ولم يفاجا به.

18 ــ ثالثا: تقسيم العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع:

فالعقد بعوض وهو الذي يطلق عليه بالفرنسية C.à titre onéreux هو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، مثل البيع يأخذ فيه البائع ثمنا للمبيع الذي يعطيه للمشتري، وهذا الأخير يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه.

وقد عرفته المادة 58 م ج بقولها: العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء أو فعل شيء ما» وهو تعريف يخلط بين العقد التبادلي والعقد بعوض. نقله القانون المدني الجزائري عن المادة 1106 م ف.

أما عقد التبرع فهو ما يطلق عليه بالفرنسية C.à titre gratuit وقد سمته المادة 1105 م ف C.de bienfaisance فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما أعطاه، مثل عقد الهبة بدون عوض، وعقد الوديعة بدون أجر، وعقد العارية بدون أجر.

ولا ينبغي أن نخلط بين العقد بعوض والعقد التبادلي، ولا بين عقد التبرع والعقد الملزم لجانب واحد، فلكل منها اطاره الخاص، فعقد العارية الذي يلتزم فيه المعير بعدم استرداد الشيء المعار يعتبر عقد تبرع وليس عقد معاوضة، وعقد

الهبة التي يشترط فيها الواهب على الموهوب له تأدية خدمة معينة لأحد أقاربه، أو الاشادة بذكره في المؤلفات التي يؤلفها، يكون في هذه الحالة عقدا تبادليا، ولكنه عقد تبرعي لم تتغير طبيعته، والعقد التبادلي الذي يلتزم المدين بالامتناع فيه عن عمل، عقد تبادلي ولكنه بدون عوض.

19 ــ أهمية تقسيم العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع:

أ ــ سوف نرى عند دراستنا لعيوب الرضاء أن شخص المتعاقد لا يؤخذ في الاعتبار عادة في عقود المعاوضة، وهذا هو الأصل، واستثناء منه قد تؤخذ شخصية المتعاقد في الاعتبار كما لو كان المتعاقد معه طبيبا معينا أو فنانا معينا أو مغنيا معينا. أما عقود التبرع فهي عقود تتم لأشخاص معينين بالذات Intuitus persone ويترتب على ذلك أن الغلط في شخص المتعاقد في عقود المعاوضة لا يؤخذ في الاعتبار في الأصل، بينما الغلط في شخص المتبرع له يؤخذ دائما في الاعتبار، ففي عقد الهبة مثلا، لا يهب الواهب الا لاعتبار شخصي، فإذا غلط في شخص الموهوب له تأثر عقد الهبة بعيب الغلط.

ب ــ وكذلك سوف نرى عند دراستنا للدعوى البولصية أن هناك فرقا بين تصرف المدين بعوض وبين تصرفه تبرعا، فليس للدائن أن يطعن بطريق الدعوى البولصية في تصرف مدينه بعوض الا إذا كان هذا التصرف قد انطوى على غش المدين وكان المتعاقد معه قد علم بهذا الغش (م 192/ 1 م ج) ومعنى الغش في هذا النص أن يترتب على تصرف المدين اعساره أو زيادة اعساره، أما إذا كان تصرف المدين تبرعا فليس الدائن بحاجة الى اثبات الغش، بل يجوز له الطعن بالدعوى البولصية ولو كان المتبرع له حسن النية لا يعلم بأن التصرف يترتب عليه عسر المدين أو زيادة عسره (م 3/192 م ج) إذ لا يسوغ للمدين أن يتبرع قبل أن يقوم بوفاء دينه الذي حل أجله. ومصلحة الدائن أولى بالرعاية من مصلحة المتبرع له.

ج ــ وسوف ترون عند دراستكم للعقود الخاصة أن القانون يشدد في مسؤولية المأجور دون مسؤولية المتبرع، فمثلا في عقد الوديعة تنص المادة 592 م ج على أنه. «إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله. وإذا كانت الوديعة بأجر

فيجب دوما أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد «فالمودع لديه المتبرع لا يطالب بحفظ الشيء المودع لديه الا كما يحافظ على ماله الخاص ولو كانت محافظته على ماله الخاص تتطلب منه أقل من عناية الرجل العادي، أما إذا كان مأجورا فيجب أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع عناية الرجل العادي، أي الرجل المتوسط، ولو كان يبذل في المحافظة على ماله الخاص أقل من عناية الرجل العادي Le bon père de famille وبهذه المناسبة ألفت النظر الى أن القانون الجزائري قد أخطأ حين نص في عقد الوكالة على أنه «يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي م 576» فلم يفرق بين الوكيل المأجور والوكيل المتبرع، مع أن الوكيل المتبرع لا يطالب في تنفيذ الوكالة الا بالعناية التي يبذلها في القيام بأعماله الخاصة ولو كانت هذه العناية أقل من عناية الرجل العادي.

هذه هي أقسام العقود التي أتى بها القانون المدني الجزائري وقد ترك تقسيمات هامة للعقود نذكرها فيما يلي:

المبحث الثاني

20 ــ رابعا: تنقسم العقود الى عقود فورية وعقود زمنية أو مستمرة:

فالعقد الفوري هو الذي يكون الأصل فيه أن تنفذ الالتزامات فور انعقاده، مثال ذلك عقد البيع، فالأصل فيه أن ينقل البائع ملكية المبيع ويدفع المشتري الثمن فور انعقاد العقد. وإذا كان تسليم المبيع أو دفع الثمن مؤجلا فإن ذلك حدث عارض واستثنائي، فليس في العقد الفوري اعتبار للزمن، ولا تقاس الالتزامات فيه بمعيار الزمن، وإذا دخل الزمن فيه كان عنصرا عارضا.

أما العقد الزمني أو المستمر فهو العقد الذي يعتبر الزمن معيار التنفيذ التزاماته وعنصرا جوهريا فيه، مثل عقد الايجار وعقد العمل، فهما عقدان يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيهما، فلا يتصور عقد ايجار أو عقد عمل بدون أن يكون كل منهما يوميا أو شهريا أو سنويا، فالزمن هو المعيار الذي يقاس به عقد الايجار أو عقد العمل. ويسمى العقد الفوري بالفرنسية C.à exécution instantanée والعقد الزمني C.à exécution continue ou C.successif أي مستمر، وقد لا يكون الزمن عنصرا أساسيا في العقد ولكنه يصبح عنصرا أساسيا باتفاق الطرفين كعقد توريد مواد غذائية لمستشفى أو لمدرسة.

21 ــ أهمية هذا التقسيم:

أ ــ إذا فسخ العقد الفوري كان للفسخ أثر رجعي effet rétroactif فمثلا إذا فسخ عقد البيع وجب على البائع أن يرد الثمن الى المشترى ووجب على هذا الأخير أن يرد الشيء المبيع الى البائع، ويعتبر العقد كأن لم يكن، ويعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (المادة 122).

أما الفسخ في العقد الزمني فليس له أثر رجعي، لأن الزمن الذي فات فيه لا يمكن أن يعود، فإذا فسخ عقد الايجار فإن المستأجر لا يمكن أن يرد المنفعة التي حصل عليها خلال زمن معين من العين المؤجرة، وإذا فسخ عقد العمل فإن المنفعة التي حصل عليها رب العمل من العامل خلال زمن معين لا يمكن أن ترد، فعقارب الساعة لا ترتد الى الوراء.

ولذلك فقد جرى الفقه على التمييز بين الفسخ في العقد الفوري فسموه فسخا résolution وبين الفسخ في العقد الزمني فسموه أنهاء résiliation وجعلوا للأول أثرا رجعيا دون الثاني.

ب ــ تعديل شروط العقد طبقا لنظرية الظروف الطارئة لا يكون غالبا إلا في العقود المستمرة، إذ قد يتفق المتعاقدان على أسعار محددة في زمن تكون فيه الأسعار منخفضة ثم يمر زمن فترتفع الأسعار ارتفاعا كبيرا لم يكن متوقعا، فيجوز في هذه الحالة تعديل شروط العقد بحيث تتفق مع الأسعار الجديدة. وسوف ندرس نظرية الظروف الطارئة التي نصت عليها المادة 3/107م ج، وسوف نرى أنها لا تطبق في الغالب الا في نطاق العقود المستمرة، أما العقود الفورية فلا مجال فيها غالبا لتطبيق هذه النظرية لأن الالتزامات تنفذ فيها في الأصل فورا.

ج ــ في العقود الفورية لا تتقابل الالتزامات تقابلا تاما من حيث كميتها، بل يجوز الوفاء بكمية من التزام واستبقاء ما يقابله من الالتزام المقابل، مثل ذلك عقد البيع يجوز أن يكون الثمن فيه مقسطا على آجال فلا يدفع المشتري عند التعاقد الا قسطا منه، ولكنه يستوفى الشيء المبيع كله عند التعاقد، كما أنه يجوز أن يدفع المشتري الثمن كله على أن يستوفى الشيء المبيع أجزاء.

ولا محل هنا لتمسك البائع أو المشتري بأخذ كمية الالتزام المقابلة لما قام به من تنفيذ التزامه. أما في العقد الزمني فالالتزامات تتقابل تقابلا تاما سواء في وجودها أو في كميتها، فكلما قام العامل بعمله يوما استحق عنه الأجر في ذمة رب العمل، وكلما انتفع المستأجر بالعين المؤجرة مدة معينة وجب عليه أن يدفع للمؤجر ما يقابلها من أجرة، وذلك لأن الزمن هو معيار الالتزامات في العقد الزمني، وكلما مرت فترة من الزمن، استحقت ما يقابلها من الالتزامين.

د ــ ويترتب على الفرق السابق الذكر فرق آخر بين العقد الفوري والعقد الزمني، هو أنه إذا توقف تنفيذ الالتزامات في العقد الفوري، كما إذا تأخر البائع في تسليم الشيء المبيع أو تأخر المشتري في دفع الثمن فإن هذا التأخير لا يؤثر في وجود العقد، وقد وضع المشرع وسائل للتنفيذ في مثل هذه الحالة، وليس الأمر كذلك في العقد الزمني، فإذا توقف تنفيذ الالتزامات فيه لوقت ما فإن العقد يتوقف، لأن الزمن الذي مضى خلال فترة التوقف لا يمكن أن يعود، فإذا توقف العامل عن عمله يوما فإنه لا يستحق عنه أجرا ولا يمكن أن يطالبه رب العمل بالقيام بعمله عن هذا اليوم لأنه مضى، بل قد يؤدي وقف تنفيذ الالتزامات في العقد الزمني الى إنهاء العقد إذا كان لمدة محددة وانقضت هذه المدة.

22 ــ خامسا: تنقسم العقود الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية:

فالعقد الرضائي وهو الذي يسمى بالفرنسية C.Consensuel هو الذي ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة الى شكل معين. فيكفي في هذا العقد ايجاب وقبول ولو شفويا لينعقد العقد، مثل عقد البيع الواقع على المنقول، وعقد الايجار. والأصل في العقود إنها رضائية طبقا لمبدأ سلطان الارادة الذي سوف نتكلم عنه، واستثناء من الأصل يكون العقد شكليا إذا كان الشكل ركنا لانعقاده مثل عقد الرهن الرسمي فهو لا ينعقد الا بعقد رسمي (883 م ج) أي أمام موثق ومثل العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني على العقار (المادة 12 من قانون التوثيق الصادر في 1970/12/15) ويسمى العقد الشكلي بالفرنسية C.solennel، (وقد أصبح عقد بيع أرض للبناء في فرنسا عقدا شكليا (قانون 1967/1/3) مع أن عقود بيع العقارات الأخرى

رضائية). ويجب أن نميز بصدد الشكل بين الشكل المطلوب لانعقاد العقد والذي يعتبر ركنا فيه، كالشكل المطلوب في الرهن الرسمي، أو المطلوب بمقتضى المادة 12 من قانون التوثيق، وبين الشكل المطلوب لمجرد اثبات العقد، مثل ما نصت عليه المادة 645 م ج في عقد الكفالة بقولها: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة..»، فتخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا. فإذا لم يحرر عقد الرهن الرسمي أمام موثق فإن الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا تخلف الشكل المطلوب لاثبات العقد، كما لو تم عقد الكفالة في شكل شفوي، فإن العقد لا يكون باطلا، بل يعتبر قائما ويجوز اثباته باقرار المدين أو بتوجيه اليمين اليه. والشكل المطلوب للانعقاد يسمى باللاتينية Ad solemnitatem والشكل المطلوب للاثبات يسمى باللاتينية ad probationem ويلاحظ أن العقد قد يكون شكليا بنص في القانون كما رأينا في الرهن الرسمي وفي نص المادة 12 من قانون التوثيق[1] وقد يكون شكليا باتفاق المتعاقدين، فإذ اتفق المتعاقدان على بيع سيارة مثلا واشترطا أن يتم البيع في شكل رسمي فإن العقد لا يتم إلا في الشكل المتفق عليه، أي لا يوجد مطلقا حتى يقضى ببطلانه، لأن البطلان لا يتقرر إلا بنص القانون، وإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون العقد شكليا ولكن لم يوضحا هل الشكل المشترط هو لانعقاد العقد أو لمجرد الاثبات، فيفسر اتفاقهما على أن الشكل مطلوب لمجرد الاثبات، لأن الأصل في العقود انها رضائية، والرسمية هي الاستثناء. وقد كان مشروع القانون المدني المصري ينص في مادته 149 على أن الشكل في هذه الحالة يكون مطلوبا للانعقاد (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 73)، ولكن هذا النص حذف في آخر الأمر وجاء القانون الحالي خلوا منه، كما خلا القانون المدني الجزائري من مثل هذا النص، وعلى ذلك فيجب الرجوع الى القواعد العامة والقول بأن الأصل في العقود الرضائية، فإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون عقد رضائي عقدا شكليا ولم يبينا هل الشكل المتفق عليه للانعقاد أو للاثبات، فيحمل اتفاقهما

(1) نقلت التصرفات الواجبة التوثيق التي كانت تنص عليها المادة 12 من قانون التوثيق الذي ألغي الى المادة 324 مكرر من القانون المدني، وذلك بمقتضى القانون رقم 88 — 14 الصادر بتاريخ 3 مايو 1988 الذي عدل وتمم القانون المدني.

على أن الشكل مطلوب للاثبات، وهذا هو الذي يسير عليه اليوم القضاء في مصر وفرنسا (أنظر حكما لمحكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية في مجموعة أحكام محكمة النقض رقم 88 — 491). صدر هذا الحكم بتاريخ 29 مارس 1951.

ولقد بدأت العقود في القانون الروماني شكلية، وكان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاما، ولم تكن إرادة المتعاقدين كافية لاتمام العقد، بل كان لا بد من أن يتم العقد في الشكل الذي كانوا يسمونه Mancipatio وهو الذي يستلزم حضور شهود، وميزان، وتلاوة عبارات معينة، وأما في الشكل الذي كانوا يسمونه In jure cessio، أي أمام القضاء، وأما في الشكل الذي كانوا يسمونه Traditio أي التسليم المادي، وأما بوضع اليد للمدة الطويلة للتملك بغير العقد، وكانوا يسمونه Usucapio بالنسبة الى الأعيان.

ولقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب ملكية الأعيان عند الرومان لفترة طويلة من الزمن، ثم أخذت وطأتها تخف شيئا فشيئا في هذا القانون، ثم في القوانين التي تأثرت به، الى أن جاء ديمولان (Dumoulin) في أوائل القرن السادس عشر (1500 — 1566) فوضع البذرة الأولى لمبدأ سلطان الارادة (Le principe de l'autonomie de la volonté وهو بصدد «تكييف عقد نظام مالي، وقد أزدهر هذا المبدأ في نطاق القانون المدني، وزاد ازدهارا بعد الثورة الفرنسية وانتشار المذهب الفردي L'individualisme ووضع تقنين نابوليون على أساس هذا المبدأ. غير أن المذاهب الاشتراكية بدأت تنتشر، وأخذ المذهب الفردي يتقلص ظله، وأصبحت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود، وتحد من سلطان إرادة الأفراد، وتقيدها بمختلف القيود لمصلحة المجتمع، وبالتالي أفل نجم مبدأ سلطان الارادة في أغلب العقود، وضاق إطار العقود الرضائية.

أما العقد العيني، C.réel فهو الذي لا يتم انعقاده الا بتسليم محل العقد عينا La tradition، وقد كانت بالقانون المدني المصري القديم عقود عينية أربعة، نقل عينيتها من تقنين نابوليون، وهي القرض، والعارية، والوديعة، والرهن الحيازي، ولما صدر القانون المدني المصري الجديد، اعتبر هذه العقود رضائية وأصبح تسليم المحل فيها أثرا من آثار العقد لا ركنا فيه، وبالتالي لم يبق في القانون

المدني المصري الا عقد واحد، وهو عقد الهبة الواقعة على منقول، فالتسليم فيها يقوم مقام الرسمية في هبة العقار (م 2/488 م). واعتقد أن القانون المدني الجزائري قد حذا حذو القوانين العربية الأخرى في شأن هذه العقود الأربعة، وأن كان يبدو من تعريفه لعقد الوديعة أنه يعتبرها عقدا عينيا فقد عرفها بالمادة 590 بأنها «عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا الى المودع لديه.... ولكن لا أعتقد أنه يستخلص من هذه الصياغة أن القانون المدني الجزائري يعتبر عقد الوديعة عقدا عينيا. إذا لو كان الأمر كذلك ما اكتفى بالصياغة المتقدمة، ولزاد على التعريف السابق أنها عقد عيني، كما فعل القانون المدني الفرنسي الذي أتى، بعد تعريف الوديعة، ينص صريح قاطع بالمادة 1919 يقضى بأن الوديعة لا تتم إلا بالتسليم العيني أو الحكمي:« Il n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée».

أما فيما يتعلق بهبة المنقول فإنه يستخلص من نص المادة 206 من قانون الأسرة أن هبة المنقول عقد عيني، فقد جاء نص هذه المادة كما يلي: ((تنعقد الهبة بالايجاب والقبول، وتتم (بالحيازة)[1] ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، والاجراءات الخاصة في المنقولات...وإذن فعقد الهبة الواردة على منقول يتم بالحيازة، أي بتسليم المنقول الى الموهوب له وتمكينه من حيازته، وإذا كان نقل حيازة المنقول يستلزم بعض الاجراءات، كنقل حيازة سيارة، وجب استيفاء هذه الاجراءات، هذا ويلاحظ أن عقد الزواج قد أصبح عقدا شكليا بمقتضى المادة 18 من قانون الأسرة.

23 ــ سادسا: 1 ــ تقسيم العقود الى عقود مسماة، وعقود غير مسماة.

C. nommés et C. innomés

العقد المسمى هو الذي تولى القانون المدني تنظيم أحكامه تحت اسم خاص، كعقد البيع، وعقد الايجار، وعقد الوديعة، أما العقد غير المسمى فهو الذي لم يتناول القانون المدني تنظيمه ولا وضع اسم خاص له، وبما أن تطور

(1) يلاحظ أن النص العربي قد أسقط الباء في كلمة (الحيازة)

المعاملات وكثرتها بين الناس قد أدى الى ظهور عقود جديدة دعت الى ظهورها الحاجة بعد وضع التقنيات الوضعية، مثل عقد الفندقة C.d.hôtellerie الذي يتم بين صاحب الفندق والنزيل، والعقد المسمى Leasing، وهو عقد يتضمن إيجار منقولات ويجعل للمستأجر الحق في أن يشتري هذه المنقولات إذا أوفى بجميع أقساط الايجار، ومثل العقد المسمى Le renting وهو الذي يؤجر فيه شخص أثاثا يتعهد للمستأجر بصيانته. وعقد النشر الذي يتولى فيه الناشر نشر مؤلف. وتظهر أهمية تقسيم العقود الى مسماة وغير مسماة، في أن العقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، دون الأحكام العامة ولا تطبق عليه هذه الأخيرة إلا إذا لم يرد في القانون حكم خاص به. أما العقد غير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة.

24 ــ سابعا: ــ 2 تقسيم العقود الى عقود بسيطة وعقود مركبة أو مختلطة.

العقد البسيط هو الذي يشتمل على أحكام عقد واحد، مثل عقد البيع، وعقد الايجار، وعقد الوديعة، أما العقد المركب أو المختلط فهو الذي يشتمل على أكثر من عقد واحد، مثل عقد الفندقة السابق الذكر، فهو يتضمن عقد ايجار بالنسبة الى الاقامة بالفندق، وعقد بيع بالنسبة الى الطعام الذي يقدم الى النزيل، وعقد وديعة بالنسبة الى أمتعة النزيل وما يودعه من مال لدى خزينة الفندق، ومثل عقد الهاتف (التيلفون) فهو يتضمن عقد وديعة بالنسبة الى جهاز التليفون وعقد إيجار في نفس الوقت بالنسبة الى المكالمات الهاتفية. وتظهر أهمية هذا التقسيم في أن العقد البسيط تطبق عليه أحكامه إن كان عقدا مسمى، والقواعد العامة ان كان عقدا غير مسمى. أما العقد المركب فينبغي أن تطبق على كل عقد فيه أحكامه الخاصة به، غير أن هناك عقودا مركبة ينبغي أن تتغلب فيها أحكام عقد على آخر، فتسرى عليها أحكام العقد الذي تغلب وحدها. مثال ذلك العقد المسمى (إيجار ــ بيع) (Location - vente)، المنصوص عليه بالمادة 363 م ج، وبمقتضاه يباع منقول لمشتر بثمن يدفع أقساطا، وبصفه المتعاقدان بأنه عقد إيجار، لكي يحتفظ البائع فيه بملكية المبيع حتى يتم سداد أقساط الثمن، وتعتبر الأقساط التي تدفع أقساط ايجار، إذا توقف المشتري عن دفعها انتهى الايجار واسترد البائع الشيء واحتفظ بما قبض من أقساط باعتبار أنها كانت أجرة.

ولقد تناولت المادة 363 م ج هذا العقد واعتبرته بيعا ولو كان المتعاقدان قد سمياه إيجارا (م 2/363).

25 ــ ثامنا: ــ 8 تقسيم العقود الى عقود مساومة وعقود اذعان

العقود تتم عادة بطريق المساومة، فيتناقش المتعاقدان فيها، ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الارادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين de gré à gré.

أما عقود الأذعان كما سميناه عندنا، أو عقود الانضمام (Les contrats d'adhésion كما سميت في فرنسا، فهي عقود ترتبت على احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا قانونيا أو فعليا، فقد أصبحت هناك شركات تحتكر خدمة من الخدمات الضرورية للمجتمع، كخدمة المياه، أو الكهرباء أو الغاز، أو النقل، كما أن المصالح العامة للدولة قد تولت مرافق البريد والهاتف والبرق الخ. والعقود التي تبرم بشأن هذه الخدمات يضعها المحتكر أو تضعها المصلحة العامة في نموذج موحد، لا تقبل شروطها التعديل فيها، ويجب على المشترك فيها أن يقبلها كما هي دون نقاش، وإذا ما قبلها كان متعاقدا، وإذا لم يقبلها فلا يكون متعاقدا... فالارادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل أن احداهما تملي والأخرى تذعن. ولذلك فقد أنكرت طائفة من الفقهاء، وخصوصا من فقهاء القانون العام، أن تخلع على هذه العقود اسم العقد، وسمتها نظاما Institution ولكن أغلبية فقهاء القانون المدني، سموها عقودا، ولو لم تتكافأ فيها الارادتان، وكثيرا ما يحدث ذلك في عقود المساومة أيضا. ولقد اعتبرتها القوانين العربية عقودا (م 70 م ج) ولكنها فرقت بينها وبين عقود المساومة في بعض النواحي.

ومن هذه التفرقة تظهر أهمية التقسيم.

فالأصل في عقود المساومة انها تتم برضاء حر من كل من المتعاقدين، بعد أن يضع كل منهما شروطه، ويترتب على ذلك إنها تخضع للقواعد العامة، فلا يجوز للقاضي أن يعدل في شروطها أو أن يعفى أحد المتعاقدين منها، لأن العقد شريعة المتعاقدين (م 106 ج)، كما أن الشك فيها يؤول لمصلحة المدين (م 1/112 م ج).

أما في عقود الاذعان فيختلف الأمر، فللقاضي أن يعدل من شروطها التعسفية، بل وله أن يعفى منها الطرف المذعن (م 110 م ج) سواء كان هو الدائن أو المدين.

والى جانب ذلك فبينما تقضي المادة 1/112 م ج بأن الشك، في عقود المساومة يؤول لمصلحة المدين، فإن الفقرة الثانية من هذه المادة تقضي بأن يؤول الشك في عقود الاذعان، لمصلحة المذعن.

وهناك تقسيمات أخرى للعقود لا داعي لدراستها هنا، مثل تقسيم العقود الى عقود فردية وأخرى جماعية كعقد العمل الجماعي.

المبحث الثالث
أركان العقد

تمهيد:

يقوم العقد على أركان ثلاثة وهي: التراضي، والمحل، والسبب، ويضاف الى هذه الأركان ركن الشكل في العقود الشكلية.

ويلاحظ أن ركن المحل ليس في الواقع ركنا في العقد نفسه، بل هو ركن في الالتزام الذي ينشأ عن العقد كما سوف نرى، ولكن جرى الفقه على وضع ركن المحل بين أركان العقد، باعتبار أن المحل الاتفاقي لا يكون إلا في العقد.

وكذلك يلاحظ أن القانون المدني الجزائري، خلافا للقوانين العربية الأخرى، قد وضع أركان العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان «شروط العقد» وتناول النص عليها في المواد 59 ــ الى 98، وتسمية أركان العقد شروطا تسميه غير دقيقة، لأن للعقد شروط انعقاد: وهي الأركان، وشروط صحة، ويترتب على تخلف أحد الأركان البطلان المطلق، بينما يترتب على تخلف أحد شروط الصحة قابلية العقد للابطال فقط.

واذن فقد كان ينبغي أن يوضع للأركان عنوان خاص بها، حتى لا يختلط الاثنان.

كما يلاحظ أيضا أن القانون المدني الجزائري قد أدمج ركن المحل والسبب معا تحت رقم 22، وهذا غير سديد، فالمحل ركن والسبب ركن آخر منفصل عنه، ولا ينبغي ادماج الركنين.

تفصيل الأركان

26 ــ أولا ــ التراضي Le consentement ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد جارى القانون المدني المصري في خطئه فسمى التراضي (الرضاء) وهذا غير سديد، لأن الرضاء هو الذي يصدر من جانب واحد، بينما التراضي، وهو المقصود هنا كركن في العقد، يصدر من طرفين.

ولقد نصت عليه المادة 59 م ج بقولها: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (والصحيح عن إرادتيهما) المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية))، ولعل النص المقابل لهذه المادة في القانون المدني المصري كان أدق حين قررت المادة 89 منه مايلي: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)).

وعلى كل حال، فطبقا لنص المادة 59 م ج، يتم التراضي بإيجاب وقبول متطابقين يتجهان الى احداث أثر قانوني هو انشاء التزامات تترتب على اتفاقهما.

ويجب أن يصدر الايجاب والقبول من طرفين توافرت لديهما أهلية التعاقد التي سوف ندرسها فيما بعد، ويجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب، بحيث لا يعدل منه، أو يقيّد منه، أو يزيد عليه، والا اعتبر ايجابا جديدا (م 66م ج).

27 ــ كيف يكون التعبير عن الارادة؟

تنص المادة 60 على مايلي: ((التعبير عن الارادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالاشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا)).

فإرادة المتعاقدين لا بد أن تأخذ مظهرا خارجيا حتى يعرف كل منهما إرادة الآخر، فلا يعتد القانون بالارادة الباطنة بل يعتد بالارادة الظاهرة ولو اختلفت عن الارادة الباطنة. وتأخذ الارادة الظاهرة مظهرها الخارجي كما يقول النص، أما باللفظ وأما بالكتابة وأما بالاشارة المتداولة عرفا، وأما باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على ما تقصد الارادة، وفي هذه المظاهر الأربعة تكون الارادة صريحة.

فالمظهر الأول هو التعبير بالالفاظ في اللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين، ويستوي أن يكون التعبير بالألفاظ وجها لوجه أو بواسطة رسول غير موكل يكلف بنقل التعبير كما هو الى الطرف الآخر، أما إذا كان موكلا فيكون التعاقد بالنيابة، والمظهر الثاني للارادة يكون بالكتابة سواء كانت الكتابة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، وسواء كانت عرفية أو رسمية، وسواء كان موقعا عليها ممن كتبها أو لم يكن موقعا عليها منه ما دام ليس هناك شك في صدورها منه. ويشترط القانون في بعض العقود أن تكون مكتوبة، ويشترط أن تكون الكتابة رسمية، كما في الرهن الرسمي والعقود الواقعة على العقار طبقا لنص المادة 324 مكررا مدني، وقد يكتفى القانون بأن تكون الكتابة عرفية كما في عقد الكفالة، وكما هي الحال في كل تصرف مدني تزيد قيمته عن ألف دينار (م 333).

والمظهر الثالث للارادة الصريحة يكون بالاشارة المتداولة عرفا. وقد تعارف الناس على أن الاشارة بهز الرأس عموديا يدل على الموافقة، وعلى أن هزها أفقيا يدل على عدم الموافقة. كما أن الاشارة قد تكون هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الارادة بغير الكتابة كما هي الحال عند الشخص الأخرس الأعمى الذي لا يحسن الكتابة.

والمظهر الرابع للارادة الصريحة هو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المقصود منه، مثال ذلك وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المعدة لوقوفها أو عرض البضائع في واجهات المحال التجارية ووضع بطاقة بأسعارها عليها، فهذه مواقف لا تدع شكا في أن سائق السيارة يعرضها للركوب، وتاجر البضاعة يعرضها للبيع، ويقوم هذا الموقف مقام الارادة الصريحة.

أما التعبير الضمني عن الارادة فقد نصت عليه الفقرة الثانية السابقة الذكر التي أجازت أن يكون التعبير ضمنيا. ولم يأت نص القانون بمثل للتعبير الضمني عن الارادة وترك الفيصل بين التعبير الصريح والتعبير الضمني لاجتهاد الفقه والقضاء. وقد رأى البعض أن التعبيرعن الارادة يعتبر صريحا إذا كان بأسلوب مباشر موجه الى الطرف الآخر، ويعتبر ضمنيا إذا كان بأسلوب غير مباشر لا يقصد منه ايصال العلم مباشرة الى الطرف الآخر، ولكن المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري لم تأخذ بهذه التفرقة وتركت الأمر للاجتهاد.

ويضرب الفقه للتعبير الضمني أمثلة، منها تصرف شخص في شيء عرض عليه ليشتريه، فتصرفه فيه يدل ضمنا على قبوله، أو تسليم الدائن مخالصة بالدين للمدين، فإن هذا يدل على أنه قبض الدين. وقد أتى القانون في عقد الايجار بمثل للتعبير الضمني عن الارادة فنصت المادة 509 على أنه ((إذا انتهى عقد الايجار وبقى المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الأولى الخ)) فبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الايجار يعتبر تعبيرا ضمنيا عن إرادته البقاء في العين المؤجرة، وسكوت المؤجر على ذلك مع علمه يعتبر تعبيرا ضمنيا عن موافقته. ولكن يلاحظ أن التعبير الضمني عن الارادة غير قاطع في الدلالة على المقصود، فيجوز اثبات عكسه.

وقد يشترط القانون أن يكون التعبير عن الارادة صريحا، فلا يكتفي حينئذ بالتعبير الضمني، مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 505 من أن تنازل المستأجر عن الايجار أو الايجار من الباطن (الفرعي) يجب أن يكون بموافقة صريحة من المؤجر، وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون التعبير عن الارادة صريحا فلا يكفي حينئذ تعبير ضمني.

28 ــ هل يصلح السكوت دليلا على الارادة؟

لا يعرض هذا التساؤل بصدد الايجاب، فمن المستحيل أن يكون السكوت ايجابا، وإنما يعرض التساؤل بمناسبة القبول، فإذا صدر ايجاب من طرف بمظهر من المظاهر السابقة وسكت الطرف الآخر فهل يعتبر سكوته رفضا أو يعتبر قبولا ؟ ويجب بادىء ذي بدء أن نميز بين التعبير الضمني عن الارادة وبين السكوت، فالتعبير الضمني وضع إيجابي يستنتج منه حتما ما يدل عليه من موافقة

أما السكوت فلا يدل لا على قبول ولا على رفض، ولذلك يقول فقهاء الشريعة الاسلامية ((لا ينسب لساكت قول)).

وإذن فالأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الارادة، وقد صدرت بذلك أحكام عديدة في مصر وفرنسا، ولكن أورد القانون استثناء على هذا الأصل جعل فيه السكوت دليلا على القبول، ونصت المادة 68 على ثلاثة أمثلة يصلح السكوت فيها دليلا على القبول، وهي واردة على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، وهذه هي الأمثلة:

1 ــ **إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري** أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، والمثال على ذلك ما جرت عليه عادة المصارف من ارسال بيان لعميلها كل مدة معينة بحسابه الجاري لديها، فيتعبر سكوته بعد مدة معينة قبولا لهذا الحساب، أو تاجر جملة يرسل الى تاجر تجزئة ما طلبه هذا الأخير من بضائع مرفقة ببيان أسعارها الجديدة، فسكوت تاجر التجزئة على هذه الأسعار يعتبر قبولا لها.

2 ــ **إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين.** مثال ذلك ماتعود عليه تجار التجزئة من ارسال بيان بالبضائع المطلوبة من تاجر الجملة، فإن سكوت هذا الأخير يعد قبولا لطلب تاجر التجزئة، ويكون لهذا الأخير أن يطمئن الى أن البضاعة التي طلبها سوف تصل اليه لأنه قد جرى التعامل بينهما على هذا النحو.

3 ــ **إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه،** أو كما يقول القانون المصري إذا تمحض الايجاب لمصلحة بحتة لمن وجه اليه، فسكوت هذا الأخير يعتبر قبولا، مثال ذلك أن يهب شخص لآخر شيئا منقولا بدون مطالبته بعوض، فسكوت الموهوب له يعتبر قبولا لأن الهبة لمصلحته المحضة، وبصفة عامة فكل سكوت تقترن به ظروف تدل على الرضاء يعتبر قبولا، ويسمى الفرنسيون مثل هذا السكوت Silence circonstancié أي السكوت الملابس، فإذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة وسكت الموكل على هذا التجاوز فإن سكوته يعتبر قبولا للتجاوز، وهكذا كلما لا بست السكوت ظروف تدل على رضاء من وجه اليه الايجاب

فإن السكوت يعد قبولا، والمثل الدارج عند الفرنسيين يقول (qui ne dit mot consent) ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية ((السكوت في معرض الحاجة بيان)) والمثل السائر عندنا في مثل هذه المناسبات ((السكوت رضا)).

29 ــ الارادة الباطنة والارادة الظاهرة:

قبل أن نبحث الأثر القانوني للتعبير عن الارادة ينبغي أن نعرف أن هناك فرقا بين القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون المدني الفرنسي وبين القوانين الجرمانية وعلى رأسها القانون المدني الألماني الذي صدر في سنة 1896 وأصبح نافذا في سنة 1900.

فالأولى تعتد بالارادة الباطنة La volonté interne وطبقا لهذا المذهب الشخصي تكون العبرة بالنية الخفية لا بما تأخذ من مظهر خارجي، ويكون التعبير الخارجي عن الارادة الباطنة مجرد قرينة عليها، وعلى القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير، إذ قد يكون هذا التعبير صادقا وقد لا يكون. والعبرة في هذا المذهب هي بالارادة الباطنة، وتترتب على ذلك نتائج خطيرة سوف نعرض لها في خلال دراستنا خصوصا فيما يتعلق ببقاء التعبير عن الارادة بعد موت صاحبه م 62، وفيما يتعلق بالغلط. وتسير القوانين اللاتينية أصلا على هذا المذهب وقد سايرتها فيه القوانين العربية الى حد كبير وأن كانت قد أخذت بنصيب من المذهب المادي الذي يأخذ في الاعتبار بالارادة الظاهرة.

والمذهب المادي يعتد بالارادة الظاهرة La volonté externe فإذا صدر التعبير عن الارادة فإنه يحدث أثره القانوني بصرف النظر عن نية من صدر منه، فالعبرة في هذا المذهب هي باعلان الارادة La déclaration de la volonté حتى يكون هناك استقرار في التعامل بين الناس.

ولنضرب مثلا يوضح لنا الفرق بين المذهبين، شخصا لديه حصانان أحدهما أبيض والآخر أحمر ويريد التخلص من هذا الأخير فيعرض على شخص أن يبيعه الحصان الأبيض، فإرادته الباطنة توجهت الى بيع الحصان الأحمر وإرادته الظاهرة عبرت عن الحصان الأبيض غلطا، فطبقا للمذهب الشخصي يكون هناك غلط لأن الارادة الباطنة لم تظهر في ثوبها الصادق، وطبقا للمذهب المادي يقع

البيع على الحصان الأبيض الذي صدر التعبير به. وسوف نرى فيما يلي أن القانون المدني الجزائري قد أخذ بكلا المذهبين، وأن المذهب الشخصي هو الأصل فيه والمذهب المادي هو الاستثناء.

29 ــ تطابق الايجاب والقبول:

سبق أن قلنا أن العقد يتم بتبادل الطرفين إرادتين متطابقتين (م 59)، واذن فلكي يتم العقد يجب أن يتطابق الايجاب والقبول، أي أن يكون التعبيران عن إرادتي الايجاب والقبول متطابقين، وبهذا الصدد فرق القانون المدني الجزائري بين فرضين، وهما، أن يكون المتعاقدان حاضرين، سواء كان حضورا ماديا أو حكميا، وفي هذا الفرض الذي سماه القانون المدني «مجلس العقد» أخذا عن الشريعة الاسلامية، ينبغي أن يقترن القبول بالايجاب فورا قبل انفضاض مجلس العقد. والثاني أن يكون المتعاقدان بعيدين عن بعضهما ويتعاقدان بالمراسلة، وهذا هو التعاقد بين غائبين وفيه ينتج التعبير عن الارادة أثره القانوني عند وصوله الى علم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يثبت العكس. وفي هذا الصدد يقول نص المادة (61 م ج) ((ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه. ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)) ولشرح هذا النص يجب أن نفرق بين فرضين: التعاقد في مجلس العقد والتعاقد بين غائبين:

30 ــ التعاقد في مجلس العقد:

وقد ورد النص عليه في المادة 64 م ج بقولها ((إذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن المؤجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد)).

فإذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكما، كما في التعاقد بطريق الهاتف، فالأصل أن يصدر القبول فورا بعد الايجاب مادام الموجب لم يحدد أجلا للقبول، فإذا لم يصدر القبول فورا فإن للموجب أن يرجع في ايجابه، ولكن

استثناء من هذا الأصل أجاز القانون أن يتراخى القبول مادام المتعاقدان مازالا في مجلس العقد ومنشغلين بالتعاقد، وما دام الموجب باقيا على إيجابه، وهذا مذهب أبي حنيفة، أما مذهب مالك فيشترط فورية القبول، وعلى ذلك فيجوز استثناء أن يتأخر القبول عن الايجاب بشرط عدم انفضاض مجلس العقد وبقاء الموجب على إيجابه.

31 ــ التعاقد بين غائبين: Contrat entre absents

إذا كان المتعاقدان غير حاضرين في مجلس العقد ولا يتعاقدان بطريق الهاتف، بل بطريق المراسلة بالبريد أو بالبرق أو بطريق رسول غير نائب، فبصدد هذا الفرض هناك مذاهب أربعة لانتاج التعبير عن الارادة أثره القانوني، وللأخذ بمذهب منها أهمية كبرى في تحديد زمان انعقاد العقد وتحديد مكانه.

أ ــ المذهب الأول: إعلان القبول Déclaration de l'acceptation

وطبقا لهذا المذهب يعتبر العقد تاما بمجرد اعلان القابل قبوله الايجاب، وذلك لأن العقد يتم بمجرد صدور إيجاب وقبول متطابقين، ولكن يعترض على هذا المذهب بأن الموجب قد لا يعلم بصدور القبول، وقد يعدل عن إيجابه قبل علمه بالقبول، وقد يعلن القابل قبوله في رسالة ثم يعدل عن قبوله ويمزق الرسالة، فكيف يمكن القول في هذه الحالات بأن العقد قد تم ؟ ومع ذلك يأخذ به القانون السوري م 98.

ب ــ المذهب الثاني تصدير القبول Expédition de l'acceptation

وطبقا لهذا المذهب يتم العقد في الوقت الذي يصدر فيه القابل رسالته المتضمنة «قبوله، وبالتصدير يكون قد استحال عليه العدول عن قبوله، ولكن يعترض على هذا المذهب بأن الرسالة المصدرة قد لا تصل الى علم الموجب، وما دام الموجب لم يعلم بالقبول فإن له أن يعدل عن إيجابه الذي لم يحدد له أجلا، فليس المهم إذن هو ألا يستطيع القابل العدول عن قبوله بتصديره، بل المهم هو علم الموجب بهذا القبول، وفضلا عن ذلك فإذا كان القبول في رسالة بريدية فطبقا لما هو مقرر في نظام البريد يجوز لمن أرسل رسالة أن يستردها لأنها [illegible] له ما دامت لم تسلم الى المرسل اليه. ويأخذ القانون السويسري بهذا المذهب (م 10)

ج ــ المذهب الثالث: تسليم القبول Réception de l'acceptation

وطبقا لهذا المذهب يعتبر العقد تاما في الوقت الذي يصل فيه القبول الى الموجب ولو لم يعلم به، فإذا وضعت الرسالة البريدية في صندوق الموجب فإن العقد يكون قد تم. ولكن يعترض على هذا المذهب بأن الموجب قد تصل اليه رسالة القبول دون أن يعلم به، والمهم هو أن يعلم بالقبول لا أن يصل اليه فقط.

المذهب الرابع العلم بالقبول Système de l'information

وطبقا لهذا المذهب يعتبر العقد تاما في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، ويعتبر وصول القبول الى الموجب قرينة على علمه بالقبول حتى يثبت العكس. وقد أخذ القانون الجزائري بهذا المذهب ونصت المادة 67 م ج على ذلك بقولها: ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل اليه فيهما القبول)) وهو تطبيق لنص المادة 61 السابقة الذكر. فالأصل إذن أن وصول التعبير عن القبول الى محل الموجب يعتبر قرينة على علمه به، ولكنها قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس. وقد يتفق المتعاقدان على غير ذلك، وقد ينص القانون كذلك على العلم بالقبول بطريقة أخرى، مثل ما نصت عليه المادة 509 من بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء عقد الايجار مع علم المؤجر فيتجدد عقد الايجار ولا يلزم أن يعلم المستأجر بقبول المؤجر تجدد العقد.

ولقد تردد القضاء في فرنسا بين الأخذ بمذهب اعلان القبول ومذهب العلم بالقبول لأنه لا يوجد نص في القانون المدني الفرنسي عن ذلك، وقد ساير القانون المدني الجزائري القانون المدني المصري (م 97) والقانون الألماني (م 130) والمشروع الفرنسي الايطالي (م 102).

31 ــ أهمية تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه:

وتترتب على اعتناق القانون الجزائري للمذهب الرابع النتائج الآتية:

أ ــ يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه الذي لم يحدد له أجلا طالما أن القبول لم يصل اليه.

ب ــ يعتبر عقد بيع المنقول تاما من وقت وصول القبول الى الموجب وتكون ثمار المبيع له من هذا الوقت أن كان الموجب هو المشتري.

ج ــ تسرى المواعيد، ومنها ميعاد التقادم، من الوقت الذي يصل فيه القبول الى الموجب وينظر الى أهلية التعاقد في هذا الوقت.

د ــ يقضى القانون الدولي الخاص بأن للمتعاقدين أن يختارا قانونا يطبق على عقدهما، فإذا اختار المتعاقد ان قانون مكان تمام العقد، كان هو قانون المكان الذي يصل فيه القبول الى الموجب.

32 ــ أثر موت الشخص أو فقده أهليته على التعبير عن إرادته:

تنص المادة المادة 62 على أنه ((إذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من التعامل)) وهنا أخذ القانون بالارادة الظاهرة، فقرر أن التعبير عن الارادة متى صدر من صاحبه فإنه ينفصل عنه ويأخذ وجودا قانونيا وتترتب عليه آثار قانونية على الرغم من موت صاحب التعبير أو فقد أهليته، ولو كان القانون أخذ بالارادة الباطنة لقرر أن التعبير عن الارادة يسقط بموت من صدر عنه أو بفقد أهليته. وعلى ذلك فطبقا لهذا النص يجب أن نميز بين صدور التعبير عن الارادة من الموجب وصدوره من القابل ثم موت أحدهما أو فقد أهليته قبل وصول التعبير عن الارادة الى الآخر.

ولنضرب لذلك مثلا يوضح لنا هذا التمييز: فلنفرض أن جزائريا أرسل الى فرنسي يطلب منه شراء سيارته بثمن معين، وأن الفرنسي قبل وأرسل الى الجزائري رسالة بقبوله، وبعد ارسال الرسالة مات الفرنسي أو فقد أهليته ووصل القبول الى الجزائري دون أن يعلم بموت الفرنسي أو بفقده أهليته، فإن قبول الفرنسي بيع السيارة ينتج أثره ويلتزم ورثته إذا كان قد مات بتنفيذ العقد، وإذا كان قد فقد أهليته فقط فإن من عين قيما عليه يلتزم بتنفيذ العقد، أي أن العقد

يعتبر تاما بمجرد وصول رسالة القبول الى الجزائري، ويطبق نص المادة 61 م ج هنا وهي تقضى بأن التعبير عن الارادة ينتج أثره في الوقت الذي يصل فيه الى علم من وجه اليه، ففي هذا المثل بقي تعبير الفرنسي عن إرادته القبول قائما ومنتجا لآثاره القانونية على الرغم من موته أو من فقد أهليته، وهذا هو ما أرادت المادة 62 أن تقوله.

أما إذا كان التعبير عن الارادة صادرا من الموجب، ثم مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول التعبير الى القابل، وأعلن القابل قبوله دون أن يعلم بموت الموجب أو بفقد أهليته، فإن العقد لا يتم، إذ يشترط لتمامه أن يصل العلم بالقبول الى الموجب، وقد مات الموجب أو فقد أهليته قبل وصول العلم بالقبول اليه، فتخلف الشرط المنصوص عليه في المادة 61.

هذا ويلاحظ أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان ينص على أن الايجاب ملزم في كل الحالات ، وكان يترتب على هذا بقاء التعبير عن الايجاب قائما ومنتجا لآثاره بعد موت الموجب أو فقد أهليته، لأن الايجاب يلزم الورثة أو القيم، ولكن النص الحالي في القانون المدني المصري لا يجعل الايجاب ملزما إلا إذا عين له أجل سواء كان تعيينا صريحا أو مستخلصا من الظروف أو من طبيعة المعاملة، وقد نقل عنه القانون الجزائري هذا الحكم فنصت المادة 63 على مايلي: ((إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه الى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة)) فيترتب على ذلك أن الايجاب في غير هذه الحالة لا يكون ملزما، وبالتالي طالما لم يصل العلم بالقبول الى الموجب فإن له أن يعدل عن ايجابه الذي لم يحدد له أجل، فإذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد صدور التعبير عنه، وقبل أن يصل اليه العلم بالقبول فلا يتم العقد.

والخلاصة هي أن التعبير عن الارادة الذي ينفى وينتج أثره القانوني رغم موت صاحبه أو فقد أهليته هو التعبير الصادر عن القابل بشرط الا يعلم الموجب بموته أو بفقد أهليته ويشترط الا يكون القابل محل اعتبار شخصي في العقد.

33 ــ أحوال خاصة للقبول:

رأينا فيما تقدم أن السكوت قد يعتبر قبولا، والى جانب السكوت، هناك حالات أخرى للقبول نص عليها القانون.

1 ــ الحالة الأولى: القبول في عقود المزاد:

تنص المادة 69 م ج أنه (لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد. وبسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا) فمتى أقيم مزاد سواء كان أمام القضاء أو كان اختياريا فلا يعتبر عرض البضاعة في المزاد ايجابا، وإنما الايجاب هو أن يتقدم شخص بسعر يظهر استعداده لأخذ البضاعة المعروضة به، ولا يتم القبول الا برسو المزاد على آخر عطاء، وكلما تقدم عطاء يزيد عما سبقه فإنه يسقط ما قبله ولو كان باطلا. فإذا تقدم شخص في مزاد باستعداده لشراء البضاعة المعروضة بعشرة فإن هذا يعدّ ايجابا منه، وإذا تقدم أحد غيره بما يزيد على العشرة ورسا المزاد عليه، تم العقد لصاحبه. أما إذا تقدم شخص وأظهر استعداده لشراء البضاعة المعروضة باثنى عشر فإن عرضه هذا يلغى ايجاب الأول: ولو كان العطاء الذي تقدم به الشخص ثانيا باطلا كما لو كان صادرا من شخص محرم عليه شراء هذه البضاعة مثل محام أو موثق يشتري شيئا متنازعا فيه أمام المحكمة التي يعمل بدائرة اختصاصها (م 402 م ج).

والخلاصة هي أن القبول في المزاد ليس هو التقدم بعطاء، بل هو رسو المزاد، أما التقدم بعطاء فهو ايجاب ويسقط كلما تقدم عطاء أكبر منه، ويلاحظ أن بالمادة 69 خطأ شكليا إذ تقول «برسم المزاد» بدلا من «برسو المزاد»

ب ــ الحالة الثانية: القبول في عقود الأذعان:

تنص المادة 70 على مايلي: «يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»

فما هي عقود الاذعان ؟ لقد سبق أن أشرنا اليها من قبل عند تقسيم العقود، وهنا نزيدها تفصيلا لأهميتها. فيراد بعقد الاذعان الذي يسميه الفرنسيون Contrat d'adhésion العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوى لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار، والطرف الآخر مضطر الى هذه السلعة أو الى هذه الخدمة، فيملى عليه الطرف القوي شروطه، وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر الى قبولها، ومثال هذه العقود عقود شركات المياه وشركات النور والغاز وشركات النقل وشركات التأمين.

وقد أنكر بعض الفقهاء صفة العقد على هذه العقود، وقالوا أن العقد يفترض توافق إرادتين حرتين متعادلتين في القوة، وهذا غير متوفر في عقود الاذعان، فهي نظام قانوني Institution وليست عقودا، ولكن أغلبية الفقه والتشريعات الوضعية اعتبرتها عقودا، وقالت أغلبية الفقه أن القانون لم يشترط في العقد تعادل الارادتين، بل الذي يحدث في كثير من العقود أن تكون إرادة أقوى من الأخرى، غير أنه إذا وصلت الارادة الأقوى الى حد الاكراه فإن العقد يكون قابلا للابطال للاكراه. وفي عقود الاذعان ليس هناك اكراه، وإذا كان الطرف المذعن يقبل شروط العقد مضطرا فهو راض عن هذه الشروط وقابل لها بإرادته الحرة. ولكن وقف المشرع الى جانبه وإحاطه بحمايته من تعسف الطرف القوي، فنصت المادة 110 م ج على أنه ((إذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)).

فطبقا لهذا النص يجوز للطرف المذعن أن يشكو الى القضاء من شروط عقد الاذعان، وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة الى الطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير بل وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها، فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط التعسفية.

وقضى النص بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإذن فإذا اشترط الطرف القوي على الطرف المذعن الا يشكو الى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة بالعقد وقبل الطرف المذعن، فإن قبوله لا يمنعه من رفع أمرا لشروط التعسفية الى القضاء لأن الاتفاق على عدم الشكوى منها باطل بطلانا مطلقا.

وسلطة الفضاء في تعديل الشروط التعسفية أو في اعفاء الطرف المذعن منها سلطة تقديرية يراعى فيها مقتضيات العدالة ولا يخضع في تقديره لرقابة المجلس الأعلى.

وكذلك وقف المشرع الى جانب الطرف المذعن في تفسير عبارات عقد الاذعان، فالأصل في تفسير العبارات الغامضة في العقد أن يؤول الشك لمصلحة

1 ــ الحالة الأولى: القبول في عقود المزاد:

تنص المادة 69 م ج أنه (لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد. وبسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا) فمتى أقيم مزاد سواء كان أمام القضاء أو كان اختياريا فلا يعتبر عرض البضاعة في المزاد ايجابا، وإنما الايجاب هو أن يتقدم شخص بسعر يظهر استعداده لأخذ البضاعة المعروضة به، ولا يتم القبول الا برسو المزاد على آخر عطاء، وكلما تقدم عطاء يزيد عما سبقه فإنه يسقط ما قبله ولو كان باطلا. فإذا تقدم شخص في مزاد باستعداده لشراء البضاعة المعروضة بعشرة فإن هذا يعدّ ايجابا منه، وإذا تقدم أحد غيره بما يزيد على العشرة ورسا المزاد عليه، تم العقد لصاحبه. أما إذا تقدم شخص وأظهر استعداده لشراء البضاعة المعروضة باثنى عشر فإن عرضه هذا يلغى ايجاب الأول: ولو كان العطاء الذي تقدم به الشخص ثانيا باطلا كما لو كان صادرا من شخص محرم عليه شراء هذه البضاعة مثل محام أو موثق يشتري شيئا متنازعا فيه أمام المحكمة التي يعمل بدائرة اختصاصها (م 402 م ج).

والخلاصة هي أن القبول في المزاد ليس هو التقدم بعطاء، بل هو رسو المزاد، أما التقدم بعطاء فهو ايجاب ويسقط كلما تقدم عطاء أكبر منه، ويلاحظ أن بالمادة 69 خطأ شكليا إذ تقول «برسم المزاد» بدلا من «برسو المزاد»

ب ــ الحالة الثانية: القبول في عقود الأذعان:

تنص المادة 70 على مايلي: «يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»

فما هي عقود الاذعان ؟ لقد سبق أن أشرنا اليها من قبل عند تقسيم العقود، وهنا نزيدها تفصيلا لأهميتها. فيراد بعقد الاذعان الذي يسميه الفرنسيون Contrat d'adhésion العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوى لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار، والطرف الآخر مضطر الى هذه السلعة أو الى هذه الخدمة، فيملى عليه الطرف القوي شروطه، وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر الى قبولها، ومثال هذه العقود عقود شركات المياه وشركات النور والغاز وشركات النقل وشركات التأمين.

وقد أنكر بعض الفقهاء صفة العقد على هذه العقود، وقالوا أن العقد يفترض توافق إرادتين حرتين متعادلتين في القوة، وهذا غير متوفر في عقود الاذعان، فهي نظام قانوني Institution وليست عقودا، ولكن أغلبية الفقه والتشريعات الوضعية اعتبرتها عقودا، وقالت أغلبية الفقه أن القانون لم يشترط في العقد تعادل الارادتين، بل الذي يحدث في كثير من العقود أن تكون إرادة أقوى من الأخرى، غير أنه إذا وصلت الارادة الأقوى الى حد الاكراه فإن العقد يكون قابلا للابطال للاكراه. وفي عقود الاذعان ليس هناك اكراه، وإذا كان الطرف المذعن يقبل شروط العقد مضطرا فهو راض عن هذه الشروط وقابل لها بإرادته الحرة. ولكن وقف المشرع الى جانبه وإحاطه بحمايته من تعسف الطرف القوي، فنصت المادة 110 م ج على أنه ((إذا تم العقد بطريقة الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)).

فطبقا لهذا النص يجوز للطرف المذعن أن يشكو الى القضاء من شروط عقد الاذعان، وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط تعسفية ومجحفة بالنسبة الى الطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير بل وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها، فيصبح العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط التعسفية.

وقضى النص بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإذن فإذا اشترط الطرف القوي على الطرف المذعن الا يشكو الى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة بالعقد وقبل الطرف المذعن، فإن قبوله لا يمنعه من رفع أمرا لشروط التعسفية الى القضاء لأن الاتفاق على عدم الشكوى منها باطل بطلانا مطلقا.

وسلطة الفضاء في تعديل الشروط التعسفية أو في اعفاء الطرف المذعن منها سلطة تقديرية يراعى فيها مقتضيات العدالة ولا يخضع في تقديره لرقابة المجلس الأعلى.

وكذلك وقف المشرع الى جانب الطرف المذعن في تفسير عبارات عقد الاذعان، فالأصل في تفسير العبارات الغامضة في العقد أن يؤول الشك لمصلحة

36 ـ شروط النيابة في التعاقد:

يشترط للنيابة في التعاقد شروط ثلاثة:

أولا: حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
ثانيا: أن يلتزم النائب حدود النيابة.
ثالثا: أن يكون تعامله لحساب الأصيل لا باسمه هو.

الشرط الأول:

حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، فيشترط في التعاقد بالنيابة أن تحل إرادة النائب تماما محل إرادة الأصيل، بحيث يكون التعبير عن الارادة في العقد صادرا عن إرادة النائب، لا أن ينقل النائب تعبير إرادة الأصيل، وهذا هو الفرق بين النائب والرسول، فالرسول ينقل تعبير إرادة الذي أرسله وليس نائبا عنه، ولذلك فالتعاقد بواسطة رسول يعتبر تعاقدا بين غائبين، أما التعاقد بين النائب والمتعاقد معه فهو تعاقد بين حاضرين إذا كان النائب حاضرا مع المتعاقد الآخر مهما كان الأصيل بعيدا عن مجلس العقد.

ولذلك فإنه ينظر الى إرادة الوكيل، ويشترط أن تكون خالية من عيوب الرضاء، وهي الغلط والتدليس والاكراه، والا كان العقد الذي يقوم به قابلا للابطال، كما أنه ينظر الى حسن النية أو سوئها لدى النائب لا لدى الأصيل، غير أنه إذا كان الوكيل يتصرف طبقا لتعليمات محددة صدرت اليه من الأصيل، فإن نية هذا الأخير هي التي تؤخذ في الاعتبار دون نية الوكيل، مثال ذلك أن يوكل شخص وكيلا في شراء سيارة معينة بثمن محدد، ويكون في هذه السيارة عيب يعرفه الموكل ويجهله الوكيل، فيشتري الوكيل هذه السيارة بالثمن المحدد، فلا يجوز للموكل أن يرجع على البائع بهذا العيب متمسكا بأن الوكيل كان يجهله، وهذا هو معنى الفقرة الثانية من المادة 73 التي تقول «غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها».

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تتعاقد، ويصدر عنها التعبير، فإن أثر تعاقده ينصرف الى الأصيل، ولذلك يجب أن يكون هذا الأصيل متمتعا بالأهلية

المطلوبة للعقد الذي يبرمه وكيله لحسابه. أما الوكيل فلا تشترط أهليته لهذا العقد لأن أثره لا ينصرف اليه، ويكفي فيه أن يكون مميزا وقادرا على التعبير عن إرادته.

الشرط الثاني:

أن يلتزم النائب حدود النيابة، فيجب على النائب أن يتعاقد في الحدود التي وكل فيها دون أن يتجاوزها، ولا ينصرف أثر العقد الى الأصيل إلا في هذه الحدود. فإذا تجاوز النائب الحدود المعينة له في النيابة فإن أثر العقد لا ينصرف الى الأصيل. وقد نصت المادة 74 على أنه « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل»، وإذن فلكي ينصرف أثر العقد الى الأصيل يجب أن يلتزم النائب حدود نيابته، والا كان مجاوزا لهذه الحدود ولا ينصرف أثر العقد الى الأصيل الا إذا أقر هذا التجاوز، إذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

استثناء: أتى القانون باستثناء لهذا الشرط في حالة ما إذا كانت نيابة النائب قد انقضت دون علمه ودون علم من تعاقد معه ومع ذلك أبرم النائب عقدا باسم الأصيل، ففي هذه الحالة يكون قد تجاوز حدود النيابة فعلا، ولكن نظرا لحسن نيته ولحسن نية من تعاقد معه، قضى القانون بانصراف أثر العقد في هذه الحالة الى الأصيل، وقد نصت على ذلك المادة 76 بقولها «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فإن العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف الى الأصيل أو خلفائه» وتطبيقا لذلك إذا عزل الموكل الوكيل دون أن يعلم هذا الأخير بالعزل، وتعاقد مع الغير باسم الموكل ولم يكن الغير يعلم بهذا العزل، فإن أثر العقد ينصرف الى الأصيل على الرغم من أنه أبرم خارج حدود النيابة، وكذلك بما أن الوكالة تنقضي بموت الموكل (م 586) فإذا مات دون أن يعلم الوكيل بموته وتعاقد مع شخص يجهل هو الآخر موت الموكل، فإن أثر العقد ينصرف الى خلف الموكل على الرغم من أن الوكيل قد تجاوز حدود نيابته.

وكذلك ينصرف أثر العقد الى الموكل على الرغم من تجاوز الوكيل حدود وكالته في حالة ما إذا تعذر عليه اخطار الموكل سلفا بمجاوزته حدود الوكالة، كانت الظروف يغلب معها الظن أنه لو كان أخطر الأصيل، ما وسعه الا أن يوافق على هذا التجاوز. ولكن يشترط لذلك أن يبادر النائب باخطار الأصيل بمجاوزته حدود الوكالة (م 575 في عقد الوكالة).

الشرط الثالث:

أن يتعامل النائب لحساب الأصيل لا باسمه هو. فلكي ينصرف أثر العقد الى الأصيل يجب أن يبرم الوكيل هذا العقد باسم موكله، فلو أبرمه باسمه وكان من تعاقد معه يعلم بذلك، انصرف أثر العقد اليه هو لا الى الأصيل، وقد يصرح الى المتعاقد معه بأنه نائب، وقد تقطع الظروف بأنه ليس الا نائبا، كما في حالة مستخدم في محل تجاري يبيع البضاعة فيه باسم صاحب المتجر، ويشترط كذلك أن يعلم المتعاقد مع النائب بأنه يتعاقد باسم الأصيل، فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ومن تعاقد معه يعتقد أنه يتعامل مع النائب فلا ينصرف أثر العقد لا الى الأصيل ولا الى النائب.

ومع ذلك يضاف أثر العقد الى الأصيل إدا كان من المفروض حتما أن المتعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة؛ مثل من يشتري بضاعة من مستخدم في محل تجاري، أو من يبيع لخادم يعلم أنه يشتري لحساب مخدومه، أو كان يستوى عند المتعاقد مع النائب أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب كما في البيع في المتجر إذ يستوى أن يكون البائع هو صاحب المتجر أو مستخدما عنده (م 75) وهي تنص على أنه إذا لم يعلم المتعاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل، دائنا أو مدينا الا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

39 ــ آثار التعاقد بالنيابة:

تترتب على التعاقد بالنيابة علاقات ثلاث أ) بين النائب ومن تعاقد معه ب) بين النائب والأصيل ج) بين الأصيل والمتعاقد مع النائب

أ ــ ففي العلاقة بين النائب ومن تعاقد معه ينصرف أثر العقد الى الأصيل كما تقدم ولا يلتزم النائب بأي التزام ينشأ عن هذا العقد كما أنه لا يكسب حقا يترتب عليه.

ب ــ وأما العلاقة بين النائب والأصيل فيحددها أما العقد إذا كانت وكالة اتفاقية وأما القانون إذا كانت النيابية قانونية.

ج ــ وأما العلاقة بين الأصيل ومن تعاقد معه النائب، فبمجرد اتمام العقد تقوم علاقة مباشرة بين الأصيل ومن تعاقد النائب معه.

40 ــ تعاقد الشخص مع نفسه:

إذا وكل شخص وكيلا لبيع شيء لحسابه، فالأصل أنه لا يجوز لهذا الوكيل أن يشتري هذا الشيء لنفسه لتعارض مصلحته مع مصلحة الموكل، إذ مما لا شك فيه أنه سوف يشتري هذا الشيء بأقل مما يساوي في حين أن مصلحة الموكل أن يبيعه بأحسن سعر. ولكن استثناء من هذا الأصل قد يجيز الأصيل للوكيل أن يشتري هذا الشيء لنفسه وقد يوافق على شراء الوكيل الشيء لنفسه بعد تمام العقد. وقد نصت على هذا المادة 77 بقولها «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان العقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون وقواعد التجارة».

فطبقا لهذا النص يكون الأصل هو أنه لا يجوز للوكيل أن يتعاقد مع نفسه لحساب موكله سواء كان يتعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر وكله أيضا بحيث يكون وكيلا عن المتعاقدين، وذلك لتعارض المصلحة، ولكن استثناء من هذا الأصل، وطبقا للنص السابق الذكر، يجوز أن يرخص الموكل للوكيل مقدما بأن يتعاقد لحساب نفسه، أو أن يجيز هذا التعاقد بعد تمامه. ويستثنى من هذا الحكم ما يقضى القانون به في بعض الحالات وما تقضى به قواعد التجارة في حالة الوكيل بالعمولة

المبحث الخامس

41 ــ الوعد بالتعاقد:

تنص المادة 71 م ج على أن الاتفاق الذي يعد (به) كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر الا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد». فالوعد بالتعاقد مرحلة تسبق ابرام العقد نهائيا، ويكون الوعد إما من جانب واحد، وإما من الجانبين.

ويشترط في الوعد من جانب واحد أن يكون الواعد أهلا للتعاقد على العقد الموعود، ويكون وعده حينئذ صحيحا ولو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي بشرط أن لا تزيد التزاماته عما كانت عند الوعد. كما يشترط أن تخلو إرادة الواعد من عيوب الرضاء عند صدور الوعد منه.

أما الطرف الموعود له في الوعد من جانب واحد، فلا تشترط فيه الأهلية الا عند إعلان رغبته في إبرام العقد الموعود به، ويكفى أن يكون مميزا عند صدور الوعد له. ولكن يشترط خلو رضائه من العيوب عند صدور الوعد له، وعند اظهار رغبته في ابرام العقد الموعود به.

أما إذا كان الوعد من الجانبين، فيلزم أن تتوافر في كل منهما أهلية التعاقد على العقد الموعود عند صدور الوعد، وأن يخلو رضاؤهما من العيوب في هذا الوقت، لأن الوعد يعتبر في هذه الحالة عقدا ابتدائيا.

وفي كلا النوعين من الوعد لا يكون الوعد صحيحا الا إذا توافرت فيه جميع عناصر العقد الموعود بإبرامه، فإن كان عقد بيع مثلا وجب أن تتوافر في الوعد بإبرامه عناصره الجوهرية، وهي الشيء المبيع والثمن، فيجب أن يكون الشيء المبيع معينا وأن يكون الثمن محددا في الوعد، وإذا كان الوعد منصبا على عقار فيجب أن يكون موثقا طبقا لنص المادة 324 مكررا/1 من القانون المدني وكذلك يشترط لقيام الوعد بالعقد تحديد مدة معينة

لابرام العقد الموعود، وفي ضرورة تحديد المدة يختلف القانون الجزائري عن القانون الفرنسي الذي لا يشترط في الوعد ضرورة تحديد مدة.

كما أنه يشترط لقيام الوعد أن يكون شكليا إذا كان العقد المراد ابرامه عقدا شكليا، طبقا للفقرة الثانية من المادة 71، واشتراط الشكل في الوعد ضروري لأنه إذا لم يشترط، استطاع الطرفان أن يتفقا على ابرام عقد رسمي بمجرد وعد وعلى أن يرفع أحدهما دعوى بصحة التعاقد، ومتى صدر حكم فيها قام مقام العقد النهائي ونقل ملكية العقار بمجرد تسجيله وتهرب الطرفان هكذا من الشكل الرسمي المطلوب في بيع العقار طبقا للمادة 324 مكرر/1 من القانون المدني.

42 ــ آثار الوعد:

لا تختلف آثار الوعد إذا كان من جانب واحد عن آثاره إذا كان من جانبين.

فإذا كان الوعد من جانب واحد، التزم الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبته في ابرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد، ومتى أظهر الطرف الآخر رغبته في ابرام العقد خلال هذه المدة، تم العقد دون حاجة الى أي اجراء جديد، لأن الوعد كان مشتملا على جميع العناصر الجوهرية للعقد وخصوصا على الشكل إذا كان العقد شكليا، ولا ينعقد العقد الا من وقت اعلان الرغبة دون أثر رجعي في الرأي الراجح. أما إذا مضت المدة ولم يعلن الطرف الآخر رغبته في ابرام العقد فإن الوعد يسقط.

أما في الوعد الملزم للجانبين فبحلول الأجل المحدد لابرام العقد النهائي يلتزم الطرفان بإبرامه. ويترتب على ذلك أنه، في الوعد الملزم لجانب واحد وقبل اعلان رغبة الموعود له، وفي الوعد الملزم للجانبين وقبل حلول الأجل المحدد، يكون الواعد ملزما بالتزام شخصي فقط نحو الموعود له، فتكون ملكية الشيء الموعود له، وله أن يتصرف فيه الى غير الموعود له، ولا يكون لهذا الأخير الا أن يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر، وإذا هلك الشيء في هذه الفترة كانت تبعة الهلاك على الواعد. وبما أن للموعود له في هذه الفترة حقا شخصيا فإنه ينتقل

الى خلفه العام بالشروط المنصوص عليها بالمادة 108، أما عند اظهار رغبة الموعود له في الوعد الملزم لجانب واحد، أو عند حلول الأجل في الوعد الملزم للجانبين، فيجب على الطرفين ابرام العقد النهائي. وإذا تقاعس أحدهما عن ابرام العقد، فللجانب الآخر اجباره على ذلك برفع دعوى تسمى دعوى صحة التعاقد، ومتى صدر الحكم بصحة التعاقد، قام مقام العقد النهائي، بشرط أن يكون الشكل قد توافر في الوعد بالعقد الشكلي، وإذا كان محل العقد عقارا جرى تسجيل الحكم وانتقلت ملكية العقار. وقد نصت المادة 72 على ذلك بقولها: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لاتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد». ونلاحظ على هذا النص أنه أسقط شرطا هاما في الحكم لكي يقوم مقام العقد ويسوغ تسجيله، وهذا الشرط الذي أتى به القانون المصري والقانون الليبي، هو أن يصبح الحكم حائزا لقوة الأمر المقضى به أي نهائيا لا يجوز الطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية وهي المعارضة أو الاستئناف، أما قبل أن يحوز الأمر المقضى به، فالحكم معرض لهدمه من المحكمة التي يطعن أمامها بالمعارضة أو بالاستئناف، فينبغي تدارك هذا النقص، فلا يقوم الحكم مقام العقد إلا إذا حاز قوة الأمر المقضى به.

المبحث السادس

43 ــ شروط صحة التراضي:

وجود الرضا ركن في العقد إذا تخلف انهار العقد، ويشترط لصحة الرضاء أن يكون من صدر منه متمتعا بالأهلية، وأن يكون رضاؤه خاليا من عيوب الارادة التي هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال. وإذن فشروط صحة التراضي هي الأهلية وخلو الارادة من العيوب.

44 ــ الأهلية La Capacité

المراد بالأهلية هنا أهلية الأداء لا أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده حتى وفاته، وأهلية الأداء مناطها التمييز، وقد جعل القانون المدني سن التمييز ست عشرة سنة (م 42) وهي مدة متأخرة جدا بالنسبة للتمييز، وقد جعلها القانون المصري والليبي والعراقي والسوري والأردني 7 سنين، آخذا عن

الشريعة الاسلامية، فكان ينبغي للمشرع الجزائري أن يحدد سن التمييز بسبع سنين، لا سيما وقد خفض سن الرشد الى 19 سنة (م 40)، فأصبح لا يفصل بين سن التمييز وسن الرشد إلا [illegible]

ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض لحكم تصرفات الصبي المميز، واقتصرت المادة (43) على اعتباره ناقص الأهلية: كما أنه أحال في شأن قواعد الأهلية على مدونة الأحوال الشخصية، أي على قانون الأسرة، أما بالنسبة الى تصرفات غير المميز فقد تولت المادة 42 النص على حكمها فقالت «لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون...» فطبقا لهذا النص تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ ست عشرة سنة باطلة بطلانا مطلقا، سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو غير نافعة، ووفقا لأحكام المادة 21 من قانون الأسرة، ينوب عنه وليه أو وصيه في هذه التصرفات. وإذا بلغ الصبي ست عشرة سنة أصبح مميزا حتى يبلغ سن الرشد (19 سنة). وفي هذه الفترة ما بين 16 و 19 يعتبر ناقص الأهلية ويكون حكم تصرفاته ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة بقولها «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر. ويتبين من هذا النص أن قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف، المعروفة في الشريعة الاسلامية، فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر. والعقد الموقوف في الشريعة الاسلامية لا ينتج آثاره الا إذا أجازه الصبي بعد بلوغه سن الرشد أو أقره وليه أو وصيه قبل ذلك.

أما طبقا لأحكام القانون المدني، فإن تصرفات مثل هذا الصبي تكون صحيحة ومنتجة لكل آثارها، متى كانت دائرة بين النفع والضرر، حتى يقرر ابطالها بعد بلوغه سن الرشد، ويزول حق ابطالها إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات (أنظر المادتين 100 و101 م ج). وإذن فإن أحكام قانون الأسرة تختلف عن أحكام القانون المدني الذي لا يأخذ بفكرة العقد الموقوف، ولذا فإنه يحسن بالمشرع الجزائري أن يوفق عنده اعادة النظر في القانون المدني بين أحكام القانونين، فأما أن يأخذ بفكرة العقد الموقوف فلا يكون هناك محل لطلب

الابطال ولا لسقوط الحق فيه، وأما أن يأخذ بأحكام القانون المدني التي تعتبر مثل هذا العقد صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يتقرر ابطاله بحكم من القضاء. وإذا أخذ بفكرة العقد الموقوف المنصوص عليها بالمادة 83 من قانون الأسرة، فينبغي أن يضيف اليها أن للصبي المميز الحق في اجازة هذا العقد بعد بلوغه سن الرشد إذا لم يقره وليه أو وصيه قبل ذلك، مع ملاحظة أن نص المادة 83 من قانون الأسرة يتكلم عن الاجازة والصحيح هو الاقرار.

والأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون (م 78 م ج)، وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، فلا يجوز لأحد أن يتنازل عن أهليته ولا أن يغير في أحكامها، وكل اتفاق على ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا (م 45 م ج).

45 ــ هذا ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض لنظام الترشيد L'émancipation المعروف في القانون الفرنسي والذي أخذته عنه القوانين العربية الأخرى، مع أن القانون المدني الجزائري قد أشار الى هذا النظام حين نص بالمادة (2/38) على مايلي: «ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ (ثماني) عشرة سنة ومن هو في حكمه موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها» ونص هذه الفقرة يطابق نص الفقرة الثانية من المادة (42 م) مصري وهي خاصة بموطن المأذون له بالتصرف أي المرشد، ولكن القانون المدني المصري قد تناول حكم المأذون له في المادة 112، ولم يأت القانون المدني الجزائري بمثل هذا النص. ولكن تعرض له قانون الأسرة في المادة 84 التي تقضي بما يلي: «للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الاذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك». وإذن فهناك تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، فالأول يتضمن أن الترشيد يكون في الثامنة عشرة، محتذيا في ذلك حذو القانون المدني المصري، وقانون الأسرة يجيز للقاضي الترشيد عند بلوغ سن التمييز أي 16 سنة. وإذا كان القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوة، قد أجازت الترشيد في الثامنة عشرة، فلأن سن التمييز فيها هي سبع سنين وسن الرشد 21 سنة، [illegible]كون الترشيد بين هاتين المدتين معقولا، إذ يمكن المرشد من إدارة أمواله لمدة

أما طبقا لنص المادة (2/38 م ج) فلا يكون للترشيد فائدة كبيرة إذا استمر لمدة سنة واحدة، وأما طبقا للمادة 84 من قانون الأسرة فإن الترشيد يمكن أن يتم في السادسة عشرة فيستمر حينئذ لمدة ثلاث سنين، ولكن يؤخذ على هذا النص أنه أجاز الترشيد في هذه السن المبكرة بالنسبة الى تحديد سن التمييز بست عشرة سنة، فكيف يصبح عديم التمييز بين عشية وضحاها رشيدا، فتكون تصرفاته كلها باطلة بالأمس، ثم تصبح كلها صحيحة في الغد بعد الاذن؟ لاسيما وأن قانون الأسرة يعطى للمرشد حق التصرف مجاريا في ذلك القانون المدني الفرنسي (م 481)، في حين أن القوانين العربية الأخرى لا تمنحه الا الحق في القيام بأعمال الادراة. وينبغي إذن تعديل نص المادة (2/38) مدني بحيث يجعل للقاصر المرشد موطنا إذا بلغ 16 سنة ليتفق مع نص المادة (84) من قانون الأسرة.

46 ــ ومتى بلغ الصبي سن الرشد وهي (19) سنة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، فإنه يصبح كامل الأهلية، وأهلا للقيام بكل التصرفات (م (40) م ج). وأسباب الحجر تترتب على عوارض الأهلية التي سوف نتناول شرحها فيما بعد، وهي طبقا لنص المادتين 42 و 43 م ج صغر السن، والعته، والجنون، والسفه، ولم يأت النص العربي للمادة (43) م ج بعارض آخر هو الغفلة، بل وضع بدلا منه المعتوه خطأ، مع أن النص الفرنسي لهذه المادة أورد ذا الغفلة الى جانب السفيه، ولكنه أطلق عليه خطأ عبارة Frappé d'imbécillité بدلا من Etourdi ولذلك وقع المترجم العربي في خطأ هو معذور فيه، فترجم عبارة Faible d'esprit الواردة بالنص الفرنسي بالمادة 42 للتعبير عن العته، فأصبح المعتوه في النص العربي للمادة (42 م ج) فاقد التمييز، وفي النص العربي للمادة (43) م ج ناقص الأهلية فقط.

والسبب في وقوع النص العربي في هذا التناقض هو عدم دقة التعبير الفرنسي. فقد كان ينبغي أن يعبر عن المعتوه في المادة 42 بالفرنسية بلفظ Idiot وعن ذي الغلفة في النص الفرنسي للمادة 43) بلفظ (Etourdi) لأن عبارة Frappé d'imbécillité وعبارة Faibe d'esprit متساويتان في اللغة الفرنسية ويفيد ان معنى واحدا هو ضعف العقل، مع أنه إذا كان المعتوه ضعيف العقل حقا، فإن ذا الغفلة ليس ضعيف العقل، بل هو كامل العقل ولكنه سيء التقدير

كما سوف نرى، وإذن فينبغي أن يصحح النص الفرنسي للمادتين (42، 43) وأن يحل ذو الغفلة محل المعتوه في النص العربي للمادة (43).

ولقد كان ينبغي أن يتناول القانون المدني كل أحكام تصرفات ناقص الأهلية، ولكنه ترك بعضها لقانون الأسرة، فأصبحت موزعة بين القانونين. ومن ضمن التصرفات التي عرض لها القانون المدني، تصرفات ذي العاهتين، فقضى في المادة (80) منه بما يلي: «إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب (هاتين العاهتين) التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له (مساعدا) قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. ويكون قابلا للابطال كل تصرف عين من أجله (مساعد) قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته) بدون حضور (المساعد) بعد (تسجيل) قرار (المساعدة)[1].

فطبقا لهذا النص، إذا اجتمع في شخص عاهتان من العاهات الثلاث العمى والبكم والصم وتعذر عليه بسبب وجود هاتين العاهتين التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في القيام ببعض التصرفات التي تعينها المحكمة، وغالبا تكون هذه التصرفات خطيرة، وحينئذ يسجل قرار المحكمة ولا يجوز لذى العاهتين أن يقوم بهذه التصرفات دون مساعدة المساعد، وإذا قام بها ذو العاهتين وحده، كانت قابلة لطلب الأبطال لصالحه، ولا يجوز للمساعد القضائي أن ينفرد بالقيام بهذه التصرفات وحده، إلا إذا كانت المحكمة قد أذنت بذلك. أما في غير التصرفات التي عينتها المحكمة فلذى العاهتين أن يقوم بها وحده، وكذلك تعتبر التصرفات التي قام بها قبل تسجيل قرار المساعدة صحيحة.

وإذن فيشترط لقابلية التصرف للابطال في هذا الصدد

أولا: اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث.

(1) يلاحظ أن النص العربي قد أخطأ في ذكر عاهة واحدة وفي التعبير بوصى مع أن الأمر هنا ليس وصاية، وفي ذكر كلمة التقييد بدلا من التسجيل، وقد وضعت النص الصحيح في المتن بدلا من النص الخاطىء بين قوسين.

ثانيا: أن يتعذر على ذي العاهتين التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين، فإذا لم يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب هاتين العاهتين أو تعذر عليه التعبير عن إرادته لسبب آخر، انتفى الشرط وكان التصرف غير قابل للابطال.

ثالثا: أن يكون التصرف من بين تلك التي عينتها المحكمة، وإذن فلذى العاهتين أن يقوم وحده بغير هذه التصرفات.

رابعا: أن يقوم ذو العاهتين بأحد هذه التصرفات وحده دون حضور المساعد القضائي وبعد تسجيل قرار المساعدة.

أهلية الجنين أو الحمل المستكن

47 ــ الأصل في الشريعة الاسلامية أن تثبت للجنين بعض الحقوق التى لا تستلزم قبولا.

1 ــ فله الحق في أن يثبت نسبه من أبويه طبقا لنصوص قانون الأسرة (المواد 40 وما يليها) فهو ينسب لأبيه متى ولد من زواج شرعي ولم ينف نسبه (م 41) ومتى ولد لستة أشهر الى عشرة (م 42 و 43).

2 ــ وله الحق في الميراث (م 128 ق أسرة) و(م 173 منه).

3 ــ وله الحق في أن يوصي له (م 127 ق أسرة)

4 ــ وقد أجاز له قانون الأسرة الهبة (209 ق أسرة) وما من شك في أن الذي يقبلها عنه هو ووليه أو وصيه، وقد حذا في ذلك حذو القانون المدني اللبناني وخالف القوانين العربية الأخرى. غير أننا لو رجعنا الى الفقرة الثانية من المادة 25 مدني لوجدناها تنص على مايلي: ((على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا)).

وإني آخذ على النص مأخذين:

الأول: هو أنه متعلق بأهلية الوجوب الناقصة للجنين قبل أن يولد، فهذه الأهلية تثبت له وهو مازال جنينا، سواء ولد حيا أو ميتا وليس لنا أن نبحث عن أهليته بعد ولادته، لأنه متى ولد حيا أصبحت له شخصية وجوب كاملة.

الثاني: هو أن النص يقضى بأنه يتمتع بالحقوق المدنية، بل ويقول النص الفرنسي لهذه الفقرة (Jouit) وليس للجنين أن يتمتع بكل الحقوق المدنية التي

تشمل حق التعاقد، وقد كان ينبغي أن يقال: تثبت له بعض الحقوق المدنية، وهي تلك التي سبق ذكرها، فهو لا يتمتع بها كما يقول النص العربي ولا يستعملها كما يستفاد من النص الفرنسي.

أما بالنسبة الى قانون الأسرة، فإني آخذ عليه أنه بعد أن نص في المادة 128 على حق الحمل في الميراث بقوله: ((يشترط لاستحقاق الارث أن يكون الوارث حيا أو حملا))، عاد في المادة 134 فقال: ((لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا...)) فهذا النص يتعارض مع نص المادة 128، ذلك إننا بصدد البحث عن حق الحمل في الميراث وهو ما يزال جنينا، فحقه في الميراث يثبت له وهو ما يزال جنينا، بصرف النظر عما سوف يكون أمره بعد الميلاد، لأنه إذا ولد حيا كانت له شخصية قانونية كاملة وتساوي مع غيره من الوارثين، فلا محل للرجوع الى ما كان قد تقرر له من حق في الميراث وهو جنين، فإن كان ذكرا فله مثل حظ الاثنين، وأن كان أنثى فله نصف حظ الذكر. أما إذا ولد ميتا، فإن ما احتفظ له به من الحق في الميراث يعتبر كأن لم يكن، إذن فقد كان ينبغي أن يكون نص المادة 184 هو: ((لا يؤول النصيب المحتفظ به في الميراث الى الحمل الا إذا ولد حيا ((ويكون هذا النص في الواقع تحصيل حاصل)).

المبحث السابع

عوارض الأهلية الجنون والعته، والسفه، والغفلة

La démence, l'idiotie, la prodigalité et l'étourderie

48 ــ نص القانون المدني في المادة 42 على أن العته أو الجنون يعدمان الأهلية، وتنص المادة 43 على أن من كان سفيها (أو معتوها) الصحيح (ذا غفله) يكون ناقص الأهلية، ولكن جاء قانون الأسرة فنص في المادة 85 منه على أن ((تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه))، ثم أضاف في المادة 101 قوله ((من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه)) ثم قضى بالمادة 101 منه بما يلي: ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت

صدورها)) ومن مجموع هذا النصوص نستخلص أن عوارض الأهلية هي الجنون والعته والسفه والغفلة وأنه بينما يعتبر القانون المدني الجنون والعته معدمين للأهلية بحيث تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا حتى قبل الحجر عليهما، فإن قانون الأسرة يقضي ببطلانها إذا صدرت منهما بعد الحكم بالحجر، أما قبل الحكم فهي صحيحة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته ظاهرة وفاشية، فتكون حينئذ باطلة. وإذن فهناك تعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، وبما أن قانون الأسرة لا حق للقانون المدني، فلا مناص من القول بأنه هو الذي يعتمد حكمه، مع ملاحظة أن الشريعة الاسلامية تفرق بين المعتوه غير المميز وتلحقه بالمجنون، وبين المعتوه المميز وتلحقه بالسفيه.

وطبقا لأحكام المادة 43 من القانون المدني، يعتبر السفيه وذو الغفلة ناقصي الأهلية فقط، وتأخذ تصرفاتهما حكم تصرفات الصبي المميز. أما قانون الأسرة فقد ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه، ولم يتعرض لذى الغفلة، مع أن النص الفرنسي للمادة 43 يعنيه حين يذكر الى جانب السفيه Le prodigue، ذا الغفلة ويسميه خطأ Frappé d'imbécillité[1] والسفيه وذو الغفلة يقترنان غالبا في الشريعة الاسلامية، ويتميز السفيه عن ذي الغفلة، طبقا للشريعة الاسلامية بأن السفه يحمل المصاب به على تبذير ماله في غير ما يقضي به العقل والشرع، أما الغفلة فمع أنها ليست عاهة عقلية، فهي نقص في الملكات النفسية يحمل الشخص على سوء التقدير فيقوم بالتصرفات دون أن يهتدي الى الرابح منها والخاسر، فيغبن في تصرفاتـــه غبنا فاحشا[2].

وطبقا لنص المادة (101) من قانون الأسرة، يلحق السفيه (ويقاس عليه ذو الغفلة) بالمجنون والمعتوه، فتكون تصرفاتهما بعد الحكم بالحجر عليهما باطلة، وقبل الحكم صحيحة إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاشية (م 107)

(1) يلاحظ أن النص الفرنسي للمادتين 42، 43 قد ساوى بين المعتوه وذي الغفلة في الاصطلاح وكان ينبغي أن يذكر اصطلاح Idiot للمعتوه، ولهذا السبب ترجم المترجم العربي اصطلاحي المادتين بالعته، كما كان ينبغي أن يطلق على ذي الغفلة Etourdi.

(2) أرجع في ذلك الى الوسيط للسنهوري ج 1 بند 158 هامش 1 وما ذكره من أحكام محكمة النقض المصرية.

من قانون الأسرة. وهكذا تختلف أحكام قانون الأسرة عن أحكام القانون المدني وعن أحكام القوانين العربية الأخرى، التي تعتبر السفيه وذا الغفلة في حكم الصبي المميز بعد تسجيل قرار الحجر، أما قبله فهي صحيحة ما لم يكن هناك استغلال أو تواطؤ.

49 ـ عيوب الارادة، أو عيوب الرضاء Vices du Consentement

أورد القانون المدني أربعة عيوب يمكن أن تشوب الارادة وتجعل رضاء المتعاقد معيبا بأحدها وبالتالي ناقصا.

وهذه العيوب هي: الغلط، والتدليس، والاكراه، والاستغلال، فإذا صدر الرضاء مشوبا بأحدها، فإن الارادة تكون موجودة معيبة بأحد هذه العيوب وبالتالي يكون التصرف الصادر عن هذه الارادة صحيحا ولكن قابلا للابطال. أما انعدام الارادة. فيترتب عليه البطلان المطلق، وأذن فهناك فرق بين إرادة موجودة ولكن معيبة، وإرادة معدومة.

أولا : الغلط: L'erreur

نصت المادة 81 م ج على أنه (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد أن يطلب ابطاله) واذن فيشترط في الغلط الذي يعيب الارادة ويجعل العقد قابلا للابطال أن يكون جوهريا، وقد تولت المادة 82 م ج تعريف الغلط الجوهري بقولها: ((يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا (للظروف التي أبرم فيها العقد ولحسن النية الذي يجب أن يسود التعامل) أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، (ويلاحظ أني صححت عبارة الفقرة الثانية على ضوء نصها الفرنسي والنص المصري).

وطبقا لهذا النص فإن القانون المدني الجزائري، كالقوانين العربية الأخرى، قد أخذ بمعيار ذاتي في الغلط، وترك المعيار المادي الذي كان سائدا لدى الفقه الفرنسي القديم متأثرا فيه برأي الفقيه الفرنسي القديم بوتييه.

وقد كان هذا الفقه يرى أن الغلط الذي يجعل العقد قابلا للابطال هو الذي يقع في المادة التي تتكون منها عناصر الشيء، مثال ذلك أن يشتري شخص خاتما على أنه من الذهب الخالص، ثم يكتشف أنه من الفضة وليس عليه الا طلاء من الذهب، فيكون هناك غلط جوهري في مادة الشيء.

وقد هجر الفقه الحديث في فرنسا هذا المعيار المادي وأخذ بالمعيار الذاتي الذي يرجع فيه الى ما يعتبره المتعاقد جوهريا، أو ما يجب أن يعتبره كذلك، والذي يبلغ من الجسامة الى حد كان يجعل المتعاقد يمتنع عن ابرام العقد لو كان لم يقع في هذا الغلط، أو بعبارة أخرى لو كان المتعاقد عرف عند التعاقد حقيقة ما وقع فيه من غلط ما أبرم العقد، فالمهم إذن هو ما يرجع الى اعتبار المتعاقد، يستوى في ذلك أن يقع الغلط في ذات الشيء أو في صفة من صفاته ما دامت جوهرية في اعتبار المتعاقد، أو يجب اعتبارها جوهرية نظرا للظروف التي تم فيها العقد ولحسن النية الذي ينبغي أن يسود التعامل بين الناس، وما دامت ذات الشيء أو صفته الجوهرية كانت هي السبب الرئيسي الذي دعا المتعاقد الى التعاقد. وقد يكون الغلط جوهريا أيضا إذا وقع في شخصية المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الشخصية أو هذه الصفة هي السبب الرئيسي الذي دفع المتعاقد الى إبرام العقد.

وهذه أمثلة قضت فيها المحاكم بابطال العقد للغلط في الشيء أو في صفة من صفاته الجوهرية: شخص اشترى لوحة على أنها من رسم فنان شهير فتبين أنها تقليد لرسمه، شخص اشترى قطعة أثرية يظنها قديمة فإذا هي تقليد لقطعة قديمة، شخص اشترى قماشا على أنه لا يتكرمش فإذا هو يتكرمش، شخص اشترى من بورصة الأوراق المالية اسهم شركة كان يعتقد انها شركة ناجحة فظهر أنه قضى ببطلانها.

والغلط في شخصية المتعاقد في عقود التبرع دائما محل اعتبار ويجعل العقد قابلا للابطال، فإذا وهب شخص الى شخص آخر يعتقد أنه محمد فإذا هو أحمد كان هناك غلط في شخصية الموهوب له يجعل الهبة قابلة للابطال، وقد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط، كما إذا وهب له وهو يعتقد أن هناك علاقة قرابة بينهما ثم ظهر أنه لا قرابة بينهما.

ومثال الغلط في صفة المتعاقد في عقود المعاوضة أن يؤجر مالك منزله لشخص يظنه رب أسرة فيتضح أنه أعزب ومنحرف السلوك. وطبقا للفقه الفرنسي القديم لم يكن الغلط في قيمة الشيء يعتبر جوهريا، ولكن أخذا بالمعيار الذاتي إذا ظهر أن القيمة التي تعاقد عليها المتعاقد أكثر مما كان يعتقد وبحيث لو علم بمقدارها ما أبرم العقد فيجوز له طلب ابطال العقد للغلط.

وكذلك طبقا للمعيار الذاتي في الغلط يعتبر الغلط في الباعث الدافع مؤديا الى قابلية العقد للابطال مادام المتعاقد لو لم يقع في هذا الغلط ما أبرم العقد، ومقتضى هذا أن الغلط في السبب، منظورا اليه بالمعنى الحديث، يؤدي الى القابلية للابطال، وكان يقال قديما أن الغلط في السبب، منظورا اليه بالمعنى التقليدي، يؤدى الى البطلان المطلق.

50 ــ الغلط في القانون:

تنص المادة 83 على أنه ((يكون العقد قابلا للابطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82، ما لم يقض القانون بغير ذلك)).

فالغلط في القانون يجعل العقد قابلا للابطال كالغلط في الواقع تماما، بشرط أن يكون غلطا جوهريا، أي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم المتعاقد العقد. وقد يعترض على كون الغلط في القانون عيبا يجعل العقد قابلا للابطال بأن هناك قاعدة تقول: لا عذر يجهل القانون (Nul n'est censé ignorer la loi) فكيف يقبل الجهل بالقانون ويعتبر غلطا مؤديا لبطلان العقد ؟ غير أن قاعدة لا عذر بجهل القانون لا يعمل بها الا في القوانين المتعلقة بالنظام العام، مثل القوانين الجنائية، ومثل القواعد الآمرة أو الناهية في القانون المدني، أما في غير هذه القوانين وخصوصا في القوانين التي تستعصى معرفتها على عامة الناس، فالعذر مقبول، والجهل بها يعتبر غلطا مؤديا للقابلية للابطال، مثال ذلك ما قضت به المحاكم من أن توقيع الورثة على محضر جرد التركة المشتمل على وصية تجاوز فيها الموصى الثلث وهم يجهلون أن ما زاد على الثلث يتوقف على اجازتهم، يعتبر غلطا في القانون يجعل تصديقهم على محضر الجرد غير مفيد اجازتهم لما زاد على الثلث، وما قضى به من قيام شخص بالوفاء بالتزام طبيعي

وهو يعتقد أنه مدني، يعتبر غلطا في القانون يجعل الوفاء قابلا للابطال، وقضى كذلك بأن قيام شخص بهبة لزوجته التي طلقها طلاقا رجعيا وانتهت عدتها، وهو يعتقد أنها مازالت في العدة، وبالتالي يستطيع أن يرجعها، يعد غلطا في القانون يجعل الهبة قابلة للابطال.

وقد ينص القانون على أن الغلط في القانون لا يعتد به، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 465 من أن عقد الصلح لا يجوز الطعن فيه لغلط في القانون.

51 ــ الغلط المادي:

إذا وقع غلط في الحساب أو في الكتابة فإنه لا يؤثر في صحة العقد، ويكتفي باستدراكه وتصحيحه، وقد نصت على ذلك المادة 84 بقولها: ((لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط)) ومثال ذلك أن يبيع شخص مائة وحدة من بضاعة بسعر الواحدة 15 دينارا ويخطىء في الثمن الاجمالي فيجعله 1400 بدلا من 1500، فلا يجوز له أن يطلب ابطال العقد لهذا الغلط في الحساب، بل يصحح الثمن الاجمالي الى 1500 ويستمر العقد قائما. وكذلك الأمر في زلات القلم في الكتابة فهي لا تؤثر في صحة العقد ولكن تصحح.

52 ــ الغلط المشترك والغلط الفردي:

انقسم الفقه والقضاء والقوانين الوضعية بين رأيين في الغلط: رأي يرى أنه يجب لطلب ابطال العقد للغلط أن يكون المتعاقدان قد وقعا فيه حتى يكون هناك استقرار في التعامل بين الناس، فلا يجوز لمتعاقد وقع وحده في غلط أن يطالب بإبطال العقد لهذا الغلط إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية، أي لم يعلم بهذا الغلط ولم يشترك فيه. أما الرأي الثاني فيرى أن للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يطلب ابطال العقد ولو كان المتعاقد الآخر لم يعلم بهذا الغلط، وذلك لأن رضاء المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يكون سليما، والمهم في صحة التراضي أن يكون رضاء المتعاقدين خاليا من العيوب، فإذا وقع أحدهما في غلط دفعه الى التعاقد فلا يكون التراضي صحيحا ولو كان المتعاقد الآخر لم يعلم بهذا الغلط، بل ولو كان حسن النية.

وقد أخذ القانون المدني المصري بحل وسط بين الرأيين، فلم يشترط أن يكون الغلط مشتركا في كل الحالات، بل اكتفى في حالة ما إذا لم يكن الغلط مشتركا أن يكون المتعاقد الآخر على علم بغلط المتعاقد أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م 120 م م)، أما القانون الجزائري فقد أخذ بالغلط الفردي ولم يأت بمثل هذا النص المصري، وعلى ذلك فلمن وقع في غلط دفعه الى التعاقد أن يطلب ابطال العقد للغلط ولو كان المتعاقد الآخر غير مشترك في الغلط، ولو كان حسن النية، أي لم يكن على علم بالغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه. ومع ذلك فإذا كان المتعاقد الآخر حسن النية وأظهر استعداده لتلافى ما وقع فيه من تعاقد معه من غلط، فلا يجوز لمن وقع في الغلط أن يصر على طلب ابطال العقد لوقوعه في غلط، والا فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه طبقا لنص المادة (41)، مثال ذلك أن يشتري شخص لوحة على أنها من رسم فنان مشهور ثم يتبين أنها ليست من رسمه، ويكون له الحق في طلب ابطال البيع للغلط، ولكن إذا أظهر البائع حسن نيته واستعداده لتقديم اللوحة المطلوبة، فليس للمشتري أن يصر على طلب ابطال العقد والا كان متعسفا في استعماله حقه. وهذا هو ما نصت عليه المادة (85 م ج) بقولها: ((ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ويبقى بالأخص ملزما بالعقد (الذي) قصد ابرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد)) ويلاحظ أن النسخة العربية قد أسقطت كلمة (الذي)).

53 ــ ثانيا: التدليس Le dol:

تنص المادة 86 م ج على العيب الثاني في الارادة وهو التدليس بقولها: ((يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة)).

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه الى التعاقد. فهو إذن يفترض قيام عنصرين، **عنصر مادي**، وهو استعمال

حيل، **وعنصر شخصي**، وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد. والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل ابراز أوراق مزورة، أو التظاهر باليسار، أو كتابة منشورات أو اعلانات كاذبة. وليس من اللازم أن تبلغ الحيل في التدليس ما يشترطه القانون الجنائي في النصب من أن تكون الحيل مادية، وأن تأخذ مظهرا خارجيا، بل يكفى أن تكون الحيل من شأنها أن تحمل المدلس عليه على التعاقد، ولو كان مجرد كذب أو كتمان للحقيقة. نعم إن مجرد الكذب ليس بكاف إذا كان من السهل اكتشافه، كمبالغة التاجر في جودة بضاعته كذبا، Dolus Bonus ولكن قد يكون الكذب وحده كافيا إذا كان المدلس عليه لم يكن يستطيع اكتشافه وكان هو الدافع الى التعاقد، ولولاه ما أبرم المدلس عليه العقد. فيعتبر الكذب تدليسا في اعطاء بيانات غير صادقة لشركة التأمين، مثل من يؤمن على سيارة من انتاج سنة 1965 ويقول أنها من انتاج 1975: بل وقد يكون السكوت تدليسا إذا كان المدلس قد سكت عمدا عن واقعة أو عن ملابسة حاسمة في العقد، مثال ذلك أن يبيع شخص منزلا لآخر ويكتم عنه أنه قد صدر قرار بنزع ملكية هذا المنزل للمنفعة العامة، أو يكتم عنه أنه مثقل بحق عيني، كحق انتفاع أو حق رهن، أو أنه قد رفعت بشأنه دعوى استحقاق، أو أن يكتم عن المشتري لمحل تجاري أنه قد صدر قرار بإغلاقه لعدم توافر الشروط الصحية فيه، أو أن يكتم المؤمن على حياته مرضا وراثيا خطيرا لو علمت به شركة التأمين ما أمنت على حياته.

أما العنصر الشخصي فينحصر فى أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد، أي بحيث لولاه ما أبرم المدلس عليه العقد.

وبهذا الصدد يميز الفقه الفرنسي بين نوعين من التدليس: التدليس الرئيسي Dol principal والتدليس العرضي Dol incident ويقول أن الأول وحده هو الذي يجعل العقد قابلا للابطال، أما التدليس العرضي، وهو الذي يغرى المتعاقد بقبول التعاقد بشروط أشد، فهو لا يؤدي الى ابطال العقد وإنما الى المطالبة بتعويض الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. ولكن قانوننا المدني لم يأخذ بهذه التفرقة بين النوعين من التدليس، واكتفى بأن يكون التدليس من الجسامة بحث لولاه ما أبرم المدلس عليه العقد، وعلى ذلك فيستوى أن يكون التدليس

رئيسيا أو عرضيا مادام هو الذي دفع المتعاقد الى ابرام العقد ولولاه ما أبرمه، وهذا هو ما يسمى Dolus malus

54 ــ هل يغني عيب الغلط عن عيب التدليس؟

استقرت النظرية التقليدية على أن التدليس الذي يؤي الى ابطال العقد ينبغي أن يوقع المتعاقد في غلط، ولذلك رأى كثير من الفقهاء أن الغلط يغنى عن التدليس[1] بل إن هناك تشريعات وضعية اكتفت بالغلط ولم تنص على التدليس، مثل التقنين البرتغالي (م657، و م 663) والتقنين النمساوي (م 55).

ولكن اعتقد أن عيب التدليس الذي ورد في قوانيننا العربية وفي القانون المدني الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه، لم يكن ايراده عبثا، وأن هناك ميزات تميزه عن الغلط، بل أن هناك نظرية حديثة ترى أن ليس من اللازم أن يؤدي التدليس الى الغلط، كما سوف نرى بعد قليل. وفيما يلي نذكر بعض الميزات التي تميزه عن الغلط:

1 ــ الغالط يقع في الغلط من تلقاء نفسه Spontanément؛ بدون تأثير خارجي، بينما المدلس عليه يقع في غلط مستثار Provoquée، تحت تأثير الوسائل التي استعملها المدلس ضده.

2 ــ من السهل اثبات التدليس بإثبات الوسائل الاحتيالية التي كثيرا ما تكون وقائع خارجية، ويجوز اثباتها بكل طرق الاثبات، حتى بشهادة الشهود، بينما الغلط البسيط، وهو حالة نفسية، كثيرا ما يكون اثباته عسيرا.

3 ــ قد يكون مجرد الغلط غير كاف لابطال العقد، كالغلط في الحساب، أو في القيمة إذا لم يبلغ الغلط فيهما حدا من الجسامة يدفع الى التعاقد، ولكن إذا استعملت وسائل احتيالية لايقاع المتعاقد في غلط في الحساب أو في القيمة، كان هناك تدليس يؤدي الى الابطال.

(1) أنظر في ذلك الوسيط للسنهوري ج 1 بند رقم 185 هامش 2، ومصادر الالتزام للدكتور جميل الشرقاوي ط 1981 بند 34 ص 139.

4 ــ مجرد الغلط في القانون لا يؤدي الى قابلية عقد الصلح للابطال، ولكن إذا استعملت وسائل احتيالية لايقاع المتصالح في غلط في القانون، كان الصلح قابلا للابطال.

5 ــ استقر القضاء الفرنسي على أن للمدلس عليه، الى جانب الحق في طلب ابطال العقد، الحق في طلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب الوسائل الاحتيالية لو أبرم العقد على أثر التدليس وسقط حقه في طلب الابطال بالتقادم، ويظل حقه في طلب التعويض مستمرا لمدة 30 سنة طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية[1].

5 ــ وقد طرحت نظرية حديثة ترى أن ليس من اللازم أن يؤدي التدليس الى الغلط، وقد ظهرت هذه النطرية في القضاء الفرنسي بصدد قضية قامت فيها سيدة تبلغ من العمر 75 سنة بمنح هبات الى ابنتها وزوج ابنتها تحت تأثير تسليط والحاح منهما أديا الى ضيق ذرع السيدة المسنة ومللها La lassitude، فأبرمت لهما هذه الهبات. ثم قامت برفع دعوى طالبة ابطالها، لعيب التدليس فقضت لها بذلك محكمة Colmar الابتدائية، فاستأنفت الابنة وزوجها الحكم. فأيدته محكمة استئناف Colmar بتاريخ/1970/01[2] وقالت في حكمها أن النظرية التقليدية التي تشترط أن يؤدي التدليس الى الغلط لا أساس لها، ولم يرد الغلط في نص المادة 1116، ولقد قامت الواهبة بإبرام التصرف تحت تأثير الملل وهي عالمة بما تفعل ولم تقع في أي غلط، ويكفى أن تستعمل حيل تحمل المتعاقد على ابرام التصرف ليكون، له الحق في طلب الابطال ولو لم يقع في غلط.

55 ــ التدليس الواقع من غير المتعاقدين:

تنص المادة 97 م ج على أنه: ((إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين،

(1) أنظر في ذلك Ghestin في مؤلفه العقد Le contrat طبعة سنة 1980 ص 355ــ وقد أورد بذلك حكما للدائرة المدنية الأولى بتاريخ 1975/2/4 نشر في جريس كلاسير الدوري سنة 1975 عدد 11 برقم 18100 مع تعليق للأستاذ Larromet مع ملاحظة أن مدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية قد اصبحت عشر سنين بعد ادخال المادة 1 ــ 2270 بقانون 1985/7/5.

(2) نشر هذا الحكم في جريس كلاسير الدوري سنة 1970 عدد/2 برقم 16609 مع تعليق Loussouarn نشر في دالوز سنة 1970 برقم 227 وأورد ذلك Starck في مؤلفه الالتزامات لسنة 1972 ص 424 ــ 425 بند 1359.

فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس)). فالمفروض هنا أن شخصا من غير المتعاقدين هو الذي استعمل الحيل التي دفعت المدلس عليه الى ابرام العقد، فلكي يستطيع هذا الأخير أن يبطل العقد للتدليس يجب عليه أن يثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس، إذ في هذه الحالة يكون متواطئا مع من استعمل الوسائل الاحتيالية أو على الأقل سيء النية. فإذا لم يستطع المدلس عليه أن يثبت ذلك، فإن له أن يطلب ابطال العقد للغلط مادام التدليس الذي قام به الغير من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد، ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لم يأخذ في المادة (1116) بالتدليس الذي يصدر من غير المتعاقدين مع أنه جعل الاكراه الصادر من غير المتعاقدين مبطلا للعقد (م 1111).

56 ــ ثالثا: الاكراه La violence **والصحيح هو** Contrainte:

تنص المادة 88 م ج على أنه: ((يجوز ابطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه الاكراه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الاكراه)).

فالاكراه عيب ثالث في الارادة يجعل المتعاقد يبرم العقد تحت سلطان خوف حال، فالخوف هو الذي يكون حالا وليس الخطر، بحيث يجعل إرادته غير حرة، فهي موجودة ولكن تختار ابرام العقد لاتقاء شر تخشاه، أي تختار أهون الضررين. وإذا وصل الاكراه الى حد اعدام الارادة بتاتا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا بطلانا نسبيا كما يقول بعض الفقهاء الفرنسيين، ومثال ذلك أن يمسك شخص بيد شخص ويجعله يوقع بالعنف على عقد، فتكون إرادته منعدمة تماما. والاكراه الذي يعيب الارادة يقوم على عنصرين: **عنصر مادي** وهو

استعمال وسائل ضاغطة على حرية الارادة، سواء كانت وسائل مادية كالضرب والعنف اللذين لا يعدمان الارادة، أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى، وهو الذي يعنيه النص حين يتكلم عن الرهبة البينة التي تصور للمكره أن خطرا جسيما (محدقا) أي وشيك الوقوع يهدده هو شخصيا أو يهدد أحد أقاربه سواء بإلحاق أذى مادى يجسمه أو بإلحاق ألم بنفسه، أو بما يمس شرفه أو بما يصيب ماله بخسارة، ويستوى أن يكون التهديد بإلحاق الأذى حالا أو في المستقبل، مادام التهديد يخيف المكره ويجعله يبرم العقد تحت سلطان هذا الخوف، أي أن الخوف هو الذي يجب أن يكون حالا، وليس الخطر، كما يستوى أن يكون التهديد موجها الى المتعاقد نفسه أي أن يكون بإلحاق الأذى بشخصه هو أو يكون التهديد بإلحاق الأذى بأحد أقاربه، وفي تقييد الحكم بالأقارب يختلف القانون الجزائري، الذي حذا حذو القانون المدني الفرنسي في المادة 1113، عن القوانين العربية الأخرى التي تنص على المتعاقد أو غيره، ليشمل الغير الأقارب وغير الأقارب من الأشخاص العزيزين على المتعاقد، مثل زوجته التي ليست من أقاربه، ومثل صديقه الذي قد يكون أعز عليه من أقاربه، ومثل الخاطب بالنسبة الى المخطوب، وقد يكون التهديد بإلحاق الأذى بشخص **المكره**، كإبن يهدد والده بالانتحار لحمله على اتيان تصرف ما.

العنصر الثاني وهو عنصر شخصي. وهو أن يكون من شأن التهديد أن يبعث رهبة وخوفا في نفس المتعاقد، ويراعى في تقدير هذا العنصر الذاتي جنس من وقع عليه التهديد، فمن وسائل التهديد بالخطر ما يؤثر على المرأة ولا يؤثر على الرجل، كما تراعي سن من وقع عليه الاكراه، فمن الوسائل ما يؤثر على شيخ مسن ولا يؤثر على شاب فتى، كما تراعى حالة المتعاقد الاجتماعية، فمن الوسائل ما يؤثر على الأمي الجاهل ولا يؤثر على المتعلم، كما تراعى حالة المكره الصحية، فمن الوسائل ما يؤثر على إرادة المريض دون أن يؤثر على إرادة السليم المعافي. ومن الظروف الأخرى التي تختلف باختلافها وسائل الاكراه، ظروف الزمان، فالتهديد في ظلام الليل يبعث على الرهبة أكثر من التهديد في ضوء النهار، وظروف المكان، فالتهديد في مكان سحيق بعيد عن العمران وعن امكان الاستغاثة برجال الأمن يبعث على الرهبة أكثر من التهديد في قلب مدينة مكتظة بالناس ومحاطة

برجال الأمن. هذا ويلاحظ أنه يشترط أن يكون الأكراه بدون وجه حق، فتهديد الدائن لمدينة المتأخر في سداد دينه لا يعتبر إكراها.

57 ــ هل يعتبر النفوذ الأدبي اكراها مفسدا للارادة ؟

فللأب نفوذ أدبي على ابنه. وفي كثير من الأحيان للزوج على زوجته نفوذ أدبي، فهل يصل مثل هذا النفوذ الأدبي الى حد أن يعتبر اكراها يفسد الرضاء ؟ المهم هو الغرض، فإذا استعمل الأب أو الوصي نفوذه لحمل الابن أو الموصي عليه الى ابرام عقد يراه نافعا، فإن هذا العقد يكون صحيحا ولو كان الابن أو القاصر المميز قد أبرم العقد على غير رغبة منه، أما إذا كان القصد من استعمال النفوذ الأدبي هو الوصول الى غرض غير مشروع، فإنه يعتبر كالاكراه الذي يعيب الأرادة. وقد كان مشروع القانون المدني المصري يشتمل على نص بهذا المعنى ولكنه حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ومنها الاستغلال. أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة 1114 على أن الخشية الأدبية وحدها La seule crainte révérencielle لا تكفى لابطال العقد ما لم يكن معها اكراه واقع، ولعله لم يكن ليورد هذا النص لو أنه عرف الاستغلال الذي أوردته القوانين العربية.

58 ــ الاكراه الصادر من غير أحد المتعاقدين:

تنص المادة 89 م ج على أنه ((إذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد الا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه)). وهكذا ساوى القانون بين الاكراه والتدليس، فالاكراه الذي يرتكبه شخص ثالث من غير المتعاقدين لا يبطل العقد إلا إذا أثبت من وقع عليه الاكراه أن المتعاقد معه كان يعلم بهذا الاكراه فيكون متواطئا مع هذا الغير، أو كان من المفروض حتما أن يعلم به، كما لو كان من ارتكب الاكراه ضيفا أو قريبا للمتعاقد الآخر. أما إذا لم يكن المتعاقد الآخر على أي علم بالاكراه فليس للطرف المكره ابطال العقد، ولكن له أن يرجع على من ارتكب الاكراه بالتعويض إذا توافرت شروط المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وقد نص القانون المدني الفرنسي

في المادة (1111) على أن الاكراه الصادر من الغير يمكن أن يبطل العقد، خلافا للتدليس الصادر من الغير (م 1116).

59 ــ الاستغلال l'exploitation:

تنص المادة 90 على الاستغلال بقولها: ((إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد الآخر من فائدة بموجب العقدأو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا (لأن) المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش (بين) أو هوى (جامح) جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن)).

فالعيب الرابع في الرضاء هو الاستغلال، وهو عيب عرفته التشريعات الحديثة مثل القانون الالماني والقانون السويسري ولم يعرفه القانون الفرنسي، وان كان القضاء هناك يأخذ بإبطال العقد للاستهواء La captation أو الايحاء La suggestion وهو يختلف عن الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي وهو أن يقل عن أربعة أخماس ثمن المثل. أما معيار الاستغلال فهو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به. فالغبن إذن عيب في العقد بينما الاستغلال عيب في الشخص، ويقوم الاستغلال، كما يظهر من النص القانون، على عنصرين: **عنصر مادي**، وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقا، ولا يكفى أن يكون عدم التعادل ضئيلا، فهذا يحدث يوميا في البيع والشراء فيكون الثمن أكثر بعض الشيء من قيمة الشيء المبيع، بل يجب أن يكون عدم التعادل فادحا أو كما يقول النص الفرنسي Hors de toute proportion، ويستوى أن يكون عدم التعادل قد وقع في مقدار الفائدة التي حصل عليها الطرف المغبون بالنسبة الى ما تحمل من التزامات مرهقة، كالبيع

بثمن زهيد، أو أن يكون ما تحمل به من التزامات غير متعادل مع التزامات الطرف المستغل. ويخضع تقدير هذا العنصر المادي للقضاء، فهو يقدر التزامات كل من الطرفين بحسب ظروف كل منهما، وبحسب الملابسات التي أحاطت بهما عند التعاقد. وأكثر ما يقع عدم التعادل في العقود المحددة وقد يقع في عقود التبرع، مثال ذلك أن يقوم زوج مسن بعمل هبة لزوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه يحرم الزوجة الأولى وأولادها منه، ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها المسن. فتخضع الهبة لعيب الاستغلال، ولا يكون هناك أي التزام على الزوجة فيتحقق عدم التعادل بصفة مطلقة.

والعنصر الثاني في الاستغلال **عنصر شخصي** وهو استغلال طيش بين، أو هوى جامح أي متسلط على الارادة مثل تعاطي الخمر أو لعب القمار. فالطيش البين يتمثل في شخص ورث مالا كثيرا وأخذ ينفق منه بسفه، فيستغل أحد المرابين فيه هذا الطيش ويبيعه، شيئا بأضعاف ثمنه، أو يشتري منه شيئا بأقل كثيرا من ثمنه، أو يقرضه بفائدة ربوية كبرى، والهوى الجامح مثل ادمان الخمر أو لعب القمار أو التمادي في الدعارة، ويشترط أن يكون هذا الطيش أو هذا الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون الى التعاقد، وهي أيضا مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبء اثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون.

ولم يرتب القانون على هذا العيب قابلية العقد للابطال في كل الأحوال، بل أجاز ابقاء العقد مع انقاص التزامات الطرف المغبون حتى تتعادل ولو لم يكن تعادلا تاما مع التزامات الطرف المستغل، ولا يجوز للقاضي أن يزيد التزامات هذا الطرف الأخير إذ يقتصر النص على انقاص التزامات الطرف المغبون. (ويلاحظ أن النص العربي قد أسقط وصف الهوى بالجامح ووصف الطيش بالبين مع أن النص الفرنسي ذكر الوصفين وحذا في ذلك حدو القوانين العربية الأخرى).

وإذا طلب الطرف المغبون ابطال العقد، فللقاضي أن ينقص التزاماته فقط ولا يقضي بالابطال. أما إذا طلب الطرف المغبون انقاص التزاماته فليس للقاضي أن يحكم بالابطال، إذ يكون قد حكم بأكثر مما طلب الخصوم، وليس للقاضي

أن يقضي بزيادة التزامات المستفيد، بل المستغل نفسه هو الذي يعرض ما يراه القاضي كافيا للتعادل.

ولا يعتبر الاستغلال عملا غير مشروع كما يقول القانون الألماني الذي يرتب على الاستغلال البطلان المطلق، بل هو يعتبر في قوانيننا عيبا من عيوب الرضاء، ولذلك رتبت عليه القابلية للابطال أو انقاص الالتزامات. ويجب أن ترفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم ابرام العقد، ومدة السنة مدة سقوط Déchance لا تخضع للوقف ولا للانقطاع كمدد التقادم، وهكذا خالف القانون في هذا العيب ما قرره في عيوب الرضاء الأخرى من مدد للتقادم. وإذا كان العقد المطعون فيه بالاستغلال عقد معاوضة، وطلب الطرف المغبون الابطال، فيجوز للطرف المستغل أن يتوقى طلب الابطال بأن يعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، أي ما يجعل الالتزامات متعادلة تقريبا، أي أنه ليس من الضروري أن يعرض ما يجعل الالتزامات متعادلة تعادلا تاما، بل يكفي أن يعرض ما يزيل عدم التعادل الفادح.

وأخيرا إذا لم يجد القاضي أن الطرف الآخر قد استغل طيش المغبون أو هواه، رفض دعوى الاستغلال.

وقد استثنت المادة 91 من أحكام الاستغلال الأحكام الخاصة بالغبن الذي سندرسه في عقد البيع.

وبعد الانتهاء من الركن الأول في العقد وهو الرضاء وعيوبه، ننتقل الى الركن الثاني وهو المحل.

60 ــ المحل L'objet

الواقع هو أن محل العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه، فالعقد لا يرتب الا التزامات إما بإعطاء وإما بفعل وإما بامتناع، وإذن فالمراد بالمحل هو محل الالتزام، فالكلام عن محل العقد فيه تجاوز، والصحيح هو محل الالتزام، ولكن جرت عادة الفقهاء على أن يتكلموا عن محل العقد لا عن محل الالتزام، ويشترط في المحل ثلاثة شروط كما يظهر من نص المواد 92 الى 96 وهي:

أ ــ أن يكون موجودا عند ابرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.
ب ــ وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
ج ــ وأن يكون مشروعا.

61 ــ الشرط الأول:

أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في السمتقبل، فإذا لم يكن موجودا عند التعاقد بأن هلك قبل ابرام العقد، انعدم ركن المحل وكان العقد باطلا بطلانا مطلقا. وإذا لم يكن المحل موجودا عند التعاقد ولكن يمكن أن يوجد في المستقبل كان العقد صحيحا. فالتعامل في الأشياء السمتقبلة الممكنة الوجود جائز في القانون المدني، وغير جائز في الرأي السائد في الشريعة الاسلامية وقد نصت المادة 1/92 على أنه ((يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا (ومحققا) ويلاحظ على هذا النص أنه يضيف كلمة (محققا) وهو غير موفق فيها، فالتعامل في الأشياء المستقبلة جائز مادامت ممكنة الوجود أي غير مستحيلة، ولكن قد لا توجد، فمحل العقود الاحتمالية يمكن أن يوجد ويمكن ألا يوجد، فليس صحيحا أن المحل المستقبل يجب أن يكون محقق الوجود، بل يكفى أن يكون وجوده ممكنا لا مستحيلا استحالة مطلقة. ولم يستثن القانون من التعامل في الأشياء المستقبلة الا التعامل في تركة انسان مازال على قيد الحياة ولو كان التعامل برضاه، فنصت المادة 92 في فقرتها الثانية على مايلي ((غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الأحوال المنصوص عليها في القانون)) وهكذا حرم القانون التعامل في تركة شخص مازال حيا ولو كان التعامل برضاه، وجعله باطلا بطلانا مطلقا لأنه يحمل معنى المضاربة على موت المورث، والمضاربة على حياة انسان منافية للآداب، كما أن في هذا التحريم حماية للوارث السفيه من أن يتصرف في ميراث لم يؤل اليه بعد تصرفا نزقا يبدد به ما لا لم يتعب في جمعه فيستخف بقيمته. وقد أجاز القانون التصرف في تركة الشخص وهو حي كما في مثال الوصية، وقد أتى القانون المصري بمثال آخر هو قسمة المورث تركته وهو حي بين ورثته (م 913) حتى يجنبهم الشقاق على قسمة التركة بعد موته، غير أن القانون الجزائري لم ينص على قسمة المورث، وقد أورده القانون المدني الفرنسي بالمادة 1075 وما يليها.

والخلاصة هي أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا عند ابرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل، مثل بيع محصولات مازالت في الأرض ولم تجن بعد، وبيع ثمار معلقة على الشجر ولم تنضج بعد، وبيع منزل لم يبن بعد، وبيع نتاج ماشية لم تولد بعد، وبيع مؤلف كتابه الذي لم يؤلفه بعد، وبيع صاحب المصنع منتجات مصنعه التي لم تصنع بعد. والمهم هو أن يكون الشيء المستقبل ممكن الوجود، فإذا كان مستحيلا استحالة مطلقة كان ركن المحل منعدما، وبالتالي كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما الاستحالة النسبية فإن الالتزام معها لا يكون باطلا، وإذا لم يقم المدين بتنفيذه حكم عليه بالتعويض، وقد نصت المادة 93 م ج على أنه ((إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا)) والمراد بعبارة ((مستحيلا في ذاته)) الاستحالة المطلقة أي التي لا يستطيع انسان أن يتغلب عليها، أما الاستحالة النسبية فهي تستحيل على شخص المدين ولا تستحيل على غيره، مثل ما في بيع ملك الغير، فالبائع يستحيل عليه أن ينقل ملكية شيء لا يملكه ولكن مالك الشيء يستطيع ذلك.

62 ــ الشرط الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين Déterminé ou déterminable

فيجب أن يكون محل الالتزام معينا عند ابرام العقد أو على الأقل قابلا للتعيين، فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات أي Corps certain فيجب أن يشتمل العقد على تعيين ذاته وأوصافه تعيينا يحدده ويمنع الجهالة فيه، مثال ذلك بيع منزل معين فيجب تحديد موقعه وحدوده وأوصافه التي تميزه عن غيره من المنازل، ومثل بيع سيارة فيجب تحديد أوصافها وماركتها وسنة انتاجها. أما إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا، Choses de genre، فيجب أن يعين بجنسه، ونوعه ومقداره، مثال ذلك بيع قمح هندي مقداره 1000 كيلو أو سكر كوبي مقداره 1000 كيلو، فقمح أو سكر هو الجنس، وهندي أو كوبي هو النوع. والمقدار هو ألف كيلو. وقد نصت المادة 94 مدني جزائري على أنه: ((إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا)). ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف

متوسط)) ومن الغريب أن القانون الجزائري قد وقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه القانون المصري فأسقط كلمة (بجنسه) كما أسقطتها المادة (133 م م)، والواقع هو أن الشيء المثلي يجب أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره فلفظ قمح أو سكر هو الجنس، وهندي أو كوبي هو النوع، ولا بد من أن يعرف الجنس قبل معرفة النوع، ولا يمكن أن يعرف النوع قبل معرفة جنس الشيء، أما تعيين درجة الجودة فقد يذكر في العقد فيلتزم المدين بتسليم محل تتوافر فيه درجة الجودة فإذا لم تذكر في العقد درجة الجودة فيرجع الى العرف، فإذا لم يوجد عرف فيرجع الى ملابسات العقد لكي تستخلص منها درجة الجودة المطلوبة، فإذا لم يمكن استخلاصها من ظروف العقد، وجب على المدين أن يسلم محلا من صنف متوسط الجودة أي لا هو جيد جدا ولا هو ردىء جدا.

وقد يكون محل الالتزام مبلغا من النقود، مثل التزام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع نقدا قدره 1000 دينار أو التزام المقترض برد قرض قدره 5000 دينار، ونحن نعلم أن العملة الورقية لها سعر الزامي داخل كل دولة وأنها معرضة للارتفاع وللانخفاض في الأسواق المالية بعد أن أصبحت غير مرتبطة بالذهب، أي لا يستطاع أبدالها بقيمتها من الذهب، فإذا ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت فهل يطالب المشتري أو المقترض بسداد التزامه بقدر من النقود يساوي قيمتها بالذهب يوم ابرام العقد، أو يطالب بعدد النقود التي التزم بها بصرف النظر عن ارتفاع قيمتها أو انخفاضها بالنسبة الى الذهب ؟ تجيب على هذا التساؤل المادة 95 بقولها ((إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير)).

واذن فالقاعدة هي أن المدين بالتزام نقدي يلتزم بعدد النقد المذكور في العقد معما ارتفعت قيمة هذا النقد أو انخفضت بالنسبة الى الذهب. وقد أثارت هذه المسألة كثيرا من المشاكل حين خفضت قيمة الدولار والاسترليني والفرنك الفرنسي بالنسبة الى الذهب، خصوصا إذا كان السداد مؤجلا الى آجال بعيدة وكان العقد دوليا.

63 ـ الشرط الثالث: أن يكون المحل مشروعا أي مما يجوز التعامل فيه
Dans le commerce

فيجب أن يكون محل الالتزام مما يجوز التعامل فيه، أي غير مخالف للنظام العام أو للآداب العامة، وقد نصت المادة 96 على ذلك بقولها: ((إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا)).

والأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفا للنظام العام أو الآداب، قد يكون التعامل فيها يتنافى وطبيعتها مثل أشعة الشمس أو ماء البحر أو الهواء، فهي أشياء عامة مشتركة بين الناس جميعا وغير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها، غير أنه إذا استحوذ شخص على جزء من ماء البحر أو من أشعة الشمس أو من الهواء وحوله عن طبيعته، فإنه يجوز له التعامل فيه. وقد تكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها لأن الغرض المقصود منها يتنافى مع التعامل فيها مثل أموال الدولة (الدومين العام) كالطرق العامة والجسور والقلاع والحصون، فهي مرصودة للمصلحة العامة ولا يجوز التعامل فيها، وقد نصت المادة 689م ج على أنه ((لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم)).

والأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بحكم القانون مثل تحريم التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه (م 2/92) ومثل المخدرات والصور المخلة بالآداب.

64 ـ الركن الثالث: السبب La cause

لم تكن للسبب أهمية في القانون الروماني حيث كانت العقود شكلية، وكان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاما، ولم يكن لوجود الارادة أو لانعدامها أو لعيوبها أي أثر على العقد، ولكن لما نشأت في القانون الروماني عقود غير شكلية كالعقود الرضائية والعقود العينية وعقود التبرع، اعتدت هذه العقود بالارادة، ووجب البحث عن سبب تتجه اليه الارادة في هذه العقود، فوضعت عندئذ النظرية التقليدية للسبب، وهي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية هو التزام كل من المتعاقدين، فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر. والسبب في عقود التبرع هو نية التبرع

(L'animus donandi) أي نية اسداء جميل الى المتبرع اليه، والسبب في العقود الملزمة لجانب واحد هو تسليم المحل. ولقد تطورت فكرة السبب بالمعنى التقليدي حتى وصلت الى الفقهاء الكنسيين Les canonistes الذين حرروا الارادة من قيود الشكل التي كان القانون الروماني قد أحاطها بها، وأصبحت الارادة عندهم كافية وحدها لانشاء الالتزام، وأحلوا السبب بمعنى الغرض الدافع الى التعاقد، محل الشكل، واعتبروا عدم تنفيذ الالتزام خطيئة واشترطوا في الغرض من الالتزام أن يكون مشروعا، وهكذا بدأت فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع للتعاقد تبرز لدى الفقهاء الكنسيين في القرون الوسطى، واختفت النظرية التقليدية التي كانت تجعل كل التزام سببا في الالتزام المقابل، وترى أن السبب شيء واحد في كل العقود، وشيء داخلي في العقد Intrinsèque، لا يتغير بتغيير العقود، ولا يختلف باختلاف الأشخاص، وحلت محلها فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع، La cause impulsive et déterminante الذي يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص ويعتبر خارجا عن العقد Extrinsèque. غير أن فقهيي القانون الفرنسي القديم، دوما وبوتييه لم يسايرا هذا التطور، بل ارتدا بالسبب الى الفكرة الرومانية القديمة واعتبراه في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل، وفي العقود الملزمة لجانب واحد التسليم، وفي عقود التبرع نية التبرع، ثم تأثر تقنين نابوليون برأيهما، وبعد أن نص في المادة **1108** على أركان العقد الاربعة، وجعلها التراضي والأهلية والمحل والسبب المشروع، عاد في المادة **1131** فاعتبر السبب ركنا في الالتزام إذا تخلف، أو كان غير صحيح أو غير مشروع، فلا يترتب على الالتزام أي أثر، وقد ترتب على ذلك أن انقسم الفقه في فرنسا الى مؤيدين لفكرة السبب: بالمعنى التقليدي Les causalistes وعلى رأسهم كابيتان، والى معارضين لفكرة السبب Les anticausalistes وعلى رأسهم بلانيول، الذي قال في نظرية السبب أنها غير صحيحة ولا فائدة فيها، وتساءل كيف يكون كل التزام سببا في الالتزام المقابل مع أن الالتزامين يولدان في آن واحد، والمنطق يقضي بأن يسبق السبب المسبب.

أما القضاء الفرنسي فلم يتقيد بالنظرية التقليدية واتجه نحو فكرة السبب بمعنى الباعث الدافع وأخذ يقضي ببطلان العقود التي يكون الباعث الدافع الى انعقادها غير مشروع.

وقد جاء القانون المدني المصري الجديد فنص بالمادة 136 منه على أن السبب ركن في الالتزام لا في العقد. وبصدد هذا النص انقسم الفقه في مصر فقالت أغلبيته أن القانون المدني الجديد قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب واعتبره هو الباعث الدافع للتعاقد، وعلى رأس هذه الأغلبية الأستاذ السنهوري[1]، بينما تمسكت أقلية من الفقه بالنظرية التقليدية في ظل القانون المصري الجديد[2] وقالت أن السبب ركن في الالتزام، في حين ذهبت اقلية من الفقهاء[3] في مصر الى القول بازدواجية السبب فيكون للالتزام سبب بالمعنى التقليدي وللعقد سبب بالمعنى الحديث وهو الباعث الدافع، وهذا هو ما أخذ به القانون اللبناني. والظاهر أن القانون الجزائري قد تأثر بهذا المذهب، لأنه بعد أن أسند السبب الى العقد في المادة 97 عاد فأسنده الى الالتزام في المادة 1/98 التي تقول ((كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك)) ولكنه عاد فأسند السبب الى العقد في الفقرة الثانية من هذه المادة التي تقول ((ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك)) وعلى كل حال فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد الى ابرام العقد La cause impulsive ويشترط فيه شرط واحد هو أن يكون مشروعا، ويفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس. وإذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث، ولا يشترط أن يكون متفقا مع هذا المتعاقد فيه، وهذا هو الرأي الراجح، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، ولا كان في «استطاعته أن يعلم به، فلا يكون العقد باطلا ويؤخذ فيه بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة.

ويلاحظ كما قلنا من قبل أن القانون الجزائري قد وضع السبب والمحل معا ولم يفصل بينهما مع أنهما ركنان مختلفان، فالمحل هو الجواب على من يسأل:

---

(1) الوسيط ج 1 بند 290 ص 517.
(2) الدكتور عبد السلام ذهني النظرية العامة للالتزامات ص 145.
(3) ومن بين هؤلاء الفقهاء أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام طبعة سنة 1954 البنود 233 ــ 239.

بماذا التزم المدين Quid debetur بينما السبب هو الجواب لمن يسأل: لماذا التزم المدين Cur debetur.

وبما أن القانون الجزائري قد اعتنق النظرية الحديثة للسبب واعتبره هو الباعث الدافع الى التعاقد، فإن الغلط في هذا السبب يجب أن يؤدي الى قابلية العقد للابطال فقط قياسا على كل أنواع الغلط التي سبق أن ذكرناها، وقد كانت النظرية التقليدية تقول أن الغلط في السبب يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا.

65 ــ اثبات السبب:

تنص المادة 98 على مايلي: ((كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه)).

فهذا النص يواجه فرضين: الفرض الأول الا يذكر السبب في العقد والفرض الثاني أن يذكر السبب في العقد.

الفرض الأول: أن يكون العقد خاليا من ذكر السبب، فيفترض في هذا الفرض أن للعقد سببا مشروعا، ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز للمدين أن يثبت عكسها بجميع طرق الاثبات ولو بالبينة أو بالقرائن إذ لا كتابة هنا.

الفرض الثاني: أن يذكر السبب في العقد، فيفترض أن هذا السبب حقيقي وليس صوريا، وللمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري وليس هو السبب الحقيقي، ولكن على المدين في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة لأن الكتابة لا يجوز اثبات عكسها إلا بمثلها، وبما أن السبب مكتوب في العقد فعلى المدين اثبات صوريته بالكتابة ولو لم تزد قيمة العقد على ألف دينار. فإذا أثبت المدين صورية العقد كان عبء اثبات العكس على الدائن. وإذا أثبت الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع، ولكن له في هذه الحالة أن يثبت عدم المشروعية بكل طرق الاثبات، لأن عدم المشروعية غش والغش يجوز اثباته بكل الطرق ولو كان بشهادة الشهود.

66 ــ بطلان العقد وابطاله Nullité et annulabilité

يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه أو وجد نص في القانون يقضي ببطلانه. وقد رأينا أن أركان العقد ثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، يضاف اليها ركن رابع هو الشكل المطلوب لانعقاد العقد في بعض العقود. وقد رأينا أن للتراضي شروطا أساسية وهي أن يصدر من شخص بلغ سن التمييز، وأنه إذا صدر من عديم التمييز كان باطلا بطلانا مطلقا ولو كان العقد لمصلحته. كما رأينا أنه يشترط في المحل أن يكون موجودا أو ممكن الوجود في المستقبل، وأنه إذا لم يكن موجودا عند التعاقد بل كان قد هلك فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإذا كان المحل مستحيل الوجود في المستقبل استحالة مطلقة فإن العقد يكون كذلك باطلا بطلانا مطلقا. كما رأينا كذلك أن المحل يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين والا كان العقد باطلا، كما يجب كذلك أن يكون المحل مشروعا ويترتب على عدم مشروعيته البطلان المطلق، ورأينا أن السبب يجب أن يكون مشروعا والا كان العقد باطلا.

وعلى ذلك فيترتب البطلان المطلق على تخلف أحد الأركان المذكورة أو على تخلف شرط من شروطها الأساسية، كما يترتب البطلان المطلق بنص في القانون، كنص المادة 2/92 ببطلان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه، وكذلك نص القانون على بطلان بيع الوفاء (م 396).

والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي أثر قانوني، وإن كانت تترتب عليه آثار استثناء كما سنرى.

ولكل ذي مصلحة أن يطلب هذا البطلان، بل وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها دون طلب، والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ترد عليه الاجازة، ولا يسقط الحق في طلب بطلانه الا بمضي مدة التقادم الطويل (15 سنة).

أما قابلية العقد للابطال أو كما كان يسمى قديما البطلان النسبي، ففيه يكون العقد قائما ولكن معيبا بعيب من عيوب الرضاء وهي نقص أهلية المتعاقد المميز والغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، ويكون طلب ابطال العقد لمن عيب رضاه، أي أن قابلية العقد للابطال شرعت لمصلحة المتعاقد الناقص

الأهلية أو لمن وقع في غلط أو للمدلس عليه أو للمكره أو لمن استغل، فإن شاء أحدهم أجاز العقد أو تنازل عن طلب الابطال فيصح العقد ويظل قائما ومنتجا لاثاره. وقد حدد القانون مددا معينة لطلب الابطال إذا انقضت سقط الحق في الابطال، وليس للمحكمة أن تحكم بالابطال من تلقاء نفسها ومعنى ذلك أن قابلية العقد للابطال تختلف عن البطلان المطلق قبل الحكم بالابطال فقط، فالعقد الباطل بطلانا مطلقا معدوم من بدايته ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، أما العقد القابل للابطال فهو قائم قبل الحكم بإبطاله ومنتج لكل آثاره القانونية في هذه المرحلة، ولكن متى قضى بإبطاله، صار كالعقد الباطل بطلانا مطلقا منذ بدايته بأثر رجعي، وقد نصت المادة 102 على البطلان المطلق بقولها ((إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالاجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت ابرام العقد)).

ونصت المادة 99 على القابلية للابطال بقولها ((إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في ابطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)) وأضافت المادة 100 مايلي ((يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية، وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون اخلال بحقوق الغير)). وقضت المادة 101 بتقادم دعوى طلب الابطال بمضي 10 سنين أو 15 سنة كما سوف نرى بعد قليل. ومن هذه النصوص نرى أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يزول بطلانه بالاجازة لأنه معدوم والمعدوم لا يعود الى الوجود، غير أن رفع دعوى ببطلانه يسقط بمضي 15 سنة، وقد كان هناك خلاف على تقادم دعوى البطلان لأنه من النظام العام، وكان المنطق يقضي بأن دعوى البطلان لا تسقط بمضي المدة، وقد كان القضاء المصري يسير على ذلك قبل صدور القانون المدني المصري،وكان مشروع هذا القانون يقضي بأن البطلان لا يسقط بالتقادم، ولكن جاء النص النهائي يقضي بسقوط دعوى البطلان بمضي 15 سنة (م 2/141) وأخذ القانون الجزائري بنفس الرأي في المادة 102 السابقة الذكر، ولكن من المقرر أنه إذا كان رفع دعوى البطلان المطلق يسقط بمضي 15 سنة، فإن الدفع بهذا البطلان لا يسقط أبدا، لأن الدفوع لا تسقط. وعلى ذلك فإذا رفع أحد المتعاقدين دعوى يطالب فيها بتنفيذ عقد باطل بطلانا

مطلقا بعد مضي 15 سنة، فللمتعاقد الآخران يدفع هذه الدعوى ببطلان العقد مهما طال الزمن.

وقد سبق أن قلنا أن العقد الباطل بطلانا مطلقا لا تترتب عليه آثار قانونية، ولكنه عمل مادي، ويجوز أن تترتب على هذا العمل آثار باعتباره عملا ماديا لا باعتباره عقدا، فمثلا ترتب الشريعة الاسلامية على الزواج الباطل بعض الآثار مثل وجوب العدة على المرأة ووجوب المهر على الرجل، إذا كان قد دخل بالمرأة، وثبوت نسب الأولاد الذين ولدوا من هذا الزواج (م 34 من قانون الأسرة) كما أن المادة 104 تقضي بأنه ((إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للابطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله)) وهذه هي نظرية انقاص العقد، وأضافت المادة 105 قولها ((إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هذا العقد)) وهذه هي نظرية تحول العقد. وفيما يلي: نتناول شرح النظريتين:

67 ــ نظرية انقاص العقد La réduction du contrat

طبقا لنص المادة 104 السابقة الذكر قد يكون جزء من العقد باطلا أو قابلا للابطال فينصب البطلان عليه وحده ويبقى الجزء الآخر صحيحا متى تبين أن هذا الجزء الباطل لم يكن هو الباعث الدافع الى ابرام العقد، والا كان العقد كله باطلا. مثال ذلك شخص يهب لزوجته التي طلقها مالا ويشترط عليها ألا تتزوج وليس لها ولد منه، وتبين أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها، فيكون الشرط باطلا والهبة صحيحة، أما إذا كانت الهبة قد منحت لها لأن الواهب يريد الا تتزوج لرعاية أولاده منها، فإن هذا الشرط يكون هو الباعث الدافع، وتبطل الهبة إذا تزوجت، وإذا اشترى شخص عدة أشياء وكان البيع باطلا في جزء منها فإنه يكون صحيحا في الجزء الباقي الا إذا تبين أن المشتري كان يريد كل الصفقة، وقد اختلف في مسألة عبء اثبات أن الشق الباطل أو القابل للابطال هو الدافع الى التعاقد أو ليس كذلك، فقضت بعض القوانين بأن على من يدعي أن الشرط الباطل كان هو الدافع الى التعاقد أن يثبت ذلك

ويكون العقد كله باطلا، وقضت بعض القوانين بأن على من يدعى أن الشرط الباطل لم يكن هو الدافع الى التعاقد أن يثبت ذلك ويكون العقد صحيحا والشرط باطلا.

68 ــ نظرية تحول العقد La conversion du contrat

وطبقا لنظرية تحول العقد الذي تنص عليه المادة 105 قد يكون العقد باطلا كله أو قابلا للبطلان ولكنه يتحول الى عقد صحيح بالشروط الآتية:

أولا: أن يكون العقد باطلا أو قابلا للابطال كله، واذن فلو كان العقد صحيحا فلا يتحول مطلقا الى عقد آخر، ولو كان العقد باطلا في شق منه فلا يكون هناك تحول بل انقاص.

ثانيا: أن تتوافر في هذا العقد الباطل عناصر العقد الذي يتحول اليه كلها دون ادخال عناصر جديدة.

ثالثا: أن تنصرف نية المتعاقدين المحتملة الى العقد الذي يتحول اليه العقد الباطل، بمعنى أن تكون إرادتهما الظاهرة تنصرف الى العقد الباطل وإرادتهما المحتملة تنصرف الى ابرام العقد الصحيح الذي يتحول اليه العقد الباطل، بحيث لو كانا علما ببطلان العقد الباطل لكانا ارادا ابرام العقد الصحيح.

ومثال العقد الباطل الذي يتحول الى عقد صحيح بيع بثمن تافه فهو باطل لتفاهة الثمن ولكنه ينقلب الى هبة صحيحة، ولا شك أن نية المتعاقدين المحتملة هي عمل هبة، (ولو أن هذا البيع لا يتحول الى هبة في رأي محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1893/02/26 رأت فيه أنه لكي يتحول البيع الى هبة يجب أن يكون صحيحا في الظاهر. ولكن يرى السنهوري في عقد البيع (ص 386) أنه ينقلب الى هبة) ومثال ذلك أيضا البيع بثمن صوري فهو باطل لصورية الثمن وينقلب الى هبة بالاجماع، ومثاله أيضا في القانون التجاري الكمبيالة التي لم تستوف الشروط الشكلية فتكون باطلة ككمبيالة وتتحول الى سند عادي.

69 ــ طلب ابطال العقد القابل للابطال أو اجازته

قلنا أن العقد المشوب بعيب من عيوب الرضاء يجوز طلب ابطاله ممن شرع الابطال لمصلحته، فللقاصر المميز أن يطلب ابطال عقد أبرمه خلال مدة نقص أهليته، وليس لمن تعاقد معه أن يطلب الابطال الا إذا كان هو نفسه ناقص الأهلية أيضا. ولمن وقع في غلط أو كان مدلسا عليه أو مكرها في ابرام العقد أن يطلب وحده ابطال العقد للغلط أو للتدليس أو للاكراه. وللشخص المغبون في الاستغلال وحده أن يطالب بإبطال العقد، لأن الطرف الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، ويظل طلب الابطال قائما لمدة محددة نصت عليها المادة 101 بقولها: «يسقط الحق في ابطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الاكراه، من يوم انقطاعه. غير أنه لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو تدليس أو اكراه، إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت اتمام العقد»، وقد سبق أن رأينا أن طلب ابطال العقد للاستغلال يسقط بمضي سنة من تاريخ العقد (م 90). واذن فالعقد القابل للابطال لنقص أهلية عاقده يجوز طلب ابطاله لمدة عشر سنين من يوم بلوغ القاصر سن الرشد أي 19 سنة فيكون له أن يطالب بإبطال العقد حتى يبلغ 29 سنة، ولمن وقع في غلط أو تدليس أو تحت اكراه أن يطالب بإبطال العقد لمدة عشر سنين من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس أو انقطاع الاكراه، وإذا لم يكتشف الغلط أو التدليس ولم ينقطع الاكراه فينقضي طلب الابطال بمضي 15 سنة. أي أن هناك حدا أدنى وحدا أقصى لطلب الابطال، فإذا اكتشف الغلط أو التدليس أو انقطع الاكراه فور ابرام العقد فالمدة عشر سنين، وإذا تم ذلك بعد عشر سنين من ابرام العقد فلا يجوز طلب الابطال الا لمدة خمس سنين، ومدة عشر السنين ومدة الخمسة عشر عاما مدتا تقادم يرد عليهما الوقت والانقطاع بخلاف مدة السنة في رفع دعوى الاستغلال فهي مدة سقوط لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.

ويلاحظ أن القانون الجزائري قد أطال كثيرا في مدة التقادم التي مدها الى عشر سنين بعد بلوغ القاصر سن الرشد وبعد اكتشاف الغلط والتدليس وانقطاع الاكراه، واطالة المدة الى هذا الحد تؤدى الى عدم استقرار التعامل بين

الناس، فكيف يتصور أن يظل المتعاقد الآخر في العقود المشوبة بعيب من هذه العيوب مهددا بإبطال عقده لمدة عشر سنين ؟ لقد كان القانون المصري أميل الى المحافظة على استقرار التعامل فقصر المدة الى ثلاث سنين من يوم زوال العيب، بل لقد قصرها القانون السوري الى سنة واحدة على غرار القانون السويسري مبالغة في المحافظة على استقرار التعامل. وطلب ابطال العقد القابل للابطال حق لمن شرع الابطال لمصلحته وحده، وينتقل الى خلفه العام لا الى خلفه الخاص، ولا يتقرر الابطال الا بحكم المحكمة، فلا يتقرر بإرادة منفردة من جانب ذي المصلحة، وليس لمن تعاقد معه أن يطلب الابطال كما قلنا من قبل. وتنص المادة 100 على مايلي: ((يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون اخلال بحقوق الغير)) فالحق في اجازة العقد القابل للابطال يكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد، ولمن عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو اكراه متى زال السبب. والاجازة عمل قانوني يشترط فيه كمال الأهلية وخلو الرضاء من العيوب، وتكون الاجازة صريحة بأية طريقة تدل على الارادة الصريحة، أو بإرادة ضمنية مثل التصرف في الشيء المبيع من جانب المشتري الذي كانت إرادته معيبة. ولنا أن نتساءل هل يصلح السكوت عن طلب الابطال دليلا على الاجازة ؟ رأينا من قبل أن السكوت الملابس، أي الذي اقترنت به بعض الظروف التي تدل على معناه يصلح دليلا على الرضاء، ولذا فقد اختلف الرأي هنا، فبعض الفقهاء يرى أن السكوت عن طلب الابطال حتى تمر مدة التقادم يعتبر اجازة[1] بينما يرى البعض الآخر أن تكون الاجازة بعمل ايجابي ولا يكفي فيها السكوت[2]. وإني أؤيد الرأي الأول، لأن معنى سقوط الحق بالتقادم في طلب الابطال من شأنه أن يترتب عليه استمرار العقد صحيحا ومنتجا لكل آثاره القانونية ومساويا تماما للاجازة. ولا تفيد الاجازة ولا مضى مدة التقادم في العقد القابل للابطال الا زوال ما كان يهدده من بطلان، فهو منذ انعقاده صحيح ومنتج لكل آثاره القانونية حتى يقضى بإبطاله فإذا مضت مدة طلب الابطال أو أجيز، فإنه يستمر صحيحا ويظل ينتج آثاره القانونية. ولذا

(1) دى باج ج 2 بند 800.
(2) أنظر أحكام القضاء المصري في الوسيط ج 1 ص 569 هامش 1.

فلست أدري ما معنى التحفظ الذي أتى به القانون في رجعية الاجازة بعدم المساس بحقوق الغير، مما دعا بعض الفقهاء[1] الى التمييز بين الأثر الرجعي في الاجازة وفي مضي مدة التقادم ،ففي الحالة الاولى لا تضار حقوق الغير كما ينص القانون ،وفي الحالة الثانية تضار حقوق الغير.وهم يضربون لذلك مثلا قاصرا مميزا باع عينا وبعد بلوغه سن الرشد وقبل مضي مدة التقادم رتب عليها رهنا، فإذا أجاز العقد بقى الرهن وانتقلت العين مثقلة به الى المشتري، أما إذا مضت مدة التقادم وسقط الحق في طلب الابطال فيسقط الرهن وتنتقل العين خالية منه الى المشتري. وعندي أن هذا التمييز بين الحالتين غير سائغ، لما سبق أن قلناه من أن العقد القابل للابطال يعتبر صحيحا ومنتجا لكل اثاره القانونية حتى يقضى بإبطاله، وما لم يحكم بإبطاله فإنه يظل صحيحا ومنتجا لآثاره سواء بمضي مدة تقادم دعوى الابطال أو الاجازة، وعلى ذلك فترتيب رهن على عين بيعت بمثل هذا العقد يعتبر رهنا لملك الغير في الحالتين، ويجب الا ينفذ في حق المشتري سواء أجيز العقد أو مضت مدة التقادم، وإذن فنص القانون على عدم الاخلال بحقوق الغير إذا أجيز العقد غير منطقي، ولا يتفق مع اعتبار العقد صحيحا ومنتجا لكل آثاره حتى يقضى بإبطاله، وعندي أن الأثر الرجعي للاجازة كالأثر الرجعي لتقادم دعوى الابطال، يجب أن يزيل حقوق الغير الذي تعامل مع من عيبت إرادته، مع أنه يعلم أن العقد الذي أبرمه هذا الشخص صحيح ومنتج لكل آثاره حتى يقضى بإبطاله، فيكون هذا الغير اذن سيء النية، وجزاؤه الا يحترم حقه.

70 ــ آثار البطلان:

متى تقرر بطلان العقد، سواء كان قابلا للابطال أو باطلا بطلانا مطلقا،وفي الحالة الأولى يكون الابطال بحكم قضائي، أما في الحالة الثانية فلا ضرورة لصدور حكم بالبطلان، ولكن الغالب أن ترفع به دعوى لتقريره، ففي الحالتين ينهار العقد بأثر رجعي يستند الى يوم ابرامه، ويعتبر كأن لم يكن، بحيث يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد، مع ملاحظة أن الابطال في العقود المستمرة ليس له أثر رجعي. فإذا كان العقد بيعا وتقرر بطلانه وجب

(1) أنظر الوسيط للسنهوري ج 1 ص 568 و 570.

على البائع أن يرد الثمن الى المشتري وعلى هذا الأخير أن يرد الشيء المبيع الى المشتري، وإذا كان أحدهما أو كلاهما قد رتب حقا للغير على محل العقد، فإن هذا الحق يزول بالبطلان(1) طبقا للقاعدة التي تقول بأنه إذا بطل العقد بطل كل ما ترتب عليه: (Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis) وإذا استحال على أحد المتعاقدين أن يرد ما أخذه، فللقاضي أن يحكم عليه بتعويض معادل لما كان قد أخذه.

هذه هي القاعدة، وقد أورد القانون عليها استثناء في حالة ما إذا كان أحد المتعاقدين قاصرا وأبطل العقد لمصلحته، فلا يلتزم الا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ هذا العقد. وقد نصت على هذه القاعدة وعلى الاستثناء المادة 103 بقولها: «يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد» وهذه المادة تقابل المادة 1312 م ف، وهكذا أراد القانون حماية القاصر من ناحية، ومجازاة من تعامل معه من ناحية أخرى، فلم يرد أن يلزم القاصر إذا ابطل العقد لمصلحته بأن يرد كل ما كان قد حصل عليه من هذا العقد. بل ألزمه فقط برد ما يساوي ما أثرى به بسبب تنفيذ العقد. فإذا كان القاصر بائعا وقبض الثمن وبذر نصفه في اللهو واشترى بالنصف الآخر شيئا نافعا، فإنه لا يلزم إذا ابطل البيع الا برد نصف الثمن الذي اشترى به الشيء النافع وقد طبق القانون هذا الحكم في الاثراء بلا سبب فقضت المادة 148، الواردة في دفع غير المستحق، بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق، فلا يكون ملزما الا بالقدر الذي أثرى به» وهي تقابل المادة 1241 م ف، ويشترط الا يكون ناقص الأهلية مخطئا إذا هلك محل التزامه والا التزم بتعويض عادل طبقا لقواعد المسؤولية القصيرية، ويسوغ لنا أن نتساءل هل لا يسرى حكم المادة 103 الا في ابطال العقد لنقص الاهلية كما يقول النص ؟ أفلا يسرى إذا كان ناقص الأهلية قد وقع في غلط أو تدليس وطالب

(1) مع ملاحظة قاعدة الحيازة في المنقول والتقادم في العقار المادتان 827، 828.

بإبطال العقد لأحد هذين العيبين لا لنقص أهليته ؟ لو أخذنا بحرفية النص لكان الجواب بالنفي، وعندي أنه ما دامت الحكمة من هذا النص هي حماية القاصر، وما دام الواجب هو تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب في مثل هذه الحالات، فينبغي أن يكون الحكم واحدا في كل حالات الابطال والا نتقيد بأن يكون الابطال لنقص الأهلية كما يقول النص، فناقص الأهلية إذا كان قد وقع في غلط أو تدليس أو كان مكرها وطالب بإبطال العقد لأحد هذه العيوب لا لنقص الأهلية، ينبغي ألا يرد الا ما عاد عليه بمنفعة بسبب تنفيذ العقد تطبيقا لقواعد الاثراء بلا سبب، بشرط ألا يكون مخطئا في حالة ما إذا هلك محل التزامه، والا طبق نص المادة 125 في المسؤولية التقصيرية.

71 ــ هل يسقط حق الملوث في الاسترداد لعدم المشروعية ؟

هناك قاعدة رومانية قديمة تقول: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans ومعناها أن ليس للغاش أن يستفيد من غشه. وطبقا لهذه القاعدة إذا كان أحد المتعاقدين قد قام بأداء التزام مخالف للآداب أو غير مشروع وتقرر بطلان العقد، فليس له أن يسترد ما دفعه لأنه ملوث وغاش، وليس له أن يحتج بغشه، مثال ذلك من يقوم برشوة.

ولقد أخذ القضاء بهذه القاعدة في فرنسا وفي مصر في كثير من أحكامه، كما أخذت بها بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي، ولكن لم يرد عنها نص لا في القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية، ولذلك فلا ينبغي العمل بمقتضاها في قوانيننا العربية.

المبحث التاسع

72 ــ آثار العقد Effets du contrat.

متى تم ابرام العقد ترتبت عليه آثار بالنسبة الى المتعاقدين وخلفهما العام، وخلفهما الخاص وبالنسبة الى الغير. وفيما يلي نفصل هذه الآثار:

أولا: بالنسبة الى المتعاقدين والى خلفهما العام: يعتبر العقد كالقانون بالنسبة الى المتعاقدين وخلفهما العام، فيلتزم المتعاقدان بما رتب من آثار كالتزامهما باحترام القانون، وقد نصت المادة 106 م ج على مايلي: «العقد شريعة المتعاقدين،

فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون».
وطبقا لهذا النص يرتبط المتعاقدان بالعقد كما يرتبطان بالقانون فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بنقضه أو بتعديل ما ورد فيه من التزامات، بل يجب لذلك أن يتفق الطرفان، أو أن تكون هناك أسباب يقررها القانون لتعديل العقد، كما سوف نرى في حالة الظروف الطارئة، أو يقررها لنقضه كما إذا كان مخالفا للنظام العام، وكما يلتزم المتعاقدان باحترام العقد يلتزم كذلك أيضا خلفهما العام، وقد نصت المادة 108 على ذلك بقولها: «ينصرف (أثر) العقد الى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف للخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث» فمن هو الخلف العام ؟ يراد بالخلف العام أو ما يسمى بالفرنسية Les ayants cause universels ou à titre universel الوارث، فهو خلف عام لمورثه في الأصل، وهو المراد بالاصطلاح الفرنسي الأول، كما يراد به االموصى له بجزء غير معين كالربع أو الثلث أو النصف، وهو المراد بالاصطلاح الثاني الفرنسي، فأثر العقد ينصرف الى هذا الخلف العام، ويرتبط به هذا الخلف كما يرتبط به السلف ولكن استثناء من هذا الأصل لا ينصرف أثر العقد الى خلف المتعاقدين العام في الأحوال الآتي بيانها:

أولا: إذا اتفق المتعاقدان على ذلك، لأن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يتفقا على اقتصار أثره عليهما فقط، مثال ذلك أن يتفق البائع مع المشتري على أجل لسداد ثمن المبيع وأن يشترط عليه الا ينتقل الأجل الى الخلف العام، وفي هذه الحالة إذا مات المشتري قبل سداد الثمن سقط الأجل ووجب على خلفه العام سداد الثمن فورا من تركة المشتري.

ثانيا: إذا تبين من طبيعة التعامل أن العقد لا ينصرف أثره الى الخلف العام. وقد يكون المانع من انتقال أثر العقد الى هذا الخلف ناشئا عن نص في القانون أو عن شخصية المتعاقد. والمثال على ذلك العقد الذي يرتب حق انتفاع، فهو ينتهي بانتهاء حياة المنتفع (المادة 852)، والعقد الذي يلتزم به شخص بمرتب لمدة حياة شخص آخر، فإنه ينتهي بموت من علق المرتب على حياته: (المادة 617)، وقد يتم العقد منظورا فيه الى شخصية المتعاقد معه فلا ينتقل أثره الى خلفه العام، مثل التعاقد مع فنان معين أو مع مهندس معين.

ثالثا: قد ينص القانون على عدم انتقال أثر العقد الى الخلف العام، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 586 من انقضاء الوكالة بموت الموكل، أو بموت الوكيل، وما نصت عليه المادة 439 من انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء.

رابعا: طبقا للعبارة الأخيرة من المادة 108 التي تقول «مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث» يلاحظ أن القانون أعطى للورثة الحق في الطعن في تصرفات مورثهم إذا أبرمها وهو مريض مرض الموت، فلا تسرى في حقهم هذه التصرفات إذا أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت، بل تعتبر في حكم الوصية وتجرى عليها أحكام الوصية (المادة 776).

خامسا: نلاحظ أن الشريعة الاسلامية وضعت قاعدة تقول: لا تركة الا بعد سداد الديون»، فطبقا لهذه القاعدة لا تنتقل التزامات المورث الى ورثته؛ بل تتعلق التزاماته بتركته، ولا يلتزم الورثة بديونه ولا تنتقل اليهم التركة الا بعد أن تسدد ديون المورث. وهذا يخالف القانون الفرنسي الذي يعتبر الوارث امتدادا للمورث، بحيث يلتزم بالتزامات مورثه في حالة ما إذا قبل التركة دون تحفظ، أما إذا قبلها مع التحفظ بجردها فعندئذ لا تنتقل اليه التزاماتها.

ثانيا: بالنسبة الى الخلف الخاص: وكذلك ينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص للمتعاقدين، وقد نصت المادة 109 على ذلك بقولها «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه» ويراد بالخلف الخاص بالفرنسية Les ayants cause à titre particulier وهو من يخلف الشخص في شيء معين كالموصى له بجزء معين من التركة، وكل من يتلقى عن السلف حقا عينيا كالمنتفع يتلقى عن مالك الرقبة حق الانتفاع، أو حقا شخصيا كالمحال في حوالة الحق، يتلقى عن المحيل الحق المحول اليه. وينصرف أثر العقد الى الخلف الخاص بالشروط الآتية:

1 ــ الشرط الأول: هو أن يكون العقد الذي ينصرف أثره اليه قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل اليه، وقد أتى نص المادة (109) يحدد مدى تعلق الحقوق أو الالتزامات التي أنشأها العقد بالشيء الذي انتقل الى الخلف

الخاص، فاشترط أن تكون من مستلزماته، ومعنى أن تكون من مستلزماته أن تكون مكملة له أو محددة، بحسب ما إذا كانت حقوقا أو التزامات، فالحقوق التي تكون مكملة للشيء مثل حق أرتقاق لمصلحة العين المبيعة، أو التأمين العيني أو الشخصي الذي عقد لضمان الدين، أو التأمين ضد الحريق الذي عقد لصالح المنزل المباع. والالتزامات التي تحدد الشيء مثل حق ارتقاق عليه لمصلحة عقار آخر، أو قيد وارد عليه كقيد استعمال محل مباع للسكن فقط فلا يجوز استعماله كمقهى أو كمطعم.

2 ــ الشرط الثاني: هو أن يكون العقد الذي ينصرف أثره الى الخلف الخاص قد أبرم قبل انتقال الشيء اليه، وهذا بديهي، إذ لا يسوغ للشخص أن يبرم عقدا بخصوص شيء انتقل الى خلف، فيكون قد تصرف في غير ما يملك.

3 ــ الشرط الثالث: أن يعلم الخلف بهذه الحقوق أو الالتزامات وقت انتقال الشيء اليه، وخصوصا بالالتزامات التي تثقل الشيء الذي انتقل اليه، فلا يجوز أن يلتزم بشيء لم يعلم به. ويعتبر تسجيل الحق العيني الأصلي وقيد الحق العيني التبعي كافيين للعلم.

ثالثا: بالنسبة الى الدائنين: هل يعتبر دائنو المتعاقدين خلفا عاما أو خلفا خاصا لهما ؟ يرى بعض الفقهاء أن الدائنين يعتبرون من الخلف العام لأن لهم حق الضمان العام على جميع أموال المدين، وقد نصت المادة 88 على أن «أموال المدين جميعا ضامنة لوفاء ديونه. «فكل تصرف أبرمه على أمواله ينصرف الى دائنيه. وذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن الدائنين يعتبرون خلفا خاصا للمدين. ولكن الراجح هو أنهم لا يعتبرون لا خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين، فكل عقد يبرمه المدين سواء أدخل به حقا في ذمته أو رتب التزاما لا يتأثر به الدائنون ولا يلتزمون به، وقد منحهم القانون الحق في رفع احدى الدعاوي الثلاث التي ترمي الى حماية حقوقهم في الضمان العام، وهي الدعوى غير المباشرة L'action oblique التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينة لادخال حق تقاعس عنه المدين في الضمان العام (م 180) والدعوى البولصية L'action poulienne للطعن في تصرف المدين الذي يتم غشا نحو الدائنين (م 191) ودعوى الصورية L'action en simulation للتمسك بالعقد الصوري (م 198)، وهذا طبقا للقانون المدني الجزائري[1] أما طبقا للقانون المدني المصري فللدائنين التمسك أيضا بالعقد المستتر 224.

رابعا: بالنسبة الى الغير: الأصل أن العقد لا ينشيء للغير حقوقا ولا يلزمه بالتزامات، والمراد بالغير هنا هو كل من لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا للمتعاقدين، وأن كان الخلف العام والخاص قد يعتبران في بعض الأحوال من الغير، ويسمى الغير بالفرنسية Le tiers ويطلق عليه اصطلاح شهير لاتيني هو Penitus extanei، والمبدأ العام هو أن الغير لا يلزم بعقد لم يكن طرفا فيه، ولكن قد يرتب العقد للغير الذي لم يكن طرفا في العقد حقا، كما سوف نرى، وقد نصت المادة 113 على مايلي «لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا» ويثير هذا النص البحث في تطبيقين: الأول هو ما أشارت اليه العبارة الأولى من النص بقولها لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، وهذا يدعونا الى البحث في التعهد عن الغير، والتطبيق الثاني هو ما أشارت اليه العبارة الثانية بقولها «ولكن يجوز أن يكسبه حقا» وهذا يدعونا الى البحث في الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الأول

73 ــ التعهد عن الغير La promesse de porte-fort

تنص المادة 114 على أنه «إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد».

---

(1) قضت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 19854/6/10 (نشر في المجموعة المدنية عدد 1 ص 172) بأن للغير أن يتمسكوا بالعقد المستتر إذا كانت لهم في ذلك مصلحة

فالتعهد عن الغير صورته أن يلتزم شخص بأن يجعل غيره يقوم بإبرام عقد، فهو يلتزم بالتزام بعمل فقط، ولنضرب لذلك مثالا: أحمد يتعهد لصديقه محمد بأن يشتري له سيارة صديقهما ابراهيم، أي أن يحمل ابراهيم على بيع سيارته لمحمد، وفي هذا المثال تعهد من أحمد لمحمد بحمل ابراهيم على ابرام عقد بيع، فإبراهيم غريب عن هذا التعهد، وهو حرّ إن شاء قبل بيع سيارته لمحمد وإن شاء رفض، فإذا رفض فإن أحمد المتعهد بالتزام بعمل يكون قد أخل بالتزامه، فيلزم بتعويض محمد عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذا التعهد، ولكن يجوز أن يقوم أحمد بشراء سيارة لمحمد مماثلة لسيارة ابراهيم، فيكون قد نفذ التزامه، ولكن إذا قبل ابراهيم بيع سيارته لمحمد سواء كان قبوله صريحا أو ضمنيا، فإن أحمد يكون قد قام بتنفيذ ما تعهد به وينسحب من الوسط، ويتم عقد جديد بين ابراهيم ومحمد، ولا ينتج هذا العقد الجديد أثره الا من يوم ابرامه، أي بدون أثر رجعي؛ ولكن قد يتبين من قبول ابراهيم بيع سيارته لمحمد أنه أراد أن يكون لقبوله أثر رجعي يستند الى يوم تعهد أحمد، فيكون للعقد الجديد أثر رجعي الى يوم تعهد أحمد.

الفرع الثاني

74 ــ الاشتراط لمصلحة الغير La stipulation pour autrui

تنص المادة 116 على «أنه يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن (يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد) وصحتها (أن يتمسك ضد المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد). ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع الا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك» فطبقا لهذا النص يفترض في الاشتراط لمصلحة الغير وجود متعاقدين، المشترط والمتعهد، يبرمان عقدا ينشأ عنه مباشرة حق لشخص أجنبي عن العقد يسمى المنتفع، وأوضح مثل لذلك هو عقد التأمين على الحياة، فلنفرض أن زوجا أمن على حياته لدى شركة تأمين بمبلغ 10,000 دينار تدفع لزوجته،

فإن الزوج يسمى المشترط، وشركة التأمين تسمى المتعهد، والزوجة تسمى المنتفع، ويكون عقد التأمين بين الزوج وشركة التأمين قد أنشأ حقا مباشرا في مبلغ التأمين لمصلحة الزوجة دون أن تكون طرفا في هذا العقد. واذن فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء من قاعدة أن الأصل في العقد أنه نسبي لا يلزم الا المتعاقدين وخلفهما ولا ينشىء حقوقا الا لصالحهم، ولا يلزم الغير ولا يرتب له حقا. وخلافا لما رأينا في التعهد عن الغير من أن فيه عقدين، التعهد والعقد الذي يقبل الغير ابرامه، فالاشتراط لمصلحة الغير عقد واحد، يرتب حقا مباشرا لشخص لم يكن طرفا فيه، وليس عقدين، وهناك صور عملية كثيرة للاشتراط لمصلحة الغير، مثل واهب يقوم بعمل هبة ويشترط على الموهوب له رعاية أحد أقاربه من بعده، أو بائع يبيع منزله ويشترط على المشتري أن يسدد الدين الذي عليه لدائنه، أو شركة تتفق مع طبيب على معالجة عمالها مجانا، أو والد يبيع أرضه ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن مرتبا لمدى الحياة لصالح ابنه.

وشروط انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة شروط:

1 ــ الشرط الأول: أن يتعاقد المشترط باسمه هو دون أن يتدخل المنتفع في العقد، وهذا الشرط هو الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن التعاقد بالنيابة، إذ الوكيل لا يتعاقد باسمه بل باسم الأصيل، بينما المشترط يتعاقد باسمه، كما يميزه عن الفضالة التي سوف ندرسها، وسوف نرى أن الفضولي يتعاقد نائبا عن رب العمل وليس باسم نفسه، وإذا أدخل المشترط المنتفع طرفا في العقد فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، لأن المنتفع أصبح طرفا في العقد يلتزم بالتزاماته ويكسب من الحقوق التي تترتب عليه بصفته متعاقدا لا منتفعا.

2 ــ الشرط الثاني: أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع، فإذا اشترط الحق لنفسه ثم حوله بعد ذلك الى المنتفع فلا نكون إزاء الاشتراط لمصلحة الغير، بل إزاء عقدين، الأول بين المتعاقدين وحدهما، والثاني حوالة حق الى المنتفع وقد يكون دائنا حول اليه حقه، وإذا أمن شخص على حياته بمبلغ لمصلحة نفسه ثم مات وورثه أبناؤه في هذا التأمين فلا يكون عقد التأمين اشتراطا

لمصلحة الغير، ولا يتلقى الورثة حقهم بمقتضى العقد، بل بمقتضى حقهم في الميراث، ولا يكون لهم مطالبة شركة التأمين كمنتفعين بل كخلف عام للمورث.

3 ــ الشرط الثالث: أن تكون للمشترط مصلحة في ترتيب حق للمنتفع من العقد الذي يبرمه: سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، وقد كان هذا الشرط محل انتقاد، إذ لا يتصور أن يقوم شخص بترتيب حق لشخص آخر دون أن تكون له مصلحة ولو أدبية في ذلك، غير أن التطور القانوني لنظام الاشتراط هو الذي قضى بضرورة هذا الشرط، إذ كان القانون الفرنسي القديم يستلزم أن يشترط المشترط حقا لنفسه حتى يستطيع أن يرتب حقا لغيره، ثم تطور القانون وأصبح يكتفي بأن تكون للمشترط مصلحة في الاشتراط، ثم تطورت القوانين الحديثة واكتفت بأن تكون له مصلحة معنوية

75 ــ آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

تترتب على الاشتراط لمصلحة الغير علاقات ثلاث: علاقة بين المتعاقدين، المشترط والمتعهد، وعلاقة بين المشترط والمنتفع، وعلاقة بين المتعهد والمنتفع.

1 ــ العلاقة بين المتعاقدين المشترط والمتعهد، وهذه تحكمها شروط العقد المبرم بينهما، فلكل منهما أن يطالب بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في قيام المتعهد بتنفيذ ما التزم به لمصلحة المنتفع، فإن له أن يرفع عليه دعوى باسمه هو كمتعاقد يطالبه بتنفيذ هذا الالتزام، كما أن للمنتفع أيضا أن يرفع دعوى بذلك بمقتضى حقه المباشر، ويجوز أن يرفع الاثنان دعوى ضد المتعهد لتنفيذ ما التزم به نحو المنتفع، غير أن هذه الدعوى تكون قاصرة على المنتفع وحده إذا تبين من العقد أنه هو وحده صاحب الحق في رفع هذه الدعوى (م 3/116).

2 ــ العلاقة بين المشترط والمنتفع: تختلف العلاقة بين المشترط والمنتفع باختلاف ما إذا كان الاشتراط للمنتفع بعوض أو تبرعا. فإذا كان المشترط يتقاضى من المنتفع عوضا، كما إذا كان بائعا واشترط على المشتري أن يدفع الثمن لأحد دائنيه، فيجب أن تتوافر لديه أهلية التمييز لأن التصرف من التصرفات

الدائرة بين النفع والضرر، كما أنه لا يجوز لدائنيه أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البولصية الا إذا أثبتوا الغش في جانبه وفي جانب المتعهد.

أما إذا كان التصرف تبرعا للمنتفع، فيجب أن تتوافر لديه أهلية التبرع أي أن يكون رشيدا. وإذا كان تبرعه قد تم وهو في مرض الموت جرت عليه أحكام المادة 776 واعتبر وصية، واختلف الحكم فيها بحسب ما إذا كان المنتفع وارثا أو أجنبيا، وإذا كان الاشتراط قد تم في شكل تأمين على الحياة لصالح المنتفع وسرت أحكام الوصية طبقا لنص المادة 776 فينظر في تقدير الوصية الى أقل القيمتين، قيمة المبلغ الذي يكون المشترط قد دفعه أقساطا للتأمين، وقيمة المبلغ الذي تلتزم شركة التأمين بدفعه للمنتفع. ولدائني المشترط أن يرفعوا الدعوى البولصية ضد تصرفه التبرعي دون حاجة الى اثبات غش. ويجوز للمشترط أن ينقض المشاركة ما لم يكن هناك اتفاق على تنازله عن هذا الحق، ويعطيه القانون حق النقض قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق الذي ترتب له.

فإذا أعلن المنتفع رغبته هذه، وكان العقد بعوض، سقط حق المشترط في النقض، ولا يستثنى من حق المشترط في النقض الا حالة ما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضي النقض مثال ذلك أن يكون المشترط بائعا لعقار مرهون ويشترط على المشتري سداد الدين المرهون من الثمن، فلا يجوز له نقض المشارطة لأن طبيعة العقد تقتضي تحقيق مصلحة المشتري في تحرير العقار المبيع من الرهن فيمتنع على المشترط النقض.

وإذا كان تصرف المشترط تبرعا للمنتفع، فله الحق كذلك في نقض الاشتراط، وبما أن تبرعه يعتبر هبة مستورة لا تخضع للرسمية، وبما أنه يجوز للواهب الرجوع في هبته، فيكون للمشترط حق النقض ولو أعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من هذه الهبة، إلا في الأحوال التي لا يجوز فيها الرجوع في الهبة، فلا يكون للمشترط حق النقض ولو قبل اعلان المنتفع رغبته، والأحوال التي لا يجوز فيها الرجوع في الهبة قد رمز لها فقهاء الشريعة الاسلامية بحروف ((دمع خزقه)) فالدال تشير لزيادة الهبة بين يدي الموهوب له كما لو كانت بقرة ولدت عجلا، والميم تشير لموت الواهب أو الموهوب له، والعين تشير للهبة بعوض، والخاء تشير لخروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له، والزين للزوجية،

فإذا تمت الهبة من أحد الزوجين الى الآخر امتنع الرجوع فيها، والقاف للقرابة، فيمتنع الرجوع في الهبة التي تمت لقريب ذي رحم محرم، والهاء تشير لهلاك الشيء الموهوب بدون خطأ من الموهوب له. فإذا كان الاشتراط قد تم في حالة من هذه الأحوال فليس للمشترط الرجوع فيه ولو قبل اعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق الذي اشترط له.

وحق النقض حق شخصي للمشترط، لا ينتقل لخلفه العام من الورثة ولا لدائنه، فليس لأحد غيره حق النقض. وإذا نقضت المشارطة فليس معنى ذلك فسخ العقد بينه وبين المتعهد، فهو لا يملك انهاءه بإرادته المنفردة، بل يترتب على نقض المشارطة أن يصبح الحق الناشيء عنها لمصلحة المنتفع قد عاد الى المشترط فيجوز له أن يستأثر به لنفسه ويجوز له أن يمنحه لمنتفع آخر. وليس للنقض شكل خاص، فيجوز أن يكون صريحا أو ضمنيا، وأن يعلن الى المنتفع أو الى المتعهد، ولقد نصت المادة 117 على حق النقض بقولها: «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك، وللمشترط أحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما أن له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط، وبما أن حق المنتفع ينشأ مباشرة من عقد الاشتراط فإن اعلانه الاستفادة من الحق الذي نشأ له ليس هو الذي ينشيء هذا الحق، وليس اعلان الرغبة الا تثبيتا لحقه، وسلب المشترط حقه في النقض في الأحوال التي يجوز له فيها النقض، ولذلك فإن سكوت المنتفع عن اعلان رغبته يعتبر قبولا للاشتراط[1]. ولا يشترط لاعلان المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق الذي نشأ له أن يكون صريحا، بل يكفي أن يكون ضمنيا، كما أنه لا يشترط فيه شكل خاص.

وللمنتفع الحق في رفض الاشتراط، وبما أن الرفض تصرف قانوني مفقر له فيشترط فيه كمال أهليته، ويرى بعض الفقهاء أن للدائنين الحق في الطعن في

(1) حكم محكمة النقض المصرية 1932/12/172 مجموعة عمر ج 1 ص 30.

رفضه بطريق الدعوى البولصية[1] بينما يرى البعض الآخر رفض هذا الرأي لأن الحق الذي نشأ للمنتفع وأن كان ترتب له من يوم الاشتراط فإنه لا يدخل في ذمته المالية مباشرة، بل يتوقف على تنفيذ المتعهد التزامه، وقد يكون التنفيذ متوقفا على حادث لم يحدث بعد، كما هي الحال في التأمين على الحياة.

ويترتب على أن حق المنتفع ينشأ عن عقد المشارطة لا من اعلان الرغبة ما يلي من الآثار:

1 ــ ينشأ الحق من الاشتراط على رأس المنتفع مباشرة دون أن ينتقل اليه من ذمة المشترط، وعلى ذلك فإنه يخلص له وحده من يوم الاشتراط، فلا يكون لدائني المشترط مزاحمته في هذا الحق.

2 ــ إذا مات المشترط فلا ينتقل هذا الحق الى المنتفع بطريق الميراث لأنه لم يدخل في ذمه المشترط، ولذا فليس لدائني المشترط مطالبة المنتفع بديون التركة، وإذا كان المنتفع وارثا فلا يتأثر نصيبه في الميراث بحقه الذي نشأ عن المشارطة.

3 ــ **العلاقة بين المتعهد والمنتفع**: رأينا أن المادة 116 تقضى بأن حق المنتفع ينشأ مباشرة عن عقد الاشتراط، ويترتب في ذمة المتعهد دون حاجة الى اعلان منه للمنتفع، ويكون لهذا الأخير أن يطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه، أي أنه يصبح دائنا للمتعهد من يوم الاشتراط، وحتى قبل اعلانه رغبته في الاستفادة من الاشتراط، كما أن للمتعهد أن يتمسك ضد المنتفع بالدفوع التي تترتب على المشارطة، من بطلان أو فسخ أو انقضاء. ويترتب على هذه العلاقة بين المتعهد والمنتفع مايلي من آثار:

1 ــ بما أن المنتفع قد أصبح دائنا من يوم الاشتراط، فإنه يشارك جميع دائني المتعهد في ضمانهم العام: ويتقاسم الجميع هذا الضمان قسمة غرماء.

2 ــ لدائني المتعهد أن يطعنوا بالدعوى البولصية في قبوله الالتزام نحو المنتفع لأن تصرفه مفقر له.

(1) أنظر الوسيط للسنهوري ج 1 ص 657.

3 ـــ للمتعهد ولدائنيه أن يتمسكوا ضد المنتفع بالدفوع المترتبة على الاشتراط.

76 ـــ وجود المنتفع عند الاشتراط ليس لازما:

تنص المادة 118 على مايلي «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة». واذن فالحق الذي ينشأ للمنتفع عن عقد الاشتراط يجوز أن يترتب لمنتفع موجود عند الاشتراط أو سوف يوجد فيما بعد، سواء كان المنتفع شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا كمؤسسة أو مستشفى أو مدرسة أو مسجد، وفي عقد التأمين مثلا يجوز أن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة زوجة سوف يتزوجها في المستقبل، أو لمصلحة أولاد لم يولدوا بعد، والمهم هو أن يكون المنتفع موجودا أو معينا عند استحقاق الحق الذي نشأ لصالحه من الاشتراط، ففي عقد التأمين على الحياة مثلا يجب أن تكون الزوجة أو الأولاد المؤمن لصالحهم موجودين عند موت المؤمن على حياته حتى يدفع لهم مبلغ التأمين، وهكذا نرى أن الدائن بالحق المترتب على الاشتراط قد لا يكون موجودا عند العقد، ومع ذلك يترتب الحق لمصلحته، وهذا تصور لم يكن معروفا في القانون الروماني أو الفرنسي القديم.

77 ـــ تكييف الاشتراط لمصلحة الغير

اختلف الفقهاء في تأصيل الاشتراط لمصلحة الغير، فرأى بعضهم أن حق المنتفع ينشأ عن التزام من المتعهد التزم به بإرادته المنفردة Théorie de la volonté unilatérale، ولكن يعترض على هذا التكييف بأنه لو كان حق المنتفع يترتب على التزام المتعهد بإرادته المنفردة، ما كان للمتعهد أن يتمسك ضد المنتفع بالدفوع الناشئة عن العقد، ولكان نقض المشارطة للمتعهد لا للمشترط. ورأى بعض آخر أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة لصالح المنتفع Théorie de la gestion d'affaires ولكن يعترض على هذا التكييف بأن الفضولي يقوم بعمل عاجل لصالح رب العمل، وبأن رب العمل ملزم نحوه بالنفقات، في حين أن المشترط يشترط الحق لمصلحة شخصية له وليس

هناك أمر عاجل، ولا يلزم المنتفع بالتزامات، بل يتمحض الحق لمصلحته دون أي التزام جديد يترتب عليه، ورأى بعض الفقهاء أن حق المنتفع ينشأ عن حوالة حق من المشترط الى المنتفع Théorie de la cession ويعترض على هذا الرأي بأن حق المنتفع ينشأ من عقد الاشتراط مباشرة دون أن يمر بذمة المشترط ثم يحول اليه، ولو كان يدخل أولا في ذمة المشترط لاعتبر ميراثا عند وفاته، وقد سبق أن قلنا أنه ليس كذلك. ورأى بعض الفقهاء تكييف الاشتراط بأنه ايجاب من المشترط أو من المتعهد موجه الى المنتفع Théorie de l'offre، ويرد على هذا الرأي بأن حق المنتفع يترتب على عقد الاشتراط نفسه لا على عرض جديد من المشترط أو من المتعهد، وفضلا عن ذلك فلو كان يترتب على ايجاب من هذا أو من ذاك لوجب أن يقبله المنتفع والا فلن يترتب له، وقد رأينا أن الحق يثبت للمنتفع ولو لزم السكوت. والرأي الصحيح هو أن الاشتراط لمصلحة الغير نظام استثنائي وضعه القانون للخروج على قاعدة نسبية العقد التي تقضي بأن العقد لا يلزم الغير ولا يرتب له حقا، وقد جاءت المادة 116 باستثناء لهذه القاعدة فأجازت أن يكسب العقد حقا للغير، واذن فمن العبث أن يبحث الفقه عن ارجاع هذا الاستثناء الى قاعدة عامة في القانون، أو عن ارجاعها الى أحد الأصول المعروفة في القانون:

المبحث العاشر

78 ـــ تنفيذ العقد: تنص المادة 1/107 و2 على مايلي: يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.» وقد سبق أن رأينا أن العقد يعتبر قانون المتعاقدين، فيجب عليهما تنفيذه بأمانة وحسن نية، وحسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي الى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي Le bon père de famille، كما يقتضي حسن النية ألا يتعسف أحد المتعاقدين في تنفيذ حقه الناشىء عن العقد. ولا يلزم العقد كلا من المتعاقدين بتنفيذ ما تناوله من التزامات فقط بل يلتزم كل منهما أيضا بتنفيذ ما يترتب

على العقد من مستلزماته التي وردت في نصوص قانونية، أو التي يقتضيها العرف، أو تتطلبها العدالة بحسب طبيعة الالتزام. ويكون كل منهما سيء النية إذا لم يفعل ذلك.

79 ــ نظرية الظروف الطارئة: Théorie de l'imprévision

تنص الفقرة الثالثة من المادة 107 على نظرية الظروف الطارئة بقولها: ((غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)). وقد كان ينبغي أن توضع هذه الفقرة استثناء من المادة (106)، فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن نية pacta sunt servenda، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند انعقاد العقد تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا، يهدده بخسارة فادحة، فتقتضي العدالة التوازن في التزامات المتعاقدين، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الطارئة المستمدة من القانون البولوني والقانون المدني الايطالي الجديد، ولم يأخذ بها القانون المدني الفرنسي ولا القضاء العادي هناك، بينما أخذ بها القضاء الاداري، وقد نصت عليها القوانين العربية ومنها القانون الجزائري، وقد نشأت هذه النظرية عند الفقهاء المسيحيين في القرون الوسطى، نسجوها على غرار نظرية تغير الظروف المعروفة في القانون الدولي العام Rebus sic stantibus التي تسمح في المعاهدات بتغيير شروطها إذا تغيرت الظروف، ولقد عرفت الشريعة الاسلامية من قبل ذلك نظرية شبيهة بها سموها نظرية العذر، وأجاز وافسخ العقد للعذر، وقالوا أنه لو لزم تنفيذ العقد لترتب لصاحبه ضرر لم يلتزمه بالعقد، وهكذا أخذ الفقه الاسلامي بنظرية الظروف الطارئة من قبل أن تعرف في الفقه الغربي بأربعة عشر قرنا.

80 ــ شروط تطبيق هذه النظرية:

يشترط لتطبيق هذه النظرية ثلاثة شروط هي:

1 ــ أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد يستلزم فترة من الزمن

2 ــ وأن تجد بعد انعقاد العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند ابرام العقد.

3 ــ وأن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة.

تفصيل هذه الشروط:

1 ــ أن يكون تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد يستلزم فترة من الزمن. وأغلب ما يكون ذلك في العقود الزمنية التي تنفذ الالتزامات فيها في فترات متعاقبة من الزمن، ولكن قد تكون الالتزامات في العقود الفورية مؤجلة وتطرأ مثل هذه الظروف فتطبق النظرية. والمهم هو أن تفصل بين انعقاد العقد وتنفيذ الالتزامات فترة زمنية فلا تطبق هذه النظرية إذا كان قد تم تنفيذ الالتزامات ثم حدثت الظروف الطارئة، كما أنها لا تطبق إذا كان تنفيذ الالتزامات فوريا وتأخر المدين في تنفيذها بخطئه أو بإهماله حتى حدثت الظروف الطارئة.

2 ــ أن تجد بعد انعقاد العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند ابرام العقد. ويتضمن هذا الشرط:

أولا ــ أن تكون هذه الظروف قد جدت بعد ابرام العقد، وعلى ذلك فإذا كانت موجودة عند التعاقد كحالة حرب فليس للمدين أن يقول أنه لم يكن يتوقعها.

ثانيا ــ أن تكون هذه الظروف استثنائية، فإذا كانت عادية تحدث دائما فلا تدخل في مفهوم الظروف الاستثنائية. مثال ذلك ما يحدث في مصر سنويا من تعرض زراعة القطن للدودة. والظروف الاستثنائية مثل زلزال أو فيضان غير عادي أو غارة جراد أو انتشار وباء.

ثالثا ــ أن تكون هذه الظروف عامة لا خاصة بالمدين، ومثال الظروف العامة الحرب أو الوباء، أما ظروف المدين الخاصة، ولو كانت استثنائية، مثل حريق شب في محصوله، فلا تؤخذ في مفهوم الظروف الطارئة، وكذلك أفلاس المدين أو موته أو كساد أعماله، كل هذه ليست ظروفا عامة.

رابعا ــ أن تكون هذه الظروف غير متوقعة عند التعاقد ولا كان من الممكن توقعها. فمثلا ارتفاع أسعار مواد المعيشة أو تقلب أسعار العملة أو مهاجمة الدودة زراعة القطن في مصر، كل هذه ظروف متوقعة عند التعاقد، وإذا كانت بشائر الحرب قائمة والتوتر سائدا فإن الحرب تكون متوقعة، وإذا أبرم المدين عقدا في هذه الفترة فليس له أن يدعى أنه لم يكن يتوقع الحرب، وإذا كانت الظروف غير متوقعة ولكن يمكن التغلب عليها فلا تدخل في مفهوم الظروف الطارئة.

3 ــ الشرط الثالث : أن يكون من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ التزامات أحد المتعاقدين مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة. ويقتضي هذا الشرط أن يكون تنفيذ الالتزامات ممكنا ولكن مرهقا للمدين، فإذا لم يكن ممكنا، بأن كان مستحيلا، فيترتب عليه انفساخ العقد لا إعادة التوازن بين الالتزامات. واذن فهناك فرق بين الظروف الطارئة بالمعنى الذي نحن بصدده، وبين الظروف المفاجئة التي تعتبر مساوية للقوة القاهرة ويترتب عليها جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينفسخ العقد،واعتبار تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، يترك للقضاء تقديره، فإذا كان تنفيذ الالتزام محتملا ولكن يصيب المدين بخسارة عادية، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة، لأن كثيرا من الالتزامات العادية يترتب عليها مكسب أو خسارة. وتقدر الخسارة الفادحة بالنسبة الى الالتزامات التي تتأثر بصددها الظروف الطارئة بصرف النظر عن مجموع ثروة المدين، فقد يكون المدين ثريا بحيث لا تتأثر ثروته بالخسارة الفادحة، ومع ذلك فإن تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد ما يهدده بخسارة فادحة بالنسبة الى التزامات الطرف الآخر، مثال ذلك أن تعقد الحكومة عقودا مع الشركات أو مع الأفراد تورد بمقتضاها سلعة أو خدمة معينة، ثم ترتفع أسعار هذه السلعة أو الخدمة ارتفاعا فاحشا يهدد الحكومة بخسارة فادحة إذا استمرت في التوريد بالأسعار المتعاقد عليها، فيكون للحكومة أن تتمسك بإعادة التوازن بين الالتزامات طبقا لنظرية الظروف الطارئة، ولا يسوغ التمسك ضدها بأن ميزانية الدولة لا تتأثر بهذه الخسارة ،كذلك لو فرضنا أن متعهد توريد سلعة معينة للحكومة أصبح التزامه بتوريد هذه السلعة مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإن له أن يتمسك بنظرية

الظروف الطارئة على الرغم من أن التزامه بتوريد سلعة أخرى للحكومة يحقق له ربحا يوازي خسارته في السلعة السابقة، وذلك لنسبية الظروف الطارئة الى التزامات معينة لا الى شخص الملتزم.

81 ــ إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة ، فإن نص القانون يجيز للقاضي تبعا للظروف النظر في إعادة التوازن بين التزامات الطرفين، فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول بحيث يتوازن مع التزام الدائن، ويجوز له إذا رأى أن الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى تزول، أن يأمر بوقف تنفيذ التزام المدين إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن، ويكون ذلك نوعا من نظرة المسيرة التي نص عليها القانون في المادة 181، ولكن يشترط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة، وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق حتى يتوازن مَع التزام المدين. ولكن ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، وهنا يختلف النص عن نص القانون البولوني الذي استمد منه والذي يجيز للقاضي الفسخ، كما يختلف عن حكم الشريعة الاسلامية التي تجيز فسخ العقد للضرر، ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام، إذ، كما يقضى نص القانون، كل اتفاق على مخالفة أحكامها يكون باطلا، وهكذا اختلفت الظروف الطارئة عن الظرف المفاجىء أو القوة القاهرة، فبينما أجاز القانون في المادة (76) أن يتعهد المدين بتحمل تبعة الظروف المفاجئة أو القوة القاهرة، فطبقا لنص المادة 107 لا يجوز أن يتعهد المدين بتحمل تبعة الظروف الطارئة.

المبحث الحادي عشر

82 ــ تفسير العقد Interprétation du contrat

تنص المادة 111 على أنه «إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات»

وتأتي مرحلة تفسير العقد بعد مرحلة انعقاده صحيحا، وذلك لتحديد مدى آثاره. ويلاحظ أن القاضي المدني مقيد في تفسيره بقيود لا يجوز أن يتعداها، وليس كالقاضي الجنائي الذي يسوغ له أن يقضي بمقتضى اقتناعه، بل هو مقيد بالأدلة المقدمة ولو كانت مخالفة لاقتناعه. ويتضمن تفسير العقد ناحيتين، **ناحية قانونية** يخضع القاضي فيها في استخلاصه لرقابة النقض. **وناحية واقع** لا يخضع فيها في استخلاصه لرقابة النقض.

فالناحية القانونية هي التي ورد النص عنها في المادة السابقة الذكر من عدم الانحراف عن المعنى الذي تدل عليه العبارات الواضحة بحجة تفسيرها، فمتى كانت عبارة العقد واضحة لا ابهام فيها ولا تحتمل الشك في معناها، فيجب على القاضي الا ينحرف عنها عن طريق تفسيرها (م 1/111) وكذلك إذا وجب على القاضي تفسير عبارات العقد غير الواضحة فيجب أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أي عن إرادتيهما الحقيقتين (م 2/111)، فإذا خالف القاضي هذين النصين في تفسيره كان حكمه معرضا لنقضه من المجلس الأعلى لمخالفة القانون. أما إذا لم يخالف هذين النصين واستطاع الوصول الى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين من العناصر المقدمة اليه ومن المصادر الموجودة في العقد، وكان ما استخلصه معقولا، فإنه لا يخضع في تقديره لرقابة المجلس الأعلى. ولكن كيف يصل القاضي الى معرفة النية المشتركة للمتعاقدين ؟ ظاهر من النص أن على القاضي الا يكتفي بالبحث عن إرادة أحد المتعاقدين دون الأخرى، بل لا بد من أن يبحث عما اتجهت اليه إرادة كل من المتعاقدين معا. وللوصول الى معرفة النية المشتركة بين الارادتين يحاول القاضي أن يكشف عن الارادتين الباطنتين لكل من المتعاقدين بواسطة إرادتيهما الظاهرتين، التين عبرتا عنهما ليتأكد من أن التعبير عن الارادة الباطنة كان صادقا، وهو يهتدى في ذلك بالوسائل التي أتى بها النص الوارد في المادة (111)، وهي طبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وبالعرف الجاري في المعاملات، ويضيف القانون الفرنسي الى هذه الوسائل التي لم ترد على سبيل الحصر، وسائل أخرى، منها أنه إذا كانت للعبارة الواحدة معاني مختلفة فيجب حملها على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا، أو كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية في الأصول: إعمال الكلام خير من إهماله.

ومن الوسائل أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا، فينبغي الارتباط بمجموعها لا تجزئتها والأخذ بجزء دون آخر، ومن وسائل التفسير أيضا أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، فبيع عقار يشمل كل ما يتبعه من عقارات بالتخصيص، فإذا ذكر في العقد أحد هذه العقارات فليس معنى ذلك أن العقارات الأخرى بالتخصيص لا تدخل في بيع العقار بطبيعته، وربما خص المتعاقد ان العقار بالتخصيص المذكور في العقد لأهميته أو خشية الا يدخل في البيع.

أما إذا لم يهتد القاضي الى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين استخلاصا واضحا، وتعذر عليه بعد استخدام المعايير السابقة القطع برأي، وقام لديه شك في تفسير عبارات العقد الغامضة، ورأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه، فقد قضت المادة (112) 1) بأن «يؤول الشك في مصلحة المدين» وهذه قاعدة تبررها عدة اعتبارات، منها أن الأصل كما سبق أن ذكرنا هو براءة ذمة المدين من أي التزام، وأن ترتيب التزام في ذمته استثناء، ومن المقرر أنه لا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء، فإذا قام شك في التزام ذمة المدين وجب الرجوع الى الأصل وهو برآءته، ثم أن القواعد العامة تقضى بأن على الدائن اثبات الالتزام، فإذا قام شك في التزام المدين فإن على الدائن أن يزيل هذا الشك ويثبت الالتزام.

غير أن المادة (1/112) قد أوردت استثناء على هذه القاعدة خاصا بتفسير الشك في عقود الاذعان، فقضت المادة بما يلي «غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن».

فإذا كان الأصل أن الشك يفسر لمصلحة المدين، فاستثناء من هذا الأصل يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا، وقد يكون الطرف المذعن أحيانا دائنا، كما إذا أشترت مؤسسة بضاعة من شخص وكانت عبارات عقد البيع تحتمل الشك فإن هذا الشك يفسر لمصلحة البائع الدائن بثمن البضاعة.

المبحث الثاني عشر

83 ــ انحلال العقد La dissolution du contrat

ينحل العقد بالفسخ أو بالانفساخ، والفسخ إما أن يكون اتفاقيا أو بحكم من القضاء، أما الانفساخ فيتم بحكم القانون. ونبدأ بدراسة الفسخ، بنوعيه، وقد نصت المادة (119) على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد اعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات)). وإذن فالفسخ لا يكون الا في العقود الملزمة لجانبين، وقد سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية للسبب كانت ترى في العقد الملزم لجانبين أن كل التزام هو السبب في الالتزام المقابل له، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه زال سبب الالتزام وساغ للدائن أن يطالب بالفسخ.

غير أن القانون أعطى الخيار للدائن بين أن يطالب بتنفيذ التزام المدين وبين أن يطالب بالفسخ. فإذا اختار الدائن طلب التنفيذ وكان ممكنا وجب على القاضي أن يقضي بالتنفيذ وليس له أن يحكم بالفسخ، أما إذا طالب الدائن بالفسخ فيجوز للقاضي إما أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه وهذا هو ما يسمى الأجل القضائي délai de grâce أو نظرة الميسرة، وإما ألا يقضي بالفسخ إذا كان المدين قد نفذ الجزء المهم من الالتزامات و لم يبق إلا جزء قليل الأهمية بالنسبة الى ما نفذ، وإما أن يقضي بالفسخ بشروط أربعة:

1 ــ أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعدا لتنفيذ التزامه، إذ أنه لو كان غير مستعد بعد، أو إذا كان تنفيذ التزامه قد أصبح مستحيلا، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون.

2 ــ أن يظل المدين متخلفا عن تنفيذ التزامه مع أنه يمكن أن ينفذه أي يكون مخطئا في عدم قيامه بتنفيذ ما التزم به، أما إذا لم يكن مقصرا وكان سبب عدم التنفيذ أجنبيا لا يد له فيه فإن العقد ينفسخ بحكم القانون.

3 ــ وأن يطالب الدائن بالفسخ، إذ لو أنه طالب بالتنفيذ فليس للقاضي أن يقضي بالفسخ.

4 ــ وأن يكون الدائن قادرا على إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد، إذ أن للفسخ أثرا رجيعا كما سوف نرى، بحيث يعود المتعاقدان الى ما كانا عليه قبل العقد. فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة جاز للقاضي أن يحكم بالفسخ وأن يحكم على المدين بالتعويض إن كان له مقتض، أي إذا كان قد ترتب ضرر للدائن من جراء الفسخ. ويستلزم القانون أن يقوم الدائن قبل المطالبة بالتنفيذ أو بالفسخ، بتوجيه اعذار الى المدين يطالبه فيه بتنفيذ التزامه. وتنص المادة 179 على أنه ((لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك))، وسنرى بعد قليل أن الاعذار غير لازم في بعض الحالات التي نص عليها القانون، والاعذار هو الذي نصت عليه المادة (180) بقولها ((يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الانذار، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين (في هذا القانون)، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى أي اجراء آخر)). فالاعذار اما أن يتم بإنذار رسمي على يد محضر، وإما أن يتم بطريق البريد، ومن الغريب أن النص يقضي بأن يتم ذلك على الوجه المبين في هذا القانون في حين أن القانون المدني لم يتعرض للاعذار بطريق البريد، وقد أحال القانون المصري على قانون المرافعات وهو المختص ببيان أوجه الانذار. وعلى كل حال فيجوز أن يكون الاعذار بطريق خطاب مسجل، أو بالبرق، أو بورقة تكليف بالحضور أمام المحكمة، أو بتنبيه بنزع الملكية. كما يجوز أن يتفق المتعاقدان على أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه في أجل يحدد انه لذلك، فإنه يعتبر معذرا ولا حاجة لتوجيه اعذار اليه إذا حل الأجل المحدد. كما انه لا حاجة بالدائن الى توجيه اعذار للمدين في الحالات التي نصت عليها المادة 181 بقولها ((لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات الآتية:

ـــ إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
ـــ إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
ـــ إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
ـــ إذا صرح المدين كتابة بأنه لا ينوي تنفيذ التزامه)).

فالحالة الأولى: هي أن يصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، فلا يكون للاعذار محل مادام التنفيذ مستحيلا، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع مغن على أحياء ليلة ثم تمر الليلة دون أن يقوم بالغناء، وكذلك لا محل للاعذار إذا كان التنفيذ قد أصبح غير مجد بفعل المدين، كما في المثال السابق وكذلك لا محل للاعذار إذا كان الالتزام هو امتناعا عن عمل وقام المدين بهذا العمل.

الحالة الثانية: هي أن يكون التزام المدين تعويضا ترتب على مسؤوليته عن عمل ضار لأن المدين ملتزم قانونا بدفع التعويض.

الحالة الثالثة: هي أن يكون محل الالتزام هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو أنه تسلمه دون وجه حق وهو يعلم ذلك، فهو حينئذ ملتزم برد الشيء المسروق بحكم القانون دون حاجة الى اعذار، كما أنه ملزم برد ما تسلم دون حق بمقتضى نص المادة (1/143) التي تقول ((كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده)).

الحالة الرابعة: هي حين يصرح المدين كتابة بأنه لا ينوي تنفيذ التزامه فلا يكون لاعذاره معنى في هذه الحالة.

84 ـــ الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي:

تنص المادة (120) على الفسخ الاتفاقي بقولها: ((يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا (بحكم القانون) عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد (تحقق) الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعفى من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف

المتعاقدين)) فقد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وجب رفع دعوى الى القضاء ووجب توجيه اعذار للمدين، وللقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة لتنفيذ التزامه.

وقد يزيد المتعاقدان درجة فيتفقان على أن يعتبر العقد منسوخا من تلقاء نفسه de plein droit وفي هذه الحالة يجب رفع دعوى بطلب الفسخ، ويجب اعذار المدين، ولكن على القاضي أن يقضي حينئذ بالفسخ. وقد يزيد المتعاقدان درجة في الشدة فيتفقان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ودون حاجة الى حكم من القضاء، وفي هذه الحالة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ الالتزام وبغير حكم من القضاء، ولكن إذا رفع نزاع حول هذا الاتفاق الى القضاء فعليه أن يقضي بالفسخ، ويكون حكمه كاشفا لا منشئا له، لأن الفسخ ترتب على اتفاق المتعاقدين وليس على حكم القاضي. ولكن هذا الاتفاق لا يغني عن وجوب توجيه اعذار الى المدين بتنفيذ التزامه.

وقد يتفق المتعاقدان على درجة أشد من كل ما تقدم، وهي أن يكون الفسخ بدون حكم من القضاء وبدون اعذار إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفي هذه الحالة يتم الفسخ دون حاجة الى حكم من القضاء ودون حاجة الى اعذار، وإذا حدث نزاع حول هذا الاتفاق ورفع الى القضاء فعلى القاضي أن يقضي بالفسخ حتما ويكون حكمه كاشفا للفسخ كذلك، وليس منشئا له. أما في غير حالات الاتفاق على الفسخ فيكون الفسخ بحكم من القضاء بالشروط التي سبق ذكرها.

85 ـــ الانفساخ بحكم القانون:

تنص المادة (121) على الانفساخ بقولها: في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب (استحالة) تنفيذه، انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون)).

وإذن فيشترط لانفساخ العقد بحكم القانون ثلاثة شروط:

1 ــ أن يكون تنفيذ الالتزام قد صار مستحيلا، فإذا كان تنفيذه مرهقا فقط طبقت نظرية الظروف الطارئة.

2 ــ وأن ترجع هذه الاستحالة الى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإذا كان عدم التنفيذ بخطئه كان مسؤولا عن التعويض.

3 ــ وأن يثبت المدين هذين الأمرين، أي أن عبء اثبات الاستحالة والسبب الأجنبي يقع على عاتق المدين.

وتطبيقا لما تقدم نصت المادة (176) على أنه ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يدله فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه)).

85 ــ تبعة الهلاك:

سبق أن قلنا أنه في العقود الملزمة لجانبين، بما أن الالتزامات متقابلة في وجودها، فإذا استحال تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب لا يدله فيه انفسخ العقد وتحمل المدين بهذا الالتزام التبعة، فلا يجوز له أن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه. فمثلا في عقد البيع إذا استحال على البائع أن ينقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري لهلاك المبيع تحت يده بسبب أجنبي لا يدله فيه، انفسخ العقد وتحمل البائع تبعة الهلاك بحيث لا يكون له الحق في أن يطالب المشتري بالثمن، وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي يجعل تبعة الهلاك على المالك (Res perit domino).

86 ــ أثر الفسخ Effet de la résolution

تنص المادة 122 على أنه ((إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض)).

فإذا فسخ العقد، سواء بالاتفاق أو بحكم القاضي، أو بالانفساخ بقوة القانون، زال العقد بأثر رجعي يستند الى يوم العقد، فيعتبر العقد كأن لم يكن، ويعاد

المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. ويزول العقد بأثر رجعي، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير. فبالنسبة الى المتعاقدين، يجب على كل منهما أن يرد الى الاخر ما حصل عليه بمقتضى العقد الذي انفسخ، فإذا استحال عليه رد ما أخذ، جاز للقاضي أن يحكم عليه بالتعويض طبقا لقواعد دفع غير المستحق. وبالنسبة الى غير المتعاقدين، يعتبر العقد الذي انفسخ كأن لم يكن، ويجب على من تصرف اليه أحد المتعاقدين رد ما آل اليه. بمقتضى العقد المفسوخ. فإذا كان العقد بيعا وفسخ، وكان المشتري قد تصرف في الشيء المبيع الى الغير، وجب على من تصرف اليه أن يرد الشيء الى البائع الأول ويسترد الثمن ممن باع له. وقد خرج المشرع على هذا الحكم في الرهن الرسمي، فنصت المادة (885) على أن ((يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه...)) فإذا كان المشتري لعقار قد رتب عليه رهنا رسميا لمصلحة دائن مرتهن حسن النية، أي لم يعلم بأن العقد سوف يفسخ، وفسخ العقد بين البائع والمشتري ووجب على المشتري أن يرد العقار الى البائع، فإن حق الرهن الرسمي يبقى مثقلا لهذا العقار على الرغم من فسخ البيع بين المتعاقدين، ويعود العقار الى البائع محملا برهن رسمي عقده المشتري، وهذا حكم استثنائي خرج على الأثر الرجعي لفسخ العقد.

87 ــ مقارنة بين الفسخ والابطال:

يشبه الفسخ الابطال في أن كلا منهما يترتب عليه زوال العقد بأثر رجعي بحيث يعاد المتعاقدان الى ما كانا عليه قبل العقد. ولكنهما يختلفان في النواحي الآتية:

1 ــ يرد الفسخ على عقد نشأ صحيحا لم يقم فيه أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه المترتب عليه، بينما يردالابطال على عقد نشأ معيبا من يوم انعقاده سواء ينقص أهلية المتعاقد أو لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال.

2 ــ ويختلف الفسخ عن الابطال في أن الحكم به جوازي للقاضي، إلا إذا اتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، أما في الابطال فإذا طلبه من شرع الابطال لمصلحته وجب على القاضي أن يحكم به.

3 ــ دعوى الابطال تسقط بتقادم عشر سنين من يوم بلوغ القاصر سن الرشد أو اكتشاف العيب الذي اعترى الارادة. بينما دعوى الفسخ لا تسقط الا بمضي 15 سنة.

88 ــ الدفع بعدم التنفيذ L'exceptio non adimpleti contractus

تنص المادة 123 على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)). ففي العقود التبادلية، للمتعاقد بدلا من أن يطلب الفسخ إذا لم بقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، أن يقتصر على الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه. والواقع هو أن الدفع بعدم التنفيذ صورة من الحق في الحبس الذي سندرسه فيما بعد. ويفترض الدفع بعدم التنفيذ أن يكون التزام كل من المتعاقدين واجب التنفيذ فورا، وأن يكون أحدهما واجب التنفيذ و يمتنع المدين به عن تنفيذه، فيكون للمتعاقد الآخر أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يقوم من يجب عليه التنفيذ أولا بتنفيذ التزامه، مثال ذلك عقد البيع يكون الثمن فيه واجب الدفع فورا، فيكون للبائع أن يمتنع عن نقل ملكية المبيع حتى يدفع المشتري الثمن. أما إذا كان الثمن مؤجلا فلا يتصور أن يطالب البائع بدفعه، وليس على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يوجه اعذارا الى من يتمسك بهذا الدفع لأنه لا يطالب بالفسخ، ولكن إذا تعسف المتعاقد الآخر ولم يقم بتنفيذ التزامه على الرغم من التمسك ضده بالدفع فإنه يسوغ عندئذ للتمسك بالدفع أن يرفع الأمر الى القضاء.

89 ــ الحق في الحبس Le droit à la rétention

الواقع هو أن الحق في الحبس يدخل في وسائل التنفيذ التي هي موضوع دراسة أحكام الالتزام وليس له علاقة بمصادر الالتزام التي هي محل دراستنا. ولذلك نرجيء دراسته الى حين نتعرض لأحكام الالتزام، ونكتفي هنا بالقول بأنه قد أصبح في قوانيننا العربية حقا شخصيا بعد أن كان حقا عينيا في القانون المدني المصري القديم محتذيا فيه حذو القانون المدني الفرنسي، وباعتباره اليوم حقا شخصيا فقد أصبح لكل مدين صار دائنا لمدينه الحق في أن يحبس ما لديه لدائنه.

الفصل الثاني

المصدر الثاني للالتزام ــ الفعل غير المشروع أو المسؤولية التقصيرية

Le fait illicite ou la responsabilité délictuelle

90 ــ مقدمــة:

تنقسم المسؤولية المدنية الى مسؤولية تقصيرية تترتب بحكم القانون، ومسؤولية عقدية تترتب على الاخلال بالتزام ناشيء عن العقد. وينبغي أن نفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية لأنهما كانتا مختلطتين الى عهد قريب، ومازالت المسؤولية المدنية متأثرة حتى الآن بهذا الاختلاط. وأهم الفروق بين المسؤوليتين هي:

1 ــ المسؤولية الجنائية تنشأ عن فعل سبب ضررا للمجتمع، في حين أن المسؤولية المدنية تترتب على فعل أضر بصالح فرد.

2 ــ ولذلك فإن الجزاء المترتب على الفعل المنشيء للمسؤولية الجنائية يكون عقوبة جنائية، بينما الجزاء على الفعل المنشيء للمسؤولية المدنية هو التعويض.

3 ــ والذي يتولى رفع الدعوى عن المسؤولية الجنائية هو الدولة التي تحمي المجتمع من الأفعال الجنائية، ويمثل الدولة في رفع الدعوى النيابة العمومية، بينما الذي يرفع الدعوى عن المسؤولية المدنية هو الشخص الذي أصابه ضرر.

4 ــ وبما أن الفعل الجنائي الذي يرتب المسؤلية الجنائية يقع على المجتمع، فليس للنيابة العمومية أن تتنازل عنه أو تتسامح فيه ولا أن تتصالح مع مرتكبه، بينما يجوز للمضرور في المسؤولية المدنية أن يتنازل عن حقه في التعويض وأن يتصالح مع المسؤول.

5 ــ المبدأ المقرر جنائيا هو أن لا عقوبة دون نص أو كما يقول الفرنسيون Nulle peine sans texte، بينما يترتب الجزاء في المسؤولية التقصيرية عن فعل ضار بالغير دون حاجة الى نص قانوني.

6 ــ قد ينشأ عن الفعل مسؤولية جنائية دون أن تنشأ عنه مسؤولية مدنية ما دام لم ينشأ عنه ضرر للأفراد، ومثال ذلك جريمة حمل السلاح دون ترخيص، أو الشروع في القتل أو الاتفاق الجنائي، وبالعكس قد يرتب الفعل مسؤولية مدنية دون أن يقع تحت طائلة قانون العقوبات ويرتب مسؤولية جنائية مثل المنافسة غير المشروعة أو مسؤولية متولى الرقابة أو المتبوع.

7 ــ الاختصاص القضائي بالنظر في الدعاوي التي ترفع عن المسؤولية الجنائية للمحاكم الجنائية وحدها، بينما الاختصاص بالنظر في دعاوي المسؤولية المدنية هو للمحاكم المدنية في الأصل، واستثناء من هذا الأصل للمضرور من فعل يرتب المسؤولية الجنائية أن يرفع دعواه المدنية الى المحكمة الجنائية التي تنظر في المسؤولية الجنائية بشرط أن يكون الضرر مترتبا على الجريمة المنظورة.

8 ــ تتقادم دعوى المسؤولية المدنية بمضي 15 سنة (م 133) بينما في المسؤولية المترتبة على جناية يسقط الحق في رفع الدعوى بمضي عشر سنين من يوم وقوع الجناية، وبمضي ثلاث سنين من يوم وقوع الجنحة، وبمضي سنتين من يوم وقوع المخالفة (م 7 و8) من قانون الاجراءات الجزائية.

9 ــ إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية والدعوى العمومية أمام المحكمة الجنائية فيجب على المحكمة المدنية أن تقف الفصل في الدعوى المدنية حتى تفصل المحكمة الجنائية في الدعوى الجنائية، وهذا هو ما يسمى بمبدأ: Le criminel tient le civil en état.

10 ــ إذا رفع المدعى المدني دعواه المدنية المترتبة على جريمة الى المحكمة المدنية فليس له أن يعدل عنها بعد انتهاء المرافعة الى المحكمة الجنائية إذ الأولى هي الأصل. ولا يجوز العدول، عن الأصل الى الاستثناء وهذا ما تعنيه العبارة اللاتينية التي تقول Electa una via non datur recursus ad alteram. ومع ذلك فالقضاء الفرنسي يجيز العدول إذا كانت المرافعة لم تنته بعد أو كانت المحكمة المدنية غير مختصة. أما إذا رفع المدعي المدني دعواه أمام المحكمة الجنائية بالتبعية للدعوى الجنائية فإن له أن يعدل ويرفعها الى المحكمة المدنية.

11 ــ الحكم الصادر في الدعوى العمومية من القضاء الجنائي، إذا حاز قوة الأمر المقضى به، يقيد القاضي المدني فيما فصل فيه من وقائع تتعلق بموضوع

الفعل الجنائي وتلزم للفصل فيه. فلا يجوز للقاضي المدني أن ينسب الى شخص فعلا نفى القاضي الجنائي صدوره منه (م 339)

ولكن ذلك لا يمنع القاضي المدني من أن يقضى في بعض الأحوال بتعويض ضرر مدني عن فعل لا يقع تحت طائلة القانون الجنائي

المبحث الأول
تقسيم المسؤولية المدنية

91 ــ تنقسم المسؤولية المدنية الى قسمين:
مسؤولية تقصيرية، ومسؤولية عقدية:

1 ــ فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على الاخلال بالتزام مترتب عن عقد صحيح، أي أنه يشترط لقيامها الشروط الآتية :

أ ــ أن يرتبط الدائن والمدين بعقد صحيح
ب ــ وأن يخل المدين بالتزام ناشىء مباشرة عن هذا العقد
ج ــ وأن يترتب على هذا الاخلال ضرر للدائن أو لخلفه العام
د ــ وأن تقوم علاقة سببية بين الاخلال بالالتزام وبين الضرر.

2 ــ أما المسؤولية التقصيرية فهي التي يرتبها القانون على الاخلال بالتزام قانوني مقتضاه ألاّ يضر الانسان غيره بخطأ أو تقصير منه. وإذن فهي تقوم على أركان ثلاثة:

أ ــ خطأ من المسؤول
ب ــ ضرر يصيب الغير
ج ــ علاقة سببية بينهما .

92 ــ هل المسؤوليتان شيء واحد أو هما مسؤوليتان منفصلتان:

اختلف الفقه اختلافا كبيرا وانقسم بصدد ذلك الى طائفتين، طائفة تقول بازدواج المسؤولية La dualité de la responsabilité وطائفة تقول بأنهما شيء واحد L'unité de la responsabilité

فالرأي الأول، وهو رأي الأغلبية، يفرق بين نوعي المسؤولية من عدة نواح سوف نعرضها وسوف نرى بماذا يرد الرأي الثاني:

أولا: من حيث الأهلية: يقول الرأي الأول أن المسؤولية العقدية تستلزم أهلية التعاقد، بينما تكفي في المسؤولية التقصيرية أهلية التمييز. ويرد الرأي الثاني على هذه التفرقة بأن أهلية التعاقد وأهلية المسؤولية العقدية شيء آخر، فبينما تشترط أهلية التعاقد في ابرام العقد، فإن اخلال المدين بالتزامه العقدي ينهي الالتزام العقدي ويحل محله التزام بالتعويض لا تشترط فيه أهلية التعاقد، وإنما تكفي فيه أهلية التمييز، بحيث لو أن المدين فقد أهلية التعاقد بعد العقد فإن مسؤوليته العقدية لا تتأثر ما دام يتمتع بأهلية التمييز، واذن فأهلية التمييز واحدة في المسؤوليتين.

ثانيا: من حيث درجة الخطأ: فأنصار الرأي الأول يقولون أن الخطأ في المسؤولية العقدية يختلف باختلاف العقود، وبصرف النظر عن النظرية التقليدية التي كانت تقول بتدرج الخطأ من جسيم **Lata** الى يسير Levis الى تافه Levissima، وتقول بأنه في العقود التي تكون لمحض مصلحة الدائن لا يسأل المدين الا عن خطئه الجسيم، كما في الوديعة دون أجر، وفي العقود التي تكون لمحض مصلحة المدين يسأل هذا عن خطئه التافه كالمستعير، وفي العقود التي تكون لمصلحة الطرفين يسأل المدين عن خطئه الجسيم واليسير دون التافه، بصرف النظر عن هذا التقسيم المهجور، فإن الخطأ في المسؤولية العقدية لا بد أن يتوافر فيه نوع من الخطورة، فسلوك المدين يجب أن يقارن بسلوك الرجل العادي Le B.P. de famille وينظر اليه عادة In abstracto أي بصفة مجردة، ويفرق القانون دائما بين مسؤولية المأجور فيطالبه بعناية هذا الرجل العادي، وبين مسؤولية المتبرع فلا يطالبه الا بالعناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، هذا على حين أنه في المسؤولية التقصيرية يسأل المرء حتى عن خطئه التافه، وهناك مثل لاتيني قديم يقول In lege aquilia et culpa levissima venit فيسأل المرء تقصيريا حتى عن رعونته وعن عدم تبصره أي عن اتفه خطأ يرتكبه. ويرد انصار الرأي الثاني على هذه التفرقة بقولهم أن درجة الخطأ واحدة في المسؤوليتين، ولكن بما أن الالتزام في المسؤولية العقدية كثيرا ما يكون ايجابيا أي التزاما بعمل،

فإن المدين يكون مطالبا في تنفيذه بعناية أكثر مما يطلب منه في التزام سلبي، وبما أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية دائما سلبي فإنه يستوى والالتزام السلبي في المسؤولية العقدية، ودرجة الخطأ فيهما واحدة، وفضلا عن ذلك ففي المسؤولية العقدية يعرف الدائن مدينه عند التعاقد، وقبل الاخلال بالتزامه، فإذا كان قد اختاره ممن يهملون أو لا يتبصرون فلا يلومن الا نفسه، بينما في المسؤولية التقصيرية لا صلة للدائن بالمدين قبل وقوع الضرر، وتختلف درجة الخطأ في المسؤولية العقدية لا بحسب طبيعتها بل بحسب طبيعة الالتزام الذي أخل به، فهناك التزامات تتطلب من المدين عناية خاصة، وأخرى لا تتطلب هذه العناية، واذن فليس هناك فرق في درجة الخطأ بين النوعين.

ثالثا: من حيث الاعذار: فأنصار ازدواج المسؤولية يقولون أن الاعذار واجب في المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، وأنصار وحدة المسؤولية يردون على ذلك بقولهم أن الاعذار ليس مطلوبا في المسؤولية العقدية الا إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وليس مطلوبا إذا لم ينفذ فعلا التزامه، إذ لا تكون للاعذار جدوى حينئذ، وفي المسؤولية التقصيرية ليس هناك تأخر في تنفيذ الالتزام، وإنما هناك عدم تنفيذ دائما، ويزيد بلانيول، وهو من أنصار الوحدة، بأنه ليس صحيحا أن الاعذار لا يلزم الا عند التأخير في تنفيذ الالتزام، بل قد يلزم أيضا في عدم تنفيذه، فمثلا تقضي المادة 1302 مدني فرنسي، المقابلة للمادة 207 مصري و 168 جزائري، بأن اعذار المدين بتسليم عين يجعل تبعة الهلاك عليه ولو كان بدون خطأ منه، ويجب عليه عندئذ التعويض، فالاعذار هنا لم يكن للتأخير في التنفيذ، ولكن الواقع كما يرى أنصار الوحدة أن الاعذار واجب في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام فيها ايجابيا، ولكن إذا كان سلبيا فلا ضرورة للاعذار إذ لا جدوى منه، وبما أن الالتزام التقصيري دائما سلبي فلا اعذار فيه، والتفرقة لا ترجع إذن الى طبيعة المسؤولية ولكن الى طبيعة الالتزام أهو ايجابي أم سلبي.

رابعا: من حيث الاثبات: يقول الرأي الأول أن الاثبات في المسؤولية العقدية يقع على عاتق المدين، وفي المسؤولية التقصيرية يقع على عاتق الدائن، ويرد أنصار الوحدة بأن الاثبات لا يختلف بحسب طبيعة المسؤولية بل بحسب

طبيعة الالتزام، فإذا كان إيجابيا فعلى المدين اثبات أنه قام به، وإذا كان سلبيا كان على الدائن اثبات أن المدين أخل به، وبما أن الالتزام في المسؤولية التقصيرية دائما سلبي، فعبء الاثبات فيه يقع على الدائن كما في الالتزام السلبي في المسؤولية العقدية، وإذن فلا فرق بين المسؤوليتين من حيث الاثبات.

خامسا: من حيث مدى التعويض: يفرق انصار إزدواج المسؤولية بين مدى التعويض في المسؤولية التقصيرية ويقولون أنه يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، ويرى البعض منهم أنه يشمل الضرر المباشر وغير المباشر، بينما في المسؤولية العقدية لا يشمل الا الضرر المتوقع والمباشر. ويرد أنصار وحدة المسؤولية بأن ذلك يرجع الى أن المتعاقدين عندما تعاقدا قد أدخلا في حسبانهما ما يتوقع من التعويض عند التأخير أو عدم التنفيذ، بينما في المسؤولية التقصيرية لم يكن المسؤول والمضرور يعرفان بعضهما قبل حدوث الضرر حتى يتوقعا مدى التعويض.

سادسا: من حيث التضامن: يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن التضامن واجب بحكم القانون في المسؤولية التقصيرية، بينما التضامن لا يثبت الا بالاتفاق أو بالنص في المسؤولية العقدية. ويرد أنصار وحدة المسؤولية على ذلك بقولهم أن القانون قد جعل المسؤولين تقصيريا متضامنين لأن خطأ كل منهم كان هو السبب في الضرر، لا سيما إذا أخذ بنظرية تكافؤ الأسباب، ومن ناحية أخرى، فبما أن المسؤولية العقدية تترتب على الاخلال بالتزام إرادي فإن للمتعاقدين بمحض إرادتهما أن يشترطا التضامن أو لا يشترطاه، بينما في المسؤولية التقصيرية لا دخل لارادة الدائن والمدين وقد تولى القانون نفسه شرط التضامن.

سابعا: من حيث الاعفاء: يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن الاعفاء من المسؤولية العقدية جائز، بينما هو باطل في المسؤولية التقصيرية. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، والقانون هو الذي تولى الجزاء عليها، بينما أحكام المسؤولية العقدية اتفاقية، وللمتعاقدين أن يحددا مدى الالتزام بالتعويض بإرادتهما أو يتفقا على الاعفاء منه، ومع ذلك فإن القانون يبطل الاتفاق على اعفاء المدين في المسؤولية العقدية من غشه أو خطئه الجسيم.

ثامنا: من حيث التقادم: يرى أنصار ازدواج المسؤولية أن مدد التقادم في بعض التشريعات تختلف في المسؤولية التقصيرية وفي المسؤولية العقدية. مثال ذلك القانون السويسري (م 60) والقانون المصري (م 172) والقانون الليبي (م 175) والقانون السوري (م 173) والقانون العراقي (232)، فهذه القوانين تقضي بسقوط دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنين أو بمضي سنة في القانون السوري من يوم علم المضرور بالضرر وبشخص المسؤول، والا فبمضي المدة الطويلة، ولا محل لهذا التقادم القصير في المسؤولية العقدية التي لا تتقادم دعوى التعويض فيها الا بمضي المدة الطويلة. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم أن هناك تشريعات لا تفرق بين المسؤوليتين في تقادم الدعوى مثل القانون الفرنسي (م 2262) والقانون الجزائري (133).

تاسعا: من حيث رقابة المحكمة العليا: يقول أنصار ازدواج المسؤولية إن المحكمة العليا لا رقابة لها في تفسير قاضي الموضوع لأحكام المسؤولية العقدية لأنها مسألة واقع، ترجع الى تفسير الالتزامات الواردة في العقد، وتخضع لتقدير قضاء الموضوع دون تعقيب من المحكمة العليا، بينما في المسؤولية التقصيرية يتعلق الأمر بتطبيق القانون ويخضع القاضي في تفسيره لأحكامها لرقابة المحكمة العليا، ويرد أنصار الوحدة بقولهم إن المحكمة العليا تراقب تكييف قاضي الموضوع للاخلال بالالتزام العقدي كما تراقب الاخلال بالالتزام التقصيري، وفضلا عن ذلك فكثيرا ما ترى في تقدير قاضي الموضوع لوجود خطأ تقصيري مسألة واقع لا تخضع لرقابتها.

عاشرا: من حيث طبيعة التعويض: يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن التعويض في المسؤولية العقدية دائما نقدي بينما يجوز في المسؤولية التقصيرية أن يكون التعويض عينا، كهدم حائط أو أن يكون مجرد نشر تكذيب في الصحف. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم أنه لا مانع مطلقا من أن يكون التعويض في المسؤولية العقدية عينا مادام متروكا لارادة المتعاقدين.

حادي عشر: من حيث تقدير التعويض: يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن التعويض في المسؤولية العقدية يقدر دائما بمعيار ما أصاب الدائن من خسارة

Damnum emergens وما فاته من ربح Lucrum cessans، كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على تعويض محدد كما في الشرط الجزائي La clause pénale، وليس للقاضي أن يتدخل في تقدير التعويض المتفق عليه من تلقاء نفسه إلا إذا طالب أحد المتعاقدين بتعديله لأسباب نص عليها القانون، بينما في المسؤولية التقصيرية يترك تقدير التعويض للقضاء يحدده طبقا لمعايير تختلف باختلاف جسامة الخطأ وفداحة الضرر، ومن ناحية أخرى فبينما يتفق الاجماع على التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية، فإن تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية مختلف فيه، ويضاف الى ذلك أن القضاء في فرنسا يقضي أحيانا بتعويض الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية، بخلاف المسؤولية العقدية فهناك اجماع على أن لا تعويض فيها عن الضرر غير المباشر. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم أن الفرق في التعويض يرجع الى طبيعة الخطأ لا الى اختلاف المسؤوليتين، فإذا كان الخطأ بنية سيئة وجب التعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤوليتين وإذا لم يكن بسوء نية فلا تعويض الا عن الضرر المباشر.

ثاني عشر: من حيث تأمينات التعويض: يقول أنصار ازدواج المسؤولية أن التعويض المترتب على الاخلال بالتزام عقدي تنتقل اليه التأمينات العينية والشخصية التي كانت تضمن الالتزام العقدي الأصلي، كالرهن أو الكفالة، وليس الأمر كذلك في التعويض في المسؤولية التقصيرية. ويرد أنصار الوحدة على ذلك بقولهم أن التأمينات الشخصية أو العينية مصدرها اتفاق المتعاقدين، وهي تضمن تنفيذ الالتزام الأصلي وليست لازمة من لوازم التعويض عن الخطأ العقدي، إنما تنتقل اليه مع الالتزام الأصلي.

93 ــ الوضع الصحيح:

الواقع هو أن المسؤوليتين تعتبر ان جزاء على الاخلال بالتزام سابق، ولكن هذا الالتزام قانوني في المسؤولية التقصيرية وهو عدم الاضرار بالغير، بينما الالتزام السابق في المسؤولية العقدية اتفاقي وينحصر في التزام بإعطاء شيء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل، ومن هنا تختلف المسؤوليتان، فالمسؤولية التقصيرية جزاء

عام يرتبه القانون على من أخطأ وسبب بخطئه ضررا للغير، فهي اذن الأصل العام الذي يجب تطبيقه كلما ارتكب شخص خطأ وتسبب عنه صرر للغير. اما المسؤولية العقدية فهي استثناء لا يسرى الا إذا كان بين الدائن والمدين عقد أخل المدين بأحد التزاماته. وعلى ذلك فيشترط لقيام هذه المسؤولية الاستثنائية شروط معينة إذا انتفى شرط منها وجب الرجوع الى الأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية.

المبحث الثاني

94 ــ شروط المسؤولية العقدية

يشترط لقيام هذه المسؤولية العقدية ثلاثة شروط:

1 ــ أن يربط بين الدائن والمدين عقد صحيح.

2 ــ أن ينشأ ضرر مباشر عن عدم تنفيذ التزام أو عن الاخلال بتنفيذ التزام مترتب على هذا العقد.

3 ــ وأن يكون من أصابه الضرر المباشر دائنا بالالتزام الذي لم ينفذ أو الذي حدث الاخلال بتنفيذه، أو خلفا له.

1 ــ تفصيل الشرط الأول: **قيام عقد صحيح**، وهنا تعرض مسألتان، قبل قيام العقد وبعد انحلال العقد.

المسألة الأولى: قبل قيام العقد La période précontractuelle: قد تقوم مفاوضات بين شخصين لابرام عقد، فإذا كان أحدهما قد وعد الآخر والتزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده لمدة معينة، فطالما أن الطرف الآخر لم يعلن رغبته فإن الواعد يلتزم بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة، فإذا أخل بوعده كان للموجه اليه الوعد، إذا اصابه ضرر من هذا الاخلال، أن يرجع على الواعد بالمسؤولية العقدية، لأن الوعد يعتبر عقدا تمهيديا. واما إذا لم يكن هناك وعد، بل كانت هناك مفاوضات فقط بين الطرفين تمهيدا لاتمام عقد. ثم فشلت بسبب

خطأ أحد الطرفين وترتب على هذا الفشل ضرر للطرف الآخر فبأية مسؤولية يرجع المضرور على المخطىء ؟ وضع أهرنج Ihering بهذا الصدد نظرية الخطأ عند تكوين العقد: Culpa in contrahendo، مستمدا أساسها من القانون الروماني، الذي لم يكن وضع قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية، بل كان يشترط لقيامها أن يقع الفعل الخاطيء تحت طائلة نص قانوني. ويقول أهرنج إنه إذا تقارب شخصان وقاما بمفاوضات لابرام عقد، فيقتضي هذا قيام عقد ضمني يستلزم ابرام العقد النهائي، أو بعبارة أخرى مقدمة عقد Avant contrat، فإذا أخل أحد الطرفين بهذا العقد الأولى، ترتبت عليه مسؤولية عقدية.

غير أنه اعترض على نظرية اهرنج بأنه إذا كان القانون الروماني قد لجأ في هذا الصدد الى المسؤولية العقدية، فإنما يرجع ذلك الى أن المسؤولية التقصيرية كانت استثنائية، بحيث لا تقوم الا بمقتضى نص، وليس الأمر كذلك في القوانين الحديثة التي جعلت المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام والمسؤولية العقدية هي الاستثناء. ولذلك فإن الرأي السائد هو أن المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية ما دام العقد لم يبرم بعد.

المسألة الثانية — بعد انحلال العقد La période postcontractuelle ومثال ذلك عامل انتهى عقد عمله مع صاحب مصنع، فأبرم عقد عمل جديدا مع صاحب مصنع آخر، وأطلعه على أسرار صنع السلعة التي ينتجها المصنع الأول، والتي أحاط بها أثناء عمله في المصنع الأول، فاستطاع صاحب المصنع الثاني أن ينتج هذه السلعة بفضل الأسرار التي أفشاها العامل، وأن ينافس بها المصنع الأول ويسبب له بهذه المنافسة أضرارا، فهل يكون لصاحب المصنع الأول أن يرجع على عامله السابق بالمسؤولية العقدية ؟ يختلف الجواب هنا بحسب ما إذا كان عقد العمل الأول قد تضمن شرطا يمنع العامل من افشاء أسرار الانتاج فيكون العامل قد خالف شرطا عقديا وتكون مسؤوليته عقدية، وما إذا كان عقد العمل الأول لم يتضمن مثل هذا الشرط، وفي هذه الحالة لا تكون مسؤولية العامل عقدية لأن العقد قد انتهى، ولا يمكن أن تكون مسؤوليته إلا تقصيرية.

والأمر كذلك أيضا بالنسبة الى انهاء عقد عمل غير محدد المدة في وقت غير ملائم، فهذا الانهاء حق للطرفين مادام العقد غير محدد المدة، ولكن استعمال هذا الحق في وقت غير ملائم يعتبر من قبيل التعسف في استعمال الحق، وقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار المسؤولية في هذه الحالة تقصيرية لأن العقد انقضى.

والخلاصة هي أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية قيام العقد وبقاؤه وحدوث الاخلال به اثناء سريانه، وبصدد ذلك يسوغ لنا أن نتساءل من أي وقت يبدأ قيام العقد والى أي وقت يظل قائما ؟

لنضرب مثلا عقد نقل الأشخاص فمتى يبدأ ؟ هل من وقت أخذ تذكره السفر، أو من وقت دخول محطة الركوب، أو من وقت ركوب المركبة ؟ اختلفت الآراء في ذلك، فبعض الفقهاء يرون أن عقد النقل يبدأ من وقت أخذ تذكرة السفر، ولكن يعترض على هذا الرأي بأن هذه التذكرة قد تؤخذ قبل السفر بمدة طويلة أو قصيرة، وقد يعدل المسافر عن السفر ويرد التذكرة. ولذلك رأى البعض الآخر أن عقد النقل لا يبدأ الا من وقت الركوب بالمركبة، ومع ذلك فقد صدرت من القضاء الفرنسي عدة أحكام قضى فيها بالمسؤولية العقدية لاصابة حدثت من قطار أثناء انتظار الراكب وصول قطاره، ولاصابة حدثت لراكب انزلقت قدمه على رصيف المحطة بسبب الشحوم، ولاصابة حدثت لراكب كان ينتظر وصول القطار وحين وصل اندفع أحد الركاب من الباب فأصابه بجروح. غير أن الرأي السائد هو أن عقد النقل على الباخرة لا يبدأ الا منذ الصعود على سلم الباخرة، وعقد النقل على الطائرة لا يبدأ الا منذ دخول المطار، فلا تكون المسؤولية عقدية الا ابتداء من هذه اللحظة. أما بالنسبة الى انتهاء عقد النقل، فهناك رأي مرجوح يقول بأنه ينتهي بنزول المسافر من المركبة، ولكن الرأي الراجح هو أنه لا ينتهي الا بخروج المسافر من محطة الوصول، وهذا هو ما استقر عليه القضاء الفرنسي.

وقد قلنا إنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح، فما الحكم إذا لم يكن العقد صحيحا ؟

إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا فانه يعتبر في حكم العدم من يوم قيامه، والمسؤولية التي تنشأ عنه تكون تقصيرية ما دام العقد قد اعتبر كأن لم يكن قد وجد، ومع ذلك فطبقا لنظرية اهرنج في الخطأ عند تكوين العقد (Culpa incontrahendo) تعتبر المسؤولية عقدية لأن الطرفين حين قاما بمفاوضات لابرام عقد كانت ارادتهما تتجه الى ابرام عقد صحيح، فإذا كان العقد الذي ابرماه قد بطل فإن مقتضى ذلك اخلال بالعقد السابق عليه يرتب المسؤولية العقدية. وقد سبق أن رأينا أن نظرية اهرنج لم تعد تتفق مع التشريعات الحديثة، ولذلك فالرأي السائد هو أن المسؤولية التي تنشأ عن عقد باطل بطلانا مطلقا مسؤولية تقصيرية. اما إذا كان العقد قابلا للابطال فطالما أنه لم يحكم بإبطاله فهو قائم وصحيح، وإذا أخل أحد المتعاقدين فيه بتنفيذ التزامه، كان مسؤولا مسؤولية عقدية، ولكن متى قضى بإبطاله فإنه ينهار بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، والمسؤولية التي تنشأ عنه تكون بالضرورة تقصيرية.

الشرط الثاني: أن ينشأ الضرر مباشرة عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو عن الاخلال به، فإذا كان هناك عقد صحيح بين شخصين ونشأ ضرر لأحدهما بسبب قيام العقد ولكن لا بسبب عدم تنفيذ التزام من التزامات العقد أو الاخلال به فلا تكون المسؤولية عقدية بل تكون تقصيرية: مثال ذلك مؤجر يناقش المستأجر في عقد الايجار فيحتد عليه المستأجر ويعتدى عليه، فالضرر الذي يصيب المؤجر قد حدث بسبب المناقشة حول العقد ولكنه لم ينشأ من الاخلال بالتزام مترتب على العقد، أو بائع ومشتر ينقل أحدهما الآخر في سيارته للتوجه الى مكان تسليم محل العقد فيصاب أحدهما أثناء الانتقال، فمسؤولية الناقل في هذه الحالة ليست مترتبة على الاخلال بالتزام ناشىء عن عقد البيع، وقد تكون مسؤولية عقدية ناشئة عن عقد النقل ولكن لا يمكن أن تكون مسؤولية عقدية بالنسبة الى عقد البيع لأن الاصابة أثناء النقل لم تترتب مباشرة على الاخلال بالتزام ناتج عن البيع.

الشرط الثالث: أن يكون من أصابه الضرر أحد المتعاقدين أو خلفا عاما له، فإذا كان غريبا عن العقد وحدث له ضرر من الاخلال بالتزام عقدي فالمسؤولية تقصيرية.

وبهذه المناسبة جرى التساؤل عما إذا كان المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر طرفا في العقد ؟ لا شك في ذلك لأن للمنتفع حقا مباشرا ينشأ عن عقد الاشتراط وبمقتضاه يستطيع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، وإذا أخل المتعهد بذلك الالتزام وأصاب المنتفع ضرر كانت مسؤولية المتعهد عقدية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية العقدية في حالة أصابة أشخاص اشترطت بعض الشركات على الناقل نقلهم الى مكان معين (أنظر مثلا حكما لها في 22 فبراير 1966).

وقد أثير نقاش حول حق أقارب الشخص في التمسك بالمسؤولية العقدية حال وفاته ؟ فإذا كانت الوفاة قد حدثت فجأة فقد حدث الخلاف هل المسؤولية عقدية أو تقصيرية ؟ أي هل للأقارب أن يطالبوا طبقا للمسؤولية العقدية التي ترتبت عن الاخلال بالالتزام بالنسبة الى المتوفى، أو أن مسؤولية المسؤول قبل الأقارب تقصيرية لأن المضرور قد توفى ؟

ويختلف الحال في الدعوى التي يرفعها الأقارب هل هي دعوى شخصية أو دعوى موروثة، فإذا كانت دعوى شخصية فلا علاقة لها بالعقد، وتكون المسؤولية تقصيرية، وإذا كانت دعوى موروثة فهي عقدية إذا كان السلف مرتبطا بعقد مع المسؤول، وهي تقصيرية إذا لم يكن بين السلف والمسؤول عقد. غير أن القضاء الفرنسي قد خرج على هذا وقرر أن للخلف أن يتمسك بالمسؤولية العقدية في مطالبته بالتعويض عما أصابه شخصيا من ضرر، وبنى ذلك على أساس وجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير يفترض أن السلف كان قد اشترطه، ولعله استند في ذلك الى نص المادة (1122) التي وردت مباشرة بعد المادة 1121 الخاصة بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير، وقد افترض فيها المشرع الفرنسي وجود اشتراط ضمني لمصلحة الخلف، وبما أنه لا وجود لمثل نص المادة 1122 عندنا، فلا يسوغ القول بوجود مثل هذا الاشتراط الضمني لمصلحة الغير في قوانيننا العربية، غير أن الاستاد السنهوري يرى وجوده عندنا[1]

(1) الوسيط ج 1 ص 640 بند 375 هامش 1.

وينضم اليه في هذا الرأي الاستاذ أنور سلطان[1]، واعتقد أن الفقيهين المذكورين قد تأثرا بالقضاء الفرنسي في ذلك، ولكن القضاء الفرنسي يستند في رأيه الى نص المادة (1122) وليس لهذا النص مثيل عندنا، وقد اقتصر القانون المدني الجزائري على ايراد نص خاص بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير (م 116 م ج) المقابلة للمادة 154 م م). وعلى ذلك فأعتقد أن ليس للخلف أن يطالب بتعويض ما أصابه شخصيا من ضرر الا على أساس المسؤولية التقصيرية وحدها.

هذه هي الشروط الثلاثة، إذا توافرت كانت المسؤولية عقدية، ولكن هل يجوز العدول عن المسؤولية العقدية والتمسك بالمسؤولية التقصيرية على الرغم من توافر شروط المسؤولية العقدية ؟ أو بعبارة أخرى هل يسوغ للمضرور أن يترك المسؤولية العقدية ويتمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية التي قد تكون أصلح له ؟ ويثير هذا التساؤل ما يسمى في الفقه والقضاء الجمع بين المسؤوليتين Le cumul أو على الأصح الخيرة بين المسؤوليتين L'option أو عدم جواز الخيرة بينهما، وقد انقسم الفقه والقضاء بل والتشريع الى مذهبين، أحدهما يجيز الخيرة والثاني لا يجيزها، وفيما يلي نعرض لكل من المذهبين بما ينبغي هنا من اختصار:

95 ـ المذهب الذي يجيز الخيرة:

يستند هذا المذهب الى حجج قوية تتلخص فيما يلي:

أولا: المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على استبعادها، فهي الأصل العام، بينما المسؤولية العقدية هي الاستثناء، وللمتعاقدين التنازل عن الاستثناء الى الأصل.

ثانيا: المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد، وتسرى أحكامها على المتعاقدين قبل أن يتعاقدا، فإذا تعاقدا فهما يضيفان جديدا ولكن لا يلغيانها.

ثالثا: النصوص القانونية الواردة بالقانون المدني (124 م ج) (168 م م) وردت عامة بحيث يفهم منها أنها تطبق على الجميع متعاقدين أو غير متعاقدين، فهي لم تخص الغير بالذكر، والقاعدة القانونية تقضى بأن النص العام لا يخصص

(1) مصادر الالتزام ص 348 بند 290.

الا بنص خاص، فمثلا المادة (140 م ج) (1386 م ف) المتعلقة بمسؤولية مالك البناء، تطبق على جميع المالكين سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين.

رابعا: إذا كان رافضو الخيرة يتمسكون بأن القانون المدني، سواء عندنا أو في فرنسا، قد فصل بين المسؤوليتين، فنص على المسؤولية التقصيرية في باب مستقل فليس معنى هذا الترتيب الشكلي أنه يمنع الخيرة بين المسؤوليتين، فالترتيب الشكلي لا يترتب عليه حكم موضوعي.

خامسا: يؤيد أنصار الخيرة رأيهم بنصوص وردت في القانون الروماني كانت تجيز للمضرور المتعاقد أن يلجأ الى المسؤولية (الأكيلية) أي التقصيرية، واشهر مثل في ذلك ما ورد في هذا القانون، من أن صبي اسكافي فقأ معلمه عينه في خلال تعليمه، ورفع عليه دعوى أكيلية يطالبه فيها بالتعويض مع أنهما كان بينهما عقد يجعل للمعلم الحق في ضرب صبيه لتعليمه.

سادسا: إذا كان رافضو الخيرة يرون أن العقد قد ينص على التزامات يفرضها القانون فتصبح بعد اندماجها في العقد شروطا عقدية تترتب المسؤولية العقدية على مخالفتها، فإن أنصار الخيرة يردون عليهم بالقول بأن هذه النصوص القانونية تحتفظ بطبيعتها القانونية ولا تفقدها لمجرد انها أدرجت ضمن شروط العقد. ومخالفتها ترتب مسؤولية تقصيرية. وقد أتى بلانيول، وهو من أشهر أنصار الخيرة بمثل لذلك: إذا تعهد شخص بمقتضى عقد بألا يسرق أو لا يقتل، ثم سرق أو قتل المتعاقد معه، فهل تكون مسؤوليته عقدية لا لشيء الا لأنه تعهد بعدم السرقة أو بعدم القتل ؟[1].

سابعا: الرأي السائد هو أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على خضوعهما لأحكام المسؤولية التقصيرية فلماذا إذا لم يصرحا بهذا لا نقول بأنهما قد اتفقا على ذلك ضمنا ؟ إن الارادة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية (م 60 م ج)، غير أن القضاء الفرنسي مستقر على أن هناك التزامات أصلية فرضها القانون، مثل التزام البائع بضمان الاستحقاق أو العيوب الخفية، لا يترتب على مخالفتها إلا المسؤولية العقدية.

(1) أنظر مقالا لبلانيول في تعليقاته على حكم في دالوز الدوري سنة 1907 عدد 2 برقم 97.

هذا ويلاحظ أن من الفقهاء المتحمسين للخيرة، الى جانب بلانيول، أوبرى ورو، وتالير، وسوف نرى أن هناك تشريعات وأحكاما قضائية اعتنقت الخيرة.

96 ــ أما رافضو الخيرة فيستندون الى الحجج الآتية:

أولا: أن العقد شريعة المتعاقدين، ومتى اتفق المتعاقدان على عقد أصبح قانونا لهما لا يجوز لهما مخالفته، وكل مخالفة لأحكام هذا القانون الخاص ترتب المسؤولية التي يتضمنها هذا القانون الخاص أي العقدية.

ثانيا: احتراما لمبدأ سلطان الارادة يجب اعمال المسؤولية العقدية، فإذا سكت المتعاقدان عن المسؤولية التي تترتب على مخالفة أحكام العقد، فسر سكوتهما على أنهما أرادا تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، ويقول جوسران وهو من أشد أنصار عدم الخيرة، أن المسؤولية التقصيرية وضعت أحكامها للغيرلا للمتعاقدين، ولا يسوغ أن يكون المتعاقدان من الغير، ولقد فصل المتعاقدان لهما ثيابا خاصة بهما بدلا من الثياب الجاهزة، ولا يسوغ أن نفرض عليهما ثيابا لم يختاراها[1]

ثالثا: يقولون أن القانون المدني قد أراد الفصل بين المسؤوليتين حين خصص لكل منهما موضعا خاصا فوضع المسؤولية العقدية في باب ووضع المسؤولية التقصيرية في باب آخر.

رابعا: يقولون أنه إذا جاز للدائن الاختيار بين المسؤوليتين لترتب عليه ظلم في بعض العقود، مثال ذلك عقد الوديعة، فطبقا لنص المادة (592/ 1 م ج) ((ــ إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله)) فلو أجزنا للمودع الخيرة لترتب عليها أن يسائل المودع لديه المتبرع ببذل عناية الرجل المعتاد طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، مع أن هذا المودع لديه لا يستطيع أن يبذل هذه العناية، إذ الفرض هو أنه لا يبذل في حفظ ماله إلا عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد، فكأننا ظلمناه بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

(1) أنظر رأي جوسران في تعليق له في دالوز الدوري سنة 1927 عدد/ 1 برقم 105.

خامسا: ويستندون الى نصوص وردت في القانون الروماني تمنع الخيرة.

97 ــ ومن أشد أنصار عدم جواز الخيرة في فرنسا الى جانب جوسران، ديموج[1] ومازوفي كتاب المسؤولية المدنية، الى جانب القضاء الفرنسي

غير أن غالبية أنصار عدم جواز الخيرة قد أجازوا الخيرة استثناء في الأحوال الآتية:

أولا: في حالة ما إذا اعتبر عدم تنفيذ الالتزام العقدي جريمة جنائية، فالدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية قبلت اختصاصها بالدعوى المدنية إذا كانت ناشئة عن جريمة تعتبر مخالفة لالتزام عقدي، مع أنها غير مختصة أصلا بالنظر في المسؤولية العقدية[2] في حين أن الدوائر الأخرى ترفض الخيرة في هذه الحالة.

ثانيا: في حالة ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما في عدم تنفيذ التزامه، فقد أجيز للدائن في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض حتى عن الضرر غير المتوقع (م 2/182 م ج) وهناك رأي يقول أن الزام المدين الذي ارتكب غشا أو خطأ جسيما بدفع تعويض حتى عن الضرر غير المتوقع إنما هو خروج على المسؤولية العقدية وتطبيق للمسؤولية التقصيرية، ولكن هناك رأيا يرى أن ليس هنا خروج على المسؤولية العقدية وإنما هنا جزاء أشد على المدين لغشه أو خطئه الجسيم، لأنه يكون قد خان الثقة وحسن النية التي يجب أن تسود في تنفيذ الالتزام (م 107/ 1 م ج).

ثالثا: جرى القضاء الفرنسي، الذي يصر على عدم جواز الخيرة، على منح خلف المنقول الذي أصيب بحادث أثناء النقل، الحق في التمسك بالمسؤولية العقدية عما أصابهم شخصيا من ضرر بسبب هذا الحادث، مع أنهم يعتبرون من الغير بالنسبة الى عقد النقل، وقد استند القضاء الفرنسي في ذلك الى نص

(1) أنظر تعليقا لديموج في داللوز الدوري سنة 1927 عدد/ 1 برقم 6.
(2) أنظر حكما للدائرة الجنائية في جيريس كلاسير الدوري سنة 1946 عدد /2 برقم 3236 مع تعليق لرودير

ورد بالمادة 1122 م ف يفترض أن المنقول قد اشترط ضمنا لمصلحة خلفه، وبهذه الوسيلة يكون لهذا الخلف الخيار بين المسؤولية التقصيرية التي تحكم وضعهم حين يطالبون بتعويض ما أصابهم شخصيا من ضرر، والمسؤولية العقدية التي تعطي لهم بمقتضى الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، مع ملاحظة أن هذا الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، قد اقتصر على النقل البري، وقد منعه المشرع الفرنسي في النقل الجوي والبحري والنهري الدولي، بحيث لا يجوز للخلف في هذه الأنواع من النقل أن يرفع غير الدعوى التقصيرية.

رابعا: بالنسبة الى مسؤولية المهندسين المعماريين بسبب عيب في التشييد (م 554/ 1 م ج)، فإذا أصيب الغير بضرر نشأ عن عيب في تشييد البناء، فإن له أن يرجع على صاحب البناء بالتعويض عن هذا الضرر طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، وإذا دفع صاحب البناء التعويض، فإن له الحق في أن يرجع به على المهندس المعماري أو المقاول لمدة عشر سنين طبقا للمسؤولية العقدية، ولكن إذا كانت مدة عشر السنين قد انقضت فإن القضاء يعطيه الحق في الرجوع عليهما بهذا التعويض طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، ويبرر ذلك بأن صاحب البناء يحل محل المضرور في هذه المطالبة، وهنا، كان هناك محل للمسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين.

خامسا: في حالة ارتكاب المهنيين خطأ مهنيا Faute professionnelle مثل الموثق Le notaire يجيز القضاء الفرنسي الرجوع عليهم طبقا للمسؤولية التقصيرية بالرغم من وجود عقد يربط بينهم وبين زبائنهم، ويبرر ذلك بأن ذوي المهن مطالبون ببذل عناية لا تقل عن عناية الرجل المعتاد في ممارسة مهنتهم.

---

(1) انظر رأي جوسران في تعليق له في داللوز الدوري سنة 1927 عدد/1 برقم 105
(2) انظر تعليقا لديموج في داللوز الدوري سنة 1924 عدد 1 رقم 6.
(3) انظر حكما للدائرة الجنائية في جيريس كلاسير الدوري سنة 1946 عدد 2 برقم 3236 مع تعليق الروديير.

98 ــ موقف الفقه والقضاء والتشريع من هذا الخلاف:

أما موقف الفقه فهو كما رأينا منقسم الى طائفتين، أحداهما تؤيد الخيرة، وأخرى ترفضها، وقد رأينا أن بلانيول يقف على رأس مؤيديها، بينما يقف ديموج وجوسران على رأس رافضيها.

وقد انقسم الفقهاء العرب كذلك الى طائفتين، طائفة تؤيد الخيرة وعلى رأسها الأستاذ مصطفى مرعى[1] وطائفة أخرى، وهي الأغلبية، ترفض الخيرة، وعلى رأسها الأستاذ السنهوري[2] وينضم اليه الأستاذ سليمان مرقس[3] والأستاذ عبد الحي حجازي[4] والأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت[5] والاستاذ أنور سلطان[6] والأستاذ عبد المنعم فرج الصده[7].

ولكن يلاحظ أن الأستاذ السنهوري، بعد أن رفض الخيرة، عاد في البند نفسه (ص 862) يقول أن الخيرة لا تكون الا في التزام فرضه العقد والقانون معا، فأمين النقل إذا سرق البضاعة التي ينقلها، يكون قد أخل بالتزامه العقدي الناشيء عن عقد النقل، فتتحقق مسؤوليته العقدية، ويكون في الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانوني الذي يحرم عليه هذه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل، فتتحقق مسؤوليته التقصيرية، وللدائن أن يختار بين هاتين المسؤوليتين، فكأن الأستاذ السنهوري يرفض الخيرة من جهة ويقبلها من جهة أخرى، لأن أنصار الخيرة لم يقولوا بالخيرة الا إذا كان هناك اخلال بالتزام قانوني الى جانب الاخلال بالالتزام العقدي.

99 ــ أما موقف القضاء من الخيرة، فقد سبق أن قلنا أن القضاء الفرنسي مستقر مبدئيا على رفض الخيرة، لا سيما الدائرة المدنية الثانية، المختصة بالنظر في

---

(1) انظر كتابة في المسؤولية المدنية القاهرة سنة 1936 فقرة 28
(2) انظر الوسيط ج 1 ص 861 بند 515
(3) انظر كتابه الفعل الضار القاهرة سنة 1956 ص 24.
(4) انظر كتابه مصادر الالتزام القاهرة سنة 1960 من 428
(5) انظر كتابه نظرية الالتزام، الصادر بالقاهرة سنة 1954 بند 418.
(6) انظر كتابه مصادر الالتزام، القاهرة سنة 1964 بند 410
(7) انظر كتابه مصادر الالتزام، القاهرة سنة 1958 بند 410.

قضايا المسؤولية المدنية، أما غرفة العرائض، التي ألغيت أخيرا، فقد كانت تميل الى قبول الخيرة، ففي حكم صدر بتاريخ 1926/12/14[1] قبلت الخيرة بصدد قضية مريض هرب من المستشفى وأحدث بنفسه جروحا أدت الى بتر ساقه؛ فعلى الرغم من وجود عقد بينه وبين المستشفى، تترتب المسؤولية العقدية على مخالفة الالتزام الناشىء عنه، وبالتالي التعويض عن الضرر المتوقع فقط، قضت المحكمة بالتعويض عن الضرر غير المتوقع أيضا، أي طبقت المسؤولية التقصيرية، غير أن هذه الغرفة تراجعت ورفضت الخيرة منذ سنة 1936 حتى ألغيت،أما الدائرة الجنائية فقد سبق أن قلنا أنها أجازت الخيرة عند وجود جريمة جنائية.

وأما القضاء البلجيكي فكان يجيز الخيرة، وأن كان قد تراجع عن قبولها في آخر أطواره[2].

وأما موقف القضاء المصري، فقد كان القضاء الأهلي والمختلط يقبل الخيرة، ولكن محكمة النقض رفضتها في حكم لها صدر بتاريخ 1965/2/26[3]، غير أن هذه المحكمة أجازت الخيرة في حالتي وجود جريمة جنائية والغش أو الخطأ الجسيم من قبل المدين.

أما القضاء الجزائري فكان قبل الاستقلال يقبل الخيرة[4]، أما بعد الاستقلال فلم استطع الحصول على قضاء للمجلس الأعلى في هذا الصدد يبين موقفه.

وأما موقف التشريعات الوضعية من هذا الموضوع فعلى الرغم من أنه موضوع فقهي وقضائي لا تتعرض له التشريعات، فإن القانون الألماني والقانون

(1) نشر هذا الحكم في سيرية سنة 1927 عدد/1 برقم 105 مع تعليق الاسمان
(2) أنظر حكما لمحكمة النقض البلجيكية بتاريخ 1930/2/13 نشر في المجلة الفصلية 1931 ص 734
(3) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام محكمة النقض السنة 16 ص 220
(4) أنظر حكما لمحكمة الجزائر الاستئنافية،صدر بتاريخ 1924/1/9 نشر في جازيت دي باليه سنة 1924 عدد/1 برقم 587م.

السويسري يجيز ان الخيرة، وكذلك يقبلها التشريع الانجليزي وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية[1].

والرأي عندي هو قبول الخيرة، واستند في ذلك الى مايلي:

أولا: المسؤولية التقصيرية من النظام العام، لا يجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على استبعادها فكيف يستساغ بعد ذلك القول بأن المتعاقدين قد استبعداها ضمنا بإبرامهما عقدا بينهما ؟

ثانيا: قد يختار المتعاقدان صراحة اخضاع مسؤوليتهما الى أحكام المسؤولية التقصيرية، فلماذا لا نجيز لهما هذا الاتفاق ؟ انا إذا لم نجز لهما مثل هذا الاتفاق نكون قد أهدرنا مبدأ سلطان الارادة ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وهما المبدآن اللذان يستند اليهما انصار عدم الخيرة. وإذا أجزنا مثل هذا الاتفاق نكون قد أجزنا الخيرة للمتعاقدين وبالتالي لماذا نرفض الخيرة في حالة سكوتهما عن اختيار المسؤولية التقصيرية صراحة ؟ ولماذا لا نفترض انهما اختاراها ضمنا ؟ والتعبير عن الارادة قد يكون ضمنيا (م 60/ 2 م ج) لا سيما إذا كان في الخيرة مصلحة لهما ؟

100 ــ ونبحث الآن عما إذا كان في اختيار المتعاقدين المسؤولية التقصيرية مصلحة لهما ؟

الواقع بادىء ذي بدء هو أن المسؤولية العقدية أصلح للمتعاقدين، وخصوصا بالنسبة الى الدائن، ففي المسؤولية العقدية يقع عبء الاثبات على المدين، فعليه أن يثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام، وأحيانا يفترض عدم قيامه بتنفيذه إذا كان التزاما بتحقيق غاية، وحينئذ ليس على الدائن الا اثبات وجود عقد بينهما، والأمر على العكس من ذلك في المسؤولية التقصيرية إذ يقع فيها عبء الاثبات على الدائن، فعليه أن يثبت حدوث خطأ من المدين المسؤول كلما كانت مسؤوليته شخصية، ولذلك فإن القضاء الفرنسي كثيرا ما يجعل المسؤولية عقدية في كثير من الحالات التي لا محل فيها لمسؤولية عقدية، كما فعل بإنشاء التزام بالسلامة

(1) ارجع في ذلك الى البحث الذي وضعه ابن رقية بن يوسف عن العلاقة بين نظامي المسؤولية وقدمه لمعهد الحقوق سنة 1985.

Obligation de sécurité على عاتق الناقل البري يترتب على الاخلال به مسؤولية عقدية، وكما فعل في ابتكار الاشتراط لمصلحة الغير كما سبق ذكره. غير أنه تكون للمتعاقد مصلحة في اختيار المسؤولية التقصيرية والعدول عن المسؤولية العقدية في الأحوال الآتي بيانها ؟

أولا: في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان على اعفاء المدين من المسؤولية أو التخفيف منها، ومثل هذا الشرط جائز في المسؤولية العقدية وباطل في المسؤولية التقصيرية، فالمادة 178 م ج تنص في الفقرة الثانية منها على مايلي: ((وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم)) وتنص في الفقرة الثالثة منها على مايلي: ((ويبطل كل شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي)) أي عن المسؤولية التقصيرية.

فإذا اشتمل العقد على مثل هذا الشرط فإن من مصلحة الدائن أن يلجأ الى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على التعويض. غير أنه بصدد عقود الاذعان نشب خلاف في فرنسا حول قبول شرط الاعفاء من المسؤولية أو عدم قبوله، ويرجع هذا الخلاف الى أنه ليس في القانون الفرنسي نص خاص بالشروط التعسفية التي ترد في عقود الاذعان، أما في القانون الجزائري، كما في القوانين العربية الأخرى، فقد ورد نص المادة (110 م ج) يقضي بأنه ((إذا تم العقد بطريقة الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)).

وعلى ذلك فإذا ورد شرط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في عقد من عقود الاذعان، فإن للدائن، بدلا من اللجوء الى المسؤولية التقصيرية، الرجوع الى القضاء لالغاء هذا الشرط أو تعديله.

ثانيا: في حالة ما إذا اشتمل العقد على شرط جزائي (Clause pénale) للتعويض عن اخلال المدين بالتزامه طبقا لنص المادة (183 م ج)، فإذا جاوز الضرر الناشيء من الاخلال بالتزام قيمة التعويض المحدد بالشرط الجزائي، فليس

للدائن أن يطالب المدين بزيادة القيمة المحددة بالشرط الجزائي لكي تساوي مبلغ الضرر إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م 195). وعلى ذلك فإذا جاوزت قيمة الضرر الذي حدث للدائن قيمة التعويض المحدد بالشرط الجزائي، ولم يكن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، أو لم يستطع الدائن أن يثبت غش المدين أو خطأه الجسيم، أو كان المدين قد اشترط اعفاءه من المسؤولية التي تنشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم اللذين يرتكبهما الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ومثل هذا الاتفاق جائز عندنا، طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 178 م ج، في حين أن القضاء الفرنسي يبطله، ويساوي بين خطأ المدين الجسيم وغشه وبين خطأ تابعيه الجسيم أو غشهم، ففي هذه الفروض يكون من مصلحة الدائن أن يترك المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على تعويض يساوي قيمة ما حدث له من ضرر.

ويلاحظ أن المادة 1152 م ف كانت لا تجيز للقاضي الزيادة أو التخفيض في المبلغ المحدد بالشرط الجزائي، احتراما لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ولكن قانونا صدر في 1975/7/9 أجاز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي أو زيادته إذا رأى أنه مبالغ فيه أو تافه بالنسبة الى ما حدث من ضرر، ثم صدر قانون بتاريخ 1985/10/11 أعطى للقاضي سلطة اجراء التخفيض أو الزيادة في المبلغ المحدد بالشرط، من تلقاء نفسه D'office وبدون طلب من المتعاقدين، فأصبح عدول المتعاقدين عن المسؤولية العقدية غير مجد، بخلاف ما عندنا.

ثالثا: في حالة ما إذا كان التزام المدين التزاما ببذل عناية، لا يسأل عن الاخلال به إلا إذا أثبت الدائن خطأه وانه لم يبذل في تنفيذه عناية الرجل المعتاد، ولكن كان الضرر الذي حدث للدائن قد حدث بفعل شيء في حراسة المدين أو بفعل تابع له، فإن من مصلحة المضرور أن يترك المسؤولية العقدية وأن يلجأ الى المسؤولية التقصيرية لأن الخطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس في المسؤولية عن فعل الأشياء لا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي، أو لأن خطأ المتبوع غير قابل لاثبات العكس بتاتا، فتكون للدائن مصلحة في الانتقال الى احدى هاتين المسؤوليتين ليعفى من اثبات خطأ المدين.

رابعا: من مصلحة الدائن أن يطالب بتعويض ما حدث من ضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على تعويض الضرر الذي لم يكن متوقعا عند التعاقد، وقد نصت المادة (182/ 2 م ج) على مايلي ((غير أنه إذا كان التعويض مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد))، ويذهب رأي في الفقه الفرنسي الى وجوب التعويض في المسؤولية التقصيرية حتى عن الضرر غير المباشر، بينما الاجماع منعقد على عدم التعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية العقدية.

خامسا: من مصلحة المضرور عقديا إذا أصيب بضرر أدبي أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية للحصول على التعويض عن هذا الضرر، ولو ظل خاضعا لأحكام المسؤولية العقدية فإنه ــ في بعض الآراء وفي بعض التشريعات ــ لن يحصل على هذا التعويض. ذلك لأنه بينما يكاد ينعقد الاجماع فقها وقضاء وتشريعا على التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية، فإن التعويض عن هذا الضرر في المسؤولية العقدية مازال محل خلاف كبير، فلقد كان القضاء الفرنسي القديم حتى أواخر القرن الماضي متأثرا برأي دوما وبوتييه اللذين فهما خطأ أن القانون الروماني لم يكن يقضى بالتعويض الأدبي في المسؤولية العقدية، مع أن هذا القانون لم يكن يفرق بين المسؤوليتين في التعويض عن هذا الضرر، غير أن القضاء الفرنسي المدني ما لبث أن عدل عن هذا الرأي واستقر منذ أوائل هذا القرن على التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، بينما ظل القضاء الاداري هناك يرفضه في هذه المسؤولية حتى الأن.

وأما الفقه فيكاد يجمع على قبوله في المسؤولية العقدية فيما عدا أقلية ضئيلة[1]. أما في القوانين العربية فقد أورد القانون المدني المصري نصا بالمادة (222) عاما يشمل المسؤوليتين في التعويض عن الضرر الأدبي، وقد حذت القوانين العربية الأخرى حذوه. أما القانون المدني الجزائري فقد أغفل النص على

(1) من هذه الاقلية: لوران في شرح القانون المدني، ج 26 فقرة رقم 281، وبودري لاكاتينرى وبارد في كتابها الالتزامات ج 1 ص 276.

التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤوليتين، ولكن ليس معنى هذا أنه يرفض هذا التعويض، وذلك لأن نص المادة 124، ونص المادة 182 منه، وردا بالتعويض عن الضرر دون أن تخصصاه بالضرر المادي، وبما أنه لا تخصيص بدون مخصص. فإنه يسوغ القول بأن القانون المدني الجزائري يقبل التعويض عن الضرر الأدبي، لا سيما وأن المشرع الجزائري قد نص صراحة على التعويض عن هذا الضرر بالمادة 4/3 من قانون الاجراءات الجزائية، فجعل للمحكمة الجزائية سلطة الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية إذا ما رفعت اليها الدعوى المدنية بالتبعية الى الدعوى الجزائية، ومعروف أن رفع الدعوى المدنية بالتبعية الى الدعوى الجزائية استثناء وضعه المشرع لمصلحة المدعي المدني، وأن المحكمة المدنية هي المختصة أصلا بالنظر في الدعوى المدنية، واذن فلها من باب أولى أن تحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي في هذه الدعوى إذا ما رفعت اليها، والا كان للاستثناء أكثر مما للأصل. وفضلا عن ذلك فقد أورد المشرع الجزائري النص على التعويض عن الضرر الأدبي بالمادة 8 من قانون العمل الصادر بتاريخ 1978/8/12، وبالمادة 05 من قانون الأسرة الصادر بتاريخ 1984/6/9.

ثم أن القضاء الجزائري مستقر على التعويض عن الضرر الأدبي، بل أن المجلس الأعلى قضى بأن «قاضي الموضوع ليس ملزما بتعليل حكمه بالتعويض عن الضرر المعنوي، وإذا كان ملزما بذكر مختلف العناصر التي استند اليها فعلا للحكم بالتعويض المادي، فهو غير ملزم بذلك في حكمه بالتعويض عن الضرر المعنوي لأنه يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج الى تعليل»[1]

أما التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية فهو مشكوك في وجوده في التشريع الجزائري. واذن فمن مصلحة المضرور عقديا، طبقا للتشريع الجزائري، أن يترك المسؤولية العقدية الى المسؤولية التقصيرية لكي يحصل على التعويض عن الضرر الأدبي.

1984/6/9[1].

تعليل»[2].

(1) ثم صدر قانون علاقات العمل في 1990/4/25 فقضى في المادتين 2/6 و 157 بالتعويض عن الضررين المادي والأدبي اللذين يصيبان العامل.

(2) صدر هذا الحكم في القضية رقم 24500 بتاريخ 1986/5/13.

سادسا: من مصلحة المضرور عقديا أن يختار المسؤولية التقصيرية ليطالب بتعويض ما أصابه من ضرر دون حاجة الى اعذار المدين، في حين أنه لا يستطيع في الأصل أن يطالب بالتعويض في المسؤولية العقدية الا بعد اعذار المدين)) المادة 179، ثم جاءت المادة (181 م ج)، الخاصة بعدم ضرورة الاعذار فنصت في الفقرة الثالثة منها على عدم ضرورة الاعذار: ((إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر)) أي عن المسؤولية التقصيرية.

سابعا: قد يتفق المتعاقدان على تقصير مدة التقادم في المسؤولية العقدية، ومع أن مثل هذا الاتفاق غير جائز طبقا لقوانيننا العربية، إذ نصت المادة (322 م ج) على أنه ((لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون)) وهي تقابل المادة (1/388 م م) والمادة (1/389 م) سوري والمادة (232 م) عراقي، فإن الاتفاق على تقصير مدة التقادم في المسؤولية العقدية جائز في فرنسا لعدم وجود نص يحرمه، بينما الاتفاق على تقصير مدة التقادم في الدعوى التقصيرية غير مقبول هناك، وعلى ذلك فطبقا لما يجرى عليه العمل في فرنسا، إذا اتفق المتعاقدان على تقصير التقادم في المسؤولية العقدية فيكون من مصلحة المضرور عقديا أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية مادامت مدة التقادم فيها لم تنقض بعد في حين أنها انقضت في المسؤولية العقدية.

ثامنا: من مصلحة المضرر عقديا أن ينتقل الى المسؤولية التقصيرية إذا تعدد المسؤولون لكي يطالب كلا منهم بكل التعويض باعتباره متضامنا، فقد نصت المادة 126 م ج المقابلة للمادة 169 م م على أنه ((إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...)) وبما أن القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا على التضامن في هذه المسؤولية، فقد ابتكر القضاء هناك فكرة التضامم In solidum وطبقا للتضامم يستطيع الدائن أن يطالب كلا من المدينين بكل التعويض كما في التضامن تماما. ويرجع الخلاف بيننا وبين الرأي السائد في فرنسا، إلى أنه في حالة تعدد المخطئين يعتبر الضرر عندنا مترتبا كله على كل خطأ من الأخطاء المتعددة فيكون مصدر التعويض واحدا، وهذا هو ما يميز الالتزام التضامني.

أما الرأي في فرنسا فهو أن كان خطأ يعتبر متميزا عن الاخطاء الأخرى ومستقلا عنها، ولذا يستقل بنصيبه في التعويض فيتعدد مصدر الدين، وهذا هو ما يميز الالتزام التضامني، وعلى كل حال فطبقا للتضامن أو التضامم يكون للمضرور أن يطالب كلا من المسؤولين المتعددين بكل التعويض في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فلا يفترض التضامن، وقد نصت المادة 217 م ج المقابلة للمادة 279 م م على أن التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون.

تاسعا: في نطاق تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، من المقرر أن للمتعاقدين أن يختارا قانونا يطبق على عقدهما (م 18 م ج) المقابلة للمادة (19 م م) طبقا لمبدأ سلطان الارادة، فتترتب على مخالفة الالتزامات الناشئة عن العقد أحكام المسؤولية العقدية المقررة في القانون المختار، وقد تكون هذه الأحكام مجحفة بالدائن ويكون من مصلحته أن يختار أحكام المسؤولية التقصيرية إذا كان قانون محل وقوع الفعل الضار الذي ترتبت عليه المسؤولية أكثر انصافا له، وهو القانون الذي يسرى على الفعل الضار طبقا لنص المادة (20 م ج) المقابلة للمادة (21 م م).

عاشرا: إذا أجيز للمضرور عقديا أن يترك المسوؤلية العقدية الى المسؤولية التقصيرية فإنه يترتب على ذلك أنه إذا خسر دعواه التي رفعها على أساس المسؤولية العقدية يجوز له أن يرفع دعوى جديدة على أساس المسؤولية التقصيرية دون أن يحتج عليه بحجية الحكم السابق في المسؤولية العقدية. وهذا هو الذي أخذ به القضاء الفرنسي(1) أما القضاء المصري فقد انقسم بصدد هذه المسألة، فبينما جارت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض القضاء الفرنسي في ذلك(2) فإن الدائرة المدنية لهذه المحكمة رفضته(3).

---

(1) انظر في ذلك حكما للدائرة المدنية الثانية بتاريخ 31 مارس 1960 نشر في المجلة المدنية عدد 11 برقم 220، وانظر التعديل الذي أدخله مرسوم صدر في فرنسا بتاريخ 1935/10/30 على المادة 565 من قانون الاجراءات المدنية بهذا المعنى.

(2) انظر حكما للدائرة الجنائية بهذا المعنى بتاريخ 8 مارس 1943 المنشور بمجلة المحاماه عدد/25 برقم 45 ص 132.

(3) انظر حكما للدائرة المدنية بتاريخ 1935/1/5 منشور بمجموعة عمر لأحكام النقض العدد 2 برقم 154 ص 452.

المبحث الثالث

شروط قيام المسؤولية التقصيرية:

تمهيد:

101 ــ رأينا في تعريف المسؤولية العقدية أنه يشترط لقيامها أن يكون هناك عقد يربط بين الطرفين وأن يكون صحيحا، وأن يخل المدين بالتزام ناشىء مباشرة عن هذا العقد، وأن يترتب على هذا الاخلال ضرر للدائن أو لخلفه، وأن تقوم علاقة سببية بين هذا الاخلال وبين هذا الضرر.

فإذا لم تتوافر هذه الشروط، وكانت هناك مسؤولية فلا مناص من أن تكون مسؤولية تقصيرية، ومعنى ذلك هو أن المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام، وأن المسؤولية العقدية استثناء لا يعمل به الا بتوافر الشروط السابقة الذكر.

ولقد جرت النظرية التقليدية على أنه يشترط لقيام المسؤوليتين توافر عناصر ثلاثة: خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. وأقول النظرية التقليدية لأن هناك نظرية حديثة هي نظرية تحمل التبعة La théorie du risque التي سنتعرض لها فيما بعد، ترى عدم ضرورة عنصر الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية.

وإذن فطبقا للنظرية التقليدية، التي سار عليها القانون الفرنسي وحذت قوانيننا العربية حذوه، يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية قيام عنصر الخطأ الى جانب العنصرين الآخرين الضرر وعلاقة السببية. وبصدد عنصر الخطأ، قسم القانون المدني الجزائري، على غرار القوانين العربية الأخرى، المسؤولية التقصيرية الى أنواع ثلاثة، النوع الأول: هو المسؤولية عن الاعمال الشخصية، أي عن الاعمال التي تقع من الشخص نفسه بدون تدخل الغير أو الشيء. وقد تناول هذا النوع في القسم الأول من الفصل الثالث، الخاص بالمصدر الثالث للالتزام، أي بعد القانون والعقد، ونص على هذه المسؤولية بالمادة 124، وجعلها تقوم على الخطأ الواجب الاثبات، وأن كان النص العربي قد أسقط ركن الخطأ سهوا، وقد أورده النص الفرنسي للمادة 124. أما النوع الثاني من المسؤولية التقصيرية فهو المسؤولية عن عمل الغير، وقد ورد النص عليها بالمواد 134 الى 137.

في القسم الثاني. وتنقسم المسؤولية عن عمل الغير بدورها الى نوعين، النوع الأول هو مسؤولية متولى الرقابة، وقد تناولت المادتان 134 و 135 النص على هذه المسؤولية وجعلت الخطأ فيها مفترضا افتراضا يقبل اثبات العكس، وسوف نرى أن متولى الرقابة تفترض مسؤوليته عن العمل الضار الذي يرتكبه الموضوع تحت رقابته، ولكنه يستطيع أن ينفى هذا الخطأ عن نفسه بوسيلتين كما سوف نرى.

أما النوع الثاني من المسؤولية عن عمل الغير فهو مسؤولية المتبوع عن تابعه، التي ورد النص عليها بالمادة 136، وقد رأت النظرية التقليدية أن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس، بل ولا يدحض حتى بإثبات السبب الأجنبي، أي أن هذه المسؤولية هي أشد أنواع المسؤولية قسوة، ولسوف نرى فيما بعد أن قيام هذه المسؤولية على عنصر الخطأ محل خلاف فقهي حاد.

أما النوع الثالث من المسؤولية التقصيرية فهو المسؤولية الناشئة عن الأشياء، وقد تناولها القانون المدني في القسم الثالث بالمواد 138 ــ 140. وقسمها الى مسؤولية عن عمل الأشياء غير الحية، ومسؤولية عن عمل الأشياء الحية. فالمسؤولية عن عمل الأشياء غير الحية نص عليها بالمادة 138 وبالمادة 140.

فالمادة 138 تناولت المسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية واقامتها على أساس الخطأ المفترض الذي لا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي.

وأما المادة 140 فقد اشتملت على نوعين من المسؤولية، النوع الأول هو المسؤولية عن الحريق وقد تناولت الفقرة الأولى من هذه المادة النص عليها، واقامت المسؤولية في هذه الحالة على أساس خطأ واجب الاثبات.

أما الفقرة الثانية من المادة 140 فهي خاصة بالمسؤولية الناشئة عن الضرر الذي يحدث بسبب تهدم البناء، وسوف نرى أن الخطأ في هذه المسؤولية مفترض ولكنه افتراض غير قابل لاثبات العكس في أحد شطريه، وقابل لاثبات العكس

في شطره الآخر. أما النوع الثاني من المسؤولية عن عمل الأشياء فهو المسؤولية عن عمل الأشياء الحية أي عن عمل الحيوان وقد نص القانون المدني على هذه المسؤولية بالمادة 139 واقامها على أساس خطأ الحارس خطأ غير قابل لاثبات العكس ولا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي، وهكذا نرى أن عنصر الخطأ يتدرج في المسؤولية التقصيرية من خطأ يجب اثباته الى خطأ مفترض ولكن يمكن اثبات عكسه الى خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس، ولكن هذه المسؤولية تقوم على كل حال، طبقا للنظرية التقليدية، على عنصر الخطأ، فما هو هذا الخطأ ؟

102 ــ لقد أثارت فكرة الخطأ أشد الوان النقاش في القانون المدني، واحتدم الخلاف حولها منذ نحو قرن من الزمان بين الفقه والقضاء، بل وامتد حتى وصل الى التشريعات الوضعية. ولكن ندرك بالضبط ما هو معنى الخطأ، ينبغي أن نلقى نظرة سريعة على تطور المسؤولية المدنية عبر التاريخ. لنرى كيف أن فكرة الخطأ لم تكن معروفة في الشرائع القديمة، وانها فكرة ظهرت تحت تأثير اختلاط المسؤولية الجنائية بالمسؤولية المدنية وتحت تأثير فكرة الخطيئة التي عرفتها المسيحية والفقهاء الكنسيون.

فإذا رجعنا الى أقدم شريعة عرفت في التاريخ وهي شريعة حمورابي ملك بابل، الذي وضع تشريعه في سنة 1728 قبل الميلاد، وجدنا أن هذا التشريع لم يتعرض للمسؤولية المدنية، وإنما تعرض للمسؤولية الجنائية وكان يقضى بعقوبات قاسية أشد القسوة، تتراوح بين الاعدام بطريق الاغراق أو بطريق الاحراق أو بإلقاء المتهم في حفرة، وكان المدين إذا لم ينفذ التزامه يحبس أو يخدم الدائن حتى يوفى بدينه، وكان هذا التشريع يفرق بين الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية، ويشدد العقوبة في الأولى ويكتفى في الثانية بالدية، وكان يقضى بالعقوبة الجماعية، فإذا سرق شيء في دائرة مدينة ولم يعرف السارق، حكم على سكان المدينة كلها برد قيمة الشيء المسروق. وكان الأخذ بالثار هو أول ما عرفته الجماعات القديمة (La vindicta privata) فمن أصيب باعتداء عليه لم يكن يفكر في المطالبة بالتعويض كما هي الحال اليوم، وإنما يفكر في الانتقام، واشفاء غليله ممن اعتدى عليه. وقد كان الانتقام يعم الجماعة التي ينتمي اليها

المعتدي عليه. فإذا اعتدى على فرد من قبيلة أو من عشيرة، اعتبر الاعتداء على جماعة المعتدى كلها، وكان ذلك سببا في الحروب المستمرة بين القبائل والعشائر قديما.

وكثيرا ما كان الانتقام من نوع الاعتداء، فالسن بالسن والأنف بالأنف والاذن بالاذن، وهذا هو ما سمى بقانون تاليون (La loi du talion).

103 ــ وقد عرف القانون الروماني في أول عهده نظام الانتقام الفردي والجماعي، وحين وضع قانون الألواح الأثنى عشر (La loi de douze tables) الذي لا يعرف تاريخ وضعه بالضبط، حاول تنظيم الانتقام بصفة رسمية، فحرمه في بعض الحالات وأجازه في بعض الحالات الأخرى، وفي الحالات التي حرم فيها الانتقام أحل محله تعويضا يجب على المعتدي دفعه، ولكن كان هذا التعويض يأخذ صبغة الغرامة الجنائية، وكان المسؤول ملتزما بدفعه شخصيا، وكان عليه أن يدفعه عينا أو مالا. وكان يباح للأفراد أن يتفقوا فيما بينهم على مقدار هذا التعويض الذي يختلف باختلاف مراكز الأشخاص.

وفي مرحلة تالية تطور القانون الروماني ووصل الى تحريم الانتقام نهائيا، ومنعت الدولة الأفراد من الاتفاق على مقدار التعويض وحددته اجباريا، وأصبحت الدية مقدرة قانونا والزامية، ولكنها ظلت تأخذ صبغة الغرامة الجنائية، ولذا فقد كانت تنقضي بموت المسؤول ولا تنتقل الى ورثته، وتنقضى أيضا بموت المضرور.

وفي مرحلة تالية تطور القانون الروماني ووضع قانون اكيليا (Aquilia) الصادر في أواخر القرن الخامس من بناء روما الذي هذب أحكام قانون الألواح الأثنى عشر ونص على بعض الجرائم المحددة، بحيث لم يكن يعاقب على غيرها، كما هي الحال في قوانين العقوبات الحديثة، غير أن هذا القانون لم يكن يتناول الا الجرائم المادية والايجابية، بمعنى أن التلف الذي يقع يجب أن يكون ماديا. واقعا على شيء مادي والجريمة السلبية، أي الامتناع، لا عقاب عليها، وبما أن الجرائم كانت محددة، فلم تكن هناك مسؤولية مدنية منفصلة عن المسؤولية الجنائية، بل كان يشترط للتعويض المدني أن يعتبر الفعل جريمة منصوصا عليها، وبالتالي لم يكن هناك مبدأ عام للمسؤولية المدنية بل هناك حالات محددة بالجرائم

المنصوص عليها، والتي تترتب عليها مسؤولية مدنية. ولم تظهر فكرة الخطأ بالطبع في هذا القانون، وإن كانت قد ظهرت من بعيد في الجرائم التدليسية[1].

104 ــ أما في القانون الفرنسي القديم، فقد فصل دوما (Domat) في القرن السابع عشر، بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، ولأول مرة تبلورت المسؤولية المدنية واستقلت عن المسؤولية الجنائية وأن كانت مازالت حتى اليوم متأثرة بالعهد الذي اختلطت فيه بها. ووضع دوما مبدأ عاما لهذه المسؤولية، وبرزت فكرة الخطأ بوضوح في كتابات دوما المتأثرة بالقانون الكنسي، فكتب في مؤلفه: القوانين المدنية (Les lois civiles) مايلي ((كل الخسائر وكل الأضرار التي تحدث من اشخاص،... سواء كان سببها هو عدم التبصر، أو الرعونة أو الجهل بما يجب العلم به أو بأية أخطاء مماثلة مهما كانت بسيطة، توجب التعويض على كل من كان اهماله أو خطؤه سببا في حدوثها))[2] ولأول مرة ميز دوما بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وإن كان هذا التمييز لم يتبلور الا في القرن الماضي حين وضع الفقيه البلجيكي سانكتلت (Sainctellete) مؤلفه عن المسؤولية والضمان[3] أبى فيه أن يطلق اسم المسؤولية على المسؤولية العقدية بل أطلق عليها الضمان La garantie وقصر تسمية المسؤولية La responsabilité على المسؤولية التقصيرية، امعانا في التمييز بين النظامين.

105 ــ تعريف الخطأ La faute

لم يحدث أن اختلف الرأي حول مفهوم قانوني مثل ما اختلف في تعريف الخطأ، تلك الكلمة الغامضة التي تأثرت تعريفاتها بالنزعات الدينية، والفلسفية والخلقية، والاجتماعية بل والاقتصادية أيضا.

(1) يرجع في القانون الروماني الى: عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني ــ القاهرة سنة 1959، الدواليين: الوجيز في الحقوق الرومانية دمشق 1961 ج 1، ورضا فرج: تاريخ النظم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1976 وبالفرنسية Giffar: Precis de droit romain T.1 -1933 et T.2 1934.

(2) Domat: Les lois civiles

(3) de la responsabilité et de la garantie paris 1884.

ولا أريد أن أخوض في شرح كل التعاريف حتى لا يضل طلبة السنة الثانية وهم ما يزالون على أبواب الدراسة القانونية، في متاهات لا يهتدون الى فكرة واضحة عن هذا العنصر الذي اعتبرته النظرية التقليدية الحجر الأساسي للمسؤولية. وحسبي أن أرسم الخطوط العريضة لتطور عنصر الخطأ، ولسوف نرى من سياق هذا التطور أن عنصر الخطأ في المسؤولية المدنية يتضاءل رويدا، ويكاد يختفي، سواء في التشريعات الوضعية العديدة التي صرفت النظر عن فكرة الخطأ، وعمدت الى اعتبار المسؤولية موضوعية لا محل فيها للخطأ، أو في الفقه الذي نادى بنظرية تحمل التبعة وما لحق بها من مصطلحات تدور كلها حول محور الضرر دون البحث عن فكرة الخطأ، أو في القضاء الذي دأب منذ أواخر القرن الماضي وطوال القرن الحالي على التهرب من فكرة الخطأ شيئا فشيئا فابتكر ما سماه بالخطأ بالقوة la faute virtuelle والالتزام بالسلامة في الكثير من العقود، وانتهى في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية الى أنها مسؤولية تقوم بمقتضى القانون ولا محل فيها للبحث عن الخطأ، والى اعتبار عديم التمييز مسؤولا عما أحدث من ضرر. مع أن عديم التمييز لا يتصور أن ينسب اليه خطأ، وقد جارى المشرع الفرنسي القضاء فوضع المادة 489 ــ 2 في القانون المدني سنة 1968[1]، التي تقضي بمسؤولية المضطرب عقليا عن التعويض، وعممها القضاء كما سوف نرى.

106 ــ والواقع هو أن فكرة الخطأ لم تبرز كما نفهمها اليوم، لا في الشريعة الاسلامية ولا في القانون الروماني العتيق، وإنما برزت لدى فقهاء الكنيسة Les canonistes في القرون الوسطى، الذين خلطوا بين الخطأ La faute وبين الخطيئة Le péché، ثم جاء دوما وبوتييه فتأثرا بالفقهاء الكنسيين من جهة، وبما فهماه من القانون الروماني في آخر عهده، وباختلاط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية من جهة أخرى.

وقد أقاما المسؤولية المدنية في شطريها التقصيري والعقدي على أساس الخطأ وأن كانا قد فرقا بين هذين الشطرين فرأيا أن الخطأ التافه يستوجب

(1) القانون رقم 68 ــ 5 الصادر في 1968/1/3.

التقصيرية، غير أن بعض الفقهاء قد حاولوا حصر دائرة هذا الخطأ فعرفوه بالتعريفات التالية: فعرفه بلانيول[1] بأنه الاخلال بالتزام سابق، ثم وضع قائمة قامت على أربعة أقسام لهذا الاخلال:

الأولى: الالتزام بعدم استعمال العنف ضد الأشخاص والاموال.

الثانية: الالتزام بعدم استعمال الغش والخداع مع الناس.

الثالثة: الالتزام بعدم القيام بعمل لا تتوافر فيه لدى من يقوم به المهارة والقوة الواجبتان.

الرابعة: الالتزام باليقظة وبرقابة الأشخاص الذين يسأل عنهم والاشياء الخطرة التي تحت الحراسة.

وقد أخذ على تعريف بلانيول وعلى تقسيمه أنه ليس تعريفا للخطأ، كما أنه لا يشمل كل أنواعه[2] وعرف جوسران[3] الخطأ بأنه يتضمن عنصرين:

الأول: المساس بحق من حقوق الانسان، على أن يفهم الحق بالمعنى الواسع ليشمل الحريات، أما المساس بمصلحة فهو غير كاف.

الثاني: هو الا يستطيع المسؤول أن يتذرع بحق أقوى من حق المضرور.

وعرف ايمانويل ليفي[4] الخطأ بأنه اخلال بالثقة المشروعة La confiance légitime trompée وهو يحلل هذا التعريف بقوله، أنه لكي يعيش الناس بعضهم مع بعض في المجتمع، فإنهم بحاجة الى الثقة المتبادلة بينهم، ولذا فينبغي أن يكون سلوك كل واحد منهم بحيث لا يخيب ما يجب أن يكون لدى الآخرين من ثقة فيه، فإذا خيب سلوكه هذه الثقة المشروعة، كان مسؤولا عن عمله، ومن جهة أخرى، فكل أمرىء لكي يعيش في المجتمع بين الناس، محتاج الى الثقة بنفسه، والا فيكون مقضيا عليه بالجمود، ولذا فينبغي أن يكون متأكدا مما يأتيه من الأفعال، بحيث لا تعود عليه بالمسؤولية. وبعبارة أخرى، يجب على كل أمرىء

(1) في مؤلفه القصير: القانون المدني ج 2 بند 63.
(2) أنظر في ذلك Marty et Raynaud T.2 N°398
(3) انظر جوسران Droit civil T.2 N°422
(4) في مقال له نشر بالمجلة النقدية سنة 1899.

يقدم على عمل من الأعمال أن يكون واثقا من أن عمله هذا لن يضر أحدا، وأن يثق الآخرون من جهتهم بأن عمله هذا لن يضرهم. فإن تسبب بعمله هذا في احداث ضرر للغير فإنه يكون قد خان الثقة المتبادلة.

أما كابيتان[1] فيحلل الخطأ الى عنصرين:

الأول: عنصر التعدي La culpabilité

والثاني: عنصر الاسناد L'imputabilité

فالعنصر الأول عنصر مادي موضوعي هو أن يسلك المرء مسلكا لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي (Le B.P.F) أو الا يفعل ما كان ينبغي أن يفعله الرجل العادي، والعنصر الثاني معنوي، وهو يقتضي الا يسأل المرء عن التعدي الا إذا كان مميزا يدرك أنه معتد.

108 ــ ولقد حاول الأستاذ السنهوري التوفيق بين هذه التعاريف[2] فحلل الخطأ التقصيري كما سبق أن فعل كابيتان، الى عنصري التعدي والاسناد، وقاس التعدي بمعيار الانحراف عن سلوك الرجل العادي منظورا اليه نظرة مجردة عن ظروفه الشخصية، بحيث لا تؤخذ في الاعتبار مثل هذه الظروف من مرض وغيره، أي لا ينظر اليه نظرة ذاتية وبمعيار شخصي In concretO ولكن تؤخذ في الاعتبار ظروفه الخارجية من زمان ومكان.

غير أن الرجل العادي الذي لا تعتبر ظروفه الداخلية ينبغي أن يقاس بالرجل العادي من طبقته أو من طائفته أو من جنسه، فالطبيب العادي هو الذي لا ينحرف عن سلوك أمثاله من الأطباء العاديين الذين لا يعتبرون من النابغين الممتازين ولا من الخاملين المهملين، والأمي الريفي غير المثقف يقاس بمعيار طبقته من الأميين العاديين لا بمعيار المثقفين النابهين، والمرأة، فيما تقوم به من أعمال النساء، تقاس بالنساء العاديات المتوسطات، ولا يعتبر هذا أخذا بالظروف الشخصية[3] إذ هي ليست داخلية. ويلاحظ أننا إذا أخذنا بمعيار الرجل العادي

(1) انظر مؤلفه في القانون المدني ج 2 ص 374
(2) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات طبعة 1988 البندان 308، 309، والوسيط ج 1 ط 1973 البنود 527 وما يليها
(3) عكس ذلك حشمت أو ستيت نظرية الالتزام بند 484 مع أنها ظروف مشتركة بين جميع أفراد الطبقة الواحدة.

(Le B.P.F) المتجرد من ظروفه الداخلية والشخصية، نكون في الواقع قد أخذنا جزئيا بنظرية تحمل التبعة La théorie du risque لأن جمهور الناس لا تتوافر فيهم صفات الرجل العادي، بل يقل ذكاؤهم وحرصهم عما ينبغي أن يتوافر لدى الرجل العادي[1]، وبذلك فهم يكونون مسؤولين عن أعمالهم لأنهم لم يبذلوا عناية الرجل العادي رغما عنهم، كما أن عنصر الاسناد واشتراط التمييز في نسبة الخطأ قد تطور أخيرا كما سوف نرى حتى أصبح غير المميز مسؤولا (م 125/ 1 م ج)، وتطور القضاء الفرنسي والتشريع معه نحو مسؤولية عديم التمييز.

والواقع هو أن فكرة الخطأ نسبية وسوف تؤول الى الزوال، وتصبح المسؤولية موضوعية لا تقيم وزنا للخطأ، كما سوف نرى فيما بعد.

ففكرة الخطأ نسبية كما تقدم ذكره، تتغير بتغير الأزمان وباختلاف البيئات، فالمبارزة مثلا كانت من أعمال البطولة والشرف قديما، وقد أصبحت اليوم تعتبر فعلا خاطئا يرتب المسؤولية.

وتأديب المرأة عندنا عمل مشروع لقوله تعالى: فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن)).

وهو عمل غير مشروع في البلاد الغربية وسبب من أسباب الطلاق. واستعمال الحق قانونا لم يكن يرتب المسؤولية في القانون الروماني، طبقا للقاعدة القائلة Neminem Loedit qui suo jure utitur، وقد صار اليوم من يستعمل حقه مسؤولا عما يحدثه من ضرر ولو لم يكن مخطئا (المادة 2/41 م ج).

109 ــ أن فكرة الخطأ مازالت بقية من اختلاط المسؤولية المدنية بالجنائية وبالمسؤولية الخلقية، وقد انفصلت المسؤولية المدنية عنهما، وأصبحت اليوم مسؤولية موضوعية تهدف الى تعويض ما يحدثه الانسان من ضرر لغيره، سواء بفعله الخاطىء أو بفعله غير الخاطىء. ثم أن المسؤولية المدنية قد أصبحت اليوم جماعية، وعادت الى صورتها الأولى في المجتمعات البدائية حين كانت كل

(1) الوسيط ج 1 ص 886 بند 528.

القبيلة تدفع التعويض عما ارتكبه أحد أفرادها، وقد أصبحت المسؤولية المدنية اليوم لا تثقل عاتق الفاعل، بل تتولى التعويض عنه شركات التأمين أو مؤسسات الضمان الاجتماعي وصناديق الضمان في المؤسسات والتعاونيات، وأصبح المسؤول لا يتحمل عبء التعويض، بل يدفع اقساط التأمين أو يخصم من دخله جزء لصندوق الضمان، وهو يدفع هذا القسط سواء ارتكب فعلا ضارا أو لم يرتكب، وسواء عليه أدفعت شركات التأمين أو صناديق الضمان التعويض أم لم تدفع تعويضا ما، لأنه لم يرتكب أي فعل ضار، فلماذا إذن نبحث عن ضرورة اثبات خطأ عليه[1].

أن المشروعات الصناعية الكبرى والمتاجر الضخمة تكسب الملايين من وراء كدح عمالها، وهي حتى ولو لم تكن مؤمنة وتحملت دفع التعويض عن أعمالهم الضارة، سوف تضيف مبالغ التعويض المدفوعة الى المصروفات العامة وتوزعها على أثمان منتجاتها، بحيث يدفع المستهلكون هذه الأثمان مضافا اليها مبلغ التعويض دون أن يشعروا بأنهم يدفعون تعويضا لأنه جزء ضئيل من الثمن، فلماذا اذن نطالب المضرورين بإثبات خطأ على هؤلاء العمال حتى تثبت مسؤولية متبوعيهم، وكثيرا ما يستحيل على المضرورين اثبات أي خطأ ضدهم لأن هذه المشروعات الكبرى مزودة بأجهزة قانونية تستطيع تفنيد كل الأدلة التي تقدم لاثبات الخطأ ضد موظفيها ؟

لقد أورد الأستاذ تونك Tunc في مؤلفه عن المسؤولية المدنية[2] عشرات الأمثلة عن الأخطاء التي ترتكب وتسبب أضررا فادحة للمجتمع ومع ذلك لا يحاسب مرتكبوها عليها نظرا لمكانتهم الرفيعة. أو لقدرتهم الفائقة على اخفاء اخطائهم، وينتهي من سرد هذه الأمثلة الى القول بأن البحث عن الخطأ في المسؤولية المدنية قد أصبح اليوم لا جدوى من ورائه ويقول أن دول الكومن لو (Common law) تطلق على المسؤولية القائمة على الخطأ عبارة المسؤولية التي

(1) أنظر في انقلاب المسؤولية من فردية الى جماعية المؤلف الذي وضعته قيني G.viney سنة 1982 عن المسؤولية.

(2) Tune: المسؤولية المدنية باريس سنة 1981 ص 98 وما يليها.

تقوم على النصيب (La loterie)، لأن المضرور قد ينجح في اثبات خطأ المسؤول فيكسب التعويض، وقد يخفق في اثبات خطئه فيخسر التعويض، فهي اذن في رأي هذه الدول مسؤولية غير خلقية.

المبحث الرابع

نظرية تحمل التبعية : La théorie du risque

لقد شنت نظرية تحمل التبعة حربا ضارية ضد فكرة الخطأ وكان لها تأثير كبير في الفقه والقضاء والتشريع كما سوف نرى، فما هي الأسباب التي دعت الى ظهور هذه النظرية ؟

أولا: أسباب اقتصادية:

ففي الثلث الأخير من القرن التاسع عشر حدث انقلاب في الاقتصاد، فبعد أن كان اقتصادا زراعيا يقوم على عمل الرجل والحيوان، انقلب الى اقتصاد صناعي يرتكز على الآلات، وانتشرت المصانع الكبرى التي تستخدم آلاف العمال، وأصبحت وسائل النقل ميكانيكية تستخدم فيها الأدوات البخارية والكهربائية.

الى جانب ذلك ظهر نظام اقتصادي لم يكن بارزا من قبل هو نظام التأمين من المسؤولية، وأصبح المسؤول لا يطالب بالتعويض بل تدفعه عنه شركة التأمين، ويقتصر دوره على دفع اقساط التأمين، سواء أخطأ في ارتكاب الحوادث أو لم يخطىء، ولن يضره شيء إذا دفعت شركة التأمين التعويض.

ثانيا: أسباب فلسفية: (أديولوجية)

فقد أخذ نجم المذهب الفردي الذي نادت به الثورة الفرنسية يأفل وتتقلص مبادؤه وتحل محلها المبادىء الاشتراكية. وبعد أن كان الفرد وسعادته ورفاهيته هي غاية المجتمع، الذي لم يوجد الا لخدمته وتحقيق مصالحه، انقلبت الآية وأصبح المجتمع هو الغاية، وليس الفرد الا عضوا فيه يسعد بسعادة الكل، وينبغي أن تضحى مصالح الفرد لتحقيق مصالح المجتمع، وظهر مذهب كارل ماركس الذي يقوم على الاشادة بطبقة العمال ومادية التاريخ Le matérialisme

historique وصيرورة التطور الاقتصادي الى هيمنة الطبقة العاملة واضمحلال الطبقة الرأسمالية.

وفي نطاق القانون الجنائي، ظهرت في ايطاليا المدرسة الوضعية (L'ecole positiviste) بزعامة فري ولومبروزو وجاروفالو، ونادت بضرورة النظر الى الجريمة نظرة مجردة، والى مدى خطورتها على المجتمع، لا الى المجرم شخصيا (In concreto) لأنه خلق مجرما بالوراثة وبتكوينه الجسمي وبتأثره بالبيئة التي عاش فيها، فإذا وجب على القاضي أن يعرف هل أخطأ هذا المجرم أو لم يخطىء، فيجب عليه أن يبحث عن سلسلة وراثته، وأن يفحص تكوينه الجسمي والعقلي، وأن يبحث عما يحيط به من ظروف اقتصادية وخلقية في البيئة التي يعيش فيها، وهيهات أن يستطيع ذلك، ولهذا يجب عليه أن يكتفي بالنظر الى خطورة الجريمة ومدى تأثيرها على المجتمع، وأن يصدر حكمه على الفاعل بصرف النظر عن فكرة العقاب أو الانتقام، بل يأخذ في الاعتبار بفكرة الردع والزجر والدفاع عن سلامة المجتمع وأمنه. ولقد تأثر علماء الاجتماع في فرنسا بآراء هذه المدرسة الايطالية وتأسست هناك المدرسة الوضعية بزعامة سان سيمون وتليمذه أو جست كومت وكان لهذه النظرية الموضوعية تأثير كبير على المسؤولية المدنية وعلى توجيهها نحو النظرية الوضعية Positive المجردة عن فكرة الخطأ.

يضاف الى هذا التيار المدرسة التاريخية التي أسسها ساقيني L'ecole historique التي ترى أن القانون وليد البيئة، ونتاج المجتمع، يتطور بتطور هذا المجتمع، وبالتالي فلا ينبغي أن ينظر الى المسؤولية المدنية في أواخر القرن التاسع عشر نفس النظرة التي كان ينظر بها اليها في القانون الروماني أو في القرون الوسطى ولدى الفقهاء الكنسيين إذ كانت يومئذ مختلطة بالمسؤولية الجنائية والدينية والخلقية، وقد انفصلت عنها اليوم.

ثالثا: أسباب اجتماعية:

فقد برزت في هذه الفترة شخصية العامل، وأخذ يدرك مدى أهميته في المجتمع، ويشعر بأن له حقوقا يجب أن تحترم، وتكونت نقابات العمال للدفاع عن هذه الحقوق.

رابعا: أسباب قانونية:

فقد ظهر قصور النصوص القانونية عن تغطية ما جد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقا لأحكام المادتين 1382 ــ 1383، قبل أن يلتفت النظر الى الفقرة الأولى من المادة 1384.

110 ــ كل هذه الأسباب والظروف دعت الى ظهور نظرية تحمل التبعة التي حمل لواءها لابيه (Labbé) وسالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) وريبير (Ripert) في أول الأمر وديموج (Demogue) وساقاتييه (Savatier) ولقد تطورت هذه النظرية عبر ثلاث مراحل.

فقامت في المرحلة الأولى على أساس الغرم بالغنم Ubi emolumentum ibi onus, Risque-Profit ثم تطورت الى مرحلة ثانية أقامت فيها المسؤولية على أساس الخطر المستحدث Risquecréé: ثم انتهت في المرحلة الثالثة الى التوفيق بين الخطأ والخطر والابقاء على فكرة الخطأ الى جانب فكرة الخطر.

ولقد اتسمت النظرية في خلال المرحلتين الأوليين بمحاربة فكرة الخطأ بكل الوسائل، فهاجمتها أصلا ومصيرا، ولاحظ زعماؤها أن فكرة الخطأ الواجب الاثبات، كما كانت عليه الحال قبل اكتشاف الفقرة الأولى من المادة 1384 قد أصبحت قاصرة عن انصاف ضحايا حوادث العمل وحوادث النقل، وأن في مطالبة هؤلاء الضحايا بإقامة الدليل على خطأ رب العمل أو صاحب أداة النقل أرهاقا لهم، وضياعا لحقوقهم، لا سيما وأن أكثر الحوادث تظل أسبابه خفية يعسر عليهم اكتشافها، ويحتاج الوصول الى ادراك أسبابها الى خبرة فنية يعز عليهم الحصول عليها، والتمسك بضرورة اثبات الخطأ معناه تضحية مصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية غنية، وهذا مناف لمعنى الديمقراطية التي ننادي بها. فإذا ما حدث حادث أصاب شخصا بضرر، فمن هو الذي ينبغي أن يتحمل نتيجة هذا الضرر ؟ أهو المصاب الذي لا ذنب له والذي كان موقفه من الحادث موقفا سلبيا، وقد يكون معسرا، أم هو الفاعل الذي كان موقفه من الحادث موقفا إيجابيا، وقد كان فعله ذا فائدة تعود عليه، فينبغي أن يدفع ثمنها، وإذا لم تعد عليه فائدة منه فقد كان ينبغي عليه الا يأتيه، وقيامه به يحمله وزره.

إنه يجب أن ينظر في هذا العصر المادي الى العلاقات القانونية باعتبارها علاقات بين ذمتين ماليتين فإذا استفادت أحداهما على حساب الأخرى وجب أن يعاد التوازن بين الذمتين.

وأنه لخير للمرء أن يكون على يقين من أنه ملزم بنتيجة أفعاله كلها فيحترس ويستعد لتحملها، من أن يكون في شك مما عسى أن يترتب عليها ــ فلا يدري أيقام الدليل على أنه أخطأ أم لا يقام، وإذا أقيم الدليل على خطئه وقامت مسؤوليته و لم يكن مستعدا لها فوجئت ذمته المالية بعبء لم يكن يتوقعه.

ويضيف أنصار هذه النظرية أن القانون يفترض الخطأ في مسؤولية الانسان عن فعل غيره، أو عن فعل الشيء أو الحيوان، فمن باب أولى يجب أن يفترض خطؤه عن فعله الشخصي، لا سيما في هذا العصر الذي انتشر فيه التأمين من المسؤولية.

111 ــ هذه النظرية بذر البذرة الأولى لها لابيه في تعليقاته، ولوران في بلجيكا ولكن الذي بلورها ودافع عنها بحماس هو سالي Saleilles وجوسران Josserand، فأما سالي فقد كان من أنصار المذهب الجرماني، وهو الذي قام في فرنسا بعرض مشروع القانون المدني الألماني، وعرض لنظرية تحمل التبعة في رسالة نشرها في سنة 1897 عن «حوادث العمل والمسؤولية المدنية» وتابع الكتابة عن هذه النظرية في مقالات عديدة. وأما جوسران فقد دافع عن هذه النظرية في رسالته التي أخرجها في سنة 1897 عن «المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية» وواصل الدفاع عنها الى جانب سالي في كتابه «النقل» وفي شرحه للقانون المدني. ويقول سالي في معرض دفاعه عن هذه النظرية ((أن الوضع الحالي للمسؤولية المدنية معناه إرهاق المضرور بعبء خسارة لم يكن هو السبب فيها، وهذا مخالف لقانون العدالة، الذي يقضي بأن يتحمل كل أمرىء وزر ما قدمت يداه[1]) ويقول جوسران ((أن ارهاق كاهل المضرور بالضرر

(1) انظر مؤلفه: النظرية العامة للالتزامات الطبعة الثالثة ص 376 هامش 1.

ظلم أوجدته الصدفة، ويجب ألا يكون للصدفة محل في القانون[1]، ويضيف قوله: أن موضوع المسؤولية قد اتسع اتساعا لم يكن يتخيله فقهاء الرومان، ولا واضعو القانون المدني الفرنسي، أن اتساع أفق العالم الحديث وتشعب العلاقات بين الناس، واختلاف المعاملات القانونية، وكثرة الاخطار، كل ذلك ينادي صراحة بقصور المسؤولية الخطئية التي وضعت لشعوب فردية كانت حياتها الاجتماعية ضيقة بطيئة التطور بالنسبة الى حياتنا الحالية[2].

وقد هاجم سالي وجوسران فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في النصوص القانونية نفسها، ورأيا أن كلمة (Faute) المذكورة بالمادة 1382، لم ترد الا عرضا، ولم تذكر لبيان مصدر الالتزام ولكن لتعيين من يتحمل التعويض ولاسناد الفعل الى فاعله.

وحين تنص هذه المادة في صدرها على «أن كل فعل للانسان أيا كان tout fait quelconque de l'homme» فإنها تعني بذلك كل الأفعال، خاطئة كانت أو غير خاطئة، وإذا كانت قد عادت بعد ذلك فذكرت كلمة (faute) فما ذلك الا لتجنب تكرار كلمة (faute) مما يترتب عليه عيب في أسلوب الصياغة، لاسيما إذا أضفنا الى ذلك أن صدر المادة 1384، الذي يشير الى المادة 1382 بقوله: ((On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait...)) أي ((يسأل الانسان ليس فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي)).

ويؤكد وجهة النظر هذه، أن كلمة (faute) لم تذكر لا في المادة 1385 ولا في المادة 1386 — ويضيف جوسران قوله: (أن كلمة (faute) في الفرنسية كلمة مبهمة أشد الابهام ويظهر أن المشرع قد قصد الى هذا الابهام خشية اتخاذ موقف محدد، ولكي يلقى العبء على كاهل القضاء ليفسر هذه الكلمة حسبما تمليه الظروف[3] كما يصرح سالي بأن كلمة (faute) ينبغي أن تلقى في البحر (Jeter par dessus bord)[1].

(1) انظر مؤلفه: النقل الطبعة الثانية بند 1014.
(2) ارجع الى كتابه: «النقل» بند 551.
(3) ارجع الى مؤلفه في شرح القانون المدني ج 2 ص 202 الطبعة الأولى.
(1) مشار الى ذلك في مؤلف stark الالتزامات سنة 1972 ص 29 بند 47.

112 — ولقد انتقدت نظرية تحمل التبعة في مرحلتها الأولى القائلة بأن الغرم بالغنم بأن ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغنم، بل هناك نشاطات لا يربح صاحبها من ورائها شيئا، بل وهناك نشاطات قد تعود على صاحبها بالخسارة، ولذلك تحول أنصارها الى المرحلة الثانية وبنوها على فكرة الخطر المستحدث (Risque créé)، ولكن انتقدت النظرية في هذه المرحلة أيضا بأنها تؤدي الى تثبيط الهمم والاحجام عن الحركة خشية أن تؤدى الى المسؤولية، مما يترتب عليه الجمود وعدم التطور.

ولذلك تحول بعض أنصارها الى مرحلة ثالثة، فبعضهم ارتد عنها ورجع الى فكرة الخطأ وحدها مثل ريبير (Ripert) في مؤلفه القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية La règle morale dans les obligations civiles[2] والبعض الآخر رجع الى فكرة الخطأ وجعلها فكرة أصلية الى جانب فكرة الخطر كفكرة احتياطية (subsidiaire) يلجأ اليها حينما تتطلب العدالة ذلك[3] وبعضهم الآخر مثل جوسران[4] عاد فجعل الخطأ أو الخطر متساويين، وجعل لكل منهما نطاقا يساوي الآخر، بحيث لا يعتبر أحدهما أصلا والآخر احتياطيا كما رأى سافاتييه Savatier، فنطاق الخطأ هو المسؤولية عن الأفعال الشخصية، المنصوص عليها بالمادة 1382 و(المقابلة للمادة 124 م ج) ونطاق الخطر هو المسؤولية عن فعل الغير، المنصوص عليها بالمادة 1384 (الفقرات 4، 5، 6 (المقابلة للمواد 134، 135، 136 م ج) والمسؤولية عن فعل الحيوان والأشياء غير الحية، المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 1384 وبالمادتين 1385 و 1386 و(المقابلة للمواد 138، 139، و140 م ج)، ويضيف جوسران الى هذا النطاق، القوانين الخاصة التي نصت على مسؤوليات تقوم على الخطر.

(2) نشرت الطبعة الرابعة منه بباريس سنة 1949 ص 29 بند 47.
(3) انظر في ذلك سافاتييه في مؤلفه المسؤولية المدنية باريس سنة 1951 ج 1 بند 280 وما يليها.
(4) انظر مؤلفه شرح القانون المدني الفرنسي طبعة سنة 1933 ج 2 بند 41.

113 ــ ماذا كان تأثير نظرية تحمل التبعة على القضاء وعلى التشريعات الوضعية ؟

لقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية دون أن يصرح بأنه يعتنقها، وظهر هذا في النواحي الآتية:

أولا: في ادخال فكرة الخطأ المفروض في المسؤولية عن فعل الأشياء، والخطأ المفروض ليس في الواقع الا خطأ تصوريا لا وجود له في الحقيقة، بل هو مجرد حيلة لجأ اليها القضاء لاعفاء المضرور من اثبات الخطأ. وفيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الحيوان، وقد كانت تخضع لضرورة اثبات ا[illegible]ر لأول مرة حكم من محكمة النقض بتاريخ 1885/10/27[1] قررت فيه أن هذه المسؤولية تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس، ولا يدحض الا بإثبات السبب الأجنبي، وما من شك في تأثر هذا الحكم بنظرية تحمل التبعة. وفيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، وقد كانت تخضع لضرورة اثبات الخطأ طبقا لحكم المادة 1382، صدر لأول مرة حكم من محكمة النقض بتاريخ 1896/6/11[2] قرر أن الخطأ فيها مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس ولا ينفى لا بإثبات السبب الأجنبي، وقد صدر هذا الحكم عقب اكتشاف الفقرة الأ لى من المادة 1384. وكان مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ بنفس الرأي قبل ذلك بسنة في حكم له صدر بتاريخ 1895/6/21[3]. ولقد انتقد القول بافتراض الخطأ، الذي لجأ اليه القضاء الفرنسي تحت تأثير نظرية تحمل التبعة، قيل إنه يخلق قرينة قانونية، والقرائن القانونية قد ورد النص عليها بالمادة 1350، وليس من بينها قرينة الخطأ المفترض في المسؤولية عن فعل الأشياء الحية أو غير الحية.

ولذلك عدل القضاء الفرنسي عن اصطلاح افتراض الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية الى اصطلاح افتراض المسؤولية Présomption

(1) نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه سنة 1885 عدد 1 برقم 33.
(2) نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه 1896 عدد 1 برقم 17.
(3) نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه سنة 1897 عدد 3 برقم 88.

de responsabilité في حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير jand'heur الصادر بتاريخ 1930/2/13[1].

ولقد انتقد هذا الاصطلاح الجديد وقيل أن المسؤولية نتيجة، والنتيجة لا تفترض وإنما تفترض الوقائع التي تستخلص منها هذه النتيجة.

ولذلك اضطرت محكمة النقض الى العدول عن هذا الاصطلاح وقررت في حكم لها صدر بتاريخ 1956/10/18[2] أن مسؤولية حارس الأشياء غير الحية مسؤولية تقوم بقوة القانون de plein droit، وبذلك قطعت محكمة النقض برأيها في نبذ فكرة الخطأ في المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، وقد أصبحت المسؤولية عن فعل الأشياء الحية تواكبها وتتأثر بها، وتم كل ذلك بتأثير نظرية تحمل التبعة.

ثانيا: منذ سنة 1911 ابتكر القضاء الفرنسي الالتزام بالسلامة L'obligation de sécurité في عقد النقل وجعله التزاما بتحقيق غاية Obligation de résultat هي ايصال المنقول سليما معافي sain et sauf الى محل الوصول، والا كان الناقل قد أخل بالتزامه وصار مسؤولا دون حاجة الى مطالبة المضرور أو ذويه بإثبات خطأ ضده، وعلى الرغم من انتقاد الفقه لهذا الالتزام الذي لم يشر اليه القانون، فإن القضاء الفرنسي قد مضى قدما في ادخال هذا الالتزام في الكثير من العقود الأخرى، وما من شك في أن هذا تأثر بنظرية تحمل التبعة.

ثالثا: ابتكر القضاء الفرنسي نظرية الافعال الخاطئة Les faits fautifs[3] فاعتبر بعض الحوادث مرتبة لخطأ محدثها بمجرد وقوعها دون حاجة الى مطالبة المضرور بإثبات خطأ ضده، مثل التصادم بين أداتي نقل أو انفجار مرجل Chaudière أو خروج قطار عن القضبان، ومن قبيل الأفعال الخاطئة فكرة

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1930 عدد 1 رقم 37.
(2) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1956 عدد 2 برقم 365.
(3) أنظر في هذه النظرية ساقاتييه في مؤلفه عن المسؤولية المدنية طبعة سنة 1951 ج 1 بند 33 ص 106

الخطأ بالقوة La faute virtuelle التي ابتكرها هذا القضاء في مادة النقل التبرعي حين كان يخضعه قبل سنة 1928 الى أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ويطالب المنقول مجانا بإثبات خطأ الناقل، فكان القضاء يعتبر الناقل المجاني مخطئا بمجرد انفجار اطار بالسيارة، أو انحرافها عن الطريق، أو انكسار مكابحها أو مقودها، ويعفى المنقول مجانا من اثبات خطأ ضد الناقل[1].

رابعا: بعد أن كان القضاء الفرنسي مصرا على ضرورة توافر التمييز لدى المسؤول عن الحراسة، واعتبار فاقد التمييز غير مسؤول إذ لا ينسب اليه خطأ، قرر لأول مرة في حكم له صدر في 1964/12/1[2] في قضية تريشار Trichard مسؤولية فاقد الوعي عن الحراسة وكان هذا الحكم هو الذي دعا المشرع الفرنسي الى ادخال المادة (489 ــ 2) في القانون المدني بمقتضى قانون صدر بتاريخ 1968/1/3، وأصبح القضاء الفرنسي من بعد ذلك يعمم مسؤولية عديم التمييز في كل أنواع المسؤولية متأثرا بنظرية تحمل التبعة.

خامسا: كان القضاء الفرنسي يكتفي في السبب الأجنبي المعفى من المسؤولية عن فعل الأشياء بتوافر شروطه التقليدية التي هي عدم امكان دفعه، وعدم امكان توقعه وعدم نسبته الى المسؤول، وكان يقيس هذه الشروط بمعيار الرجل العادي (Le B.P.F) فيضيف اليها كلمة عادة (Normalement) وكان يكتفي بفعل المضرور ولو لم يكن خاطئا، ويرتب عليه التخفيف من التعويض، ويقول بنظرية السببية الجزئية التي ترتب مسؤولية جزئية Causalité partielle-responsabilité partielle ولكن هذا القضاء أخذ، تحت تأثير نظرية تحمل التبعة، يضيف الى شروط السبب الأجنبي التقليدية شرط الخارجية (L'extériorité) في المسؤولية عن فعل الشيء ويتطلب أن يكون السبب في احداث الضرر خارجيا، ثم لم يعد يكتفي من المسؤول بأن يثبت أن دور الشيء في احداث الضرر كان سلبيا،

(1) أنظر في هذه الفكرة ستارك الالتزامات طبعة سنة 1972 بند 233 ص 103
(2) نشر هذا الحكم في جازيت دي اليه سنة 1965 عدد 1 رقم 202.

وتم كل هذا التطور بحكم صدر بتاريخ 1982/7/21[1] في قضية ديمار Desmares، وكل ذلك تم تحت تأثير نظرية تحمل التبعة، حتى لا يفلت محدث الضرر من مسؤوليته، لا سيما وقد أصبح التأمين يغطي كل أنواع المسؤولية.

115 ــ أما القضاء المصري فقد تأثرت محاكمه الابتدائية والاستئنافية في بعض أحكامها بنظرية تحمل التبعة، مجارية في ذلك القضاء الفرنسي ومستجيبة لرأي فقيه مصري، هو الأستاذ عبد السلام ذهني[2] الذي نادى في مصر بهذه النظرية، ولكن محكمة النقض المصرية رفضت الأخذ بهذه النظرية رفضا باتا في حكم لها صدر بتاريخ 1934/11/15[3] قالت فيه أن القانون المصري لم يرد فيه ما يفيد الأخذ بهذه النظرية، بل أن الشارع المصري يرفضها[4]. وأما موقف القضاء الجزائري بعد الاستقلال من نظرية تحمل التبعية فإني لم أعثر على أي حكم له يدل على الأخذ بها، واعتقد فيما أعلم أنه لم يعتنق هذه النظرية.

116 ــ ما مدى تأثير النظرية على التشريعات الوضعية ؟

امتد تأثير نظرية تحمل التبعة الى التشريعات الوضعية، فأصبحت كل دول العالم تقيم المسؤولية على أساسها في مختلف أنواع النشاطات، مثل حوادث العمل، وحوادث المهن، وحوادث المرور، وحوادث النقل الجوي، والأضرار التي ترتبت حديثا على ظهور المنشآت الذرية. ونقتصر على الاشارة الى أهم هذه التشريعات الخاصة:

1 ــ في فرنسا: صدر فور ظهور النظرية قانون بتاريخ 1898/4/9 خاص بالأخطار المهنية (Les risques professionnels) حل محله قانون موحد يشمل الأضرار الناشئة عن كل أنواع النشاط المهني بتاريخ 1940/10/4، ثم

(1) نشر هذا الحكم في جيريس كلاسير الدوري سنة 1982 عدد 2 برقم 1961
(2) انظر مؤلفه في الالتزامات الذي نشر في مصر سنة 1921 البند 781 وما يليها
(3) نشر هذا الحكم في مجموعة عمر عدد 1 ص 845
(4) أنظر في ذلك السنهوري الوسيط ج 1 بند 521 ص 873 وما يليها.

قانون بتاريخ 1945/10/30، كما صدر قانون في 1940/7/8 جعل مسؤولية مستغلي العربات الهوائية (Les téléphériques) يقومان على تحمل التبعة، ثم صدر قانون الطيران المدني في سنة 1924 الذي حل محله تشريع الطيران المدني والتجاري الصادر بتاريخ 1967/3/30 ثم تشريعات 1965/11/19، الخاصة بمستغلي المنشآت الذرية وكلها تقيم المسؤولية على أساس تحمل التبعة، وأخيرا صدر هناك قانون برقم 577 بتاريخ 1985/7/5 خاص بالأضرار الناشئة عن أدوات النقل البري المتحركة بمحرك، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة.

2 ــ **وفي الجزائر**: صدر قانون التعويض عن حوادث العمل في سنة 1972 وأقام المسؤولية فيه على أساس تحمل التبعة، ولم يعف المسؤول من المسؤولية جزئيا الا بإثبات خطأ ارتكبه العامل بدون مبرر، فيخفض التعويض حينئذ الى حد لا يتجاوز 30%.

3 ــ **وفي مصر**: صدر القانون 64 لسنة 1936، الذي حل محله القانون رقم 89 لسنة 1950 بشأن التعويض عن اصابات العمل، ثم القانون رقم 117 لسنة 1950 بشأن التعويض عن الأمراض المهنية، وقد أقاما المسؤولية على أساس تحمل التبعة.

4 ــ **وفي ألمانيا**: أصدر المشرع قانونا في سنة 1909 حل محله قانون سنة 1952 وكمل بمرسوم صدر في 1956/3/20 بشأن التعويض عن حوادث المرور، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة ولم يقبل أي اعفاء منها.

نظرية الضمان Théorie de la garantie

واضع هذه النظرية هو الفقيه ستارك Stark نادى بها في رسالته للدكتوراه التي قدمها لجامعة باريس في سنة 1947 تحت عنوان: محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية باعتبار أن لها وظيفتين، هما الضمان والعقوبة الخاصة(1) وتتلخص هذه النظرية، التي هي صورة مخففة من تحمل التبعة، في

(1) Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée Paris 1947.

انها تنظر الى المضرور لا الى المسؤول، وترى أن له الحق في احترام حرمة جسمه وسلامة ذمته المالية، أو بعبارة أخرى له الحق في أمنه المادي والمعنوي.

فإذا حدث اعتداء عليه أصاب سلامة جسمه أو ذمته المالية، كان محدث هذا الاعتداء مسؤولا دون البحث عما إذا كان قد ارتكب خطأ ووجب عليه التعويض.

ولكن بما أن هناك تنازعا بين الحقوق، بحيث يمكن أن يكون استعمال حق مضرا بحق آخر، فإذا كان الحق المستعمل حقا مشروعا وترتب على استعماله ضرر مقصود، فلا مسؤولية على صاحبه، مثال ذلك المنافسة المشروعة، فإذا استعملت بحسن نية وبطريقة مشروعة وسببت ضررا للغير، فلا يكون المنافس مسؤولا. وللانسان الحق في أن يسير بسيارته سيرا عاديا مشروعا، ولكن ليس معنى ذلك أن يقتل المارة أو يجرحهم بسيارته والا كان مسؤولا. وتقسم هذه النظرية الأضرار الى قسمين، أضرار تصيب سلامة الجسم L'intégrité corporelle أو الذمة المالية L'intégrité des biens

وهذه الأضرار ترتب مسؤولية محدثها دون أن يطلب اثبات خطأ ضده. وأضرار تصيب المصالح الاقتصادية أو تعتبر أضرارا معنوية أو كما يسميها ستارك Dommages purement economiquee ou purement moraux ولا تترتب مسؤولية محدثها الا إذا ثبت خطؤه.

وهكذا تكون وظيفة المسؤولية المدنية مزدوجة، فهي من جهة ترتب الضمان على من أحدث ضررا يمس سلامة جسم الانسان أو سلامة ذمته المالية، دون أن يثبت خطأ محدثها، ومن جهة أخرى، ترتب جزاء خاصا بالنسبة الى من يحدث بخطئه ضررا اقتصاديا محضا أو معنويا محضا، فمتى ثبت خطؤه وجب عليه التعويض واعتبر كعقوبة خاصة(1).

(1) بسط ستارك نظرية الضمان أيضا في مؤلفه الالتزامات ط 1972 البنود 5 وما يليها ص 34 وما يليها.

المبحث الخامس

الركن الثاني: الضرر Le préjudice ou le dommage

117 ــ يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر: Pas de responsabilité sans préjudice فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد اخلال المدين بالتزامه يرتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الاخلال قد سبب للدائن ضررا، غير أن الاخلال بالالتزام لا بد أن يترتب عليه ضرر ولو معنوي للدائن، وإذن فلا بد من ثبوت ضرر في المسؤوليتين حتى يستحق التعويض، ولا يكفى أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث للغير ضررا، وبهذا تتميز المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية وعن المسؤولية الخلقية، فالأولى قد تترتب دون أن يكون هناك ضرر قد أصاب الأفراد، والثانية قد تترتب لمجرد النوايا الشريرة ولو لم تبرز نتائجها الى الوجود. ولقد ورد نص المادة 124 م ج قاطعا في ضرورة توافر ركن ضرر في المسؤولية التقصيرية حين قضى بأن ((كل عمل أيا كان يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضررا للغير...))

118 ــ أنواع الضرر

ينقسم الضرر الى أنواع:

أ ــ الضرر المادي والضرر الأدبي أو المعنوي

الضرر المادي: هو الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة.

وأما الضرر المعنوي فهو الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته.

وبمناسبة المصلحة المشروعة نشير الى أن محكمة النقض الفرنسية كانت ترفض طلب الخليلة La concubine التعويض عما أصابها من ضرر بسبب الاعتداء على حياة خليلها، وأخذت منذ سنة 1937، تشترط للمطالبة بالتعويض أن يثبت المضرور أنه كانت له مصلحة مشروعة يحميها القانون

(Un intéret légitime juridiquement protégé)[1]، وبالتالي كانت تقضى بأن ليس للخليلة الحق في المطالبة بالتعويض لأن علاقتها بخليلها غير مشروعة.

ثم حدث خلاف حول هذه المسألة بين الدائرة المدنية والدائرة الجنائية، فكانت الأولى تتشدد وترفض رفضا باتا طلب التعويض المقدم من الخليلة، بينما كانت الثانية تتسامح وتقضى لها بالتعويض بشرط أن تكون علاقتها بخليلها قد ظلت مستمرة ومستقرة لفترة طويلة، وألا تكون قائمة على الزنى.

غير أن الدائرة المختلطة La chambre mixte لمحكمة النقض وضعت حدا لهذا الخلاف وحسمت الأمر بحكم لها صدر بتاريخ 1970/2/27[2] قضى بأن نص المادة 1382 لا يخضع الحق في التعويض الى شرط وجود رابطة قانونية بين المضرور والضحية، ومنذ ذلك الحين أصبحت الخليلة تستطيع الحصول على التعويض، كما أصبح للخطيبة مثل هذا الحق.

أما عندنا، فيقول الأستاذ السنهوري: ((فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة[3].

ويقول الأستاذ جميل الشرقاوي ((ولكن أن كانت المصلحة غير مشروعة فلا حق لمن أضير فيها أن يرجع على المضرور بالتعويض، لأن فقدانها لا يعد من الأضرار المعتبرة قانونا، ولذا فليس لأمرأة تعاشر رجلا بلا زواج، أن تطلب تعويضا من قاتله عما خسرته من انفاقه عليها[4].

وبصدد الضرر الأدبي أو المعنوي نشير الى أن التعويض عنه قد تطور تطورا كبيرا[5] فقد انقسم الفقه والقضاء بل والتشريع الوضعي بصدده، فأنكر

(1) أنظر حكم الدائرة المدنية بتاريخ 1937/7/27 المنشور في داللوز سنة 1938 عدد/1 برقم8
(2) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1970 برقم 201
(3) الوسيط ج 1 ــ بند 573 ص 974
(4) أنظر مؤلفه: النظرية العامة للالتزام ــ الكتاب الأول ــ مصادر الالتزام ط 1981 بند 107 ص 432
(5) أنظر في الضرر المعنوي مؤلف الأستاذ مقدم السعيد بعنوان ((التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية)) الذي قدم الى معهد الحقوق بجامعة الجزائر ونال به ديبلوم الماجستير في سنة 1982.

البعض التعويض عنه بحجة أنه إذا كان التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال تقديرا شبه حسابي، فليس الأمر كذلك بالنسبة الى التعويض عن الضرر المعنوي، إذ لا يسهل تقدير ما يصيب المشاعر والعواطف من آلام، وإذا كان التعويض عن الضرر المادي يمكن أن يصلح ما أفسده الضرر ويمحو آثاره، فإن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن أن يزيله. والى جانب ذلك فليس من السائغ أن يتقاضى المرء مالا ثمنا لما أصاب شرفه من أذى، وقديما قال الشاعر العربي: لا يسلم الشرف الرفيع من الأذى، حتى يراق على جوانبه الدم)) أي أن الانتقام وحده، وليس المال هو الذي يمحو ما أصاب الشرف من الأذى.

ولقد قيل أن الفقه الاسلامي لم يقبل التعويض عن الضرر الأدبي، غير أن هناك روايات عن بعض فقهاء المسلمين تفيد انهم قالوا بالتعويض عن هذا الضرر وكثير من فقهاء المسلمين المحدثين يؤيدون هذا الرأي[1] وقد أخذت القوانين العربية المستمدة من الشريعة الاسلامية بالتعويض عن الضرر المعنوي، فالقانون المدني الأردني الصادر في سنة 1976 نص على هذا التعويض بالمادة 257 منه وكذلك القانون المدني العراقي الصادر في سنة 1951 نص في المادة 205 منه على التعويض عن الضرر المعنوي. أما فيما يتعلق بالقانون الروماني فقد أخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في آخر مراحله، وورد في التعويض عن الضرر المادي عبارة Damnum injuria datum وعن الضرر المعنوي عبارة Actioinjuriarum ولم يفرق في التعويض بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وقد أقر فقهاء القانون الفرنسي القديم التعويض عن الضرر المعنوي، ولكنهم قصروه على المسؤولية التقصيرية ظنا منهم أن القانون الروماني لم يكن يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية. ثم صدر تقنين نابليون خاليا من أي نص صريح يفيد التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤوليتين، وترتب على ذلك أن ظل القضاء مترددا في الأخذ بهذا التعويض حتى صدر حكم من محكمة النقض هناك بتاريخ 1833/6/15[2] قطع في الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي،

(1) أنظر على سبيل المثال مؤلف الأستاذ محمود شلتوت ((الاسلام عقيدة وشريعة)) القاهرة سنة 1980 صفحة 115.

(2) نشر هذا الحكم في مجموعة سيريه سنة 1832 عدد/1 برقم 153.

مستندا الى عموم نص المادة 1382، واستقر على ذلك حتى الآن، بل أنه توسع في مفهوم الضرر المعنوي حتى أصبح يقضي بالتعويض عن الضرر العنوي الذي ترتب على فقد حيوان[1]. غير أن هذا القضاء، متأثرا بالقانون الفرنسي القديم، لم يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية الا في سنة 1932[2]. هذا موقف القضاء في فرنسا. أما القضاء الاداري في فرنسا فقد كان يرفض التعويض عن الضرر المعنوي حتى سنة 1961 إذ قبل هذا التعويض مجلس الدولة هناك، أما في غير فرنسا، فالتعويض عن الضرر المعنوي مقبول، وإن كان القانون الألماني لا يقبله مبدئيا.

119 ــ موقف قوانيننا العربية من هذا التعويض

أخذت القوانين العربية بالتعويض عن الضرر المعنوي منذ عهد طويل، سواء في المسؤولية التقصيرية أو العقدية، فقد أخذ به القانون المدني المصري في المادة (222) وحذا حذوه القانون المدني السوري (م 223) والقانون المدني الليبي (م 225) والقانون المدني العراقي (م 205) وقانون الموجبات اللبناني (م 362/234 وم 263) والقانون المدني الكويتي المادة (217) ومدونة التقنين المغربي (م 1/78)، والقانون المدني التونسي (م 82، 1/83)، غير أن القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه، وأن كانت قد أخذت بالتعويض عن الضرر المعنوي، قد قيدته بالنسبة الى الخلف بقيدين:

الأول: هو أن يكون السلف المضرور قد اتفق عليه مع المسؤول أو طالب به أمام القضاء، ومقتضى هذا القيد الا ينتقل التعويض عن هذا الضرر إذا كان السلف المضرور قد سكت عنه، وربما كان سكوته عنه لموته فجأة من الحادث.

الثاني: هو أنه لا يحق للخلف أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابه شخصيا من جراء موت السلف الا إذا كان من الأزواج أو من

(1) انظر على سبيل المثال حكما لمحكمة النقض صدر بتاريخ 1962/1/16 نشر في داللوز سنة 1962 برقم 199.

(2) أنظر حكم محكمة السين التجارية الصادرة في 1932/2/20 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1932 عدد/1 برقم 295.

الأقارب حتى الدرجة الثانية فقط، ومقتضى هذا القيد أن يقتصر التعويض عن الضرر المعنوي على الآباء والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء والاخوة والأخوات.

وهكذا ميزت هذه القوانين بين التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي، فضيقت من نطاق الثاني دون الأول واعتبرت السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي تنازلا عنه، مخالفة بذلك المبدأ الذي يقضي بأن السكوت يعتبر قبولا إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه (م 2/62 م ج) وقد يكون المسؤول قد أظهر استعداده لدفع هذا التعويض ولكن حالت ظروف المضرور دون اعلان القبول. ثم أنه لا معنى للتفرقة بين هذا التعويض وبين التعويض عن الضرر المادي، الا إذا كانت هذه القوانين نظرت الى التعويض عن الضرر المعنوي باعتباره ضعيفا وأقل أهمية من الضرر المادي، مع أنه قد يكون أفدح وأكثر جسامة منه.

120 ــ موقف القانون الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي:

لم يورد القانون المدني الجزائري نصا مماثلا للنصوص العربية الأخرى الخاصة بالتعويض عن الضرر المعنوي، مقلدا في ذلك تقنين نابليون، فهل معنى سكوت المشرع الجزائري عن مثل هذا النص في القانون المدني أنه لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي ؟ لقد رأى البعض هذا الرأي[1] وبرروا رأيهم بالحجج الآتية.

1 ــ بأن المشرع الجزائري قد أراد برفض التعويض عن هذا الضرر أن يسير على النهج الاشتراكي الذي انتهجه الاتحاد السوفياتي والصين الشعبية، وهما يرفضان التعويض عن الضرر المعنوي.

2 ــ بأنه أراد أن يأخذ بالرأي الغالب في الشريعة الاسلامية الذي يرى أنها ترفض التعويض عن هذا الضرر.

3 ــ بأن المادة 131 م ج التي تحيل على المادة 182 م ج، وهي التي تقدر التعويض بمعيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، تقتصر بهذا المعيار على الضرر المادي وحده.

(1) أنظر في ذلك مؤلف الأستاذ مقدم السعيد المشار اليه سابقا ص 117 وما يليها.

وعندي أن المشرع الجزائري لم يقصد رفض هذا التعويض بعدم النص عليه صراحة في القانون المدني، وأستند في رأيي هذا الى الأسانيد الآتية:

أولا: لو كان المشرع الجزائري يريد رفض هذا التعويض لكان متناقضا مع نفسه حين أورد النص عليه بالمادة (4/3) من قانون الاجراءات الجزائية، التي أجازت للقاضي الجزائي أن يحكم به في الدعوى المدنية التي ترفع اليه تبعا للدعوى العمومية، وما من شك في أن المحكمة الجزائية لا تختص أصلا بالدعوى المدنية الا بشرط أن تكون مترتبة على الجريمة الجنائية، أي أن اختصاص المحكمة الجزائية بالنظر في الدعوى المدنية استثناء، وأن الاختصاص في الأصل هو للمحكمة المدنية، فهل يعقل أن يمنح للمحكمة الاستثنائية الحق في الحكم بالتعويض عن هذا الضرر وتحرم منه المحكمة المدنية المختصة أصلا ؟ الى جانب قانون الاجراءات الجزائية ورد النص على التعويض عن الضرر المعنوي بالمادة (8) من قانون العمل الصادر في سنة 1978 التي تنص على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالعامل.

ثم جاء قانون الأسرة في سنة 1984 فنص في المادة (5) منه على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطبة.

ثانيا: لقد استمد الفقه والقضاء في فرنسا التعويض عن الضرر المعنوي من عموم نص المادة (1382) الذي لم يخص التعويض عن الضرر المادي بالذكر، بل جاء عاما يشمل نوعي التعويض، ولقد أتى النص الفرنسي للمادة 124 م ج بنفس نص المادة (1382) حرفيا، وأن كان النص العربي غير مطابق تماما للنص الفرنسي فإنه مع ذلك مفيد في عمومه التعويض عن الضررين.

ثالثا: إن القول بأن معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب لا يصدق الا على الضرر المادي، قول غير سديد، إذ أن هذا المعيار يصلح أيضا لتعويض الضرر المعنوي، فقد يتسبب شخص في نشر اشاعة كاذبة عن طبيب في مقدرته الطبية فتتأثر بذلك سمعته وينصرف عنه المرضى وتلحقه بذلك خسارة فادحة في الصرف على عيادته وعلى مساعديه ويفوته الكسب الذي كان يجنيه، وقد تشاع اشاعه كاذبة عن قدرة مهندس معماري أو عن محام فينصرف عنه المتعاملون ويصاب بخسارة فادحة ويفوته كسب كبير.

بالعامل[1].

(1) ثم صدر قانون علاقات العمل في 1990/4/25 فنص بالمادتين 2/6 و 157 على تعويض العامل عن الضررين المادي والأدبي.

ومع ذلك فلو سلمنا جدلا بأن المعيار المنصوص عليه بالمادة (182 م ج) قاصر على التعويض عن الضرر المادي وحده، فليس معنى ذلك أن التعويض عن الضرر المعنوي، إذا لم يقدر بهذا المعيار فلا محل له، فالنص لم يقل ذلك، وقد يقدر التعويض عن الضرر المعنوي بصدور حكم يكذب الاشاعة ويؤمر بنشره في الصحف، وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بحكم لها في 1931/12/23[1] (بأن نشر منطوق الحكم في الصحف يكون تعويضا كافيا عن الضرر...). ولسوف نرى بعد قليل أن المجلس الأعلى بالجزائر لا يخضع التعويض عن هذا الضرر لمعيار مالي.

وليس الهدف من التعويض عن الضرر الأدبي هو دائما حصول المضرور على مال، نعم إن المال قد يساعد على تخفيف هذا الضرر إذا صرف في سبيل التسلية والنسيان، ولكن قد يكون التعويض كافيا، ولو كان رمزيا، متى أدى الى القضاء على الاشاعة الكاذبة والى ترضية المضرور.

111 ــ نخلص من ذلك الى أن التعويض عن الضرر المعنوي مقبول في التشريع الجزائري، ولقد استقر القضاء الجزائري على الحكم به منذ الاستقلال، وحتى قبل صدور القانون المدني في 1975/9/26، فقد صدر حكم من المجلس القضائي بالعاصمة بتاريخ 1975/5/29 (في القضية رقم 469 ــ 1399) قضى بالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي بمبلغ 20 ألف د.ج.

وعقب صدور القانون المدني مباشرة، قضى المجلس الأعلى بتاريخ 1976/11/6 (ملف رقم 10511) بمبلغ خمسة آلاف د.ج. كتعويض عن الاحزان التي شعرت بها أم لفقد ابنتها البالغة من العمر 6 سنين في حادث، وقال المجلس: ((أن الضرر المعنوي هو الشعور بالألم، وهو لا يقدر بمال، وإنما يعوض من قبل القضاء بما بدا لهم جبرا للخواطر))، مما يؤيد أن القضاء الجزائري يترك تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لقاضي الموضوع كما سوف نرى فيما بعد.

(1) أشار الى هذا الحكم الأستاذ السنهوري في الوسيط ج 1 ص 984 بند 578 هامش 3.

ولقد استمر هذا القضاء الجزائري باطراد يقضى بهذا التعويض كما يتبين من الأحكام الآتية: فقد قضت محكمة جنايات العاصمة في 1979/9/26[1] لفتاة اعتدى على شرفها بتعويض قدره ستة آلاف دينار للضرر المادي وخمسة عشر ألفا للضرر المعنوي.

وقضت محكمة وهران، قسم الجنح، بتاريخ 1984/10/4 (ملف رقم 84/9023 بتعويض لوالدي الفقيد عن حادث، وكذلك لأخيه، عن الضررين المادي والمعنوي. ولقد كان المجلس الأعلى قاطعا في عدم اخضاع التعويض عن الضرر المعنوي للمعيار المالي المنصوص عليه في المادة (182 م ج)، وترك هذا التقدير لمشاعر قضاة الموضوع دون أن يكونوا ملزمين بتسبيب تقديرهم، في قراره الصادر بتاريخ 1981/12/10[2] الذي ورد به: ((أن قاضي الموضوع ليس ملزما بتعليل حكمه عن الضرر المعنوي، وإذا كان ملزما بذكر مختلف العناصر التي استند اليها فعلا للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، فهو غير ملزم بذلك في حكمه عن الضرر المعنوي، لأنه يتركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج الى تعليل)).

أما فيما يتعلق بثبوت هذا التعويض، وباستحقاق الخلف له، فلست أرى الأخذ بما ورد في القانون المدني المصري (م 222) والقوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه، في التشريع الجزائري الذي لم يورد أي قيد يميز به بين التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي من هاتين الناحيتين، فكما أن السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي لا يفيد التنازل عنه، فكذلك الأمر في التعويض عن الضرر المعنوي، وكما ينتقل التعويض عن الضرر المادي الى كل الخلف دون حصر، فكذلك في التعويض عن الضرر المعنوي.

ولا داعي في التشريع الجزائري لحصر من لهم الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ألم من جراء موت المصاب فى الأزواج والأقارب حتى الدرجة

(1) نشر هذا الحكم بصحيفة (الشعب) الصادرة بتاريخ 1979/11/27 (أورده الأستاذ مقدم السعيد في مؤلفه السابق الذكر ص 133).
(2) نشر هذا الحكم في قرارات المجلس الأعلى نشرة ديوان المطبوعات الجامعية لسنة 1986، ملف رقم 24500.

الثانية، بل يجب أن يحكم بالتعويض عن هذا الألم لكل من أصيب في مشاعره بسبب فقد شخص عزيز عليه، ولو لم يكن من الأزواج أو الأقارب حتى الدرجة الثانية بشرط عدم التوسع في ذلك الى المدى الذي وصل اليه القضاء الفرنسي.

هذا ويلاحظ أن معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب يعبر عنه بعبارة Damnum emergens lucrum cessans

أقسام الضرر، ماديا كان أو معنويا

ينقسم الضرر الى:

1 ــ ضرر مباشر وضرر غير مباشر
2 ــ وضرر متوقع وضرر غير متوقع
3 ــ وضرر حال وضرر مستقبل
4 ــ وضرر موروث وضرر مرتد

وفيما يلي نتكلم عن هذه الأقسام الأربعة:

1 ــ الضرر المباشر والضرر غير المباشر Préjudice direct et indirect

ورد النص على التعويض عن الضرر المباشر بالمادة (182) م ج الوردة في المسؤولية العقدية، والمعيار يصدق أيضا على المسؤولية التقصيرية، التي تقضى باعتبار الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

واذن فمعيار الضرر المباشر هو الا يستطيع الدائن (أو المضرور) أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها رب الأسرة الطيب (Le B.P.F) فإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوق الضرر ببذل جهد معقول، كان الضرر غير مباشر.

وبعبارة أخرى لكي يكون الضرر مباشرا يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية كافية[1]. ولقد دأب الشراح في فرنسا على الاستشهاد لذلك

(1) أنظر في ذلك ويل وترى: الالتزامات ط 1980 بند 60، ومارتي رينو: الالتزامات، ج 2 بند 376، والوسيط للسنهوري ج 1 بند 609 ص 1030.

بالمثل الذي أورده بوتييه عن الرجل الذي اشترى بقرة فإذا هي موبوءة، ولقد انتقلت العدوى منها الى حيواناته الأخرى فنفقت كلها، وترتب على ذلك أن تعذر عليه أن يحرث أرضه وأن يزرعها، فترتب على ذلك اعساره، وتوقفه عن سداد ما عليه من ديون، فحجز دائنوه على أرضه وبيعت بثمن بخس. فهذه سلسلة من النتائج ترتبت على شراء بقرة موبوءة.

وقد رأى بوتييه ورأى الفقه الفرنسي معه أن الضرر المباشر في هذا المثل هو موت البقرة الموبوءة وبقية الحيوانات الأخرى التي انتقلت اليها العدوى، أما النتائج الأخرى من عجز عن حرث الأرض وعن زرعها، وما ترتب على ذلك من أعسار وحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس، فهي أضرار غير مباشرة، وقد كان المدين بستطيع أن يشتري أو يستعير حيوانات أخرى لحرث أرضه وزرعها، ويمكن تطبيق هذا المثل في المسؤولية التقصيرية إذا لم يكن هناك عقد.

وقد أتى الأستاذ السنهوري بمثل من القضاء المصري للأضرار المباشرة من حكم صدر من محكمة النقض في 1936/4/9 في قضية ضد مصلحة الآثار المصرية قالت فيه ((قضت محكمة الاستئناف بتحميل مصلحة الآثار مسؤولية خطئها الذي ينحصر في أنها سحبت رخصة من متجر بالآثار فترتب على سحب هذه الرخصة أن أصبح محل التاجر يدار بغير ترخيص فحرر ضده محضر مخالفة، وهوجم منزله وأزيلت اللوحة المعلقة على محل تجارته)) فحكمت له المحكمة بالتعويض عن كل هذه الأضرار واعتبرتها أضرارا مباشرة ترتبت على سحب الترخيص بالاتجار بالآثار[1]، وهذا المثل ورد في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر، ويلاحظ أن المادة 1151م.ف تقتصر على التعويض عن الضرر المباشر في المسؤولية العقدية حتى لو كان المدين قد ارتكب غشا.

112 ــ هل يقتصر التعويض في المسؤولية التقصيرية على الضرر المباشر أو يشمل غير المباشر أيضا ؟

انقسم رأي الفقهاء الفرنسيين بل ورأي القضاء الفرنسي في هذا الصدد. فرأى بعض الفقهاء الفرنسيين[2] أنه يجب التعويض في المسؤولية التقصيرية عن

(1) أتى بهذا المثل الأستاذ السنهوري في الوسيط ج 1 ص 1031 بند 609
(2) أنظر ديموج الالتزامات ج 4 البندين 460، 461، وأوبرى وروط 5 ج ج 6 بند 455 ص 352 وبلانيول واسمان ج 6 البندين 539، 450.

الضرر المباشر وعن الضرر غير المباشر أيضا، ورأوا أن المادة 1151 م ف، التي تحدد التعويض بما يلحق الدائن من خسارة وبما يفوته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية ومباشرة لعدم تنفيذ العقد، (une suite immédiate et directe) خاصة بالمسؤولية العقدية، لأنها وردت في باب العقود والالتزامات، ويؤيدون رأيهم هذا بأحكام صدرت من المحاكم الاستئنافية قضت بالتعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية ورأت محكمة النقض أن هذه مسألة واقع (Question de fait) تخضع لقضاء الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا، ويستشهدون لذلك ببعض الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض، ومنها حكم للدائرة المدنية صدر بتاريخ 1876/6/12[1] وحكم صدر من دائرة العرائض بتاريخ 31 مارس 1885[2] قررت فيهما الدائرتان أن أحكام المادة (1151) خاصة بالمسؤولية العقدية وحدها، ولم يرد أي نص في القانون يقصر التعويض في المسؤولية التقصيرية على الضرر المباشر وحده وقد أصدرت محكمة السين المدنية حكما بتاريخ 1912/12/5[3] قالت فيه: «أن المادة (1382) وهي التي تقابل المادة (124 م ج) تقضي بتعويض كل ضرر، سواء كان مباشرا أو غير مباشر، حالا أو مستقبلا: وهذا هو موقف القضاء المدني.

أما موقف الدائرة الجنائية لمحكمة النقض هناك فيختلف، إذ أن هذه الدائرة رفضت التعويض عن الضرر غير المباشر في الدعاوي المدنية التي ترفع اليها بالتبعية للدعوى العمومية للتعويض في المسؤولية التقصيرية[4]:

113 ــ أما عندنا فيتفق الفقه في مصر على أن التعويض لا يكون الا عن الضرر المباشر وحده في كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ويرون أن معيار الضرر الذي نصت عليه المادة (221) مدني مصري التي تقابلها تماما المادة (182 م ج) وهو معيار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،

(1) نشر هذا الحكم في داللوز الدوري سنة 1876 عدد/1 برقم 477
(2) نشر هذا الحكم في داللوز الدوري سنة 1885 عدد/1 برقم 406
(3) نشر حكم محكمة السين في مجموعة أحكام المحاكم سنة 1912 الأسبوع الأول العدد 2 /برقم 142
(4) أنظر مثلا حكما لها صدر بتاريخ 1926/3/19 نشر في داللوز الأسبوعي سنة 1926 برقم 301، وحكما آخر بتاريخ 1954/5/4 نشر في جوريس كلاسير سنة 1954 عدد/2 برقم 8254.

معيار يعم المسؤوليتين، نظرا لوروده في الباب الخاص. بالالتزامات وآثارها بوجه عام، سواء كان الالتزام مصدره العقد أو الفعل الضار.

وقد جاء بمجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، تعليقا على المادة (221 م م) (التي تقابل المادة 182 م ج) مايلي: ((إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد) (الشرط الجزائي) أو مقدرا بنص القانون (الفوائد) تولى القاضي تقديره، ويناط هذا التقدير، كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب»[1].

ومعنى ذلك أن التعويض في المسؤوليتين يقاس بنفس المعيار الوارد عن المسؤولية العقدية.

ويقول الأستاذ السنهوري[2] في الوسيط «الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا يعوض إذن في المسؤوليتين الا عن الضرر المباشر».

وحين تعرض الأستاذ السنهوري للمسؤولية التقصيرية والتعويض عنها قال[3] ((القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (Dommage direct) فنعوض عنه ونغفل الضرر غير المباشر (Dommage indirect) فلا يجب التعويض عنه)).

ويقول الأستاذ سليمان مرقس[4] «أن الضرر يجب أن يكون مباشرا، أي نتيجة طبيعية لعدم الوفاء، وأن هذا الشرط إذا كان قد أثار خلافا في الفقه فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية، فإنه كان دائما محل اجماع فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، واشتراط كون الضرر مباشرا ليس شرطا خاصا بالضرر، بل هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية».

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 564، 565.
(2) الوسيط ج 1 بند 451 ص 760.
(3) المرجع السابق الذكر بند 609 ص 1031
(4) سليمان مرقس: الالتزامات، بند 228 ص 377

ويقول في مؤلفه «الفعل الضار»[1] ((أن المعيار الذي أتت به المادة (221) (المقابلة للمادة 182) ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، نظرا لوروده في الباب الخاص بآثار الالتزام بوجه عام، ينطبق على المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، والنتيجة الطبيعية هي ما يسميه الشراح الضرر المباشر ويقول الأستاذ جميل الشرقاوي[2] ((الضرر الذي يجب على المسؤول أن يعوضه هو الضرر المباشر. والواقع هو أن النصوص القانونية الواردة في قوانيننا العربية هي نفس النصوص الواردة في القانون الفرنسي تقريبا في المسؤولية العقدية بالمادة 1151، وكما أنه لم يرد في قوانيننا العربية أي نص في المسؤولية التقصيرية يقصر التعويض على الضرر المباشر وحده، كما هي الحال في القانون المدني الفرنسي، فإن باب الاجتهاد يكون مفتوحا عندنا كما في فرنسا، وأن كان لم يصدر أي حكم من القضاء عندنا يأخذ بالتعويض حتى عن الضرر غير المباشر في المسؤولية التقصيرية، مثل الأحكام التي أصدرها القضاء الفرنسي.

وأعتقد أنه إذا كانت النصوص القانونية عندنا، كما في فرنسا، قد قضت بعدم التعويض عن الضرر غير المباشر في المسؤولية العقدية، فلأنها افترضت أن ارادتي المتعاقدين قد انصرفتا الى استبعاده، كما انصرفتا الى استبعاد التعويض عن الضرر غير المتوقع، كما سوف نرى، وبما أنه ليس في المسؤولية التقصيرية أي نص يمنع الحكم بهذا التعويض، وبما أنه لا يتصور وجود إرادة مفترضة في هذه المسؤولية، وبما أن العدالة تقتضي أن يعوض المضرور في هذه المسؤولية عن كل ما أصابه من اضرار ترتبت، ولو من بعيد، على الفعل الضار الذي نزل به مادام السبب في حدوثها هو هذا الفعل الضار الذي لولاه ما ترتبت هذه الأضرار، فلذلك أعتقد أنه يجب التعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر وغير المباشر كما يعوض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع فيها.

هذا هو ما أخذ به، بحق، قانون الموجبات اللبناني، الذي ينص في المادة (261) منه على «وجوب الاعتداد (بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على سبيل التخصيص والأفراد...)

(1) الفعل الضار لنفس المؤلف ط 2 سنة 1956 ص 108.
(2) مصادر الالتزام ط 1981 ص 486 و ص 498.

114 ــ 2 ــ الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع

تنص الفقرة الثانية من المادة 182 م ج (المقابلة للمادة 2/221 م م) على مايلي:

((غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد)) وقد استمدت قوانيننا العربية هذا الحكم من المادة (1150) مدني فرنسي، وقصرت التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر الذي كان متوقعا عند ابرام العقد. أما في المسؤولية التقصيرية فيشمل التعويض الضرر الذي كان متوقعا والضرر الذي لم يكن متوقعا. ويبرر هذا التمييز بين المسؤوليتين بأن المدين في المسؤولية العقدية قد انصرفت ارادته عند ابرام العقد الى الا يلتزم الا بما كان يتوقعه من ضرر عند التعاقد، بينما المدين (المسؤول) في المسؤولية التقصيرية لم تنصرف إرادته، أو بعبارة أدق، لم تكن له إرادة عند وقوع الفعل الضار، في أن يلتزم بأي تعويض.

ولقد انتقد بعض الفقه الفرنسي التمييز بين المسؤوليتين، بل وقررت بعض التشريعات الحديثة عدم التفرقة بين المسؤوليتين، فقررت التعويض فيهما عن الضررين المتوقع وغير المتوقع، مثل القانون المدني الألماني (م 853). والواقع هو أن التفرقة بين المسؤوليتين في هذا الصدد تؤدي في بعض الحالات الى وضع شاذ.

ففي حالة النقل بأجر، إذا مات المنقول في حادث أصابه أثناء النقل ترتب على اخلال الناقل بالتزامه بالسلامة L'obligation de sécurité فإنه سوف يلتزم بالتعويض عن الضرر الذي كان متوقعا منه عند التعاقد بالنسبة الى المضرور الذي مات، ولكن بما أن القضاء الفرنسي قد استقر على أن لورثه المنقول بأجر الخيار بين أن يرفعوا دعوى عقدية يتلقونها عن مورثهم بمقتضى اشتراط ضمني لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui tacite) قام به المنقول، أو رفع دعوى تقصيرية والتنازل عن الدعوى العقدية، فإن الورثة إذا رفعوا الدعوى التقصيرية سوف يحصلون على التعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع عما أصابهم شخصيا من ضرر بسبب وفاة مورثهم، وبذلك يكونون أحسن حظا من مورثهم الذي لم يكن له الحق الا في التعويض عن الضرر المتوقع فقط، وهذا يخالف

القاعدة اللاتينية التي تقضي بالا يكون للخلف أكثر مما كان للسلف. (Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ips habet) على أنه يسوغ الرد على ذلك بأن الورثة، حين يطالبون بالتعويض عما أصابهم شخصيا من ضرر (Proprio nomine) لا يتلقون حقهم هذا من المورث حتى يحتج عليهم بهذه القاعدة اللاتينية.

ومعيار الضرر المتوقع أو غير المتوقع هو معيار توقع الرجل المعتاد Le B.P.F منظورا اليه نظرة مجرة In abstracto وينظر الى التوقع عند ابرام العقد.

ويكون الضرر غير متوقع في سببه أو في مقداره ومداه، ففي حالة ما إذا كان غير متوقع في سببه يكون معنى ذلك أنه من غير الممكن توقع أن من شأن خطأ المدين أن يترتب عليه كل ما حدث من ضرر للدائن، فلا يسأل المدين عن هذا الضرر، مهما كان مقداره ومداه. وقد يكون الضرر متوقعا في سببه، ولكن غير متوقع في مقداره ومداه، أي يكون متوقعا أن يترتب ضرر ما على خطأ المدين ولكن يكون مبلغ الضرر ومقداره غير متوقع فلا يسأل المدين عن جسامة الضرر غير المتوقعة. وبعبارة أخرى، يسأل المدين عن مقدار الضرر الذي كان متوقعا عند التعاقد من حيث سببه، ولا يسأل عن ضرر لم يكن متوقعا في سببه، ويسأل عن ضرر كان متوقعا في مداه ولا يسأل عن ضرر كان غير متوقع في مداه. ويرجع في وقت التوقع أو عدم التوقع الى يوم ابرام العقد، بحيث لو كان الضرر غير متوقع عند ابرام العقد فلا يسأل عنه المدين حتى لو صار متوقعا بعد ابرام العقد.

وقد يكون الضرر غير متوقع بفعل الدائن، سواء كان هذا الفعل خاطئا أو غير خاطىء، فلا يسأل عنه المدين، مثال ذلك أن يرسل شخص بالبريد طردا ويصرح بأنه يحتوى على أشياء عادية، فإذا فقد هذا الطرد فإن مصلحة البريد لا تسأل الا عن التعويض عن أشياء عادية، وليس للمرسل أن يدعى أن هذا الطرد كانت به أشياء ثمينة ذات قيمة غير عادية، كمجوهرات مثلا ويطالب بقيمتها، وذلك لأن تصريح المرسل حمل مصلحة البريد على الاعتقاد بأن الطرد يحتوي على أشياء عادية، ولم تكن تتوقع أنه يحتوى على أشياء ثمينة..

114 ــ متى يلتزم المدين حتى بالضرر غير المتوقع ؟

تقضى الفقرة الثانية من المادة 182 م ج) وهي تقابل المادة 1/221 م م) بمفهوم المخالفة، بأن المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما يسأل عن التعويض حتى عن الضرر غير المتوقع.

وقد امتمد هذا الحكم من المادة (1150) من القانون المدني الفرنسي، مع ملاحظة أن هذه المادة لم تنص الا على غش المدين (Le dol)، غير أن الخطأ الجسيم قد ألحق بالغش تأثرا بالقاعدة اللاتينية التي تقول (Culpa lata dolo aequiparatur) أي أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، مع أن هناك فرقا بينا بينهما، إذ أن الغش ينطوي على سوء النية، بينما الخطأ الجسيم قد يقع بحسن نية.

وعلى كل فإن المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما في تنفيذ الالتزام يصبح كالمسؤول في المسؤولية التقصيرية ملزما بالتعويض عن الضررين المتوقع وغير التوقع، فهل معنى ذلك أن تنقلب المسؤولية عندئذ من عقدية الى تقصيرية ؟

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الرأي، فيقول جوسران، أن المتعاقد الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما يخون الثقة التي تسود بين المتعاقدين ويخرج بذلك من دائرة العقد ويسأل مسؤولية تقصيرية[1]، بينما يرى البعض الآخر من الفقهاء الفرنسيين أن المسؤولية تظل مع ذلك عقدية، ويعتبر التعويض عن الضرر غير المتوقع جزءا يجازي به المدين الذي ارتكب غشا أو خطأ جسيما[2].

ولعل هذا الرأي يتفق مع ما جرى عليه القضاء الفرنسي واعتبره مبدأ أصليا، وهو أن لا محل للمسؤولية التقصيرية حين تتوافر شروط المسؤولية العقدية، الا في بعض الحالات الاستثنائية.

أما الفقه العربي فيرى أن المسؤولية تظل مع ذلك عقدية، ويبرر ذلك بأنه يفترض أن المتعاقدين قد اتفقا اتفاقا ضمنيا على أن تقتصر المسؤولية على

(1) أشار هذا الرأي الأستاذ سليمان مرقس مؤلفه: مصادر الالتزام بند 228.

(2) من هذا الرأي مازو في المسؤولية ج 3 البندان 2375، 2376.

تعويض الضرر المتوقع، فإذا ارتكب المدين غشا أو خطأ جسيما أصبح هذا الاتفاق الضمني باطلا وسئل المدين عن تعويض الضرر غير المتوقع أيضا[1].

وعلى كل حال فإن إثبات غش المدين أو خطئه الجسيم يقع على الدائن لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس[2].

هذا ويلاحظ أن المدين مسؤول عن غشه أو عن خطئه الجسيم حتى لو كان التزامه التزاما ببذل عناية يقاس بمعيار الرجل المعتاد، وقد نصت على هذا الحكم المادة (172 م ج) (المقابلة للمادة 211 م م) بقولها: «في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

«وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه، أو عن خطئه الجسيم»، كما يلاحظ أنه، إذا كان يجوز للمدين أن يشترط في نطاق المسؤولية العقدية اعفاءه من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا إذا كان عدم تنفيذ التزامه يرجع الى غشه أو الى خطئه الجسيم، وقد تناولت المادة (178 م ج) المقابلة للمادة 217 م م) النص على هذا الحكم بقولها ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة. وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ((الا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم)).

ولكن هذا النص يضيف حكما قضت به القوانين العربية و لم يقبله القضاء الفرنسي، وهو أن للمدين أن يشترط اعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

(1) انظر مثلا الوسيط للسنهوري ج 1 بند 452
(2) حكم محكمة استئناف القاهرة في 1961/11/28 المنشور في المجموعة الرسمية السنة 60 ص 197 رقم 26.

ويبرر الفقه العربي هذا التمييز بين الغش أو الخطأ الجسيم اللذين يرتكبهما المدين نفسه وبين الغش أو الخطأ الجسيم اللذين يرتكبهما الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، بأن مقتضى الاعفاء الأول هو أن يصبح تنفيذ التزام المدين معلقا على شرط إرادي محض Condition purement potestative ومثل هذا الشرط يجعل الالتزام غير قائم (م 205 م ج)، أما عمد الغير فإنه لا ينزل منزلة الشرط الارادي المحض.

أما القضاء الفرنسي فلا يجيز للمدين أن يشترط اعفاءه، من مسؤوليته العقدية إذا كان عدم تنفيذ التزامه يرجع الى خطئه الجسيم أو غشه أو خطأ مساعديه أو غشهم، ويستند في ذلك الى أن خطأ مساعد المدين أو غشه كخطأ المدين نفسه أو غشه، وذلك حتى لا يتهرب المدين من مسؤوليته بأن يعهد الى الغير بتنفيذ التزامه، ويتخلص بذلك من مسؤوليته عن خطأ هذا الغير الجسيم أو غشه.

ومع ذلك فقد أجاز قانون التأمين الفرنسي الصادر في 1930/7/13، أن يشمل التأمين الأخطاء التي يرتكبها الأشخاص الذين يسأل عنهم طبقا للفقرات 4، 5، 6م 1384، مهما كانت طبيعة خطأ هؤلاء الأشخاص الذين يسأل عنهم (وهم القصر والموضوعون تحت رقابة الأب والأم والخدم والتابعون للسادة والمتبوعين، والمعلمون، ومن يتعلمون الحرف)، أي ولو كان خطؤهم جسيما، ويرى الفقه الفرنسي أن ما قضى به قانون التأمين بالنسبة الى المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير يسرى بالنسبة الى المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

115 — 3 — الضرر الحال والضرر المستقبل: Dommage actuel et dommage futur

أولا: الضرر الحال: هو الذي ثبت حدوثه فعلا على أثر وقوع الفعل الضار وأصبح محققا، وبهذه المثابة لا يثير تقدير التعويض عنه أية صعوبة، فيقدر القاضي التعويض عنه على أساس ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب،

(1) السنهوري الوسيط ج 1 بند 439 ص 757/756

مع مراعاة ما سوف يترتب على هذا الضرر من نتائج في المستقبل، سواء كانت مادية أو أدبية، بحيث يؤخذ في الاعتبار حرمان المضرور في المستقبل من بعض المزايا بسبب هذا الضرر.

والأصل في تقدير التعويض عن الضرر الحال هو أن يقدر بقدر الضرر، بصرف النظر عن درجة خطأ المسؤول، فرب خطأ تافه يسبب ضررا فادحا، ورب خطأ جسيم لا يترتب عليه الا ضرر تافه، فينبغي إذن أن يقدر التعويض بقدر الضرر بصرف النظر عن درجة الخطأ، غير أن القضاء سواء في فرنسا أو عندنا، مازال متأثرا بتأثير المسؤولية الجنائية على المسؤولية المدنية، واعتبار التعويض يشدد بشدة الخطأ ويخفض لتفاهته، بل وبقيت هذه الفكرة في بعض التشريعات الوضعية (مثل التقنين البولوني المادة (160) وتقنين الالتزامات السويسري (المادة 2/44)

وقد وردت هذه الفكرة أيضا في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري فقالت ((يتعين على المحكمة أن تعتبر في هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد والتخفيف، والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الأغضاء عنها في منطق المذهب الشخصي أو الذاتي، ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على اقرار هذا المبدأ وتطبيقه في أحوال شتى...[1]

غير أن تقدير التعويض بقدر الخطأ لا بقدر الضرر ليس الا بقية من آثار التشبث بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية، ولقد رأينا أن هذه المسؤولية تتطور نحو التخلص من هذه الفكرة، ولذلك فإن غالبية الفقهاء الغربيين ترى أنه لا يسوغ للقضاء أن يدخل في اعتباره جسامة الخطأ أو تفاهته عند تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، لأن الخطأ ركن في قيام هذه المسؤولية بصرف النظر عن مداه، ومتى وجد ونشأ عنه ضرر، وجب التعويض عن هذا الضرر كله بحسب جسامته.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 392

وعلى الرغم من أن قضاء المحاكم في فرنسا كان يسير دائما على فكرة تأثير درجةالخطأ على درجة التعويض، فإن محكمة النقض هناك قد انتهت الى استبعاد هذه الفكرة، فصدر عنها حكم بتاريخ 1946/10/21[1] قالت فيه ((أن التعويض عن الضرر المدني الذي يقرره القانون ضد المسؤول في المسؤولية التقصيرية يشمل كل الضرر الذي يحدث، مهما كانت جسامة خطأ المسؤول أو اهماله، ولا تأثير للظروف التي من شأنها أن تخفف من جسامة خطئه على تقدير التعويض)).

أما في المسؤولية العقدية، فقد رأينا أن خطأ المدين الجسيم أو غشه يجعله مسؤولا حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع.

ويلاحظ أن نص المادة (131 م ج) يقضى بأن يأخذ القاضي تقديره للتعويض (بالظروف الملابسة) فما هو المراد بالظروف الملابسة ؟ يرى الأستاذ السنهوري[2] أن المراد بها الظروف التي تلابس المضرور لا المسؤول، والتي تتعلق بحالته الصحية والعائلية، والمالية.

والواقع هو أن مراعاة ظروف المضرور الشخصية متفق عليها فقها وقضاء، فينبغي للقضاء حين يقدر التعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور أن ينظر اليه نظرة شخصية In concreto فيأخذ في الاعتبار حالته الصحية، أو ما سماه أهرنج La réciptivité أي مدى تأثير الفعل الضار على حالته الصحية، ومدى استعداده لرد الفعل المترتب على اصابته، ومدى تأثير هذه الاصابة عليه، فالأعور إذا أصيب في عينه السليمة كان الضرر الذي يصيبه أفدح من الضرر الذي يصيب من له عينان سليمتان[3] ومن يصاب في ساقه السليمة وهو أعرج يكون الضرر الذي يصيبه أكبر من الضرر الذي يصيب ساق شخص ذي ساقين سليمتين.

(1) أشارت الى هذا الحكم فنى Viney في مؤلفها عن المسؤولية ط 1982 بند 599 ص 712.
(2) الوسيط ج 1 بند 648 ص 1098 — 1099
(3) انظر في هذا المثل حكما للدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية صدر في 1966/7/19 ونشر في داللوز سنة 1966 برقم 598.

ولكن لا ينبغي أن ينظر في تقدير التعويض عن الضرر الى ثراء المضرور أو فقره، ولذلك فقد انتقد الفقه نص المادة (3/41 من قانون المرور الذي صدر في سويسرا بتاريخ 1932/3/15، وقضى بأن ((تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض كل الظروف، وعلى القاضي، إذا كان المضرور لديه دخل مرتفع ارتفاعا استثنائيا، أن يخفض مقدار التعويض طبقا للعدالة)).

166 ــ وبصدد الضرر الحال يحسن بنا أن نشير الى الضرر المتغير Le préjudice variable[1] فقد يحدث ضرر للمضرور ولكنه قد يتغير بعد صدور الحكم. فإذا كان الضرر قد تغير بعد وقوع الفعل الضار وقبل الحكم بالتعويض، فقد تساءل الفقه عما إذا كان يجب تقدير التعويض على أساس الضرر الذي حدث عند وقوع الفعل الضار أو على أساس ما صار عليه عند صدور الحكم ؟

يرى الفقه وجوب التمييز بين تغير الضرر الداخلي Intrinséque وتغيره الخارجي Extrinsèque، فإذا كان التغير داخليا ونشأ عن خطأ المسؤول فيجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير القاضي للتعويض، فيزيد التعويض بتفاقم الضرر، وإذا كان الضرر قد خف عند صدور الحكم،وجب تخفيض التعويض بنسبة خفة الضرر، أما إذا كان تغير الضرر قد حدث بدون خطأ المسؤول، فإنه لا يؤخذ في الاعتبار عند الحكم، مثال ذلك أن يترتب على فعل المسؤول أن يفقد المضرور احدى عينية السليمتين، وبعد الحادث، وقبل صدور الحكم فيه، أحدث شخص ثان حادثا أفقد المضرور عينه السليمة، فبعد أن كان أعور، أصبح أعمى عند صدور الحكم في الحادث الأول، فلا يقدر التعويض عن الضرر الذي أحدثه المسؤول الأول على اعتبار أن المضرور قد أصبح أعمى، بل يقدر على أساس أنه صار أعور بالحادث الأول، ويقدر في الحكم على المسؤول الثاني باعتبار أن المضرور قد صار أعمى.

أما إذا كان تغير الضرر خارجيا Extrinsèque فإن هذا التغير كثيرا ما يحدث في الأثمان، فإذا اتلفت سيارة في سنة 1986 وكان ثمنها يومئذ 60 ألفا،

(1) ارجع في تفصيل الضرر المتغير الى المسؤولية المدنية لمازو، ج 3 ــ البنود من 2426 الى 2428 والى الوسيط للسنهوري ج 1 ــ بند 619 ص 1102

وعند صدور الحكم بتعويض هذا الضرر في سنة 1988 كان ثمن مثل هذه السيارة قد بلغ 80 ألفا، فعلى أي أساس يقدر تعويض الضرر ؟ هل على أساس يوم وقوع الحادث في سنة 1986 أو على أساس ثمن مثلها عند صدور الحكم، أي بمقدار 80 ألفا ؟.

ومعنى ذلك هو: هل يؤخذ في الاعتبار انخفاض القوة الشرائية للعملة، وهي ظاهرة مستمرة في عصرنا الحالي ؟، الأصل الذي أخذت به قوانيننا العربية في عقد القرض هو الا يؤخذ في الاعتبار انخفاض القوة الشرائية لعملة وقد نصت المادة (450 م ج) (المقابلة للمادة 538 م م) على «أن يرد المقترض عند نهاية القرض نظير المبلغ الذي سبق اقتراضه نوعا وقدرا وصفة». ومعنى ذلك أنه إذا اقترض شخص في سنة 1986 مبلغ 1000 دينار على أن يرد القرض في سنة 1988، فيجب عليه أن يرد 1000 دينار ولو كانت القوة الشرائية للدينار قد انخفضت، وقد نص تقنين نابوليون في المادة 1895 منه على نفس الحكم، غير أن فرنسا عرفت أخيرا نظام التدرج التناسبي L'indexation ونظام شروط تغير الأسعار Les clauses d'échelle mobile وهما نظامان لا تعرفهما تشريعاتنا العربية، ولكن على كل حال فقد استقر القضاء الفرنسي على أن يقدر التعويض عن الضرر يوم صدور الحكم لا يوم حدوث الضرر وأصدرت محكمة النقض هناك حكما في 1943/7/15[1] قالت فيه ((أن تقديرا لتعويض يجب أن يتم عند صدور الحكم، يستوى أن تكون المسؤولية عقدية أو تقصيرية)).

وأصدرت محكمة النقض المصرية كذلك حكما بهذا المعنى بتاريخ 1957/11/14[2] قالت فيه: ((كلما كان الضرر متغيرا يتعين على القاضي النظر فيه، لا كما كان عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم)).

غير أنه إذا كان المضرور قد قام باصلاح الضرر بعد حدوثه، كأن يشتري سيارة مثل التي تلفت بسبب فعل المسؤول، فلا يحكم له الا بما دفعه، ولو كان السعر قد ارتفع عند صدور الحكم[3].

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1943 برقم 81 وفي جيريس كلاسير الدوري سنة 1943 عدد 2 برقم 2500

(2) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام محكمة النقض عدد/8 برقم 86 ص 783

(3) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 549 ص 1103.

ويلاحظ أنه إذا كان الضرر قد تغير بعد صدور الحكم الابتدائي ثم رفع استئناف عن هذا الحكم، فإن لمحكمة الاستئناف أن تقدر تعويض الضرر طبقا للأسعار الجاري العمل بها يوم صدور حكم الاستئناف، وهذا لا يتنافى مع القاعدة اللاتينية التي تحدد سلطة محكمة الاستئناف بالقدر الذي أستؤنف Tantum devolutum quantum appelatum

ثانيا: الضرر المستقبل: Le préjudice futur وهو الذي سوف يقع بعد وقوع الفعل الضار أي تحقق سببه عند وقوع الفعل الضار ولكن آثاره لم تتحقق الا بعد ذلك، سواء كلها أو بعضها. ويضرب لذلك مثال عامل أصيب في فعل ضار بعاهة مستديمة أعجزته عن العمل، فيجب أن يعوض عما سوف يترتب على هذه العاهة من حرمانه مما كان سوف يكتسبه من عمله مستقبلا، فالعاهة محققة، وهي السبب، والآثار التي لم تتحقق بعد مؤكدة الوقوع في المستقبل فيعوض عنها باعتبارها ضررا مستقبلا محقق الوقوع.

أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع في المستقبل، بحيث لا يعرف هل سوف يقع أو لا يقع، فهذا هو الضرر المحتمل Hypothétique ولا يعوض ولا يوجد سبب يؤكد أنه سوف يقع.

وقد رفض القضاء الفرنسي التعويض عن الضرر المادي لوالدين فقدا ولدهما الشاب، وطالبا، الى جانب التعويض عن الضرر الأدبي عما أصابهما من آلام وحزن لفقده، وبالتعويض عن الضرر المادي الذي سوف يصيبهما ابان شيخوختهما، إذ كانا يأملان أن يكون هذا الولد عونا لهما في هذه السن[1].

ومع ذلك فقد قضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ 1970/2/24[2] بالتعويض عن الضرر المادي المستقبل لوالدين

(1) محكمة انجيه Angers في 1970/2/5 نشر في جوريس كلاسير الدوري سنة 1970 عدد 2 برقم 16308.

(2) نشر هذا الحكم في جوريس كلاسير الدوري سنة 1970 عدد/2 برقم 16456.

شيخين فقدا ولدهما الذي كان يوشك أن يتم دراسته التي كانت سوف تؤهله الى مستقبل زاهر.

ولعل هذا الحكم يدخل في نطاق ما يسميه القضاء الفرنسي الحديث تفويت الفرصة La perte d'une chance[1].

فما هو معنى فوات الفرصة ؟ لقد كان القضاء الفرنسي لا يعرف هذا الاصطلاح قديما، وكان يرفض التعويض عن تفويت الفرصة باعتبار أن الضرر فيها ليس محققا لأنه لا يمس حقا ثابتا، وإنما هو مجرد أمل خاب تحققه[2]، غير أن هذا القضاء قد أخذ فيما بعد بالتعويض عن مجرد فوات الفرصة في أحوال عديدة، كما في حالة محام يقصر في رفع استئناف عن الحكم الابتدائي حتى يسقط ميعاد استئنافه[3] أو أن يتسبب حادث في منع طالب من الدخول في امتحان أو في مسابقة[4]، أو أن يفوت حادث قتل خطيب فرصة الزواج على خطيبته لا سيما وأن أجل الزواج كان قريبا[5] أو ما قضت به محكمة النقض المصرية في احالة موظف الى التقاعد قبل بلوغ سن التقاعد ودون مسوغ، مما فوت عليه فرصة الترقي الى درجة أعلى[6].

في مثل هذه الأحوال فاتت فرصة نجاح لم يكن محققا، ولكن تفويت الفرصة في حد ذاته أمر محقق، وهو الذي يعوض عنه، أي أن التعويض لا يقدر

(1) أنظر في مسألة تفويت الفرصة، الوسيط للسنهوري ج 1 بند 576، ومازو المسؤولية المدنية ج.1 بند 219، وستارك ـــ الالتزامات بند 125 ص 51 وبوريل Borel في مقال له نشر في الأسبوع القانوني سنة 1974 عدد 1 برقم 2620 Le sourd، في مقال له نشر في جازيت دي باليه سنة 1963 عدد/2 برقم 49.

(2) سليمان مرقس: الفعل الضار ط 2. بند 28 ص 37

(3) حكم الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1965/3/15 نشر في داللوز سنة 1965 برقم 425.

(4) حكم نفس هذه الدائرة في 1961/2/17 المنشور في جازيت دي باليه سنة 1961 عدد/1 برقم 400.

(5) حكم الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في 1956/1/5 المنشور في داللوز سنة 1956 برقم 216.

(6) صدر هذا الحكم في 1949/2/3 ونشر في مجموعة أحكام محكمة النقض لعمر عدد/ 5 برقم 873 ص 709.

على أساس النجاح لأنه أمر غير محقق، وإنما يقدر على أساس خيبة أمل في نجاح ربما تحقق، فالقدر المحقق هنا هو فوات الفرصة، وخيبة الأمل[1] والأمل يسعد الانسان، وكما يقول الشاعر العربي: ((أعلل النفس بالآمال أرقبها: ما أضيق العيش لولا فسحه الأمل)) ففقد الأمل، ولو كان أملا كاذبا، يسبب ضررا للانسان. ويرجع في تقدير الضرر الذي يترتب على فوات الفرصة لقضاة الموضوع ولا رقابة للمجلس الأعلى في ذلك[2]

117 ـ 4 ـ الضرر الموروث والضرر المرتد: Préjudice transmis et dommage par ricochet

المراد بالضرر الموروث، الضرر الذي ينتقل من السلف الى الخلف، ويراد بالضرر المرتد، الضرر الذي يصيب الخلف شخصيا بسبب الضرر الذي أصاب السلف.

أولا: الضرر الموروث:

طالما ظل السلف المضرور حيا، فله وحده الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي وليس لورثته هذا الحق، وأن كان القضاء الفرنسي أجاز لوالدين فقط أن يطالبا بالتعويض عما أصاب ولدهما القاصر من آلام وهو ما يزال حيا، باعتبار أن لهما الولاية عليه طالما كان قاصرا.

أما إذا مات المضرور، فإما أن يكون قد رفع الدعوى عما أصابه من ضرر مادي ومعنوي قبل موته ولم يصدر فيها حكم بعد، فيكون للورثة بصفتهم خلفا عاما أن يواصلوا السير في هذه الدعوى.

وأما أن يكون السلف قد مات فورا أثر الحادث المميت الذي أودى بحياته في الحال، بحيث لم يترك له الوقت الذي يتمكن فيه من رفع دعوى للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر مادي، وبهذا الصدد، كان هناك خلاف أثير في

(1) انظر في هذا المعنى حكمين لمحكمة النقض الفرنسية في 1973/3/27 نشر في الأسبوع الثاني 1974 عدد/ 2 برقم 7643.
(2) حكم للدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 1972/8/10 منشور في المجموعة المدنية عدد/1 برقم 188 ص 164.

فرنسا حول ما إذا كان للورثة الحق في رفع دعوى للمطالبة بتعويض ما أصاب مورثهم من ضرر نشأ عن موته، وكان هناك رأي يقول إن التعويض عن الضرر الذي أودى بحياة المورث لم يدخل في ذمته المالية حتى ينتقل الى الورثة مادام قد مات بسبب هذا الضرر، غير أن هذا الرأي كان يترتب عليه وضع شاذ، هو أن يكون من أصاب المورث بضربة قاتلة قضت عليه في الحال لا يكون مسؤولا عن أي تعويض، فيكون أحسن حظا ممن أصاب المورث بضربة خفيفة لم تؤد الى موته فيكون مسؤولا عن التعويض. ولذلك انتهى الرأي الى أنه مهما كانت الاصابة قاتلة في الحال فإن بينها وبين ازهاق الروح لحظات فاصلة ولو كانت ثانية واحدة تسمح بنشوء الحق في التعويض عن الضرر وبدخوله في ذمة المورث وانتقاله الى الورثة. وقيل أن المورث مات لأنه دائن ولم يمت قبل أن يكون دائنا.

وعلى ذلك فإن الورثة يرثون الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب مورثهم وتنتقل اليهم تركته مشتملة على هذا الحق، ويقسم عليهم: حسب أنصبتهم في الميراث مع ملاحظة القاعدة الشرعية التي تقضي بأن لا تركة الا بعد سداد الديون، فلا يؤول اليهم هذا التعويض الا بعد سداد الديون، وكذلك الوصايا. وأما التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب مورثهم، فأما أن يكون المورث قد اتفق مع المسؤول أو رفع به دعوى أمام القضاء قبل وفاته، وهنا لا خلاف في أن الحق في متابعة الدعوى أو في مطالبة المسؤول بالتعويض المتفق عليه ينتقل الى الورثة. أما إذا كان المورث قد مات قبل أن يتفق على التعويض عن هذا الضرر وقبل أن يرفع به دعوى أمام القضاء، فقد كان سكوته يعتبر تنازلا عن هذا التعويض، وبهذا الرأي أخذ القانون المدني المصري في المادة 222، وحذت القوانين العربية الأخرى حذوه. أما القضاء الفرنسي فقد اعتبر أن السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي لا يعتبر تنازلا ما لم يوجد نص يخالف ذلك.

وبما أن المشرع الجزائري لم يجار القوانين العربية الأخرى في هذا الحكم. وأغفل النص على مثل ما ورد بالمادة 222 م م فإني اعتقد أنه لا مانع يمنع من انتقال التعويض عن الضرر المعنوي الى الورثة ولو كان المورث قد سكت

عن المطالبة به، إذ ربما حالت ظروف الحادث دون المطالبة بهذا الحق أو الاتفاق عليه.

ويلاحظ أن للمسؤول أن يتمسك ضد الورثة بما كان يستطيع أن يتمسك به ضد المورث من دفوع تؤدي الى تخلصه من مسؤوليته، كالسبب الأجنبي المعفي من المسؤولية، مع ملاحظة أن خطأ المورث الذي لا تتوافر فيه شروط السبب الأجنبي لا يعفى ولو جزئيا من المسؤولية عن فعل الشيء، ولكنه يعفى جزئيا في المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وهذا ما جرى عليه القضاء الفرنسي منذ الحكم الصادر في قضية ديمار Desmares سنة 1982.

ثانيا: الضرر المرتد Dommage par ricochet

يراد بالخلف الذي يصاب بضرر شخصي ترتب على ضرر أصاب السلف، ليس فقط الخلف العام المنصوص عليه بالمادة (108 م ج) بل ما هو أوسع من ذلك. ولقد تطور القضاء الفرنسي بصدد الخلف المقصود هنا، فقبل سنة 1937، كان يتوسع في مفهوم الخلف ويمده الى الأقارب والأصهار. ولكن منذ سنة 1937، أخذ يضيق في مفهوم الخلف، ويشترط أن تكون له مصلحة مشروعة يحميها القانون Un itérêt légitime juridiquement protégé وظل يشترط في الخلف هذا الشرط حتى سنة 1970، إذ أصدرت محكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1970/2/27(1) قررت فيه أن المادة (1382) لا تشترط وجود رابطة قانونية بين المضرور والخلف، ومنذ هذا التاريخ أصبح الخلف يتسع ليشمل كل من أصابه ضرر شخصي من جراء الحادث الذي أصاب السلف، سواء كان وارثا أو غير وارث وأصبح يكفي أن يثبت هذا الخلف أن السلف كان يقدم له اعانة Assistance وقد كان الخلف بهذا المعنى يرفع دعواه للمطالبة بالتعويض عما أصابه شخصيا من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية لأنه من الغير، ولكن القضاء الفرنسي دأب بصدد عقد النقل ثم بصدد عقد البيع، على أن يعطى للخلف الحق في رفع دعوى على أساس المسؤولية العقدية، فأصدرت محكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1932/12/6

(1) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1970 عدد/2 برقم 16305

قالت فيه أنه يفترض أن السلف قد اشترط لمصلحة الغير اشتراطا ضمنيا Stipulation pour autrui tacite ولعله استند في ذلك الى نص المادة 1122 م ف التي تنص على أنه يفترض أن السلف قد اشترط لمصلحته وورثته وخلفه، ما لم يصرح بغير ذلك أو يتضح العكس من طبيعة العقد. وقد ورد هذا النص بعد نص المادة 1121 الذي أورد مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير. وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهها الفقه الى القضاء في هذا الصدد، لا سيما وأنه يترتب عليه أن يعتبر الخلف تارة من الغير حين يرفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية، وتارة أخرى يعتبر خلفا حين يرفع الدعوى على أساس المسؤولية العقدية. ثم أنه يترتب على هذا الرأي الخروج على المبدأ الذي استقر عليه القضاء الفرنسي. وهو عدم الجمع أو عدم الخيار بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في هذا الصدد ؟

ولكن على الرغم من الانتقادات استقر القضاء الفرنسي على منح الدعوى العقدية الى الخلف على أساس الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، الى جانب الحق في رفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية إذا اختارها.

ولكن يلاحظ أنه يترتب على هذا أنه إذا رفع الخلف الدعوى على أساس المسؤولية العقدية ترتبت النتائج الآتية:

أ ــ ليس على الخلف أن يثبت خطأ ضد المسؤول لأن الخطأ مفترض لاخلاله بالالتزام بالسلامة الذي هو التزام بتحقيق غاية.

ب ــ ويحتج على الخلف بما يكون قد تم بين السلف والمسؤول من صلح أو من اعفاء كلي أو جزئي من المسؤولية.

ج ــ ولا يكون التعويض الا عن الضرر المباشر، والذي كان متوقعا عند التعاقد.

د ــ وتتقادم الدعوى العقدية بمدة التقادم العادية.

أما إذا رفع الخلف الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية، فتترتب النتائج الآتية:

أ ــ يجب على الخلف اثبات خطأ المسؤول.

ب ــ كان ينبغي الا يحتج عليه بما تم من صلح أو من شروط اعفاء بين السلف والمسؤول ولكن سوف نرى أن القضاء الفرنسي رأى غير ذلك.

ج ــ ولا يكون للحكم الذي يصدر من القضاء الجنائي عن الحادث قوة الأمر المقضى بالنسبة الى الدعوى التي يرفعها الخلف.

د ــ ويشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع، فضلا عن الضرر غير المباشر في الرأي الذي قال به في هذه المسؤولية.

هـ ــ وتتقادم الدعوى التقصيرية بمدة تقادم تختلف حسب التشريع المصري والتشريعات التي حذت حذوه

أما في القانون الجزائري فمدة التقادم واحدة في الدعوى التقصيرية والعقدية.

وبصدد الاحتجاج على الخلف برفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية، كان ينبغي الا يحتج عليه بالدفوع التي كان للمسؤول أن يحتج بها ضد السلف، لأن الخلف يرفع الدعوى هنا مطالبا بالتعويض عما أصابه هو من ضرر شخصي، ولكن القضاء الفرنسي رأى غير ذلك، وقد انتهى الى أن قررت الجمعية العامة لمحكمة النقض في حكم لها بتاريخ 1981/6/19[1] أن للمسؤول أن يحتج على الخلف بجميع الدفوع التي كان له أن يحتج بها على السلف، مع ملاحظة أن الاحتجاج على الخلف بخطأ السلف قد أصبح قليل الأهمية بحكم ديمار.

118 ــ أما عندنا فبالنسبة الى الضرر المادي، يجوز لكل من أصابه ضرر شخصي، حتى لو كان دائنا[2] أن يطالب بالتعويض عما أصابه، بشرط أن يثبت أن له مصلحة مشروعة في طلب التعويض.

غير أنه يطالب بهذا التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، ولا محل عندنا للقول بالاشتراط الضمني لمصلحة الغير، الذي قال به القضاء الفرنسي

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1981 برقم 641
(2) أنظر في ذلك الوسيط للسنهوري ج 1 ــ بند 572 ص 973/972.

وإذا كان الأستاذ السنهوري، قد قال به[1] كما قال به الأستاذ أنور سلطان[2] فإني اعتقد أنهما قد تأثرا في هذا القول بما سار عليه القضاء الفرنسي، غير أنه يلاحظ أن هذا القضاء يستند في رأيه الى نص المادة (1122 م ف) وليس في قوانيننا العربية مثل هذا النص، وقد ورد النص على مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير بالمادة 116 م ج (المقابلة للمادة (154 م م) دون أن يشير الى أن الاشتراط قد يكون ضمنيا، ومن المقرر أن الاشتراط لمصلحة الغير استثناء أورده المشرع على مبدأ نسبية العقد، والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه، ولذا فلا يسوغ التسليم برأي هذين الفقيهين. أما بالنسبة الى الضرر الأدبي الذي يكون للخلف الحق في المطالبة به لتعويض ما أصابه شخصيا من ضرر بسبب موت السلف، فقد حدده القانون المدني المصري في المادة (222) بالازواج وبالأقارب حتى الدرجة الثانية، وبما أن القانون المدني الجزائري لم يرد به نص مماثل فإني أرى أنه ينبغي، طبقا لهذا القانون، أن يساوي الضرر المادي الأدبي. وأن يكون لكل من أصابه شخصيا ضرر أدبي من جراء موت المضرور، أن يطالب بالتعويض عنه بدون التزام التحديد الذي ورد في القانون المدني المصري والقوانين التي حذت حذوه.

المبحث السادس

الركن الثالث: علاقة السببية Le lien de causalité

يجب أن تتوافر بين الفعل الضار والضرر علاقة سببية، أي أن يكون الضرر ترتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار، وقد يكون هناك خطأ وضرر ولكن لا توجد رابطة سببية بينهما، ويضرب لذلك مثال من يقود سيارة بدون ترخيص، وهو يحسن القيادة، فيدهس بسيارته شخصا مرتكبا خطأ يكتسي صفات القوة القاهرة، ومعفيا المسؤول من مسؤوليته، فهنا حدث خطأ من المسؤول في قيادته لسيارته دون ترخيص، وحدث ضرر للمصاب، ولكن لا علاقة لخطأ السائق بهذا الضرر الذي حدث بخطأ المصاب وحده. وتنقطع علاقة

(1) المرجع السابق الذكر بند 375 ص 540 هامش 2
(2) التزامات بند 290 ص 349.

السببية كلما وجد سبب أجنبي تتوافر فيه شروط القوة القاهرة. ولم ينص القانون المدني الفرنسي على علاقة السببية الا في المسؤولية العقدية (م 1151) التي تقابلها المادة (182 م ج) والمادة (221 م م) ولكن القضاء عمم حكمها على كل أنواع المسؤولية. ولعل نص المادة 1382 م ف، المقابل لنص المادة 124 م ج ونص المادة (163 م م) حين يذكر عبارة ((سبب ضررا للغير)). يشير الى علاقة السببية. وبصدد علاقة السببية اقترحت نظريات، أهمها ثلاث نظريات

119 ـ الأولى نظرية تكافؤ الأسباب L'équivalence des conditions

وهي نظرية نادى بها الفقيه الألماني قون بوري Von buri، وطبقا لهذه النظرية يؤخذ في الاعتبار كل فعل ساهم في احداث الضرر، أي كل سبب، مهما كان بعيدا، ولكن بحيث لولا وجوده ما تم حدوث الضرر، يعتبر سببا متكافئا مع غيره في حدوث الضرر. فمثلا لو أن سائق سيارة تجاوز السرعة المقررة فصدم شخصا كان يجتاز الشارع وهو يقرأ صحيفة غير مبال بالسيارات، فأخذ الدم ينزف من رأس المصاب، فجاءت سيارة اسعاف وحملته الى أقرب مستشفى لاسعافه، ولكن تعطلت في طريق سيرها لعطب مفاجيء مما ترتب عليه أن زاد نزيف دم المصاب، وحين أوصلته الى أقرب مستشفى أمر طبيب الاسعاف بسرعة نقل كمية من الدم الى جسم المصاب، ولكن لم يعثر في هذا المستشفى الصغير على دم من فصيلة دم المصاب، فأرسل الى مستشفى أكبر ففاضت روحه في الطريق، فكل هذه أسباب ساهمت في موته، ويجب أن يؤخذ كل منها في الاعتبار، طبقا لهذه النظرية.

غير أن هذه النظرية انتقدت بأن ليس كل فعل ساهم في احدداث الضرر يؤخذ في الاعتبار، فمثلا قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية فرانك Franck في حكم من الدائرة المدنية بتاريخ 1943/1/6[1] بأن خطأ حارس السيارة في ترك سيارته في الشارع دون أن يتخذ الاحتياطات التي تحول دون سرقتها، مثل ترك بابها غير محكم الاغلاق، أو ترك مفتاح الباب معلقا به، مما سهل للسارق سرقتها وارتكاب حادث قتل بها، لا يعتبر سببا مباشرا في وقوع القتل.

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1945 برقم 117 مع تعليق للأستاذ تونك.

ولذلك فبعد أن كان القضاء الفرنسي قد اعتنق هذه النظرية عدل عنها وهجرها الى النظرية الآتية:

120 ـ النظرية الثانية هي نظرية السبب المنتج أو الفعال

La causalité adéquate

وهي النظرية التي طرحها فون كريز Von kreis الألماني، وبمقتضاها لا يؤخذ في الاعتبار الا السبب الفعال، الذي لعب دورا أساسيا في أحداث الضرر، أي السبب الذي يجعل حدوث الضرر محتملا طبقا لسير الأمور سيرا عاديا، أو كما يقول القضاء الفرنسي La cause génératrice، ففي المثل الذي ضربناه سابقا، لا يؤخذ في الاعتبار الا خطأ سائق السيارة التي صدمت المار المخطىء الذي لا يعتبر خطؤه غير ممكن الدفع وغير ممكن التوقع، فلو أن سائق السيارة يسير ببطء لاستطاع أن يتجنب الاصطدام بهذا المار المهمل، ولذلك فقد انتهى قضاء محكمة النقض الفرنسية في قضية ديمار Desmares في حكم لها بتاريخ 1982/7/21[1] الى أن فعل المضرور، وكذلك فعل الغير، إذا لم تتوافرفيهما شروط القوة القاهرة بأن يكونا غير ممكنى الدفع ولا التوقع، وأن يكونا هما السبب الوحيد في احداث الضرر، فإنهما لا يؤخذان في الاعتبار، ولو لتخفيف مسؤولية المسؤول جزئيا. مما يعني أنهما ليسا سببا منتجا في احداث الضرر مادامت لم تتوافر فيهما شروط السبب المنتج.

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بنظرية السبب المنتج حتى الآن[2] كما أخذ بها القضاء في الدول العربية[3] ويظهر أن القوانين العربية قد أخذت بها في المسؤولية العقدية حين نصت على أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام (م 182 م ج)، المقابلة للمادة (221 م م).

والرأي الذي أخذ به في الفقه العربي وفي أغلب الفقه الفرنسي، هو تطبيق هذا المعيار في المسؤولية التقصيرية أيضا، ولقد رأينا أن الفقه الفرنسي يرى أن يعوض في المسؤولية التقصيرية حتى عن الضرر غير المباشر.

(1) نشر حكم ديمار في جيريس كلاسير الدوري سنة 1982 عدد/2 برقم 1966
(2) يراجع في هذا مازو مؤلف المسؤولية المدنية ج 2 بند 1442.
(3) أنظر السنهوري في الوسيط ج 1 بند 606 ص 1025 وما يليها

121 ــ النظرية الثالثة هي نظرية السبب القريب أو المباشر والسبب البعيد أو غير المباشر Causa proxima causa remota وهذه نظرية أنجلوساكسونية ترى أنه لا يؤخذ في الاعتبار بصدد السببية الا السبب القريب المباشر Causa proxima، أما السبب البعيد، أي غير المباشر causa remota فلا يؤخذ في الاعتبار. وهي في الواقع قريبة من نظرية السبب المنتج.

122 ــ اثبات علاقة السببية:

طبقا للقاعدة العامة، على من يدعي أن ما أصابه من ضرر كان الفعل الضار هو السبب في حدوثه أن يثبت ذلك Actori incumbit probatio ففي المسؤولية عن الأفعال الشخصية، على المضرور أن يثبت الفعل الضار والضرر وعلاقة السببية بينهما، غير أن المشرع قد اعفى المضرور في المسؤولية التي يفترض فيها الخطأ من اثبات هذه الأركان.

ففي المسؤولية عن فعل الموضوع تحت الرقابة، متى أثبتت المضرور أن ضررا قد أصابه بفعل الموضوع تحت الرقابة، قامت مسؤولية الرقيب ولا يستطيع أن ينفيها عن نفسه الا بنفي خطئه أو بإثبات السبب الأجنبي. وفي مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، متى قامت مسؤولية التابع، قامت مسؤولية المتبوع ولا يستطيع أن ينفيها عن نفسه حتى بإثبات السبب الأجنبي. وفي المسؤولية عن فعل الشيء الحي أو غير الحي، متى أثبت المضرور فعل الشيء افترض خطأ حارسه افتراضا لا يقبل اثبات العكس ولا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته الا بإثبات السبب الأجنبي.

وفي المسؤولية عن الضرر الذي يحدث بسبب تهدم البناء. يفترض أن الضرر قد حدث بسبب تهدم البناء الذي نشأ عن خطأ مالكه (أو حارسه) بسبب اهماله في صيانته، أو بسبب قدم البناء أو بسبب عيب فيه، فإذا لم يستطع المالك (أو الحارس) نفى هذا الخطأ قامت مسؤوليته ولا يستطيع أن ينفيها عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي. فما هو السبب الأجنبي ؟ هذا هو ما نبحثه فيما يلي:

123 ــ السبب الأجنبي La cause étrangère

نصت المادة 127 م ج (المقابلة للمادة 165 م م، وللمادة 166 م س، وللمادة 168 م ليبي وللمادة 211 م عراقي على مايلي: ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدله فيه كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك)).

واذن فالسبب الأجنبي طبقا لهذا النص، هو القوة القاهرة، والحادث المفاجيء، وخطأ المضرور وخطأ الغير، ومهما قيل أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر كما يظهر من النص الذي يقول ((كحادث مفاجيء)) وكما يظهر من قول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني[1] من ((أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر)) فإن من العسير أن يوجد سبب أجنبي آخر غير هذه الأسباب الأربعة لا سيما وأن ما ذكرته مجموعة الأعمال التحضيرية كمثل لغير هذه الأسباب الأربعة، وهو العيب الملاصق للشيء المتلف والمرض الذي خامر المضرور، قد أصبح لا يعتبر سببا أجنبيا في القضاء الفرنسي. والقوة القاهرة، والحادث المفاجيء اسمان لمسمى واحد، وقد جرت التشريعات الوضعية وجرى القضاء والفقه على أن الاثنين شيء واحد من حيث أثرهما المعفى من المسؤولية ومن حيث الشروط التي يجب أن تتوافر في كل منهما لكي يؤدي الى الاعفاء من المسؤولية. ولقد حاول بعض الفقهاء عبثا أن يميزوا بينهما، فقال بعضهم ان القوة القاهرة هي التي لا يمكن دفعها بينما الحادث المفاجيء هو الذي لا يمكن توقعه، ولكن هناك ما يشبه الاجماع تشريعا وقضاء وفقها على ضرورة توافر شرطي عدم امكان الدفع وعدم امكان التوقع في الاثنين.

وقال بعض آخر من الفقهاء أن القوة القاهرة هي التي يستحيل دفعها استحالة مطلقة، إما الحادث المفاجيء فهو الذي يستحيل دفعه استحالة نسبية، ولم يؤخذ بهذه التفرقة أيضا، وكاد الاجماع ينعقد على أن استحالة الدفع واستحالة التوقع تكون مطلقة فيهما. وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية، خصوصا الدائرة المدنية الثانية فيها قد حادت عن ذلك وقررت في حكم لها

(1) ج 2 ص 378.

بتاريخ 1940/3/20[1] أن معيار استحالة الدفع واستحالة التوقع هو معيار الرجل المعتاد (B.P.F) وأخذت تضيف في أحكامها الى جانب هذه الاستحالة كلمة، ((عادة Normalement)) في مادة المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، مما يفيد أن الاستحالة ليست مطلقة بل تقاس بمعيار رب الأسرة الطيب، فإن القضاء الفرنسي قد قضى على هذا الرأي في قضية ديمار السابقة الذكر، إذ صدر من نفس هذه الدائرة الثانية حكم في هذه القضية بتاريخ 82/7/21[2] رجعت فيه الى القول بالاستحالة المطلقة، وعدلت عن اضافة كلمة (عادة Normalement)، ولقد تأثر النص الفرنسي فقط للفقرة الثانية من المادة 138 م ج برأي الدائرة المدنية الثانية فأتى بكلمة (Normalement) التي لم يأت بها النص العربي، وبما أن هذا القيد قد أصبح مهجورا من الدائرة المدنية التي كانت قد أدخلته، فينبغي أن يلغى من النص الفرنسي للمادة 138 م ج. وكذلك كان بعض الفقهاء يفرق بين القوة القاهرة وبين الحادث المفاجيء ويرى أن الأولى هي التي تأتي من الخارج أما الثاني فهو الذي يحدث من الداخل، وقد عزى هذا الرأي الى أنصار نظرية تحمل التبعة التي رأت أن القوة القاهرة هي وحدها التي تعفى المسؤول من المسؤولية، أما الحادث المفاجيء فعليه أن يتحمل تبعته[3] وقد كان هذا التمييز قد قيل به في المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي، ولكن القضاء الفرنسي عدل عنه واستقر منذ صدور حكم الدوائر المجتمعة في قضية جاندير بتاريخ 1930/2/13[4] على اشتراط أن يكون الحادث المفاجيء خارجيا عن الشيء وعن المسؤول، بل وعن طريق السير، وما ينطبق على الحادث المفاجيء ينطبق على القوة القاهرة[5] ولقد اخفقت كل هذه المحاولات وأصبح الفقه والقضاء والتشريع لا يميز بين القوة القاهرة والحادث المفاجيء، وصار اليوم من المتفق عليه أنه يجب أن تتوافر في السبب الأجنبي المعفى من المسؤولية بصفة عامة شروط ثلاثة، وهي عدم امكان الدفع وعدم امكان التوقع، وعدم نسبة حدوث السبب الأجنبي الى المسؤول ويطلق على هذه الشروط بالفرنسية

(1) نشر هذا الحكم في جازيت ذي باليه سنة 1941 عدد/1 برقم 801
(2) سبق القول بأن هذا الحكم نشر في جيريس كلاسير الدوري سنة 1982 عدد/ط برقم19861.
(3) أنظر في ذلك جوسران شرح القانون المدني الفرنسي ط 3 ج 2 بند 451 وما يليها.
(4) نشر في داللوز الدوري سنة 1930 عدد1 برقم 57 مع تعليق لريبير وفي سيريه سنة 1930 عدد 1 برقم21 مع عليق لاسمان.
(5) ارجع في ذلك الى ستارك: الالتزامات ط 1972 بند 534 ص 204.

عدم امكان الدفع Insurmontable Irresistible وعدم امكان التوقع Imprévisible وعدم نسبته الى المسؤول Non imputable وكما سبق ذكره، فإن القضاء الفرنسي يزيد على هذه الشروط الثلاثة شرطا رابعا في مادة المسؤولية عن فعل الشيء غير الحي وهو شرط الخارجية L'extériorité

وبما أن المسؤول في المسؤولية عن الأفعال الشخصية يستطيع أن ينفى عن نفسه الخطأ لكي يتخلص من مسؤوليته، فإنه قلما يلجأ الى التمسك بالسبب الأجنبي، اللهم الا إذا تعذر عليه نفى خطئه، أما في المسؤولية عن فعل الغير أو عن فعل الشيء، فإن اللجوء الى التمسك بالسبب الأجنبي هو الكثير في العمل، ولذلك فإنا نرجيء تفصيل السبب الأجنبي الى حين التعرض للمسؤولية التي يفترض فيها الخطأ ونكتفي في المسؤولية عن الأفعال الشخصية ببحث مدى تأثير خطأ المضرور أو خطأ الغير على خطأ المسؤول. فإذا توافرت في خطأ المضرور أو في خطأ الغير شروط القوة القاهرة السابقة الذكر فإن المسؤول يعفى من مسؤوليته متى كان كلاهما هو السبب الوحيد في احداث الضرر، أما إذا شارك بخطئه خطأ المضرور أو خطأ الغير، فأما أن يكون خطأ أحدهما أشد من خطأ الآخر، كما لو كان خطأ أحدهما عمدا والخطأ الآخر يسيرا، فإن الخطأ العمدى يستغرق الخطأ اليسير. فمثلا لو أن سيارة تسير بسرعة تزيد عن الحد المقرر صدمت شخصا ألقى بنفسه أمامها قاصدا الانتحار، فإن خطأ السائق في زيادة السرعة يستغرقه خطأ المضرور فلا يكون السائق مسؤولا عن انتحار المضرور. ورضاء المضرور بإنزال الضرر بنفسة لا يعتبر سببا كافيا لاعفاء المسؤول من المسؤولية التقصيرية وإن كان يعتبر في المسؤولية العقدية بمثابة تنازل عن المسؤولية وهو جائز في المسؤولية العقدية (170 م ج)

وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: لاينبغي أن يعتد برضاء المضرور الا حيث يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية، وفي حدود هذا الجواز فحسب[1]

(1) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 550

ولكن يلاحظ في المسؤولية التقصيرية أنه قد يصل رضاء المضرور الى حد الخطأ الفادح فيترتب عليه التخفيف من مسؤولية المسؤول، مثال ذلك أن يركب شخص سيارة صديق له وهو يعلم أنه ثمل الى حد اختلال الوعي، فإذا ارتكب الصديق حادثا أصاب الراكب معه بضرر فإن مسؤوليته تكون مخففة.

وإذا اشترك خطأ المضرور وخطأ المسؤول وتساويا في الدرجة، قسم التعويض بينهما مناصفة، أما إذا كان خطأ المضرور أشد جسامة من خطأ المسؤول، فإن للقاضي أن يعفي المسؤول من كل التعويض وفي ذلك تقول المادة 177 مايلي: ((يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه)) وهي تقابل المادة 216 م م)، فطبقا لهذا النص إذا اشترك المضرور بخطئه مع المسؤول ولم يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، جاز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض بقدر خطأ المضرور، أما إذا كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ المسؤول، فإن للقاضي أن يعفى المسؤول من كل التعويض.

ولكن إذا كان الغير هو الذي ارتكب خطأ ولم تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، وارتكب المسؤول هو أيضا خطأ، أو كان الغير قد ظل مجهولا، فقد أجاز القضاء الفرنسي للمضرور أن يرجع بكل التعويض على المسؤول وحده، على أن يكون لهذا الأخير أن يرجع على الغير بنصيبه إذا عثر عليه.

المبحث السابع

تعدد المسؤولين Pluralité des auteurs

124 ــ تتصل مسألة تعدد المسؤولين بمسألة الاشتراك في الخطأ، ولذا فإننا ندرسه عقب هذه الأخيرة، وقد نصت المادة 126 ج (المقابلة للمادة 169 م م) على أنه: ((إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي الا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض)).

فطبقا لهذا النص، إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية، كانوا ملزمين بالتعويض على سبيل التضامن فيما بينهم، ويكون للمضرور الحق في أن

يرجع على كل منهم بكل التعويض، ولمن دفع منهم كل التعويض أن يرجع على المتضامنين معه كل منهم بمقدار نصيبه في التعويض، ويكون له حق الحلول محل الدائن الذي وفاه طبقا لنص المادة 1/161 م ج (المقابلة للمادة 1/126 م م). أما في المسؤولية العقدية فلا تضامن بين المسؤولين إذا تعددوا ما لم يوجد اتفاق بينهم أو نص في القانون على التضامن (م 227 م ج) المقابلة للمادة (279 م م).

124 ــ أما في فرنسا فلا يوجد نص على التضامن في المسؤولية التقصيرية، إلا في مسؤولية الأبوين عن الضرر الذي يحدثه أبناؤهما القصر الساكنون معهما، فقد صدر هناك قانون بتاريخ 1970/6/4 جعلهما متضامنين في هذه المسؤولية، أما في غير هذه الحالة فقد اضطر القضاء الفرنسي الى ابتكار فكرة التضامم (Insolidum) في المسؤولية التقصيرية، وهو ما يساوي التضامن فيما يتعلق بمسؤولية المتعددين، وان كان يختلف في أن المتضامنين ينوب بعضهم عن بعض فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، بينما المتضاممون لا يمثل بعضهم بعضا لا فيما ينفعهم ولا فيما يضرهم.

وعلى كل حال فيشترط لقيام التضامن أو التضامم توافر شروط ثلاثة:

أولا: هو أن يكون كل من المسؤولين قد ارتكب خطأ في المسؤولية عن الأفعال الشخصية واستطاع المضرور أن يثبت خطأ كل منهم، فإذا لم يستطع أن يثبت خطأ واحد منهم أو أكثر فأن من لم يثبت خطؤه لا يكون مسؤولا، وبالتالي لا يكون متضامنا.

الثاني: هو أن يكون الضرر قد حدث بفعل كل منهم، أي أن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ كل منهم وبين الضرر الذي حدث، فإذا ثبت أن خطأ أحدهم هو وحده السبب في أحداث الضرر فيكون هو وحده المسؤول، وبصدد هذا الشرط تعرض حالة ما إذا حدث الضرر بفعل جماعة ولم يعرف من منهم هو الذي أحدثه، فهل تكون المسؤولية بينهم جميعا ؟ هذه هي فكرة المسؤولية الجماعية La responsabilité collective. وهنا يجب التمييز بين ما إذا كانت الجماعة تتمتع بالشخصية المعنوية فيسأل الشخص المعنوي عما يحدثه ممثلوه من ضرر، أما إذا كانت الجماعة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ففي هذا

الفرض كان القضاء الفرنسي يقضي بأن لا مسؤولية على أحد إذا حدث الضرر من جماعة مثل جماعة الصيادين الذين يطلقون أعيرة نارية في آن واحد فيصاب أحد المارة برصاصة منها دون أن يعرف من هو الذي أطلقها من بين هذه الجماعة، وهكذا كان يضيع على المضرور الحق في التعويض.

غير أن القضاء الفرنسي غير رأيه، وأصدرت الدائرة المدنية الثانية بمحكمة النقض حكما بتاريخ 1957/11/20[1] قالت فيه بالمسؤولية الجماعية واعتبرت أن كل الطلقات تكون كتلة واحدة (Une gerbe) مع ملاحظة أن قانونا صدر في فرنسا في 1966/7/11 أنشأ صندوقا للضمان (Fonds de garantie) يقوم بدفع التعويض عن حوادث الصيد إذا لم يعرف المسؤول أو كان معسرا أو غير مؤمن. وكذلك قرر هذا القضاء المسؤولية الجماعية في حالة ما إذا أحدثت جماعة تلعب كرة القدم ضررا بغير اللاعبين بواسطة قذف الكرة ولم يعرف من هو اللاعب الذي قذفها[2] أما عندنا فيرى الأستاذ السنهوري[3] في هذه الحالة ((أن الجماعة لا تكون متضامنة بل ولا تكون مسؤولة أصلا)).

الثالث: هو أن يكون المسؤولون المتعددون قد اشتركوا في احداث ضرر واحد، أي أن يكون الضرر مشتركا بينهم، فلو ثبت أن فعل أحدهم قد أحدث ضررا متميزا عن الضرر الذي أحدثه فعل غيره، فلا تضامن بين الفاعلين، مثال ذلك أن يسرق لص اطار عجلة سيارة، وأن يأتي لص ثان فيسرق اطار عجلة أخرى، فلا يكون اللصان متضامنين في المسؤولية، لأن كلا منهما قد أحدث ضررا مستقلا عن الضرر الآخر[4] وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1954/10/11[5] ((بأنه لا محل لتضامن المتهمين في التعويض عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه، ولو وقعت الأعمال جميعا في مكان واحد وفي زمان واحد)).

---

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1958 برقم 82.
(2) انظر حكما بهذا صدر من الدائرة المدنية بتاريخ 1965/11/20 نشر في جازيت دي باليه سنة 1969 عدد 1.
(3) الوسيط ج 1 ط 1973 بند 620 ص 1048.
(4) ارجع في هذا الصدد الى السنهوري، الوسيط ج 1 بند 620 ص 1049.
(5) نشر هذا الحكم بمجموعة أحكام محكمة النقض السنة 6 برقم 18 ص 49.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة كان المسؤولون المتعددون مسؤولين بالتضامن عن كل التعويض، ويسوغ للمضرور ان يرجع على المتضامنين الآخرين كل منهم بمقدار نصيبه، ولا ضرورة لأن تكون مسؤولية كل منهم من نوع واحد، أو تكون أحداهما مسؤولية خطئية والأخرى مسؤولية يفترض الخطأ فيها، وكذلك يستوي أن يكون خطأ أحدهم عمدا وخطأ الآخر غير متعمد، كما أنه ليس من اللازم أن يكون بين المسؤولين المتعددين اتفاق سابق على ارتكاب الفعل الضار.

125 — والأصل أنه إذا قام التضامن بين المسؤولين المتعددين قسم التعويض بينهم بالتساوي (par parts viriles) غير أن نص المادة 126 م ج يقضي باستثناء من ذلك حين يقول: ((الا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض)) والظاهر أن هذا الاستثناء يطبق في حالة ما إذا كان خطأ أحد المتضامنين جسيما. فبما أن المسؤولية المدنية مازالت حتى الآن متأثرة بالمسؤولية الجنائية التي كانت مختلطة بها ثم انفصلت عنها، فإن جسامة الخطأ مازالت تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض، مع أنه كان ينبغي أن يقدر التعويض حسب جسامة الضرر لا بحسب جسامة الخطأ. ولقد جرى القضاء، سواء عندنا أو في فرنسا على أن تؤخذ جسامة الخطأ في الاعتبار عند تقدير التعويض[1] وإن كان القضاء الفرنسي قد عدل عن ذلك كما سبق ذكره.

ولقد كان المشروع التمهيدي للمادة 169 مدني مصري ينص في المادة 2/236 منه على أن ((يحدد القضاء نصيب كل من المسؤولين المتعددين حسب الأحوال وعلى قدر جسامة الخطأ الذي وقع من كل منهم، فإن استحال تحديد قسط كل منهم من المسؤولية، تكون القسمة سوية بينهم[2]).

---

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 596 ص 1013، وستارك — الالتزامات بند 971 وما يليه ص 300 وما يليها.
(2) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 282 وما يليها.

أي أن المشروع كان يعتبر القسمة حسب جسامة الخطأ هي الأصل، والتساوي في القسمة هو الاستثناء، وكان متأثرا في ذلك بما جرى عليه القضاء المصري، ولكن بعد المناقشة، انتهى الأمر الى اعتبار التساوي في القسمة هو الأصل وأن تكون القسمة بحسب جسامة الخطأ هي الاستثناء، وجاء النص النهائي للمادة 169 م م ((المقابلة للمادة 126 م ج) على النحو السابق الذكر.

المبحث الثامن

أحوال انعدام المسؤولية أو تخفيفها

127 ــ أورد القانون المدني ثلاث حالات تنعدم فيها المسؤولية ببعض الشروط أو تخفف، وهي حالة الدفاع الشرعي، وحالة اطاعة الموظف أمر الرئيس، وحالة الضرورة. وفيما يلي ندرس هذه الحالات:

128 ــ أولا: الدفاع الشرعي La légitime défense

تنص المادة 128 م ج (المقابلة للمادة (166 م م) على حالة الدفاع الشرعي بقولها: ((من أحدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عن ماله أو عن نفس الغير، أو عن ماله، كان غير مسؤول، على الا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي) وهذا النص غامض في قوله: وعند (الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي) إذ أن المقصود ليس هو عند الاقتضاء، بل المقصود هو عند تجاوز القدر الضروري المناسب للدفاع يحدد القاضي تعويضا يتناسب مع هذا التجاوز.

والدفاع الشرعي سبب من أسباب الاباحة في قانون العقوبات، ولذلك فإن القانون المدني الفرنسي لم يورده، مكتفيا بما أورده عنه قانون العقوبات الفرنسي بالمادة 327، في حين أن القوانين المدنية الحديثة قد أوردته، مثل القانون المدني الألماني (م 227) والقانون المدني البرتغالي (م 2365)، وقد تناولت النص عليه قوانيننا العربية كلها و لم تكتف بما ورد عنه في قوانين العقوبات، وقد نص عليه قانون العقوبات الجزائري كسبب من أسباب الاباحة بالمادة 2/39 منه وبالمادة 40.

وشروط الدفاع الشرعي: سواء في القانون الجنائي أو في القانون المدني هي:

أولا: أن يكون المدافع أمام خطر حال يوشك أن يقع على نفسه أو على ماله أو على نفس الغير أو ماله. ولا شك أن المقصود هنا بالغير ينبغي أن يكون من الأشخاص العزيزين على المدافع الى حد كبير[1]، فلم تبلغ قوانيننا العربية درجة منح حق الدفاع الشرعي عن كل شخص ولو كان غير عزيز على المدافع، كما فعل القانون البرتغالي الذي جعل الدفاع الشرعي واجبا يقع على عاتق كل من يشهد الاعتداء. وليس من الضروري أن يكون الاعتداء، قد وقع فعلا بل يكفي أن يقع فعل يخشى منه لأسباب معقولة وقوع الاعتداء. وتقدر هذه الأسباب المعقولة بمعيار الرجل المعتاد (Le B.P.F).

ثانيا: أن يكون الدفاع ضد عمل غير مشروع، فإذا قام ضابط الشرطة بتنفيذ أمر بالقبض على شخص، أو ألقى القبض على شخص متلبس بجريمة، فلا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضده.

ثالثا: أن يستعمل الدفاع بالقدر اللازم لدفع الاعتداء، فإذا تجاوز المدافع هذا القدر كان مسؤولا عن تعويض ما أحدثه من ضرر بقدر هذا التجاوز، وتقدير هذا التجاوز متروك للقضاء.

ويضيف شراح قانون العقوبات الى هذه الشروط الثلاثة شرطا رابعا وهو:

رابعا: ألا يكون لدى المدافع سبيل آخر يلجأ اليه غير استعمال حق الدفاع الشرعي، فإذا كان لديه الوقت الكافي للاستعانة برجال الأمن للحيلولة دون وقوع الاعتداء، فليس له أن يلجأ الى الدفاع الشرعي. فإذا توفرت هذه الشروط الأربعة، انتفت مسؤولية المدافع، واعتبر دفاعه مشروعا.

129 ــ ثانيا: حالة اطاعة أمر رئيس تجب اطاعته

تنص المادة 129 على مايلي: ((لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 532 ص 893.

صدرت اليهم من رئيس، متى كانت اطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم)) و لم يورد القانون المدني الفرنسي هذه الحالة اكتفاء بما ورد عنها في قانون العقوبات.

ونص المادة 129 ناقص إذا ما قورن بنصوص القوانين العربية الأخرى، فقد نصت المادة 167 مدني مصري، والمادة 168 مدني سوري، والمادة 170 مدني ليبي على هذا الحكم بتفصيل أوفى، إذ جاء بالمادة 167 م م مايلي:

((لا يكون الموظف العام مسؤولا عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيس متى كانت اطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة)).

ومن مقارنة هذا النص بالنص الوارد بالمادة 129 م ج نرى أن في هذا النص الأخير نقصا، فقد يكون الأمر الصادر من رئيس غير واجب الاطاعة، ولكن الموظف اعتقد أن هذا الأمر واجب الاطاعة، وقد يكون الأمر الذي أصدره الرئيس غير مشروع، ولكن الموظف اعتقد مشروعيته وأثبت ذلك، وقد يكون الأمر الذي أصدره الرئيس واجب الطاعة ومشروعا ولكن الموظف يقوم بتنفيذه بطريقة تعسفية ودون أن يراعي جانب الحيطة في هذا التنفيذ، وكل هذه الفروض لم ترد بنص المادة 129، وكان ينبغي أن ترد في هذه المادة، لا سيما وأن قوانين العقوبات في الدول العربية الأخرى قد تناولت النص على هذه الحالة بالتفصيل السابق الذكر. فمثلا نصت المادة (68) من قانون العقوبات المصري على أنه: ((لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى في الأحوال الآتية:

أولا: إذا ارتكب الفعل تنفيذ الأمر صدر اليه من رئيس وجب عليه اطاعته أو اعتقد أنها واجبة... وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل الا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة)).

بينما قانون العقوبات الجزائري لم يتناول هذا التفصيل، واقتصرت المادة 1/39 منه على قولها: ((لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر واذن به القانون)) واقتصر نص المادة 107 منه على عقاب الموظف العمومي إذا أمر بعمل تحكمي أو ماس

بالحرية الشخصية للفرد أو بالحقوق الوطنية لمواطن أو أكثر. وهذان نصان عامان ينقصهما تفصيل الشروط المطلوبة لاعتبار فعل الموظف مشروعا.

وعلى كل حال فإنه يشترط لاعتبار عمل الموظف مشروعا لا مسؤولية عليه فيه، مايلي:

أولا: أن يكون من قام بالعمل الضار موظفا أو عاملا عاما، ويدخل في مفهوم الموظف العام كل موظفي الدولة المرسمين، كما يدخل في مفهوم العامل العام مستخدمو المؤسسات العامة التي تعتبر من القطاع العام التابع للدولة، كما يدخل في هذا المفهوم صغار العمال المعينين من الدولة أو من المؤسسات العامة لتأدية مهام ثانوية كسائقي سيارات القطاع العام والبوابين والفراشين.

ثانيا: أن يكون الموظف أو العامل العام مازال يؤدي أعمال الوظيفة عند تنفيذ أمر الرئيس، فلو كان قد أحيل الى التقاعد أو وقف عن عمله، فإنه يكون قد فقد صفة الموظف أو العامل العام.

ثالثا: أن يكون العمل الضار الذي قام به الموظف أو العامل العام تنفيذا لأمر صدر اليه من رئيس أعلى منه، ويستوى أن يكون رئيسه المباشر أو رئيس رئيسه أو أعلى من ذلك، والمهم أن تكون اطاعة أمر هذا الرئيس واجبة عليه، وطبقا لأحكام القوانين العربية الأخرى، يكفي أن يعتقد الموظف أو العامل العام أن اطاعة أمر الرئيس واجبة عليه، وهذا فرض معقول. فإذا كان الموظف أو العامل العام يعتقدان اطاعة هذا الأمر غير واجبة عليه، أو أن هذا الأمر غير مشروع فليس له أن ينفذه.

وكذلك يشترط أن يكون الأمر الذي ينفذه الموظف أو العامل العام صادرا اليه في صيغة أمر واجب التنفيذ، فلا يكفي مثلا أن يسمع من رئيسه رأيا يستحسنه ويتمنى اصداره من بعد في شكل أمر، ثم يقوم هو بتنفيذه.

رابعا: يشترط أن يكون الرئيس الذي أصدر الأمر مختصا بإصداره، كما يشترط أن يكون الموظف العام أو العامل العام مختصا بتنفيذ هذا الأمر. وهذا الاختصاص المزدوج تتناول تحديده القوانين واللوائح العامة.

فاذا توافرت هذه الشروط وقام الموظف العام، أو العامل باحداث ضرر أثناء تنفيذ أمر الرئيس فإنه لا يكون مسؤولا عن هذا الضرر. اللهم لا إذا كان هناك تعسف من الرئيس أو من المنفذ، فيكون هناك محل للطعن بالتعسف في استعمال السلطة طبقا لأحكام القانون الاداري، ولنص المادة 107 عقوبات.

وإذا كان القانون المدني لم يتناول النص على تنفيذ حكم القانون، فإن قانون العقوبات قد نص في المادة 1/39 على هذا الحكم، ويكون العمل الضار الذي يحدثه الموظف أو العامل العام تنفيذا لحكم القانون مساويا للعمل الضار الذي يحدثه تنفيذ الأمر صدر اليه من رئيس تجب اطاعته.

129 ـ ثالثا حالة الضرورة L'état de nécessité

تنص المادة 130 على مايلي: «((من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا)) وتقابل هذه المادة؛ المادة 168 مدني مصري، والمادة 169 مدني سوري والمادة 171 مدني ليبي، وتقترب منها المادة 213 مدني عراقي.

كما أن حالة الضرورة وردت في قانون العقوبات الجزائري فنصت المادة 48 منه على أنه ((لا عقوبة على من اضطرته الى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها)) وتناولتها قوانين العقوبات في الدول العربية الأخرى: ولم يتناول القانون المدني الفرنسي النص على هذه الحالة، ولكن الفقه تناولها ووضعت عنها رسائل للدكتوراه في نطاق القانون المدني.

ويتميز القانون المدني عن القانون الجنائي في أن هذا الأخير يعتبر حالة الضرورة معفية تماما من المسؤولية الجنائية، بينما يقضي القانون المدني فيها بمسؤولية مخففة.

وشروط هذه الحالة هي:

أولا: أن يجد الشخص نفسه أمام خطر لا دخل لارادته في حدوثه، فإذا كان هو الذي أحدثه بإرادته فلا يطبق النص.

ثانيا: وأن يكون هذا الخطر محدقا أي حالا، ويستوى أن يكون محدقا به أو بغيره، ولا يكفي أن يكون مستقبلا.

ثالثا: أن يكون هذا الخطر يهدد النفس أو المال، سواء نفس المضطر أو نفس غيره. وسواء كان الخطر يهدد ماله أو مال غيره، وهنا أيضا يتميز القانون المدني عن القانون الجنائي الذي يشترط أن يهدد الخطر النفس لا المال[1]، ولا يشترط في الغير أن يكون من الأشخاص العزيزين على المضطر، وهنا تختلف حالة الضرورة عن حالة الدفاع الشرعي الذي يشترط فيه أن يكون الغير من الأشخاص العزيزين على المدافع.

رابعا: أن يكون الخطر الذي يريد تفاديه أشد بكثير من الخطر الذي يرتكبه، كمن يتلف مالا للغير ليست له قيمة كبرى ليطفىء حريقا شب في داره يوشك أن يأتي على كل ما فيها من مال، أو كمن ينحرف بسيارة ليتفادى أن تصدم انسانا فيصعد بها على الرصيف ويكسر واجهة محل تجاري.
ويجب أن يكون الضرر الذي يريد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذي يرتكبه فإذا كان مساويا له أو أقل منه فلا ينطبق النص، وهنا أيضا يفترق القانون المدني عن القانون الجنائي، الذي يجيز أن يكون الضرر المراد تفاديه مساويا للضرر الذي يرتكب، فمن أراد أن يتفادى قتل شخص بسيارته فانحرف بها وقتل شخصا آخر، فإن القانون الجنائي يعتبره مضطرا ويعفيه من المسؤولية الجنائية ما دام لم يكن لديه أي سبيل آخر لتفادى الاصطدام بالشخص الذي كان أمام سيارته.

والموازنة بين الضررين لادراك ما هو منهما أشد من الآخر تقاس بمعيار الرجل العادي (Le B.P.F).

فإذا توفرت هذه الشروط، قضى القانون بتعويض مناسب، مراعيا في ذلك ظروف الفاعل، ومدى الضرر الذي سببه، وإذا كان المضطر قد ارتكب العمل الضار ليتفادى ضررا كان سوف يحدث بالغير، فإن له أن يرجع على هذا الغير بما دفعه من تعويض تطبيقا لأحكام الاثراء بلا سبب.

كما أن للغير الذي أتلف المضطر ماله أن يرجع عليه طبقا لأحكام الاثراء بلا سبب، فللشخص الذي أتلف ماله في المثل الذي ضربناه لاطفاء حريق شب في دار المضطر، أن يرجع عليه بالاثراء بلا سبب.

---

(1) انظر في ذلك الأصول العامة في قانون العقوبات للأستاذ اسحاق ابراهيم منصور ص 135 طبع ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1979.

(ملاحظة ــ لم أتناول دراسة التعويض هنا اكتفاء بما ورد عنه في كتابي: دراسات في المسؤولية المدنية سنة 1984).

المبحث التاسع

تقادم دعوى المسؤولية المدنية

131 ــ تنص المادة 133 م ج على مايلي: ((تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار)) وتقابلها مع الاختلاف الكبير في الحكم، المواد 172 م م، 173 م س 175 م ل 232 ع.

ولشرح مدة التقادم في الدعوى المدنية، نفرق بين فرضين.

الفرض الأول: أن تكون الدعوى المدنية غير ناشئة عن جريمة جنائية، وهي ترفع في هذا الفرض أمام المحكمة المدنية وحدها. وفي هذا الفرض يختلف القانون المدني الجزائري عن القوانين العربية الأخرى، فالأول يجعل مدة تقادم الدعوى المدنية خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار، سواء علم المضرور بالضرر وبمحدثه أو لم يعلم، أما القوانين العربية الأخرى فتميز بين ما إذا كان المضرور قد علم بالضرر وبمحدثه، فتكون مدة التقادم ثلاث سنين من يوم هذا العلم، وبين ما إذا لم يكن قد علم بالضرر ولا بمحدثه، فتكون مدة التقادم خمس عشر سنة من يوم وقوع الفعل غير المشروع. ويلزم أن يتوافر العلم بالضرر وبمحدثه معا، ولا يكفي العلم بأحد الاثنين دون الآخر، فلو فرض أن المضرور أصيب بالضرر بواسطة سيارة صدمته وفر سائقها فلم يستطع معرفته، ثم اهتدى الى معرفته بعد مضي سبع سنين من علمه بالضرر، فإن مدة ثلاث السنين لا لا تبدأ الا من يوم معرفة السائق وتكون مدة التقادم عندئذ عشر سنين(1).

الفرض الثاني: أن تنشأ الدعوى المدنية عن جريمة جنائية، سواء رفعت الى المحكمة المدنية أو رفعت الى المحكمة الجزائية بالتبعية الى الدعوى العمومية، وهنا أيضا يختلف القانون المدني الجزائري عن القوانين العربية الأخرى، إذ يفصل

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 625 ص 1062

بين تقادم الدعويين ويجعل تقادم الدعوى المدنية دائما 15 سنة، أما القوانين العربيه الأخرى فتربط بين مدة تقادم الدعوى الجنائية وتقادم الدعوى المدنية طولا، فإذا كانت الدعوى الجنائية تتقادم بعشر سنين في الجناية، فإن مدة تقادم الدعوى المدنية التي كانت ثلاث سنين، تمتد الى عشر سنين، أما إذا كانت مدة تقادم الدعوى الجنائية أقصر فلا تتأثر بها الدعوى المدنية قصرا، هذا ويلاحظ أن القانون الفرنسي كان يربط بين تقادم الدعوى الجنائية وتقادم الدعوى المدنية قصرا، فكانت المادة 10 من قانون الاجراءات الجنائية تقضي بتقادم الدعوى المدنية بمضي عشر سنين إذا نشأت عن جناية، وبمضي ثلاث سنين إذا نشأت عن جنحة، وبمضي سنة واحدة إذا نشأت عن مخالفة، وكان يقال أن الحكمة التي هدف اليها المشرع من وراء هذا الحكم هي الا تثار الجريمة بصدد الدعوى المدنية بعد أن قضى المشرع بنسيانها بمضي المدة.

ولكن الفقه كان ينتقد هذا الحكم بأنه يترتب عليه وضع شاذ، إذ كان المسؤول عن جريمة جنائية ترتب عليها ضرر مدني يعتبر أحسن حظا ممن ارتكب ضررا مدنيا فقط، إذ كانت الدعوى المدنية تسقط بمضي عشر سنين أو ثلاث سنين أو سنة واحدة بالنسبة الى الأول بينما تستمر مقبولة ضد الثاني لمدة ثلاثين سنة. ولهذا اضطر المشرع الفرنسي الى القضاء على هذا الشذوذ فأصدر قانونا بتاريخ 1980/12/23 عدل به المادة 10 من قانون الاجراءات الجنائية وقضى فيه بأن يخضع تقادم الدعوى المدنية لأحكام القانون المدني بحيث لا تسقط الا بمضي ثلاثين سنة(1) ولو كانت ناشئة عن جريمة، غير أنه أضاف أن الدعوى المدنية لا يجوز أن ترفع الى المحكمة الجنائية بعد سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم.

(1) هذا ويلاحظ أن قانونا صدر في فرنسا بتاريخ 1985/7/5، أضاف الى القانون المدني مادة تحمل رقم 1 ــ 2270 قصر بها مدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية الى عشر سنين من يوم ظهور الضرر أو من يوم استفحاله.

المبحث العاشر

التعسف في استعمال الحق L'abus des droits

132 ــ لقد جرت عادة المؤلفين، سواء في فرنسا أو عندنا، على أن يدرجوا نظرية التعسف في استعمال الحق في دراسة المسؤولية المدنية التقصيرية، مع أن النصوص الخاصة بهذه النظرية قد وردت في القوانين العربية منفصلة عن النصوص الخاصة بالمسؤولية المدنية، بل أن القانون المدني المصري، كالقوانين العربية التي حذت حذوه، قد وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي، وقالت الأعمال التحضيرية لهذا القانون عنها.. أن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع...الخ[1] وقد حشرها القانون المدني الجزائري بين أحكام الأهلية وهي لا صلة لها بها بتاتا. أما القانون المدني الفرنسي فلم يأت عنها بنص خاص، لتشبعه بروح المذهب الفردي، ولهذه الأسباب كان ينبغي أن تنفصل دراسة هذه النظرية عن دراسة المسؤولية المدنية التقصيرية، ولكننا آثرنا السير على النهج الذي اتبعه الفقه الغربي والعربي، ورأينا دراسة هذه النظرية هنا. بعد دراسة المسؤولية عن الأفعال الشخصية، وسوف نختصر كثيرا في دراستنا، لأن التعمق في دراستها يحتاج الى مجلد ضخم مستقل على حدة. إذ قد وضعت عنها عشرات البحوث ورسائل الدكتوراه.

133 ــ التعسف في استعمال الحق في التشريعات الأولى:

1 ــ في القانون الروماني:

كان هذا القانون مشبعا بالروح الفردية فلم تظهر فيه نظرية التعسف في وضوح بل كانت تسود فيه القاعدة التي تقول: ((Neminem lœdi qui suo jure utitur أي من يستعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما ترتب عليه ضرر للغير.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج.1 ص.207.

ومع ذلك يعزى الى الفقيه Ulpien قوله: إن من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره، لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، ولكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار[1] وهذه عبارة غامضة لا تفيد أدانته التعسف إذ تنفى المسؤولية في الحالة الأولى، وتجعل لها محلا في الحالة الثانية.

2 ــ في الشريعة الاسلامية:

لقد كانت هذه الشريعة سباقة في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق[2] ففي بادىء الأمر كان فقهاء الشريعة يرون أن الجواز الشرعي ينافى الضمان أي أنه لا يعتبر العمل غير مشروع إذا كان استعمالا لحق يجيزه الشرع، ولكن الفقه الاسلامي تطور بعد ذلك بتطور علم الكلام، وباختلاف المذاهب الفقهية[3] فطبقا لمذهب مالك، توجد ضوابط ثلاثة لاستعمال الحق:

أولا: هو أنه يجب أن يستعمل الحق في الغرض الذي منح من أجله.

الثاني: لا يكون الحق مشروعا إذا ما ترتب على استعماله ضرر بليغ.

الثالث: هو أنه لا ينبغي للانسان أن يستعمل حقه إذا كان استعماله غير ذي فائدة له، ويوشك أن يضر غيره. وهذه الضوابط تتفق وما سوف نعرضه فيما بعد في المذاهب الحديثة في الفقه الغربي.

وقد اعتنق مذهب أبي حنيفة نفس الضوابط، غير أن أبا يوسف، وهو أحد صاحبي أبي حنيفة، زاد على هذه الضوابط الثلاثة ضابطين وهما:

1 ــ عند تعارض حقين تكون الأولوية في الاستعمال لما كان منهما أكثر فائدة.

2 ــ لا يجوز للانسان أن يستعمل حقه بقصد الأضرار بالغير.

(1) أشار اليه السنهوري في الوسيط ج 1 بند 554 ص 948.

(2) انظر في ذلك رسالة للدكتوراه قدمها المرحوم محمود فتحي الى جامعة ليون بفرنسا سنة 1913 بعنوان نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي وقدم لها الفقيه الفرنسي ادوار لامبير بمقدمة تعترف بفضل الشريعة الاسلامية في هذا الصدد.

(3) انظر في تفصيل هذه المذاهب رسالة الدكتوراه السابقة الذكر ومقال للمرحوم السنهوري في مجلة القانون والاقتصاد لكلية حقوق جامعة القاهرة في يناير 1936 العدد/1 من السنة السادسة.

أما مذهب الشافعي فكان يرى أن أعمال الانسان يحكم عليها بظاهرها المرئي للعين لا بحسن نية فاعلها التي لا يعلمها الا الله. وكل أمرىء حر في أن يستعمل حقه في الحدود التي رسمت له، ويكفي أن يكون الاستعمال متفقا مع الغرض الظاهر الذي وضع الحق من أجله، دون البحث عن البواعث التي دفعت الى استعمال الحق. وقد رأى الغزالي، وهو شافعي المذهب، في كتابه الأحياء(1) أن الغرض من استعمال الحق يجب أن يكون مشروعا، وأن الرخص الشرعية يجب أن تستعمل في الغرض الديني والاجتماعي الذي وضعت من أجله، فهو إذن يخالف الشافعي في الاهتمام بالظاهر، ويجعل الاعتبار الأول للأعمال بالنية التي دفعت الى القيام بها عملا بالحديث «إنما الأعمال بالنيات» وقد سار ابن القيم الجوزية وابن تيمية على مذهب الغزالي، وفصلا فيه، وقالا أن الأعمال لا قيمة لها الا بالنيات الباعثة على القيام بها، وتقاس شرعية الأعمال أو عدم شرعيتها بمعيار سلامة الدوافع اليها أو عدم سلامته. وقد يكون استعمال الحق ولو في الحدود المرسومة له، غير مشروع إذا انطوى استعماله على نية سيئة.

وهكذا سبقت الشريعة الاسلامية الشرائع الغربية في عدم الاقتصار على المعيار الشخصي لسوء استعمال الحق، بل وضعت الى جانبه معيارا ماديا فقيدت استعمال الحق بالغرض الاجتماعي الذي قرر الحق من أجله، وقيدت استعمال الحقوق بشرط عدم الاضرار بالغير، سواء كانت لدى مستعملها نية الاضرار بالغير، أو كان استعمالها قد جاوز الحدود المألوفة والمتعارف عليها.

ومن التطبيقات الجديرة بلفت النظر، ما بلغته الشريعة الاسلامية من الدقة في علاقات الجوار، التي وردت فيها الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الكثيرة(2).

وترى الشريعة الاسلامية أن المعيار فيما يجب أن يتحمله الجار من مضار الجوار، هو المألوف بين الجيران، وما يتحمله الجار عادة من المضار المتعارف على تحملها، فإذا تجاوزت هذه المضار الحد المألوف المتعارف على تحمله عادة،

(1) انظر أحياء علوم الدين للامام الغزالي ج 2 ص 189 وما يليها.
(2) انظر في علاقات الجوار في الشريعة الاسلامية المرجع السابق الذكر للامام الغزالي ج 2 ص 189 وما يليها.

كان ذلك تعسفا، فمثلا ترى الشريعة الاسلامية منع تصاعد الدخان من دار الجار الى جاره أكثر مما يتعارف الناس عليه، وعدم ازعاج الجار بالصوت المزعج(1) وقد قننت أحكام الجوار في (مرشد الجيران) في المواد 57، 59، الى 62، وهي أحكام تتفق مع ما قررته القوانين الحديثة من المبادىء في حقوق الجوار(2).

3 ــ في القانون الفرنسي القديم:

لم يرد في القانون الفرنسي القديم شيء كثير عن نظرية التعسف في استعمال الحق، بل كان هذا القانون متأثرا بالقانون الروماني من هذه الناحية، ولم يرد عن دوما الا قوله: أن المرء يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا قصد به الاضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة مشروعة في استعماله، وأن من يتعسف في استعمال حق التقاضي يكون مسؤولا(3).

134 ــ 4 ــ في الفقه وفي القضاء وفي التشريع:

لقد تأثر الفقه الغربي بالحملة التي قام بها في فرنسا الفقهاء سالي، وجوسران وغيرهما، فتصدى سالي لنظرية التعسف في استعمال الحق في كتابه الذي قدم به مشروع القانون المدني الألماني الى الفرنسيين، ثم دافع عن هذه النظرية في مقال له نشر في نسة 1905 بمجلة القضاء والتشريع، وانبرى للدفاع عنها جوسران في كتابه الذي وضعه في سنة 1905 عن التعسف في استعمال الحقوق De l'abus des droits، ثم استمر في الدفاع عن هذه النظرية في كتابه الذي أصدره في سنة 1927 تحت عنوان: روح الحقوق ونسبيتها (de L'esprit des droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits) ثم في كتابه شرح القانون المدني في الجزء الثاني، وتبعهما في الدفاع عنها كثير من الفقهاء الفرنسيين مثل Charmont geny وغيره، كما عارض هذه النظرية الفقهاء الفرنسيون اسمان وديجي وبلانيول.

(1) انظر في ذلك رسالة الدكتوراه التي قدمها المرحوم الدكتور شفيق شحاتة في سنة 1936 بالفرنسية الى جامعة القاهرة. تحت عنوان: محاولة لاستخلاص نظرية عامة للالتزام في الشريعة الاسلامية الفقرة 243.
(2) انظر مقالا للأستاذ دالتون في مجلة: مصر العربية، سنة 1916 المجلد رقم 7 ص 192.
(3) انظر مازو في المسؤولية المدنية ج 1 بند 556.

ونعرض فيما يلي رأى أنصار هذه النظرية ثم رأى معارضيها، ثم ما ورد عنها في التشريعات الحديثة.

135 ــ أولا : رأي أنصارها:

من أظهر أنصار نظرية التعسف في استعمال الحق ومن أوائل مؤسسيها، الفقيه جوسران الذي أصلها وبلورها في مؤلفاته. ولذلك نكتفي، بصدد الخطوط العريضة لهذه النظرية بعرض ما أورده عنها جوسران، الذي يرى أن للحق غاية اجتماعية ووظيفة إذا حاد عنها كان هناك تعسف وهو يقول: هناك ثلاث طوائف من الحقوق.

1 ــ حقوق غايتها مصلحة صاحبها وحده، فهي حقوق أنانية Egoïstes مثل حق الملكية، وحق الدائنية Le droit de crèance وحق التقاضي، فإذا استعملها الانسان فلا ينبغي أن يكون استعمالها لايذاء الغير فقط، أو بدون مصلحة مشروعة وجدية والا كان متعسفا في استعمالها.

2 ــ وهناك حقوق غايتها هي حماية الغير، وهي وظائف أكثر من أن تكون حقوقا، وهي حقوق ايثارية Altruistes ومثالها سلطة الأب على أولاده، فإذا استعملها الانسان لصالحه هو لا لصالح من تقررت لحمايته، كان متعسفا.

3 ــ وهناك حقوق ترمي الى تحقيق مصلحة عامة، مثل حق النقد الادبي، فإذا استعمل الناقد النقد لاشفاء حقده ضد المؤلف، لا لمجرد نقد نزيه، كان متعسفا.

والى جانب هذه الطوائف الثلاث من الحقوق، رأى جوسران، ومعه الفقيه رواست Rouast[1] أن هناك حقوقا مطلقة Discrétionnairss ou absolus لا تعسف في استعمالها، ومثالها حق الأب والأم في عدم الموافقة على زواج أبنائهما القصر (المادة 148 م ف) فإذا امتنعا عن الموافقة فلا سبيل الى الطعن في امتناعهما بالتعسف، ولكن إذا وافقا على الزواج ثم سحبا موافقتهما، جاز الطعن في السحب بالتعسف.

(1) انظر مقالا للفقيه Rouast في المجلة الفصلية E.T.D.C للقانون المدني عدد 1 سنة 1944.

وكذلك جعل القانون للأبوين، وللأجداد عند عدم وجود الأبوين، الحق في المعارضة في زواج أبنائهم، ولو كانوا راشدين (المادة 173 م ف)، ولكن للأبناء الحق في الطعن في المعارضة بأنها لا تستند الى سبب مشروع، أي تعسفية، وللمحكمة أن تقضي برفض المعارضة، ولكن ليس للأبناء المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر ترتب على تأخير الزواج، متى كانت المعارضة من طرف الأباء والأجداد (م 179 م ف) أما إذا كانت المعارضة في الزواج قد صدرت من غير الآباء أو الأجداد طبقا لنص المادة (174 ف) فللمحكمة أن تحكم بالتعويض. ومن الحقوق المطلقة حق المشترط في الاشتراط لمصلحة الغير في العدول عن اشتراطه قبل اعلان المنتفع، ومن الحقوق المطلقة أيضا حق المحامي في أن يقول كل ما في صالح موكله، وحق النائب البرلماني في أن يقول كل ما يراه دفاعا عن مصلحة المجتمع، وكل هذه الحقوق لا محل للطعن فيها بالتعسف.

هذا هو ملخص نظرية التعسف في استعمال الحق عند جوسران. ولقد انتقدت نظريته بأنها تفسح المجال أمام القضاء لتفسيرها طبقا لميوله وأهوائه.

136 ــ أما غيره من الفقهاء فمنهم من يرى أن معيار التعسف معيار شخصي يرجع فيه الى نية الاضرار بالغير، أو إذا استعمل الانسان حقه دون أن يرمي الى تحقيق منفعة ولو لم يقصد الأضرار بالغير، ولا يسأل إلا إذا كانت نية الاضرار ثابتة أو مفترضة كما في الحالة الثانية، ومنهم من يرى أن معيار التعسف معيار مادي، ويرى أن التعسف يتحقق كلما استعمل الانسان حقه استعمالا غير عادي Anormal، أما استعمال الحق استعمالا عاديا Normal فهو يختلف باختلاف الظروف وباختلاف البيئة.

ومن الفقهاء الذين يبنون التعسف على معيار شخصي مازو وأخوانه في كتابهم[1] فقد أرجعوا التعسف الى فكرة الخطأ التقصيري فهو صورة من صور المسؤولية التقصيرية تحكمها المادة 1382.

بينما الفقهاء الذين يبنونه على معيار مادي يتوسعون فيه ويستبعدون منه فكرة الخطأ ويقيسونه على اساءة استعمال السلطة في القانون الاداري Le détournement de pouvoir، فمن يتعسف في استعمال حقه يعتبر كالموظف

(1) مازو ودي جيجلار ــ المسؤولية المدنية ج 2 المجلد الأول بند 45 ص 40.

الذي يستعمل وظيفته في غير الغرض الذي أنشئت من أجله.

137 ــ ولقد هوجمت نظرية التعسف في استعمال الحق وكان من الد أعدائها الفقيهان اسمان[1] وبلانيول[2].

فأما اسمان Esmein فقال أن هذه النظرية ليس لها أساس قانوني، فالمادة 1382 تقيم المسؤولية على أساس الخطأ، والخطأ عمل غير مشروع (Fait illicite) بينما استعمال الحق لا يتضمن أي عمل غير مشروع، مهما كان الغرض الذي يهدف اليه صاحب الحق. وأما بلانيول Planiol فقد كان عنيفا في تنكره لهذه النظرية حتى قال عنها أنها خاطئة Un faux problème حتى في تسميتها، فالحق ينتهي حين يبدأ التعسف Le droit cesse oû l'abus commence ولا يتصور أن يكون المرء متعسفا حين يستعمل حقه لسبب بديهي لا جدال فيه هو أن العمل الواحد لا يمكن أن يكون في نفس الوقت متفقا مع القانون ومخالفا له.

وقد رد عليه جوسران بقوله أن كلمة (Droit) في اللغة الفرنسية لها معنيان، فهي تعني الحق الشخصي (Le droit subjectif) تارة، وتارة أخرى تعني القانون (Le Droit objectif) ولا شيء يمنع من أن يستعمل الحق الشخصي ويكون مخالفا للقانون.

138 ــ أما الفقه العربي فإن أغلبه يدافع عن هذه النظرية، مثل الأستاذ السنهوري[3] والأستاذ سليمان مرقس[4] بل وقد وضع لها الأستاذ حسين عامر المعايير الآتية[5]

أ ــ استعمال الحق بنية الأشرار بالغير، وهذا هو أول معيار وضع في القانون الفرنسي القديم وهو المعيار الشخصي الذي يقيم التعسف على فكرة الخطأ، والذي اعتنقه مازو كما سبق ذكره.

(1) انظر مقالا له في سيريه سنة 1898 عدد 1 برقم 21.
(2) انظر كتابه في شرح القانون المدني ج 2 بند 841.
(3) الوسيط ج 1 البنود 552 وما يليها والموجز لنفس المؤلف بند 324.
(4) انظر الفعل الضار ص.90 وما يليها البنود 69 وما يليها.
(5) انظر كتابه نظرية سوء استعمال الحق القاهرة سنة 1947.

ب ــ اختلال التوازن بين المصالح، فكلما استعمل الانسان حقه معتديا على حق آخر أو على حق الجماعة كان متعسفا. وهذا معيار مادي.

ج ــ الخطأ في التنفيذ، وهذا معيار ذاتي، وقد سبق أن قلنا أنه هو المعيار الذي يأخذ به من يرى من الفقهاء أن التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ.

د ــ انتفاء المصلحة المشروعة، وهو يقرب من المعيار الذي وضعه جوسران وسماه أولا Le défaut d'un intérêt légitime ثم سماه فيما بعد: Le défaut d'un motif légitime

هـ ــ مخالفة الغاية الاجتماعية أو الاقتصادية التي وضعت لها الحقوق الشخصية، وهو المعيار الذي وضعه جوسران حين قال إن التعسف هو الخروج بالحق عن الهدف الاجتماعي Le but social الذي وضع له.

أما الأقلية من الفقه العربي فقد تنكرت لهذه النظرية وانتقدتها انتقادا مريرا، ومن هذه الأقلية الأستاذ مصطفى مرعي[1] الذي أبى أن يسمى هذه النظرية بالاسم الذي اشتهرت به (التعسف في استعمال الحق) ورأى أن يسميها: (الخطأ تحت ستار الحقوق).

وهو يقول أن تعريف الخطأ كفيل بحل مشكلة التعسف في استعمال الحق، فالخطأ عيب يشوب مسلك الانسان، لا يأتيه رجل عاقل متبصر، والرجل العاقل المتبصر لا يتخذ حقه وسيلة للايذاء، بل لا يستعمل حقه الا لغرض فيه نفع ظاهر له، تنزها منه عن العبث، فمن يصدر في استعمال حقه لا عن رغبة في فائدة يرجوها لنفسه، وإنما عن رغبة في الكيد لغيره، مخطىء حتما، مثله في ذلك مثل من يستعمل حقه لمجرد التحكم ولغير غرض ظاهر، وخطأ صاحب الحق في هاتين الحالتين ليس اساءة لاستعمال الحق، لأن الحق لا تحتمل طبيعته أن يساء استعماله، وانما صاحب الحق في الحالتين يأتي خطأ تحت ستار حقه.

ثم ينتهي الاستاذ مصطفى مرعي الى القول بأنه من المعترضين على نظرية اساءة استعمال الحقوق لأن الحقوق لا يساء استعمالها، وعنوان: نظرية اساءة

(1) انظر في رأيه كتابه: المسؤولية المدنية في القانون المصري القاهرة سنة 1936 بند 83 وما يليه ص 72 يليها.

استعمال الحقوق: لا يخلو من تناقض، لكننا نرى مع ذلك أن من يستعمل حقه، لا ليحقق به نفعا لنفسه، ولكن ليوقع به ضررا للغير، إنما يأتي عملا لا يأتيه رجل عاقل متبصر، فهو مخطىء، ومثله من يستعمل حقه لغير غرض ظاهر، ولو لم يقصد سوءا لأن تصرفه أقرب ما يكون الى العبث، والعبث صورة من صور الخطأ. وعلى ذلك فإن الأستاذ مرعي يرى أن صاحب الحق وان كان في الأصل لا يسأل عما يسبب استعمال حقه من ضرر للغير، فإنه يسأل استثناء في حالتين:

الأولى: إذا استعمل حقه استعمالا يلابسه الخطأ في أية صورة من صور الخطأ.
الثانية: إذا صدر صاحب الحق في استعمال حقه عن رغبة في الكيد لغيره، أو كان في استعمال حقه عابثا لا يقصد نفع نفسه وإنما التحكم وحده الذي دعاه الى الاستعمال الضار بغيره.

وهو في رأيه هذا يقترب من رأي القائلين بأن المسؤولية التقصيرية تغطى فكرة التعسف في استعمال الحق.

139 ــ ولكن هناك رأيا يرى أن التعسف في استعمال الحق يتميز عن المسؤولية التقصيرية ولا يشترط فيه الخطأ، ومن هذا الرأي الفقيه ساقاتييه Savatier[1] وكذلك الفقيه بونكاز[2] Bonnecase. واعتقد أن هذا هو الرأي الذي يؤخذ به، إذ لو كانت اساءة استعمال الحق صورة من صور المسؤولية التقصيرية لا وردتها القوانين الوضعية مع هذه المسؤولية ولم تفصلها عنها كما سوف نرى في قوانيننا العربية.

ثم أن قوانيننا العربية استمدت فكرة التعسف في استعمال الحق من الشريعة الاسلامية ومن المشروع الفرنسي الايطالي، والشريعة الاسلامية لم تبن التعسف على فكرة الخطأ، كما أن المشروع الفرنسي الايطالي قد اعتبر التعسف مستقلا عن المسؤولية التقصيرية في المادة 2/74 منه ولم يقمه على فكرة الخطأ.

140 ــ علاقات الجوار وفكرة اساءة استعمال الحق:

سبق أن قلنا ان الفقه الاسلامي كان سباقا في تطبيق اساءة استعمال الحق في علاقات الجوار، وقلنا أن الغزالي تعرض لهذه المسألة في كتابه أحياء علوم الدين، وأن مرشد الجيران قد فصل أحكام علاقات الجوار في المواد 57، 59،

و 62 طبقا للشريعة الاسلامية. ولقد أدرك الفقهاء الغربيون أخيرا هذه الصلة بين علاقات الجوار والتعسف في استعمال الحق بعد أن كثرت المضار التي تنشأ من علاقات الجوار بسبب انتشار المصانع التي تنبعث منها الضجة المزعجة والأدخنة والروائح الكريهة، وبسبب ازدحام المساكن وكثافة السكان وتلاصقها، فوضع الفقيه الكبير Ripert رسالة لنيل شهادة الدكتوراه عن علاقات الجوار تحت عنوان (L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines) أي استعمال حق الملكية في علاقاته بالملكيات المجاورة[1].

وقد بين في هذه الرسالة كيف أن حق الملكية، الذي كان يعتبر من أكثر الحقوق اطلاقا، قد أدخلت عليه مختلف القيود حتى لا يترتب على استعماله ضرر للجيران، وبين المضار التي يجوز التسامح فيها وتلك لاالتي تعتبر من قبيل التعسف في استعمال هذا الحق، وواصل فيما بعد الكتابة عن التعسف. ثم وضع الأستاذ يول ليات (P.leyat) كتابا قيما في المسؤولية التي تترتب على المضار الناشئة عن علاقات الجوار تحت عنوان (La responsabilité dans les rapports de voisinage)[2] اقترح فيه أن يكون معيار التعسف في علاقات الجوار هذا المعيار الذي وضعه الرومان وسموه (L'immissio) أي التدخل أو التعدي، وبمقتضاه ينبغي أن يعامل كل جار معاملة رب الأسرة الطيب (Le B.P.F) وأن يعمل في ملكه ما يشاء بشرط الا يترك شيئا ينساب من ملكه الى ملك جاره كالماء والدخان والضجيج، وألا اعتبر متعسفا في استعمال حقه وكان مسؤولا.

141 ــ التعسف في استعمال الحق في القضاء:

كان القضاء الفرنسي قد تعرض لفكرة التعسف منذ بعيد، وقبل صدور القانون المدني، فقد قضى بارلمان اكس Aix في 1577/2/1 بأدانة ناسج صوف كان يغني طول النهار لا لشيء الا لازعاج جاره المحامي[3] وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يضع نصا خاصا بالتعسف في استعمال الحق،

(1) قدمت هذه الرسالة الى جامعة Aix في سنة 1902، وانظر كذلك كتابه القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية ط 1949.
(2) وضع هذا الكتاب في سنة 1936 بباريس وقد عالج هذا الموضوع في الصفحات 158 وما يليها.
(3) أشار اليه ستارك في كتابه الالتزامات ص 125 بند 302 مع ملاحظة أن البرلمانات كانت تتولى القضاء قديما.

فإن القضاء الفرنسي قد استقر على أدانة هذا التعسف، وأصدر كثيرا من الأحكام في هذا الصدد، ومن أشهر هذه الأحكام الحكم الذي أصدره في قضية كليمان بايار (Clément Bayard) في 1915/8/3[1] وتتلخص هذه القضية في أن كليمان بايار هذا كان يملك ارضا مجاورة لمطار تملكه احدى الشركات وكان يريد أن يجبر الشركة مالكة المطار على شراء أرضه، فعمد الى اقامة مبان على أرضه وضع فوقها أعمدة سوداء مدببة بأسلاك شائكة لا لشيء الا ليضايق الطائرات في هبوطها على أرض المطار أو في اقلاعها منه. وقد أدانه القضاء بالتعسف.

وقد استمر هذا القضاء في أدانة التعسف في استعمال الحق في مختلف الصور، سواء في استعمال حق التقاضي بطريقة كيدية، أو في فصل العامل بعقد غير محدد المدة في وقت غير مناسب، أو في استعمال حقوق الأسرة، غاداان التعسف لترشيد الابن لا لمصلحته بل للتخلص من أعباء مسؤولية رقابته، وجعل معيار التعسف غالبا نية الاضرار.

ولقد كان القضاء في مصر يدين التعسف في استعمال الحق تحت سلطان القانون المدني القديم الذي ساير تقنين نابوليون ولم يتعرض للتعسف، وساير القضاء الفرنسي في ذلك، فقضى بالتعسف في استعمال حق الملكية إذا استعمل بنية الاضرار بالغير، وتستخلص هذه النية من عدم وجود منفعة ظاهرة لهذا الاستعمال[2]. أو إذا استعمل المالك حقه دون حيطة، فانحرف بذلك عن السلوك المعتاد[3]، أو إذا تعسف رب العمل في انهاء عقد العمل فأنهاه بعامل الانتقام[4]. أما بعد صدور القانون المدني المصري الجديد، فلم يعد القضاء بحاجة الى الاجتهاد أو الى مسايرة القضاء الفرنسي، طالما أن نص المادتين 4، 5 قد نظم أحكام التعسف، وأما القضاء الجزائري وقد كان، قبل صدور التشريعات الوطنية، يساير القضاء الفرنسي في تطبيقاته. أما بعد صدور الميثاق الوطني الذي قام على أساس الاشتراكية ونص على أن الملكية الخاصة لا يجوز

(1) انظر هذا الحكم في مجموعة سيريه الصادرة في سنة 1920 عدد 1 برقم 300.
(2) — (3) — (4) مشار الى هذه الأحكام وغيرها في الوسيط للسنهوري ج 1 بند 567 ص 968/967.

أن تكون ذريعة لجعل العلاقة بين المالك والعامل قائمة على أساس الاستغلال، وبعد النص على حالات التعسف في القانون المدني وفي التشريعات الخاصة بتنظيم علاقات العمل، فقد أصبح القضاء الجزائري يطبق نصوصا تشريعية عند اصدار أحكامه بمنع التعسف.

142 — التعسف في التشريع الوضعي:

على الرغم من أن تقنين نابوليون لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق، فإن المشرع الفرنسي تأثر ببروز هذه النظرية الى الوجود وأخذ يصدر التشريعات المتوالية تطبيقا لهذه النظرية، ومن التشريعات مايلي:

1 — القانون الصادر في 27 /1890/12 الذي عدل المادة 1780، وجعل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، وقد جدد هذا الحكم في قانون العمل بالمادة 23 من الكتاب الأول في 1910/12/26.

2 — القانون الصادر بتاريخ 1941/2/5 الذي يعتبر متعسفا المؤجر الذي يرفض ايجار مسكن لشخص لديه أولاد.

3 — القانون الصادر بتاريخ 1941/5/23، المؤيد بمرسوم 1958/12/22 المعدل للمادة 71 من قانون الاجراءات والذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

4 — القانون الصادر بتاريخ 1956/4/27 الذي يقضي بالتعسف لرفض تشغيل عامل أو لأنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه الى نقابة.

5 — القانون الصادر بتاريخ 1957/3/11 الخاص بحق المؤلف، وهو ينص في المادتين 29/20 على أن ممثلي المؤلف المتوفى يعتبرون متعسفين إذا أساؤوا الحق في إذاعة المؤلف أو في عدم اذاعته.

أما القانون المدني الألماني فقد نص على التعسف في استعمال الحق بالمادتين 226، 826، كما أن القانون المدني النمساوي قد تناول النص على التعسف، بالمادة 1295، وقد جعل القانونان معيار التعسف نية الاضرار بالغير.

أما قانون الالتزامات السويسري فقد تناول النص على التعسف بالمادة 2 منه وأقام المعيار على أساس الخطأ.

وقد تناول القانون المدني السوفييتي الصادر في سنة 1926، النص على التعسف بالمادة الأولى منه، ثم حين صدر القانون المدني الجديد هناك في سنة 1964 نقل الحكم الى المادة 5 منه.

وتناول القانون المدني الصيني النص على التعسف بالمادة 148 منه.

ونص القانون المدني اللبناني الصادر في سنة 1932 على التعسف بالمادة 124 منه، وأورد المشروع الفرنسي الايطالي الذي وضع في سنة 1945 النص على التعسف بالمادة 2/74.

143 ــ في القوانين العربية

تناولت القوانين العربية النص على التعسف منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي، فأورد القانونان المصري والليبي النص على التعسف بالمادتين 5/4 والقانون المدني العراقي بالمادتين 7/6، ثم جاء القانون المدني الجزائري فنص عليه بالمادة 41 منه.

وانني آخذ على القانون المدني الجزائري

أولا: من حيث الشكل قد حشر النص على التعسف بين أحكام الأهلية، وليس هناك ما يربط بين التعسف وبين أحكام الأهلية، وكان ينبغي أن يضع النص عليه في الباب التمهيدي أسوة بالقوانين العربية الأخرى.

ثانيا: من حيث الموضوع، كان ينبغي أن ينص على الأصل، كما فعلت القوانين العربية الأخرى، وهو أن استعمال الحق استعمالا مشروعا لا تعسف فيه ولا يرتب المسؤولية إذا أحدث ضررا للغير، ولكنه اقتصر على ايراد الاستثناءات، والمنطق يقضي بأن الاستثناء يرد على الأصل.

144 ــ أحكام التعسف في القوانين العربية:

نصت القوانين العربية الأخرى على أن من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما يحدثه من ضرر للغير. ثم نصت على الاستثناءات التي أوردها القانون المدني الجزائري بالمادة 41. وهي تقضي بما يلي: يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

ــ إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

ــ إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء للغير.

ــ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وهذه المادة تقابل تقريبا المادتين الخامستين من القانونين المصري والليبي والمادة 6 من القانون السوري والمادة 7 من القانون العراقي.

وهكذا نرى أن القانون المدني الجزائري قد وضع للتعسف في استعمال الحق معايير ثلاثة:

المعيار الأول: هو المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 41 وهو نية الاضرار بالغير، وهذا هو المعيار التقليدي والسائد في القضاء الفرنسي L'intention de nuire وهو معيار شخصي.

المعيار الثاني: هو المنصوص عليه في الفقرة الثانية وهو استعمال الحق لتحقيق فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشيء عنها. وهو معيار موضوعي لا تتوافر فيه النية السيئة ولا يريد صاحب الحق أن يستعمله للاضرار بالغير. والمثال على ذلك من يروى قطعة أرض صغيرة يملكها فيبالغ في الري حتى يفيض الماء فيضر أرضا واسعة لجاره، وقد أورد القانون المدني مثالا لهذه الحالة بالمادة 2/708 الخاصة بهدم الحائط دون عذر (قوي)[1] أن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط.

المعيار الثالث: هو الذي نصت عليه الفقرة الثالثة وهو أن يكون استعمال الحق بقصد الحصول على فائدة غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ومثال ذلك أن يطلق زوجته لكي يعاشر امرأة معاشرة غير شرعية.

وهكذا حصر المشرع الجزائري التعسف في هذه المعايير الثلاثة فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون وبعض الفقهاء الغربيين، ولم يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين تحصره في نية الاضرار بالغير، بل اتخذ موقفا وسطا

(1) يلاحظ أن النص العربي للفقرة الثانية من المادة 708 مخطىء في ذكر كلمة (قانوني) وصحتها ثوي كما ورد في النص الفرنسي.

بين الاثنين، والظاهر أن المشرع المصري كان يريد التوسع في تطبيق التعسف أسوة بما فعلت الشريعة الاسلامية، والا يحصره في المعايير الثلاثة التي انتهى اليها النص في المادة 5 منه، ولكن انتهت المناقشة الى حصره في هذه المعايير الثلاثة(1).

هذا ويلاحظ أن القوانين العربية قد طبقت هذه المعايير في كثير من نواحيها، كما في علاقات الجوار، وعلاقات العمل، وحقوق الارتفاق.

145 ــ ولقد رأى بعض الفقهاء الغربيين والعرب ارجاع التعسف الى فكرة الخطأ، واعتباره تطبيقا من تطبيقات المسؤولية، كما سبق أن رأينا، وإني اعتقد أنه نظام مستقل بذاته،واستند في ذلك الى الأدلة الآتية:

1 ــ فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية،ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية لورد النص عليه الى جانب نصوص المسؤلية التقصيرية.

2 ــ وإذا كان التعسف صورة من المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له ؟ليس النص على أن كل عمل خاطىء يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافيا ليشمل التعسف إذا كان مبنيا على الخطأ ؟

3 ــ ثم أن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعية أو بنظرية الضمان أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي ازاء الخطا، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون اقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية.

4 ــ إذا رجعنا الى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدد المادتين 4، 5 وهما مصدر نصوص التعسف في القوانين العربية الأخرى، رأينا أنها تقول: ((أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 1 ص.29 ــ 53.

الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع(1).

5 ــ ان التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الاسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ، بل تنظر اليها نظرة موضوعية، وحذت حذو المشروع الفرنسي الايطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ.

6 ــ وإذا كان الفقهاء المصريون الذين بنوا نظرية التعسف على فكرة الخطأ قد استندوا الى أن النصوص العربية تنص على أن يكون استعمال الحق غير مشروع، فإن هذا القول لا يصدق على القانون المدني الجزائري الذي قطع في صدر المادة 41 بقوله: يعتبر استعمال حق تعسفيا، ولم يقل عملا غير مشروع.

وننتهي من ذلك الى أن التعسف في استعمال الحق مستقل عن نظام المسؤولية التقصيرية، والغالب أن يكون الجزاء عليه عينيا، بينما الغالب أن يكون الجزاء في المسؤولية التقصيرية نقدا.

ويلاحظ أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على أن التعسف الذي يقع في تنفيذ الالتزامات العقدية يرتب مسؤولية تقصيرية ويلزم المتعسف بدفع التعويض المترتب على المسؤولية التقصيرية(2) غير أن بعض الفقهاء الفرنسيين يرون أن المسؤولية التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو سوء تنفيذه مسؤولية عقدية(3).

(ملاحظة لدراسة المسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية عن فعل الأشياء أحيل القارىء الى كتابي (دراسات في المسؤولية المدنية ــ ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1984) فهو مكمل لهذه الدراسة).

(1) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج 1 ص 207.
(2) أنظر حكما لمحكمة النقض صدر في 1975/4/9 نشر في مجلة القانون المدني سنة 1996 ص 781.
(3) من هؤلاء الفقهاء الفقيه هوبير دي لاماس Hubert de la masse في مقال له نشر بالمجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1948.

الفصل الثالث

المصدر الثالث للالتزام

الاثراء بلا سبب L'enrichessment sans cause

146 ــ تمهيد:

1 ــ لم يضع القانون الروماني مبدأ عاما للاثراء بلا سبب، ولكنه كان يعرف دعاوي محدودة ترفع على أساس الاثراء، وكان يسمى الدعوى التي ترفع على هذا الأساس l'action de in rem verso، وكانت الدعوى التي ترفع بناء على هذا المبدأ تنحصر في حالات معدودة، وخصوصا في حالة العقد الذي يعقده الغير مع ولد خاضع لسلطة أبيه، أو مع عبد خاضع لسلطة سيده، فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء عقدهما، كان لمن تعاقد معهما أن يرجع عليه بمقدار ما افتقر هو به.

وعرف القانون الروماني أيضا دفع غير المستحق ووضع له دعوى استرداد سماها: Condicto sine causa، كما عرف الفضالة، وقد اعتبر دفع غير المستحق والفضالة تطبيقين للاثراء بلا سبب.

2 ــ وقد انقسم الرأي فيما يتعلق بالشريعة الاسلامية، فقال بعض الفقهاء انها لم تعرف الاثراء بلا سبب كمصدر للالتزام الا في حدود ضيقة، وخصوصا في دفع غير المستحق، أو في حالة ما إذا افتقر شخص كان مضطرا الى افتقاره كما لو بنى صاحب العلو السفل دون إذن من صاحب السفل أو من الحاكم، فإن له أن يرجع على صاحب السفل بقيمة البناء[1] ورأى البعض الآخر من الفقهاء أن الشريعة الاسلامية وضعت مبدأ عاما للاثراء، فمن أثرى على حساب غيره، ولم يكن المفتقر يريد التبرع، فإن للمفتقر أن يرجع عليه بما أثرى به[2].

---

(1) انظر في ذلك الوسيط للسنهوري ج 1 بند 744 ص 1252 وكذلك مصادر الحق في الفقه الاسلامي لنفس المؤلف ص 56.

(2) انظر في ذلك الدكتور سليمان مرقس في: مطبوعات معهد الدراسات العربية سنة 1961 ص 20 منه 38 بند 5 ــ 12.

3 ــ أما القانون الفرنسي القديم، فقد سار على منهج القانون الروماني ولم يضع مبدأ عاما للاثراء بلا سبب، ولكنه عرف حالات دفع غير المستحق، وعرف الفضالة، ولكنه قلب الوضع الذي كان معروفا في القانون الروماني، فجعل مصدر الاثراء بلا سبب فضالة ناقصة anormale بدلا من أن تكون الفضالة تطبيقا من تطبيقات الاثراء، كما كان الوضع في القانون الروماني.

4 ــ ثم صدر القانون المدني الفرنسي خاليا من النص على مبدأ عام للاثراء بلا سبب، ولكنه أورد تطبيقات متناثرة فيه للاثراء بلا سبب، كما فعل في الالتصاق إذ نص في المادة 554 منه على أن مالك الأرض التي يقيم عليها منشات أو غراسا بمواد مملوكة له على أرض مملوكة للغير، تطبق بشأنه أحكام الاثراء بلا سبب على مالك الأرض وتختلف باختلاف حسن نية صاحب المواد أو سوء نيته. وكذلك أتى بتطبيق للاثراء في حالة استرداد ما دفع دون حق في المواد 1372 ــ 1371، وبالفضالة في المواد 1372 ــ 1375.

ولكن القضاء الفرنسي ظل متأثرا بالقانون الفرنسي القديم فاعتبر الاثراء بلا سبب تطبيقا من تطبيقات الفضالة، ولكنه سماها فضالة ناقصة Anormale، لأن الفضالة الكاملة تستلزم في الفضولي نية القيام بعمل لصالح الغير، بينما الاثراء بلا سبب تنتفي فيه النية، ولذلك يعتبر فضالة ناقصة، وهكذا قلب الوضع الذي كان موجودا في القانون الروماني، واعتبر الاثراء فرعا من الفضالة، بعد أن كانت الفضالة من تطبيقات الاثراء في القانون الروماني.

والى جانب ذلك وضع تقنين نابليون دفع غير المستحق والفضالة تحت عنوان شبه العقود. Quasi-contrats وهي التسمية التي تأثر فيها بالقانون الروماني، وانتقدها الفقه الفرنسي انتقادا مريرا(1) وقال انها خاطئة في تسميتها كالخطأ الذي وقع في تسمية شبه الجنح Quasi-délits وقد هجر الفقه هذه التسمية اليوم، ولكن من الغريب أن القانون المدني الجزائري قد استبقاها، كما سوف نرى.

(1) من الفقهاء الذين انتقدوها: كولان وكابيتان في شرح القانون المدني تحت اشراف ادى لامورا ندربيير ط 195 ج 2 بند 10.

5 ــ وقد ظل القضاء الفرنسي يعتبر الاثراء بلا سبب فضالة ناقصة طوال القرن التاسع عشر تقريبا، وصدرت عنه أحكام كثيرة بهذا المعنى كان آخرها حكم صدر في 1890/7/16(1).

وذلك على الرغم من انتقاد الفقه لالحاق الاثراء بلا سبب بالفضالة مع ما بينهما من فروق كثيرة تميز بينهما، فبينما الفضالة تقوم على عنصر ذاتي، هو انصراف نية الفضولي الى تأدية خدمة لصالح رب العمل، فإن الاثراء بلا سبب يقوم على عنصر موضوعي ورابطة بين ذمتين أثرت احداهما وافتقرت الأخرى. ثم أن الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل كما سوف نرى، بينما لا توجد أية نيابة بين المثري والمفتقر، وكذلك يلتزم المثري برد أقل القيمتين، قيمة ما أثرى به المفتقر أو قيمة ما افتقر به المفتقر، بينما يلتزم رب العمل في الفضالة برد كل ما انفقه الفضولي من مصروفات ضرورية أو نافعة، الى جانب فروق ثانوية أخرى.

6 ــ ولذلك اضطر القضاء الفرنسي الى تغيير وجهة نظره السابقة، تحت تأثير حملة الفقه، وخصوصا تحت تأثير رأي الفقيهين الفرنسيين أوبرى ورو اللذين اعتبرا الاثراء بلا سبب مصدرا للالتزام مستقلا autonome عن الفضالة(2)، فاصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض حكمها الشهير في سنة 1892 في قضية الأسمدة(3)، وتتخلص هذه القضية في أن تاجرا للأسمدة باع كمية من الأسمدة الى مزارع ولم يقبض ثمنها، وكان هذا المزارع معسرا ولم يقم بتنفيذ التزاماته نحو المؤجر، فقام هذا الأخير بإنهاء عقد الايجار، وخرج المزارع تاركا للمؤجر الزرع الذي كان ما يزال قائما بالأرض في نظير بعض ما عليه من التزاماته، فرفع تاجر الأسمدة دعوى أمام قضاء الموضوع مطالبا المالك بسداد ثمن الأسمدة باعتبار أنها عادت عليه بفائدة وأثرى بسببها.

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1891 عدد 1 برقم 49 مع تعليق للأستاذ بلانيول.
(2) انظر شرحهما للقانون المدني الفرنسي ط 4 ج 2 ص 246 ــ 247.
(3) صدر هذا الحكم في 1892/6/15 ونشر في داللوز الدوري سنة 1892 عدد /1 برقم 592 ونشر في سيريه سنة 1893 عدد /1 برقم 281.

فدفع المالك الدعوى مستندا الى المبدأ الذي استقر عليه القضاء بصدد نسبية العقود، وقال أنه لم يكن لا طرفا ولا ممثلا في العقد الذي أبرمه بائع الأسمدة مع المزارع، فرفض قضاء الموضوع دعواه، فرفع طعنا بالنقض أمام دائرة العرائض مستندا فيه الى أن قضاة الموضوع قد خالفوا نص المادة 1165 التي تنص على مبدأ نسبية العقود، وخالفوا نص المادة 2102 الخاصة بامتياز المؤجر الذي يثقل الزرع، وخالفوا مبدأ l'action de inrem verso في قولهم أنه ملزم بدين نشأ في ذمة المزارع نحو تاجر الأسمدة، فأصدرت دائرة العرائض حكمها المذكور الذي فندت به ادعاء المالك المستند الى مبدأ نسبية العقود، ثم انتهت الى أن دعوى الاثراء بلا سبب l'action de in rem verso تقوم على أساس فكرة العدالة l'équité التي تقضى بأنه لا يجوز أن يثرى شخص على حساب غيره دون سبب، وأن تطبيق هذا المبدأ لا يخضع لأي شرط، وأنه يكفي لقبول الدعوى على أساس هذا المبدأ أن يثبت المدعي أنه أتاح للمدعي عليه فائدة عادت عليه بالنفع أو قدم له خدمة أو قام له بتضحية...

7 ــ ولقد كان لهذا الحكم صدًى مدوٍ في الفقه الذي رأى فيه أن الاثراء بلا سبب قد أصبح مصدرا مستقلا للالتزام أساسه l'action de in rem verso ولم يعد يستند الى الفضالة الناقصة.

غير أن هذا الحكم الذي لم يضع لرفع دعوى الاثراء أي شرط، فتح الباب على مصراعيه لرفع هذه الدعوى في كل الحالات التي يخفق فيها المدعي الذي خسر دعواه التي لم تتوافر فيها الشروط المقررة، مثال ذلك أن يخسر المدعي دعوى الغبن لأن هذا الغبن لم يصل الى الحد المقرر وهو 12/7، فتطبيقا للحكم السابق الذكر، يستطيع أن يرفع دعوى الاثراء، ولذلك ما لبث القضاء الفرنسي طويلا حتى أصدر حكما بتاريخ 1914/5/12[1] بين به الشروط التي يجب أن تتوافر لرفع دعوى الاثراء، ومنها ألا يكون لدى المدعي أي سبيل آخر لرفع

(1) نشر هذا الحكم في سيريه سنة 1918 عدد /1 برقم 11.

دعواه، أي اعتبرت دعوى الاثراء دعوى احتياطية Subsidiaire.
والى جانب ذلك قرر القضاء الفرنسي أن تحدد قيمة الاثراء والافتقار يوم رفع الدعوى[1]، وقد استمد هذين القيدين من الفقيهين أوبرى و رو ومن قبلهما بوتييه، ولسوف نرى عند شرح شروط دعوى الاثراء فيما بعد، أن قوانيننا العربية لم تأخذ بهذا القيد.

ولقد استقر القضاء الفرنسي منذ ذلك الحين على مبدأ الاثراء بلا سبب على الرغم من عدم وجود نص في تقنين نابوليون يضع مبدأ عاما وأصبح هذا القضاء هو مصدر الاثراء بلا سبب في القوانين الحديثة.

أما التشريعات الآخرى فقد نظمته بنصوص صريحة، كما فعلت قوانيننا العربية، فخصص له القانون الألماني المادة (812) والقانون السويسري المادة (62) والقانون النمساوي المواد (1041 ــ 1044) والقانون اللبناني المواد (140 ــ 142) والمشروع الفرنسي الايطالي المادة (73) والقانون البولوني المادة 123.

المبحث الأول

147 ــ الاثراء بلا سبب في القوانين العربية

استمدت قوانيننا العربية مبدأ الاثراء بلا سبب من القضاء الفرنسي ومن القوانين الغربية الحديثة مع بعض التعديلات في أحكامه، فورد النص عليه في القانون المدني المصري (م 179 ــ 180) وفي القانون المدني السوري (م 180 ــ 181) وفي القانون المدني الليبي (م 182 ــ 183) وفي القانون المدني العراقي (م 240 ــ 244) ثم في القانون المدني الجزائري الذي نص عليه بالمادتين (141 ــ 142).

(1) انظر حكم محكمة النقض بذلك بتاريخ 1960/1/18 المنشور في داللوز سنة 1960 برقم 73 مع تعليق لاسمان.

وقبل أن نتعرض لشرح أحكام الاثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري، لا يفوتنا أن نلفت النظر الى أن هذا القانون قد اعتبر الاثراء بلا سبب هو المصدر الرابع للالتزام، بعد المصدر الأول وهو القانون، الذي نص عليه في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني، والعقد الذي خصص له الفصل الثاني من هذا الكتاب، وتكلم عنه في أقسام أربعة، ثم العمل المستحق للتعويض الذي خصص له الفصل الثالث من هذا الكتاب وقسمه الى ثلاثة أقسام، ثم شبه العقود التي خصص لها الفصل الرابع من هذا الكتاب وقسمها الى ثلاثة أقسام هي: القسم الأول للاثراء بلا سبب، والقسم الثاني لدفع غير المستحق،والقسم الثالث للفضالة. إذن فمصدر الالتزام الرابع هو الاثراء بلا سبب مع تطبيقيه اللذين هما دفع غير المستحق والفضالة، وما كنت لا تعرض لهذا التفصيل لولا أن البعض(1) ظن أن القانون المدني الجزائري قد اعتبر الفضالة مصدرا عاما ومستقلا للالتزام، بدليل أنه أفرد لها قسما خاصا. وقد رأينا أن القانون المدني الجزائري قد قسم العقد والعمل المستحق للتعويض الى عدة أقسام، ومع ذلك فمصدر الالتزام فيهما واحد، وهو العقد، والعمل المستحق للتعويض، وقد اتبع نفس التقسيم في الاثراء بلا سبب ولكنه اعتبره هو المصدر الرابع، وليس هناك في هذا القانون مصدر خامس للالتزام هو الفضالة، ولا يسوغ أن نستخلص من تقسيم شكلي حكما موضوعيا، لا سيما وأن كل القوانين العربية الأخرى والقوانين الغربية، والقضاء الفرنسي، قد اعتبر دفع غير المستحق والفضالة تطبيقين من تطبيقات الاثراء بلا سبب، وان كان كل منهما يختلف في أحكامه عن المبدأ الذي ورد في الاثراء بلا سبب، كما تختلف المسؤولية عن فعل الأشياء عن المسؤولية عن الأفعال الشخصية، ولكن هذا الاختلاف في الأحكام لا يمنع من أن المصدر واحد وهو العمل الضار، وكذلك الأمر في دفع غير المستحق وفي الفضالة، ففيهما اثراء لذمة مالية على حساب ذمة مالية أخرى، وإن كانت أحكام كل منهما مختلفة عن المبدأ المنصوص عليه بالمادة141

(1) أنظر في هذا الرأي الفضالة في القانون المدني الجزائري للأستاذة ذهبية حامق ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1987 ص 46 و ص 263.

148 ــ أحكام الاثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري

9 ــ وضع القانون المدني الجزائري الفصل الخاص بالاثراء تحت عنوان: شبه العقود، وقد سبق أن ذكرنا أن هذه التسمية خاطئة ومهجورة، وقد نصت المادة 141 منه على مايلي: ((كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الاثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء)) ويلاحظ أن النص العربي يختلف عن النص الفرنسي لهذه المادة في أنه يقتصر على عبارة: ليس لها ما يبررها، في حين أن النص الفرنسي يقول «Sans une cause» أي دون سبب، وهو تعبير أدق من التعبير العربي الذي يفسح المجال للتوسع في عدم المبرر مع أن المراد هو السبب القانوني الذي حدده القضاء الفرنسي في الحكم السابق الذكر، الصادر بتاريخ 1914/5/22، بأنه هو العقد أو شبه العقد والجنحة أو شبه الجنحة، كما أن الفقه العربي مجمع على تحديد السبب القانوني بأنه العقد أو القانون، على أن يفهم القانون هنا بمعنى واسع، بحيث يكون مصدر الاثراء القانون إذا ترتب الاثراء على الفعل غير المشروع، أو كسب حق بالتقادم، أو بقوة الشيء المقضي به(1) فكلما كسب الانسان شيئا بحكم القانون امتنع الرجوع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب، وصار الاثراء بلا سبب منحصرا في الاثراء الذي ليس سبب قانوني.

10 ــ ويستخلص من نص المادة 141 م ج أن أركان الاثراء بلا سبب أربعة في القانون المدني الجزائري وثلاثة في القوانين الأخرى، فطبقا لكل القوانين يشترط في الاثراء توافر أركان ثلاثة هي: اثراء المدين وافتقار الدائن، وعدم وجود سبب للاثراء، وقد زاد القانون المدني الجزائري شرطا رابعا وهو أن يكون الاثراء بحسن نية وفيما يلي نفصل هذه الشروط:

أولا: إثراء المدين: فلا بد من أن يتحقق اثراء المدين سواء كان اثراء ماديا، وهو الأغلب، أو كان اثراء معنويا، وسواء كان الاثراء ايجابيا وهو الأصل أو كان سلبيا، وسواء كان الاثراء بطريق مباشر من الدائن الى المدين أو بواسطة شخص ثالث.

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند ص 1293.

1 ــ فأما الاثراء المادي فكثيرا ما يتحقق بالمال، فينتقل مبلغ من المال من ذمة الدائن الى ذمة المدين، وقد يتم بتقديم منفعة أو عمل مادي يقوم الدائن به لمصلحة المدين.

2 ــ أما الاثراء المعنوي، فمثله أن يثرى تلميذ علميا من دروس خصوصية قام بها معلم، أو أن يشفى طبيب مريضا، أو أن يصل محام الى تبرئة موكله الذي كان متهما، ولقد كان الاثراء المعنوي غير معترف به في القانون الروماني، وما زال القانون الألماني والسويسري يشترطان أن يكون الاثراء ماديا (م 1/812 الماني و 62 سويسري)، بل وكان بعض الفقهاء في فرنسا يرى هذا الرأي[1]، غير أن الرأي السائد اليوم فقها وقضاء في فرنسا وفي الفقه والقضاء العربيين هو أن الاثراء قد يكون معنويا[2].

3 ــ وأما الاثراء الايجابي وهو الغالب، فيتمثل في ادخال قيمة مالية أو منفعة مادية في ذمة المدين.

وقد أورد القانون المدني أمثلة للاثراء الايجابي في أحوال الالتصاق المنصوص عليها بالمواد 783ــ785 م ج وفي حالة عقد الايجار الذي انتهت مدته وكان المستأجر قد أحدث بناء أو غراسا في العين المستأجرة إذا اختار المؤجر أن يستبقيها (م 504 م ج)

4 ــ وأما الاثراء السلبي فمثله أن يقوم شخص بسداد دين في ذمة المدين، أو أن يتلف شخص مالا له لانقاذ مال للمدين كان سيهلك، أو أن يقوم المستأجر بالترميمات التي يجب على المؤجر أن يقوم بها طبقا لنص المادة 479 و480 م ج..

(1) انظر مثلا Bonnecase في ملحق مبسوط بودري ج 8 ص 342، أشار اليه السنهوري في الوسيط بند 763 ص 1276 هامش 1.

(2) ارجع في ذلك الى جوسران: شرح القانون المدني الفرنسي ج·2 بند 559 وديموج الالتزامات ج 3 بند 50 وستارك ــ الالتزامات بند 2295 ــ وهو يشير في الهامش رقم /5 الى حكم صدر في الاثراء الأدبي من الدائرة المدنية بتاريخ 1960/18 نشر في داللوز سنة 1960 برقم 573 مع تعليق لاسمان.

5 ــ وأما الاثراءالمباشر فهو الذي يتم من الدائن الى المدين دون توسط شخص آخر بينهما، مثل قيام المستأجر بالترميمات الواجبة على المؤجر في المثل السابق، وقد يكون الأثراء قد تم بفعل المثرى نفسه لا بفعل المفتقر، كمن يستولى على مال لغيره دون حق.

6 ــ وأما الاثراء غير المباشر فهو الذي يتم بين المدين وشخص لا تربطه به علاقة، مثل مالك الأرض وتاجر الأسمدة في القضية التي سبق ذكرها، فقد أثرى مالك الأرض على حساب تاجر الأسمدة الذي لم تكن تربطه به أية علاقة. ومثل ربان السفينة الذي يلقى في البحر ببضائع لتخفيف حمولة السفينة ولانقاذ البضائع الباقية من الهلاك، فيثرى أصحاب هذه البضائع على حساب أصحاب البضائع التي ألقاها الربان في البحر، اثراء غير مباشر.

ثانيا: افتقار الدائن، ويجب أن يكون هذا الافتقار مترتبا على اثراء المدين، أي أن تقوم بينهما علاقة سببية، فإذا قام شخص بإنشاء حديقة في منزله وجملها تجميلا جعل منزل جاره ترتفع قيمته، فإن الجار يكون قد أثرى بارتفاع قيمة منزله، ولكن من انشأ الحديقة لم يفتقر ولم يقم بإنشائها الا لمنفعة نفسه[1]. ويلاحظ أن الافتقار قد يكون ماديا أو معنويا، ومباشرا أو غير مباشر، كما هي الحال في الاثراء تماما.

ثالثا: انعدام السبب القانوني: فيجب الا يكون الاثراء أو الافتقار ناشئا عن عقد أو عن فعل غير مشروع أو عن أي سبب قانوني آخر كالتقادم، أو حجية الشيء المقضي به.

ولقد اختلفت آراء الفقه الفرنسي في تحديد معنى السبب هنا اختلافا بينا[2]. والرأي الذي استقر عليه الفقه العربي طبقا لقوانيننا العربية، هو أن

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 765 ص 1279

(2) أنظر في هذا الخلاف مارتي و رينو الالتزامات ج 2 بند 353 وستارك الالتزامات بند 2299.

السبب هنا هو المصدر القانوني المكسب للاثراء، وقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن الشرط الثالث للاثراء مايلي: ((ألا يكون للاثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبررهما، فلا يجوز مثلا أن يرجع الواهب على الموهوب له بدعوى الاثراء بلا سبب، لأن بين المتعاقدين تصرفا قانونيا، هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما واثراء الآخر))[2].

هذه هي الشروط الثلاثة التي أوردتها القوانين العربية الأخرى، وقد زاد عليها القانون الجزائري حسن النية.

رابعا: شرط حسن النية في القانون المدني الجزائري:

149 ــ باشتراط حسن النية لدى المثرى، خالف القانون المدني الجزائري القوانين العربية الأخرى التي لم تشترط مثل هذا الشرط، القانون المدني المصري (م 179) والسوري (م 180) والليبي (م 182 والعراقي (م240 ــ 243) كما خالف القانون الروماني، وهو المصدر الأول لنظام الاثراء الذي أقامه على أساس دعوى الاثراء L'action de in rem verso ولم يقم فيه أي اعتبار لحسن النية أو لسوئها، وكانت هي الأساس الذي بني عليه القانون الفرنسي القديم الاثراء بلا سبب، ثم تلقاه عنه القضاء الفرنسي واصل الاثراء وبلوره وحدد شروطه التي سبق أن درسناها، وليس من بينها شرط حسن النية، ثم تلقته التشريعات الحديثة، كما تلقته قوانيننا العربية، عن القضاء الفرنسي، فنصت القوانين الغربية الحديثة على الاثراء دون أن تشير الى حسن النية، القانون الألماني (م 812) السويسري 62) البولوني (م123) والمشروع الفرنسي ــ الايطالي (م 73).

ذلك أن هذه التشريعات كلها، قد اتخذت كالقضاء الفرنسي، معيارا موضوعيا Objectif لا معيارا شخصيا subjectif، فلم تنظر فيه الى شخص المثرى أو الى شخص المفتقر، وقام المعيار الموضوعي فيها على مبدأين، الأول هو

(1) ج 2 ص 441.

مبدأ العدالة L'équité، الذي يقضي بأنه لا يسوغ أن تثرى ذمة مالية على حساب افتقار ذمة مالية أخرى، والثاني ــ هو نتيجة للمبدأ الأول، هو البحث عن إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين، وهو التوازن L'équilibre الذي اختل على أثر الاثراء والافتقار.

وبناء على هذين المبدئين لم تعر هذه التشريعات أية أهمية لشخص المثرى والمفتقر، فلم تشترط فيهما الأهلية[1] ونصت قوانيننا العربية الأخرى صراحة على أن كل شخص، ولو غير مميز الخ. فلم تشترط في المثرى حتى أن يكون مميزا.

150 ــ أما القانون المدني الجزائري فقد سايرَ القانون التونسي (م 72) والقانون المغربي (م 67 والقانون اللبناني (م 142)، وقد أقامت هذه القوانين معيارا لاثراء على أساس شخصي ذاتي Subjectif فأخذت في الاعتبار بحسن نية المثرى.

ولكن إذا كان الأمر كذلك: وأنه يجب أن يكون المثرى حسن النية، فما حكم المثرى سيء النية ؟ لم تتعرض القوانين الثلاثة، الجزائري والتونسي والمغربي لهذا الفرض، بينما تعرض له القانون اللبناني في المادة 142 التي فرقت بين المثرى حسن النية فلم تلزمه الا برد ما بقي لديه من الاثراء يوم رفع الدعوى، بحيث لو كان قد تصرف فيه أو كان قد هلك فإنه لا يلزم بشيء، وبين المثرى سيء النية فالزمته برد ما أثرى به يوم حدوث الاثراء، مهما كان قد هلك قبل رفع الدعوى أو كان قد تصرف فيه للغير، كما ألزمته فوق ذلك برد الثمار التي جناها أو كان يستطيع أن يجنيها من الشيء الذي أثرى به.

وإذن فالقانون اللبناني لم يخرج المثرى سيء النية من نطاق نظام الاثراء، وأن كان قد شدد عليه الجزاء أسوة بما فعل، وبما فعلت القوانين الأخرى في أحوال استرداد ما دفع دون حق، وفي أحوال الالتصاق، والثمار التي يجنيها الحائز،

(1) أرجع في ذلك الى ستارك ــ الالتزامات بند 130 والى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 441 والى Les grands arrêts de la jurisprudence civile طبعة سنة 1984 ص 536، وارجع الى السنهوري في الوسيط ج 1 بند 787 ص 1319 ــ 1320.

وقد فرقت فيها بين حسن النية وسوئها، ولكنها لم تخرجها من نظام الاثراء واعتبرتها تطبيقات له، وأن كانت قد خصتها بأحكام تختلف عن المادة (141).

151 ـــ وإذن فماذا يكون حكم المثرى سيء النية في القانون المدني الجزائري ؟

اعتقد أنه ينبغي أن يعاد النظر في المادة (141 م ج) فإما أن يؤخذ في الاثراء بلا سبب بالمعيار الشخصي، وإذن فيجب أن يضاف الى هذه المادة حكم من يثرى بسوء نية ويشدد الجزاء عليه كما فعل القانون اللبناني، وإما أن يحذف من هذه المادة شرط حسن النية، ويكون القانون المدني الجزائري قد أخذ بالمعيار الموضوعي في الاثراء بلا سبب، وحذا في ذلك حذو القوانين العربية الأخرى وحذو القضاء الفرنسي، وحذو القوانين الغربية التي سبق ذكرها

أما قول بعض شراح القانون المدني الجزائري[1] باخضاع المثرى سيء النية لأحكام المسؤولية التقصيرية التي نصت عليها المادة 124 م ج، ففيه خلط بين نظامين مختلفين ومصدرين للالتزام مستقلين يقوم كل منهما على أركان تختلف عن أركان الآخر. فالمسؤولية التقصيرية تقوم على عناصر ثلاثة، خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، ولا يشترط في الخطأ فيها أن يكون بسوء نية، فقد يكون المخطىء حسن النية حتى لو كان خطؤه جسيما.

ولذلك انتقد الفقه الحاق الخطأ الجسيم بالغش طبقا للقاعدة اللاتينية التي تقول Culpa lata dolo aequiparature لأن الغش يقوم على سوء النية. وليس كذلك الخطأ.

والى جانب ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية ركن الضرر، فلا مسؤولية بدون ضرر في حين أن الاثراء بلا سبب يقوم على عنصرين الاثراء والافتقار، وعلى علاقة السببية بينهما، وعلى انعدام السبب القانوني للاثراء. ولا يشترط في الاثراء خطأ بالمعنى المطلوب في المسؤولية التقصيرية والذي يقوم على معيار الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد (Le B.P.F).

(1) الأستاذ وحيد الدين سوار في مطبوعته التي تحمل عنوان: ((في القانون المدني الجزائري)) سنة 1978 1979 ص 43، وهي تشتمل على محاضراته التي ألقاها على طلبة الماجستير في هذا العام الدراسي.

كما أنه لا يشترط في الاثراء ضرر فقد لايصيب المفتقر افتقارا معنويا ضرر، واذن فلو قلنا أن المثرى بسوء نية يخضع لاحكام المسؤولية التقصيرية، لوصلنا الى النتائج الآتية:

أولا: الخلط بين نظامين ومصدرين مستقلين للالتزام[1].

ثانيا: التضييق في نطاق الاثراء بلا سبب وقصره على المثرى حسن النية في حين أن كثيرا من حالات الاثراء تحدث بسوء نية، ويترتب على ذلك أن يصبح هذا المصدر للالتزام ضئيل الأهمية.

ثالثا: ترك المثرى بسوء نية يفلت من أحكام الاثراء ولا يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية إذا لم يعتبر سوء نيته مكونا لركن الخطأ في هذه المسؤولية أو إذا لم يصب المفتقر بأي ضرر.

وليس أدل على ذلك من هذا الحكم الذي أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بتاريخ 1925/3/4 وقضت فيه بتطبيق حكم الاثراء على محل تجاري أثرى على حساب مجهود شخص له صلات تجارية بمحلات في الخارج، فالمفتقر في هذه القضية لم يصبه أي ضرر، وكل ما قام به هو استخدام صلاته الحسنة بهذه المحلات وتوصيتها بالتعامل مع المحل التجاري الذى أثرى، وهذا الأخير لم يرتكب خطأ يستوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية مع أنه سيء النية لأنه أبى أن يعوض المفتقر.

الجزاء المترتب على الاثراء بلا سبب

152 ـــ إذا توافرت شروط الاثراء التي شرحناها، وجب على المثرى أن يعوض المفتقر. ولكن ما هي حدود هذا التعويض ؟ طبقا لنص المادة 141 م ج يعوضه بقدر ما أثرى به، وقد حذا القانون المدني الجزائري في ذلك حذو القانونين التونسي والمغربي، واتفق مع القانون الألماني والسويسري في الحكم. فإذا أخذنا بهذا الحكم فإنه يترتب عليه أن يثرى المفتقر على حساب المثرى إذا

(1) أنظر الوسيط للسنهوري ج 1 بند 775 ص 1266 وهو يقول أن الاثراء مصدر مستقل عن العمل غير المشروع.

كان ما أثرى به المثرى تزيد قيمته عن قيمة ما افتقر به المفتقر، ويجب عندئذ على المفتقر، أن يرد هذه الزيادة الى المثرى، إذ هي اثراء بلا سبب، وهكذا يكون هناك ما يسمى في المنطق دورا وتسلسلا. وإذا رجعنا الى القانون المصري والقوانين التي حذت حذوه، فلن نعرف بالضبط ما هي حدود التعويض، لأن نصوص هذه القوانين تقول: ((يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص (المفتقر) عما لحقه من خسارة))، فهذا النص غامض بحيث لا يستخلص منه هل المقدار هو ما أثرى به المثرى أو ما لحق المفتقر من الخسارة ؟

ولقد كان المشروع الفرنسي الايطالي واضحا في قوله ((بمقدار ما أثرى به وما افتقر به المفتقر)) أي بأقل القيمتين، قيمة ما أثرى به المثرى، وقيمة ما افتقر به المفتقر. فإذا كان المثرى قد أثرى بأكثر مما افتقر به المفتقر، فليس لهذا الأخير أن يحصل على أكثر مما خسره، والا كان مثريا بدوره على حساب المثرى دون سبب قانوني، كما أنه إذا كان المثرى قد أثرى بأقل مما خسر المفتقر، فإنه لا يلتزم الا برد ما أثرى به، لأنه لا يحاسب على أساس خطأ ارتكبه حتى نلزمه بتعويض كل الضرر الذي أصاب المفتقر، وإنما يحاسب على أساس ما حصل عليه من اثراء فقط.

وعلى هذا سار القضاء الفرنسي منذ وضع مبدأ الاثراء[1] واجمع الفقه الفرنسي على ذلك، وكذلك سارت على هذا الحل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري[2] وكذلك الفقه العربي[3].

153 — ولم ترد في القوانين العربية (فيما عدا القانون اللبناني) شروط أخرى للاثراء غير الشروط التي درسناها، أما القضاء الفرنسي، وتتبعه في ذلك أغلبية الفقه، فيشترط أن يبقى الاثراء قائما حتى يوم رفع الدعوى، أي تعتبر

(1) ارجع في ذلك الى مارتي ورينو ج 2 بند 355، والى ستارك — الالتزامات بند أ 6852305، وغيرهما من المؤلفات.
(2) ج2 ص 442.
(3) أنظر مثلا الوسيط للسنهوري ج 1 بند 883 ص 1331 وأغلبية الفقه من هذا الرأي.

يطلب من القاضي أن يقضي له بدفعها على أقساط دورية، على أن يقدم ضمانا لذلك مثل كفيل أو رهن.

أما إذا كانت قيمة المصروفات النافعة مرهقة له، فإن له أن يطلب من الموفي له تملك العين نظير تعويض عادل (م 2/785 م ج) يقدره القاضي.

أما إذا كانت المصروفات التي أنفقها الموفي له على العين المستردة كمالية Dépenses voluptueuses، ويراد بالمصروفات الكمالية تلك التي صرفت لتزيين العين وتجميلها للاستمتاع الشخصي، فلا يلزم المسترد بدفعها، ولكن للموفى له أن ينزع ما أحدثه في العين بهذه المصروفات، بشرط أن يعيد العين الى الحالة التي كانت عليها. وإذا أراد المسترد أن يستبقيها، التزم بدفع قيمتها مستحقة الازالة، أي انقاضا ودون أجرة اقامتها.

لنفرض الآن أن ما دفع بدون حق نقود أو أشياء مثلية (Choses de genre) فبالنسبة الى النقود، فإن على الموفى أن يرد مثلها عددا وقدرا وصفة، مثال ذلك أن يكون قد تسلم ألف دينار في 1970، ووجب عليه ردها في سنة 1988، فعليه أن يرد ألف دينار، مهما كانت القوة الشرائية للعملة قد انخفضت خلال هذه الفترة، وفي ذلك ظلم لمن دفع غير المستحق، ولكن بهذا تقضى قوانيننا العربية[1].

أما في فرنسا، فقد لاحظت محكمة النقض هناك ما في ذلك من ضرر يحيق بالموفى، فأصدرت الدائرة المدنية الثانية فيها حكما بتاريخ 1968/10/11[2]. قضت فيه بإعادة تقدير العملة بحسب قيمتها يوم الرد، أي طبقا للنظام الذي عرف هناك باسم L'indexation. وإذا كان القانون يجيز دفع فوائد، فليس على الموفى له حسن النية أن يدفعها، وإذا كان ما دفع دون حق أشياء مثلية، مثل قمح أو شعير أو أرز، فإن على الموفى له أن يرد مثلها، وللموفى أن يطلب رد قيمتها[3].

(1) أنظر المادة 450 م ج الخاصة بعقد القرض.
(2) نشر هذا الحكم في جيريس كلاسير الدوري سنة 1968 عدد /4 برقم 176، وهو لا يفرق بين حسن النية وسوء النية.
(3) أنظر في ذلك العبارة الأخيرة من المادة 166 م ج، ولكن ليس للموفى أن يطالب بتعويض لأن الموفى له حسن النية.

ثانيا: حالة ما إذا كان الموفى له سيء النية:

سبق أن رأينا أن الفقرة الثانية من المادة 147 م ج تنص على أن الموفى له إذا كان سيء النية أي يعلم بأن ما تسلمه ليس من حقه، ويجب على الموفى أن يثبت سوء نية الموفى اليه، لأن حسن النية مفترض حتى يثبت العكس، ففي حالة ثبوت سوء نيته، يلتزم، طبقا لنص الفقرة المذكورة، برد ما تسلم على التفصيل الآتي:

فإذا كان ما تسلم عينا معينة، فعليه أن يردها كما هي إذا كانت باقية في يده، وعليه كذلك أن يرد ما قبضه منها من ثمار، وما كان يستطيع أن يقبضه وقصر في قبضه، وسواء كانت هذه الثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية، غير أن له أن يطلب من المسترد ما انفقه في انتاج هذه الثمار، طبقا لنص العبارة الأخيرة من المادة 838 م ج.

وإذا كانت العين الموفى بها هلكت أو تلفت أو ضاعت من يد الموفى له ولو بقوة قاهرة، أي بدون خطأ منه، التزم برد قيمتها الى الموفى وقت الهلاك أو التلف أو الضياع، ولا يعفى من ذلك الا أن ثبت أن العين كانت سوف تهلك ولو كانت بين يدي الموفى.

وإذا كان الموفى له قد تصرف في العين الى الغير يعوض فللموفى أن يطالبه برد العين اليه وله أن يرفع على المتصرف اليه دعوى استحقاق لاسترجاعها، وإذا عجز عن استرجاعها كان له الحق في مطالبة الموفى له إما بقيمتها ان كان العوض الذي حصل عليه الموفى له ممن تصرف اليه أقل من قيمتها، وإما بالعوض الذي قبضه ان كان أكثر من قيمتها.
أما إذا كان الموفى له قد تصرف فيها تبرعا، فللموفى أن يطالب باستحقاقها أو يطالب الموفى له بقيمتها.

أما ما صرف على العين خلال حيازته لها، فإما أن تكون مصاريف ضرورية، فيكون له الحق في المطالبة بها، طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 839م ج. وإما أن تكون مصروفات نافعة فيطبق بصددها نص المادة 784، فيكون للموفى أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة ما أنشأه الموفى له بهذه المصروفات من منشآت إزالتها على نفقة الموفى له، وأن يطالب بالتعويض

عما أصابه من ضرر يكون قد نشأ عن الازالة، وإذا أراد استبقاءها، كان له الخيار بين أن يرد الى الموفى له قيمتها مستحقة الازالة، أي انقاضا وبدون أجرة اقامتها، وبين أن يدفع اليه مبلغا يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المنشآت. ويجوز للموفى له أن يطلب نزع هذه المنشآت بشرط الا يكون الموفى قد اختار استبقاءها، والا يترتب على نزعها ضرر للعين.

وأما إذا كان الموفى له قد قام بإنفاق مصروفات كمالية، فليس له أن يطالب المسترد بشيء منها، غير أن له أن يزيل ما أحدث بها من منشآت، بشرط الا يحدث نزعها ضررا بالعين وبشرط ألا يكون المسترد قد اختار استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الازالة.

أما إذا كان ما تسلمه الموفى له نقودا، فعليه أن يردها، مع ملاحظة تغير القيمة الشرائية للعملة، فإذا كانت قيمتها الشرائية قد انخفضت، فعليه أن يدفع قيمتها يوم الاسترداد(1) وقد سبق أن قلنا أن القضاء الفرنسي يقضي بذلك تطبيقا لنظام التدرج L'indexation حتى لسيء النية، وعليه كذلك أن يدفع فوائدها في الحالة التي يجيز القانون فيها دفع الفوائد، من يوم ثبوت سوء نيته، وأما إذا كان ما تسلمه أشياء مثلية، فعلية أن يرد مثلها.

167 ــ حالة ما إذا كان الموفى له ناقص الأهلية:

تنص المادة 147 على أنه: «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما الا بالقدر الذي أثرى به» وهذه المادة تقابل المادة 186 م م، والمادة 187 م س، والمادة 189 م ليبي، والمادة 234 م عراقي، ولا مقابل لها في التقنين المدني الفرنسي، ولكن المشروع الفرنسي الايطالي نص عليها بالمادة 68.

وتطبيقا لحكم المادة 148، إذا كان من تسلم غير المستحق ناقص الأهلية لقصر في السن أو لأي سبب آخر من سفه أو غفلة أو عته (طبقا لنص المادة 43 م ج) فإنه لا يلزم برد ما تسلمه دون حق الا في حدود ما أثرى به.

(1) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 842 ص 1368.

ولقد سبق أن قلنا أن المادة 2/103 م ج الواردة في بطلان العقد تقضي بألا يعيد ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، الا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وإذن فالمادة 148 ما هي الا تطبيق لنفس المبدأ. فبما أنه يشترط في من تسلم غير المستحق أن يكون أهلا للتعاقد، لأنه لا يلزم بإرادته، بل بمقتضى القانون، وبما أن الأصل في رد غير المستحق أن يرد كله، خروجا على مبدأ الاثراء بلا سبب، الذي لا يرد فيه الا أقل القيمتين، فقد استثنى المشرع في رد غير المستحق، من كان ناقص الأهلية وألزمه برد ما عاد اليه من منفعة فقط بسبب ما تسلمه دون حق، فإذا كان ما تسلمه عينا معينة، فإنه يلتزم بردها إذا كانت مازالت باقية على حالها، ولكن إذا كانت قد هلكت أو تلفت أو ضاعت بدون خطأ منه، ولو كان ذلك بقوة قاهرة، فإنه لا يلتزم برد شيء، وكذلك الأمر لو كان قد تبرع بها. أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع بخطأ منه فإنه يلتزم بالتعويض طبقا لنص المادة 2/125 م ج.

وأما إذا كان ما تسلمه نقودا، فإنه لا يلتزم الا برد ما صرفه منها لمنفعة عادت عليه، فإذا كان قد صرفها في اللهو أو بذرها، فلا يلزم برد شيء. وإذا كان قد تسلم أشياء مثلية انتفع بها التزم برد مقدار ما انتفع به منها، وإذا كانت قد هلكت دون أن ينتفع منها بشيء، ودون خطأ منه، فلا يلتزم برد شيء.

ويستوي في كل ذلك أن يكون ناقص الأهلية حسن النية أو سيئها.

168 ــ سبق أن قلنا أن القضاء الفرنسي قد جرى على أن يطبق القاعدة اللاتينية القديمة (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) التي تقضي بأن الملوث لا يسترد شيئا. وقلنا أن القوانين العربية لم تأخذ بهذه القاعدة، مع أن مشروع القانون المدني المصري كان قد نص عليها بالمادة 3/201، ولكن لم يوافق عليها اثناء المناقشة ولم يؤخذ بها في النصوص الحالية، كما أن القانون المدني الجزائري لم يأخذ بها.

ولقد أخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات الغربية، مثل القانون الألماني (م 817) والسويسري (م 66) والمشروع الفرنسي الايطالي (م 2/27) وغير

هذه التشريعات. ويقول ستارك(1) أن دعوى استرداد ما دفع دون حق لا تقبل تطبيقا لهذه القاعدة اللاتينية.

أما طبقا لقوانيننا العربية فللمولث الحق في استرداد ما دفعه دون حق، ولا يعمل بهذه القاعدة اللاتينية.

سقوط دعوى الاسترداد بالتقادم La prescription

169 ــ تنص المادة 149 م ج على مايلي: «تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى في جميع الأحوال بانقضاء (خمس عشرة) سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق».

وهذا النص يقابل، مع الاختلاف في مدة التقادم، المواد 187 م م، 188 م س، 190 ليبي و 244 م عراقي، ولا يوجد له مقابل في تقنين نابوليون، فيخضع التقادم فيها للقاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 2262.

وطبقا لنص المادة 149 م ج تسقط دعوى الاسترداد بانقضاء عشر سنين من يوم علم من دفع غير المستحق بأن له الحق في الاسترداد، وبمضي خمس عشرة سنة من يوم نشأ الحق، إذا لم يكن قد علم بحقه في الاسترداد.

ولقد سار القانون المدني الجزائري على نفس المبدأ الذي سار عليه في دعاوي الابطال وفي دعاوي الاثراء والفضالة، في حين أن القوانين العربية الأخرى قصرت المدة الى ثلاث سنين من تاريخ العلم، متبعة في ذلك نفس المنهج الذي سارت عليه في دعاوي الابطال والمسؤولية والاثراء والفضالة، محافظة على استقرار المعاملات بين الناس.

ويلاحظ أن قانون الالتزامات السويسري قد نص في المادة 67 منه على سقوط كل دعاوي الاثراء، ومنها دعوى استرداد ما دفع دون حق، بمضي سنة من تاريخ العلم، ومضي عشر سنين من تاريخ نشوء الحق في حالة عدم العلم.

(1) ستارك: الالتزامات ط 1972 بند 2439 ص 736

المبحث الثالث

الفضالـــة La gestion d'affaires[1]

170 ــ تمهيد: كلمة الفضالة ينبغي أن تفهم هنا بمعنى التفضل لا بمعنى الفضولي المتطفل.

1 ــ وقد عرفت الفضالة منذ عهد القانون الروماني، الذي كان يعتبرها شبه عقد quasi contrat ويقيمها على فكرة العدالة وتطبيقا من تطبيقات الاثراء بلا سبب.

وكانت الفضالة فيه تنصب على الأعمال المادية والقانونية. وكان يسمى الفضولي negotiorum gestor ولكن لم يكن يعتبره، كما هي الحال اليوم، نائبا قانونيا عن رب العمل، بل كان لا يرتب آثار أعمال الفضولي الا إذا أقرها رب العمل، طبقا للقاعدة Ratihabitio mandato aequiparature أي أن الاقرار اللاحق يعتبر وكالة.

وذلك لأن القانون الروماني لم يكن يعرف نظام النيابـة La représentation المعروفة اليوم.

وكان يقضي بضرورة أن يكون عمل الفضولي لصالح رب العمل نافعا له، ولا يتطلب فيه أن يكون عاجلا Urgent كما تتطلب اليوم بعض القوانين العربية، وإذا قام بالعمل لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل، التزم هذا الأخير برد ما أثرى به . وكان يعتبر الفضولي مسؤولا نحو رب العمل، مسؤولية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F).

2 ــ ثم تلقى القانون الفرنسي القديم الفضالة عن القانون الروماني، واعتبرها شبه عقد، غير أنه قلب الوضع الذي كان سائدا في القانون الروماني

(1) لمن يرد المزيد من التفصيل أن يرجع الى «الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الأخرى»، للأستاذة ذهبية حامق طبع ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1987.

الذي كان يعتبر الفضالة تطبيقا من تطبيقات الاثراء بلا سبب، فاعتبر الاثراء بلا سبب من تطبيقات الفضالة، ولكن تنقصه نية العمل لمصلحة الغير، ولذا فهو يعتبر فضالة ناقصة Gestion d'affaires anormale والسبب في ذلك أن مبدأ الاثراء بلا سبب لم يكن قد وضع بعد.

3 ــ وانتقل هذا الوضع الى القضاء الفرنسي الذي ظل يعتبر الفضالة الناقصة هي الأصل في مبدأ الاثراء بلا سبب كما سبق ذكره، الى أن وضع مبدأ الاثراء بلا سبب في قضية الأسمدة السابقة الذكر في سنة 1892.

وقد تناول تقنين نابوليون النص على الفضالة بالمواد 1372 الى 1375، وسمى الفضولي Le gérant وسمى رب العمل Le maitre de l'affaire، واخضع الفضولي الى أحكام الوكالة، واعتبره كما لو كان قد وكل صراحة من رب العمل، غير أن القانون المدني الفرنسي لم يوضح ما إذا كانت الفضالة تتضمن القيام بالاعمال المادية والقانونية معا ولا اشترط أن يكون العمل عاجلا أو نافعا، واعتبر مسؤولية الفضولي مسؤولية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F) ولكنه خفف من مسؤوليته عما ارتكب من خطأ أو اهمال تبعا للظروف التي دعته الى القيام بشؤون رب العمل.

وقد تولى القضاء الفرنسي بلورة أحكام الفضالة وسد الثغرات التي وردت في القانون المدني وقد كان هذا القانون، مكملا بالقضاء، هو المصدر الرئيسي للفضالة في قوانيننا العربية.

4 ــ أما في الشريعة الاسلامية، فقد أنكر البعض وجود الفضالة [1] وقالوا أن الفضولي إذا قام بعمل للغير يعتبر متبرعا، ولكن الأغلبية من فقهاء المسلمين تعترف بالفضالة، لا كمبدأ عام، ولكن في بعض الحالات[2]، وطبقت الفضالة على الأعمال المادية وعلى التصرفات القانونية، ولكنها لم ترتب آثارها بقوة القانون كما سوف نرى في القوانين العربية، بل وقفت هذه الآثار، على

(1) السنهوري: مصادر الحق في الفقه الاسلامي ط 1967 ج 5 ص 56.
(2) ارجع في ذلك الى مؤلف الأستاذ محمد الالفي في رسالته للدكتوراه بالفرنسية التي ترجمت الى العربية ونشرت بالجزائر سنة 1975.

اقرار رب العمل لها، كما كان الأمر في القانون الروماني، ولذلك اشترطت فيه الأهلية، وسوف نرى أن القوانين العربية لا تشترط توافر أهلية التعاقد لا في الفضولي ولا في رب العمل في أغلب حالات الفضالة، على خلاف في الرأي لدى الفقهاء العرب.

171 ــ الفضالة في القانون المدني الجزائري

نصت المادة 150 م ج على تعريف الفضالة بما يلي: «الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك».

ونصت المادة 151 منه على أن «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر».

وتقابل هاتان المادتان المواد 189، 190 م م، و 191، 192 م س، 192، 193 م ليبي و 154، 155 م لبناني والمادة 1179 م تونسي والمادة 943 م مغربي. كما يقابلها نص المادة 61 من المشروع الفرنسي الايطالي، والمادة 419 سويسري والمادة 677 مدني ألماني، ولكن يلاحظ أن هذين القانونين لا يشترطان أن يكون الفضولي عالما بينما يشترطه المشروع الفرنسي الايطالي الفرنسي، كما يلاحظ أن القوانين العربية الأخرى، اشترطت أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي يتطلب الاستعجال، وقد تخلف هذا الشرط في القانون المدني الجزائري وفي القوانين، الألماني والسويسري والمشروع الفرنسي الايطالي، بينما يشترط القانونان التونسي والمغربي أن يكون العمل ضروريا.

أما القانون المدني الفرنسي فقد اشترط القصد ولم يشترط الاستعجال (م 1372) ولم تبين كل هذه القوانين أن الفضالة التي شبهتها بالوكالة، تختلف عنها في أن الفضالة تقع على الأعمال المادية والقانونية معا، بينما الوكالة لا تكون الا في الأعمال القانونية.

ومن كل هذه النصوص يتضح أن الفضالة تفترض أن شخصا غير ملزم لا قانونا ولا اتفاقا ولا قضاء بأن يقوم بعمل، مادي أو قانوني، لحساب شخص

آخر، وهو يعلم بذلك، فهو اذن يقوم بعمل انساني ايثاري Altruiste، يقصد به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا وقد يكون غير قادر ولو كان قادرا لقام بالعمل الذي قام به الفضولي، ويجب أن يكون الفضولي قد قصد تأدية المساعدة للغير بحيث لو قصد العمل لمصلحته هو فلا تتحقق الفضالة، ولو كان العمل في الواقع لصالح الغير، وإذا كان العمل الذي قام به مشتركا بين مصلحته ومصلحة الغير، بحيث يكون الارتباط بين المصلحتين لا يقبل الانفصال، تحققت الفضالة. ومما تقدم نستطيع استخلاص أركان الفضالة:

171 ــ أركان الفضالة

طبقا لنصوص القانون المدني الجزائري تقوم الفضالة على أركان ثلاثة هي:

أولا: أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير، وهذا هو الركن المادي.

ثانيا: أن يكون ذلك عن قصد، أي أن تنصرف نيته للعمل لحساب الغير، وهذا هو الركن المعنوي.

ثالثا: ألا يكون ملزما بذلك قانونا أو اتفاقا ولا منهيا عنه، وهذا هو الركن القانوني. وهناك ركن رابع لم يشر اليه القانون المدني الجزائري، وقد اختلفت التشريعات بصدده وهذا الركن هو أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي لصالح رب العمل نافعا، أو ضروريا، أو مستعجلا، على خلاف في الرأي كما سوف نرى.

ونتولى شرح هذه الأركان فيما يلي جامعين الركنين الأول والثاني لاجتماعهما بالمادة 150 م ج. **الأول والثاني:** أن يتولى الفضولي القيام بشأن لحساب الغير، وأن يكون قيامه بالعمل قد قصد به تحقيق مصلحة للغير، وقد جمعت بين الركنين المادي والمعنوي لاتصالهما ببعضهما، كما ورد في المادة 150 م ج ويتضمن هذان الركنان أمرين، الأول، ما هو المراد بالشأن، والثاني ما هو المراد بأن يكون لحساب الغير، وهما الاصطلاحان الواردان في نص المادة 150 م ج ونشرح فيما يأتي بيانه الأعمال التي يتولاها الفضولي وقصده

ليس المراد بلفظ شأن الوارد في النص شأنا واحدا، فالفضالة قد تشمل شؤونا عديدة، ولذلك كان النص الفرنسي أشمل حين يقول Affaires بالجمع، فقد يقوم الفضولي بشأن واحد وقد يقوم بعدة شؤون تدخل في نطاق الفضالة، غير أنه كان هناك خلاف حول ما إذا كان المراد بالشأن أو الشؤون الأعمال المادية والقانونية معا أو أن الفضالة تنصب على الأعمال القانونية وحدها، فقد كان الفقيه بلانيول(1) يرى أن الفضالة لا تنصب الا على الأعمال القانونية وحدها، مستندا في رأيه الى أن المادة 1372 م ف تقضى بأن يلتزم الفضولي كما لو كان وكيلا صراحة عن رب العمل، وبما أن الوكالة لا تكون الا في الأعمال القانونية فكذلك الفضالة. غير أن أغلبية الفقه الفرنسي كادت تجمع على شمول الفضالة لكلا النوعين، وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن حسمت الأمر في حكم لها صدر من دائرة العرائض بتاريخ 1910/2/28(2) قالت فيه أن الفضالة تشمل النوعين. ولذلك عدل بلانيول عن رأيه ف شرح القانون المدني المطول(3)، ولكن إذا قام الفضولي بعمل مادي، فقد يكون هذا العمل المادي بالنسبة الى رب العمل، عملا قانونيا بالنسبة الى الفضولي، مثال ذلك أن يتعاقد مع الغير للقيام بعمل مادي لرب العمل، كإعادة جدار انقض في منزل رب العمل، فاتفق مع مقاول على أصلاحه، ففي مثل هذا الفرض يكون العمل قانونيا بالنسبة الى علاقة الفضولي بالمقاول، ولكنه عمل مادي بالنسبة الى رب العمل، ويترتب على ذلك انه إذا كان الفضولي قد تعاقد مع المقاول نائبا عن رب العمل، فلا تشترط فيه أهلية التعاقد لأن أثر العمل ينصرف الى رب العمل كأصيل أما إذا كان الفضولي قد تعاقد باسمه، فتشترط فيه أهلية التعاقد، ولسوف نرى فيما بعد أن الفقه يجمع على أنه لا تشترط الأهلية الكاملة في الفضولي ولا في رب العمل في أغلب الحالات.

ومن الأعمال المادية ما قضت به دائرة العرائض في الحكم السابق الذكر في 1910/2/22 من أن صاحب فندق استضاف عاملين أصيبا بجروح جسيمة

(1) انظر تعليقه على حكم صدر عن دائرة العرائض في 1890/7/16 نشر في داللوز سنة 1891 عدد1 برقم 349.
(2) نشر هذا الحكم في داللوز الدوري سنة 1911 عدد/7 برقم 137
(3) الالتزامات لبلانيول وريبير واسمان سنة 1957 ج 7 بند 728

أمام فندقه من جراء حادث سيارة، وكانت استضافتهما بناء على نصيحة طبيب رأى أن حالتهما خطيرة وأشار على صاحب الفندق بإيوائهما، فقام صاحب الفندق بعلاجهما، الى جانب تقديم الأطعمة، وقد توفي أحدهما وشفى الآخر، وقد قام صاحب الفندق بمطالبة من يستخدمهما بكل ما قدمه لهما من المصاريف، وقد أقر مستخدمهما بأنه ملتزم فقط بما يقضى به قانون حوادث العمل الصادر في 1898/4/9، أي بمصاريف الاقامة بالفندق والأطعمة، ولكن المحكمة الابتدائية التجارية للسين رفضت ادعاءه في حكم صدر منها بتاريخ 1908/12/31، فطعن بالنقض فأصدرت دائرة العرائض الحكم السابق الذكر الذي قضت فيه باعتبار صاحب الفندق فضوليا قام نحو العاملين بمصروفات نافعة وضرورية، ويجب على مستخدمهما دفع كل هذه المصروفات باعتباره رب العمل، طبقا لأحكام الفضالة (1).

وكما يمكن أن يكون العمل المادي قانونيا بالنسبة الى الفضولي وماديا بالنسبة الى رب العمل، يمكن أن يكون العمل ماديا بالنسبة اليهما معا فلا يستلزم الأهلية فيهما، مثال ذلك أن يقوم الفضولي باطفاء حريق شب في دار رب العمل، أو أن يكبح جماح حصان يكاد يلقى براكبه على الأرض أو في حفرة أو أن يجني محصولا يوشك أن يتلف وبما أن هذه الأعمال مادية فيحوز للفضولي أن يثبت قيامه بها بكل طرق الاثبات بما فيها البينة أو القرائن(2) ويجوز للفضولي كذلك أن يقوم لصالح رب العمل بالأعمال القانونية، يستوي في ذلك أن تكون أعمالا إدارية، Actes d'administration أو أعمال تصرف Actes de diposition ومن التصرفات الادارية أن يقوم الفضولي بإيجار عين لرب العمل لمدة لا تتجاوز ثلاث سنين أو بأعمال الصيانة والحفظ (م 468 و 573 م ج)

ومن أعمال التصرف أن يقوم بإيجار هذه العين لمدة تتجاوز ثلاث سنين (طبقا للنصين السابقين الذكر)

(1) انظر في هذه القضية، مجموعة أحكام القضاء المدني الكبرى ط 1984 ص 523، 524.
(2) الوسيط للسنهوري ج 1 بند 864 ص 1392.

ومن أعمال التصرف أن يجاوز الوكيل حدود الوكالة في الحدود التي نصت عليها المادة (2/575 فيعتبر فضوليا فيما تجاوز فيه حدود الوكالة. ويرى الأستاذ السنهوري[1] أنه إذا استمر الوكيل في تأدية أعمال الوكالة بعد انتهائها، سواء علم بانتهائها أو لم يعلم، فإنه يعتبر فضوليا، والواقع أن في هذا الرأي نظرا، فالمادة 1/589 م ج المقابلة للمادة 717 م مصري، تنص على أنه «يجب على الوكيل أن يصل بالاعمال التي بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف، وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة «ومقتضى ذلك أن الوكيل يظل يعمل كوكيل بعد انتهاء الوكالة، لا كفضولي، في حالة ما إذا كانت أعمال الوكالة التي بدأها تقتضي اتمامها.

ثم إذا فرضنا أنه استمر في تأدية أعمال الوكالة وهو غير عالم بانتهائها، فإنه لا يمكن أن يعتبر فضوليا، لأن الفضالة تقتضي أن يكون الفضولي عالما بأنه يعمل للغير دون أن يكون ملزما بذلك، بينما الوكيل إذا استمر يؤدي أعمال الوكالة وهو غير عالم بانتهائها، فإنما هو يقوم بهذه الأعمال لحساب موكله باعتبار أنه ملزم بالقيام بها بمقتضى عقد الوكالة.

لذلك فإن رأى الأستاذ السنهوري السابق الذكر غير سائغ، ولذلك فإن محكمة النقض المصرية كانت على حق حين قضت بعكس ما يقول الأستاذ السنهوري في حكم لها أصدرته حتى قبل صدور القانون المدني المصري الجديد بتاريخ 1942/5/21[2] وقالت فيه « أن الوكيل الذي يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمه بذلك، يكون وكيلا عنهم لا مجرد فضولي» ولقد أيد القانون المدني هذا الرأي عند صدوره كما سبق ذكره.

هل يجوز للفضولي أن يتولى المرافعة أمام القضاء كمحام لصالح شخص لم يوكله في ذلك ؟ أجابت محكمة النقض المصرية على ذلك بالنفي في حكم

(1) الوسيط ج 1 بند 860 ص 1388.
(2) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام محكمة النقض للأستاذ عمر، عدد /3 برقم 163 ص 458 وأشار اليه الأستاذ السنهوري في هامش رقم 2 من الفقرة والصحيفة السابقتي الذكر.

لها أصدرته بتاريخ 1963/6/19[1] قالت فيه: «أن المشرع اشترط في المادة 702 من القانون المدني (وهي تقابل المادة 1/574 مدني جزائري) وجود وكالة للمرافعة أمام القضاء، ولم يكتف بالوكالة العامة، ومن ثم فلا يكفى القول بقيام فضالة في التقاضي إذا لم تتوافر هذه الوكالة الخاصة» والمحكمة على حق في ذلك لأن الفضولي ليس مرتبطا مع رب العمل بوكالة، لا خاصة ولا عامة، ولكن ألا يمكن القول بأنه إذا كان المحامي قد ترافع عن رب العمل لمصلحة ضرورية له، كما لو كان صديقا له ويعلم أن الدعوى سوف تسقط بمضي المدة، أو خشى أن يخسر صديقه الدعوى لغيابه فترافع عنه وكسب الدعوى فلرب العمل (الصديق) أن يقر ما قام به صديقه المحامي طبقا للقاعدة التي نصت عليها المادة 152 م ج التي تقضى بأن: «تسرى قواعد الكالة إذا (أقر) رب العمل ما قام به الفضولي ؟

أعتقد أن هذا هو ما يقضى به المنطق وتقضى به العدالة، إذ لو قلنا بالعكس لترتبت عليه نتائج وخيمة لصاحب الدعوى.
وإذا كان للفضولي أن يقوم لصالح رب العمل بالأعمال المادية والقانونية فيستثنى من ذلك بعض الأعمال التي تتجاوز نطاق الفضالة، مثل شراء عقار يرى أن فيه ربحا لرب العمل أو مثل صرف مصاريف كمالية voluptueuses[2] أو القيام بأعمال تخالف النظام العام أو الآداب[3] كقيامه بخيانة أمانة لصالح رب العمل، أو بسرقة.

أما المراد بالشطر الثاني من المادة 150 وهو أن يكون العمل لحساب شخص آخر، فقد تناولته جميع النصوص التي أوردناها، فيشترط أن يقصد الفضولي مصلحة للغير لا لنفسه فقط، فتنتفي الفضالة إذا كان يقوم بالعمل لحساب نفسه فقط، ولو كان عمله لمصلحة نفسه قد حقق للغير مصلحة، ولكن يكون له في هذه الحالة أن يرجع على هذا الغير بدعوى الاثراء بلا سبب.

(1) أشار الى هذا الحكم السنهوري، المرجع السابق الذكر بند 858 ص 1387 هامش /2.
(2) انظر في ذلك ستارك الالتزامات بند 2288 ص 677 وكذلك البند 2271 ص 673.
(3) انظر في ذلك Maruite في رسالة للدكتوراه قدمها الى جامعة Caen سنة 1931 تحت عنوان La notion juridique de gestion d'affaires

وإذا قام بالعمل لمصلحة الغير ولكن كان قصده هو تحقيق مصلحة لنفسه، فلا تتحقق الفضالة كذلك ما دامت نيته لم تنصرف الى العمل لحساب الغير، ولكن يجوز له أيضا أن يرجع على هذا الغير بدعوى الاثراء بلا سبب. ولكن إذا كان قد قام بالعمل لمصلحة نفسه ولمصلحة غيره في وقت واحد، مثل شريك على الشيوع يؤجر المال الشائع كله أو يزرعه لحسابه ولحساب المشتاعين الآخرين معه، فإن الفضالة تتحقق، بشرط ألا يكون من الممكن أن يقوم بإيجار الجزء الذي يخصه أو يزرعه منفصلا عن الأجزاء الأخرى[1] وهذا هو ما نصت عليه المادة 151 السابقة الذكر حين قالت: «تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي، أثناء توليه شأنا لنفسه، قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر».

وقد ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: «بيد أن الأمر يظل محصورا في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة (أي نية العمل لمصلحة الغير)، ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد، بسبب ارتباط هذين الشأنين، على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالا عن الآخر، كما هو شأن الشريك المشتاع عند ادارة المال الشائع» (أنظر الهامش رقم 4 أدناه) ولكن هل يجب أن تنصرف نية الفضولي الى العمل لحساب شخص معين بذاته ؟ كان بعض الفقه وبعض الأحكام يرى ضرورة أن تنصرف نية الفضولي الى العمل لحساب شخص معين، ومن الفقهاء الذين رأوا ذلك ويل وتيرى[2] وقد أصدرت الدائرة الثالثة لمحكمة باريس الابتدائية حكما بتاريخ 1970/10/21[3] قضت فيه «بأن الشركة التي تملك (جاراجا) للسيارات والتي عنيت بالمحافظة على سيارة عهد بها اليها سارقها، ليس لها أن ترجع على

(1) انظر في ذلك حكما للدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 1910/7/1 نشر في سيريه سنة 1911 عدد/1 برقم 510 وحكما لدائرة العرائض بتاريخ 1910/12/20 نشر في داللوز سنة 1911 عدد/1 برقم 377.
(2) الالتزامات ط 1980 ص 893.
(3) نشر هذا الحكم في جازيت دي باليه سنة 1971 عدد/1 برقم 28.
(4) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 471.

مالك السيارة الذي جاء يستردها بطريق الفضالة، لأن الشركة لم تكن تعرفه حين قامت بالمحافظة على السيارة» غير أن هذا الرأي قد هجر من أغلبية الفقه والقضاء، سواء في فرنسا أو عندنا، وأصبح الرأي السائد هو أن الفضالة تتحقق ولو كان الفضولي لا يعرف شخص من يقوم بالعمل لمصلحته، وكثيرا ما يقوم الناس باسعاف جريح صدمته سيارة على مقربة من عيادة طبيب أو يقوم طبيب مار بسيارته بإسعاف شخص أصيب بجانب سيارته، وكثيرا ما يقوم أشخاص بإنقاذ غرقي من الغرق دون أن يعرفوا من هم. وقد أصدرت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية حكما بهذا المعنى في 1955/11/15[1].

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي «وإذا كانت تلك النية (أي نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه، فهي بمجردها كافية دون حاجة الى اشتراط انصرافها الى العمل لحساب شخص معين بذاته، فمتى قصد الفضولي الى التصدي لشأن الغير، بقى قائما بعمله، ولو أخطأ في شخص رب العمل...»[2].

ثم أن نص المادة 150، والنصوص العربية الأخرى المقابلة لها، تفيد هذا المعنى حين تقول: «لحساب شخص آخر» ولم تقل لحساب شخص معين.

173 ــ هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي كان، قبل اكتشاف مبدأ الاثراء في سنة 1892، وحين كان يعتبر الاثراء فضالة ناقصة، أي تنقصها نية العمل لمصلحة الغير يقضى بعدم ضرورة انصراف نية الفضولي الى العمل لمصلحة الغير، على الرغم من أن نص المادة 1372 م ف يصرح بكلمة Volontairement أي بقصد، ولذلك فقد أصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1872/6/18[3] قالت فيه أن الالتزامات المتبادلة المترتبة على الفضالة، تنشأ بقوة القانون، لا من نية الطرفين، وليس من الضروري أن يقصد الفضولي العمل لمصلحة الغير في نفس الوقت الذي يقوم فيه بالعمل لمصلحة نفسه، ولو استفاد هذا الغير من العمل.

(1) نشر في جيريس كلاسير سنة 1955 عدد/1 برقم 9
(2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 471.
(3) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1872 عدد/1 برقم 471.

وفي حكم آخر لنفس الدائرة صدر بتاريخ 1890/7/16[1] قضت فيه بأن المستأجر الذي أقام منشآت على أرض يظنها ملكا له وقد استفاد منها مالك الأرض الحقيقي وحده، يعتبر حقا فضوليا، ولو أنه أقام هذه المنشآت بدون أن يقصد أو أن يعلم أنها لمصلحة الغير، ويكون له الحق في الرجوع على المالك بكل ما أنفقه من المصروفات النافعة.

ولقد تغير وجه الأمر بعد صدور حكم محكمة النقض السابق ذكره سنة 1892 الذي وضع مبدأ الاثراء بلا سبب وفصله عن الفضالة،وأصبح القضاء الفرنسي مستقرا على ضرورة توفر قصد الفضولي العمل لمصلحة الغير.

ولذلك فقد رفضت محكمة النقض اعتبار شركة نشر فضولية لعدم توافر نيتها للعمل لمصلحة الغير وانصراف نيتها الى العمل لمصلحة نفسها فقط، وكان ذلك بحكم صدر من الدائرة المدنية بتاريخ 1919/7/25[2].

ولكن رفض حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الفضالة لشخص لبّى صياح الجمهور الذي نادى بعبارة (اقبضوا على اللص) فتذرع بالشجاعة وأخذ يجري وراء السارق حتى أمسك به، وأخذ السارق يقاومه عبثا، ولكنه أصابه بجروح فطالب البوليس بدفع مصاريف علاج هذه الجروح، فرفض ووصل النزاع الى محكمة النقض فرفضت طلبه وقالت أنه لا يعتبر فضوليا لأنه قام بتأدية خدمة عامة وصدر حكمها هذا بتاريخ 1971/1/7[3].

وقد انتقد ستارك هذا الحكم[4] وقال أنه غير مشجع ومثبط لذوي الهمم، لا سيما وأن الفضالة عمل يتضمن التعاون الاجتماعي والذي ينبغي أن يشجع عليه الناس وهو على حق في انتقاده لهذا الحكم لأن هذا الشخص تطوع

(1) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1891 عدد/1 برقم 49
(2) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1923 عدد/1 برقم 223.
(3) نشر هذا الحكم في جيريس كلاسير الدوري سنة 1971 عدد/2 برقم 16770، وأشار اليه ستارك بند 2277 ص 675
(4) ستارك الالتزامات بند 2277 ص 675.

من تلقاء نفسه، دون كل من رأوا اللص، بالقيام بهذا العمل الانساني الذي هو غير ملزم به قانونا، فما ذنبه في أن يتحمل مصاريف علاج جروحه ؟

174 ــ ولما كان الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل، بمقتضى نص المادة 157 م ج، ولما كان الأصل في النيابة أن على النائب أن يحيط من يتعاقد معه علما بأنه يتعامل باسم الأصيل (م 75 م ج)، فقد يتبادر الى الذهن أن على الفضولي أن يطلع من يتعاقد معه لمصلحة الغير على أنه يقصد التعامل لحساب الغير، ولكن ستارك يرى أنه إذا تعاقد الفضولي مع متعاقد، فليس من الضروري أن يحيط المتعاقد معه بأنه يعمل لحساب رب العمل[1].

ويلاحظ أخيرا أن القضاء الفرنسي، بعد أن استقر منذ سنة 1892 على ضرورة توافر شرط النية لدى الفضولي للعمل لحساب الغير، أخذ يتراجع حديثا ولا يستلزم توافر شرط النية على الرغم من قول المادة 1372 Volontairement أي بإرادة ونية، فيقضى بوجود الفضالة ولو لم يتوافر شرط النية للعمل لحساب الغير لدى الفضولي في بعض الحالات مثل حالة وكلاء العمارات Les agences immobilières وحالة من يتولون اثبات النسب Les généalogites، والموثقين Les notaires، فاعتبرهم فضوليين دون مطالبتهم بإثبات نية العمل لحساب الغير، بل أن المشرع الفرنسي انساق مع تيار هذا القضاء الحديث فطبق الفضالة دون اشتراط توافر النية خصوصا في التشريعات التي اصدرها عقب الحرب العالمية الأخيرة في سنتي 1944 ــ 1945 التي اعترف فيها للمديرين المؤقتين والحائزي بعض أموال الدولة بأنهم فضوليون مع أن شرط نية العمل لحساب الدولة لم يكن متوافرا لديهم، وقد أقرت محكمة النقض في مصر هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ 1951/7/23[2].

3 ــ الركن الثالث: وهو الا يكون الفضولي ملزما بذلك، كما تقول العبارة الأخيرة من المادة 150 م ج، وهذا هو الركن القانوني.

(1) نفس المرجع ونفس الصفحة بند 2279.
(2) ارجع في ذلك الى مؤلف الأستاذة ذهبية حامق السابق الذكر ص 75، 76.

فيشترط في الفضولي الا يكون ملتزما بالقيام بالعمل لحساب الغير بمقتضى عقد وكالة، أو بمقتضى نص القانون كما لو كان وليا أو وصيا على رب العمل، أو كان متبوعا يقوم بدفع التعويض عن تابعه طبقا لنص المادة 136 م ج، أو ملزما بمقتضى حكم بتعيينه حارسا.

وقد اتفقت كل القوانين التي سبق ذكرها على هذا الركن فيما عدا القانون المدني الفرنسي الذي سكت عنه، وإن كان الفقه والقضاء مجمعين على وجوب توافره.

والغالب أن يجهل رب العمل تدخل الفضولي في شؤونه، وهنا لا جدال في أن الفضالة تتحقق ما دام رب العمل لم يعلم بها، بشرط ألا يكون قد نهاه عن القيام بهذا العمل من قبل.

أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي، فإما أن يسكت ولا يعترض عليه فتتحقق الفضالة، وإما أن يقر به، وحينئذ يرى بعض الفقهاء أن تنقلب الفضالة الى وكالة، ويرى الأستاذ السنهوري أن اجازة العمل الذي يقوم به الفضولي أو اقراره له بعد اتمامه، لا يصح الا إذا كان تصرف الفضولي تصرفا قانونيا لأن الوكالة لا تكون الا في التصرفات القانونية[1]، وهم يستشهدون لذلك بالنصوص القانونية مثل نص المادة 152 م ج المقابلة للمادة 190 م م والمواد العربية التي حذت حذوها، وهي التي تقضى بأن: «تسرى قواعد الوكالة إذا (أقر) رب العمل ما قام به الفضولي» كما يستشهدون بالقاعدة اللاتينية التي تقول إن الاقرار يساوي الوكالة Ratihabitio mandato aequiparaur كما أن محكمة النقض المصرية أصدرت حكما بتاريخ 1957/2/28[2] قالت فيه أن الاقرار بعقد الفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضى به المادة 190 من القانون المدني...».

(1) الوسيط ج 1 بند 875 ص 1402 هامش 2.
(2) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض السنة 8 ص 172 بند رقم.
(3) انظر مؤلفه ما: القانون المدني ط 1957 ج و2 بند 1237.

والواقع هو أن الاقرار لا يمكن أن يحول الفضالة الى وكالة، فكل منهما نظام قانوني مستقل عن الآخر، ومتى بدأ الفضولي العمل فإن عمله يظل فضالة الى نهايته. وإذا كانت النصوص القانونية السابقة الذكر، والقاعدة الرومانية، تقضى بأن الاقرار يجعل الفضالة كالوكالة فإن معنى ذلك هو التشبيه الظاهري فقط. ويقول الأستاذ ان ريبير وبولانجيه إن القاعدة اللاتينية السابقة الذكر لا تتضمن الا مجرد المقارنة، والتصرف الذي قام به الفضولي من أول الأمر كان تصرف فضالة، ولا يمكن أن ينقلب الى تصرف وكالة بمجرد الاقرار «كما أن الفقيهين مارتي ورينو يشكان في أن الاقرار يحول الفضالة الى وكالة[1] وإذا كانت الوكالة لا ترد الا على التصرفات القانونية فإن ذلك لا يصدق الا على الوكالة التي بدأت كذلك من أول الأمر، ثم إذ صح إن الاقرار يحول الفضالة الى وكالة، لترتب على ذلك أن اقرار رب العمل الأعمال المادية التي قام بها الفضولي قبل الاقرار تنقلب الى تصرفات قانونية، وهذا ما لم يقل به أحد، يضاف الى ذلك أن التصرفات القانونية، التي يقوم بها الفضولي لحساب رب العمل تكون نافذة في حق رب العمل ولو كان ناقص الأهلية عند قيام الفضولي بها، ولا تشترط أهليته الا عند صدور الاقرار منه، والصحيح هو أن ليس للاقرار أثر رجعي، فلو قلنا أن اقرار هذه التصرفات يقلب الفضالة الى وكالة، لترتب على ذلك أن هذه التصرفات القانونية لا تكون نافذة في حق رب العمل عند قيام الفضولي بها ولا يصححها الا الاقرار الذي يصدر فيما بعد، إذ ليس له أثر رجعي، مع أن هذه التصرفات تعتبر نافذة في حق رب العمل باعتبار الفضولي نائبا قانونيا عنه.

ونخلص من ذلك الى أن الاقرار لا يقلب الفضالة الى وكالة، وإنما تسرى أحكام الوكالة على الآثار فقط كما تقول محكمة النقض المصرية، وكما يرى الفقهاء الفرنسيون الذين سبق ذكرهم.

وهذا كله إذا لم يعلم رب العمل بتدخل الفضولي أو علم به أو أقره. أما إذا كان رب العمل قد نهي الفضولي عن التدخل في شؤونه ومع ذلك تدخل

(1) أنظر مؤلفهما القانون المدني ط 1962 ج 2 ص 346.

الفضولي، فإنه يكون مسؤولا عن هذا التدخل مسؤولية تقصيرية لأنه يعتبر مخطئا بشرط أن يترتب على تدخله ضرر لرب العمل، إذ لا مسؤولية دون ضرر.

وكذلك لا يسوغ للفضولي أن يتدخل في شؤون رب العمل إذا عارض هذا الأخير في تدخله، لأن معارضته تفترض النهي، ولكن تقضى بعض التشريعات في نصوص صريحة بأن نهي رب العمل أو معارضته لا تمنعان الفضولي من التدخل إذا كان تدخله يتضمن القيام بتنفيذ التزام قانوني ملح يقع على عاتق رب العمل مثل دفع نفقة أو تجهيز دفن ميت.

وقد نص القانون المدني التونسي على هذا الاستثناء بالمادة 1184 منه، وكذلك نص عليه القانون المغربي بالمادة 948 وقانون الموجبات اللبناني بالمادة 160. وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى لم تتعرض لهذا الاستثناء، فإن مجموعة الأعمال التحضيرية تعرضت له بقولها: «ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة، ولا يعتد بهذه الارادة المخالفة (أي نهى رب العمل أو معارضته) إذا كان من تدخل في شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة، اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل، وقضت بأدائه مصلحة عامة، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت»[1] ولقد كان المشروع التمهيدي بتناول هذا الاستثناء في المادة 263 منه ولكنها حذفت في النصوص النهائية، والفقه الفرنسي يقول كذلك بهذا الاستثناء[2] مع أن القانون المدني الفرنسي لم يتناول النص عليه.

4 ــ **الركن الرابع**: أن يكون العمل الذي يقوم به الفضولي لصالح رب العمل نافعا أو ضروريا أو مستعجلا أو مفيدا، ولم يتناول القانون المدني الجزائري النص على هذا الركن، ولكن تناولت القوانين العربية الأخرى وكثير من القوانين الغربية النص عليه مع الاختلاف في التعبير بلفظ نافع، أو مفيد أو ضروري أو مستعجل.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 467 هامش 1
(2) انظر مثلا مارتي ورينو القانون المدني ج 2 بند 340 وديموج الالتزامات ج 3 بند 23 ط 1923.

ولقد اقتصر القانون المدني الجزائري على وضع معيار لقيام الفضولي بعمله فقضى في المادة 154 بأنه «يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي. وقد سار على ما سار عليه القانون المدني الفرنسي في المادة 1375، التي اقتصرت على بذل عناية رب الأسرة الطيب (Le B.P.F).

ولقد قضت القوانين العربية بمثل هذا المعيار، فنصت المادة 1/192 مدني مصري على مثل ما نصت عليه المادة 154 م ج والمادة 1374 م ف، كما نصت عليه كذلك القوانين العربية التي حذت حذو القانون المصري، ولكنها نصت الى جانب ذلك على أن يكون العمل الذي يتدخل فيه الفضولي عاجلا، وذلك لأن معيار الرجل العادي إنما وضع لسير الفضولي في عمله بعد تدخله، وقد يكون تدخله لأمر غير ضروري ولا عاجل، واذن فإن هذا المعيار لا يفيد أن يكون العمل عاجلا أو ضروريا.

ولقد تعرض القانون التونسي لشرط الضرورية في المادة 1179 وكذلك القانون المدني المغربي في المادة 943.

أما القوانين الغربية فلم تتعرض لهذا الشرط، فلم ينص عليه القانون المدني الايطالي في المادة 1141 ولا القانون الاسباني في المادة 1888 ولا المشروع الفرنسي الايطالي في المادة 61، ولا القانون الألماني في المواد 677 وما يليها، ولا القانون النمساوي في المادة 1055، ولا القانون البرازيلي في المادة 1331.

أما القانون البولوني فيكتفي في المادة 115 منه بأن يبذل الفضولي العناية الضرورية، وهو تعبير لا يختلف كثيرا عن معيار الرجل العادي. وعلى الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يتعرض لهذا الشرط، فإن بعض الفقهاء الفرنسيين يستنتجونه من نص المادة 1375 التي تقضي في عبارتها الأخيرة بأن على رب العمل أن يعوض الفضولي عما قام به من المصاريف النافعة Utiles أو الضرورية Nécessaires فيقول ستارك[1] أن عمل الفضولي يجب أن

(1) انظر مؤلفه الالتزامات بند 2270 ص 773.

يكون نافعا Utile ويستشهد لهذا الشرط بما ورد في المادة 1357 السابقة الذكر، ويقول أن عمل الفضولي يكون نافعا حين يبدو له أنه مناسب Oppotun ومعقول Raisonnable وأن رب العمل ما كان يتأخر عن القيام به لو استطاع ذلك، ويستشهد على ذلك بحكم أصدرته الدائرة المدنية لمحكمة النقض في 1942/10/28[1] وبحكم آخر من الدائرة المدنية الأولى صدر في 1955/11/12[2].

ونحن لا نوافق على هذا الاستنتاج من المادة 1375 م ف، فأن وصف المصاريف بأنها ضرورية يعني أنها صرفت بقصد المحافظة على الشيء ولا يعني ذلك أن تدخل الفضولي كان ضروريا، فالمصاريف الضرورية واجبة الدفع سواء كان عمل الفضولي ضروريا أو غير ضروري، بشرط أن يعود بمنفعة على رب العمل، وإذن فضرورية المصاريف غير ضرورية العمل.

175 ــ والواقع هو أن شرط الاستعجال أو الضرورة في تدخل الفضولي شرط هام جدا، والا لتدخل الناس في شؤون غيرهم دون داع وبداعى التطفل. وإذا لم يكن العمل الذي يتدخل فيه الفضولي عاجلا ولا ضروريا، فلماذا يتدخل ولماذا لا يتصل برب العمل ليخطره بأن العمل نافع له أو مفيد، أو لماذا لا ينتظر عودته ليقوم بعمله بنفسه ؟

ونظرا لأهمية هذا الشرط فقد قال عنه السنهوري[3] «لا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا... وإنما يتعين أن يكون العمل ضروريا ومن الشؤون العاجلة.. ومعنى أن يكون ضروريا أن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمل ليتوانى في القيام بها».

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك: «أن يكون ما يتصدى له الفضولي شأنا عاجلا فليس يكفى لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا، بل لا بد أن يكون ضروريا[4] وقضت محكمة النقض

(1) نشر هذا الحكم في داللوز النقدي سنة 1943 برقم 29.
(2) نشر هذا الحكم في جيريس كلاسير الدوري سنة 1952 عدد /4، برقم 9087 مع تعليق لاسمان.
(3) الوسيط ج 1 بند865 وبند 866 ص 1393.
(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 1 ص 471.

المصرية في حكم لها بتاريخ 1962/4/5[1] بأنه يشترط أن يكون عمل الفضولي ضروريا بالنسبة لرب العمل.

ومع أن القانون المدني الفرنسي والفقه التقليدي هناك لم يهتما بهذا الشرط، فقد اهتم به الفقه الفرنسي الحديث[2] وقد نوه به بلانيول وريبير[3] وقالا: أن الفضالة تفترض أنها لم تكن نافعة فحسب بل يجب أن تكون أيضا ضرورية»

الالتزامات التي تترتب على الفضالة:

تنشأ عن الفضالة التزامات على عاتق الفضولي وتقابلها التزامات على عاتق رب العمل، وسوف نبدأ بالأولى.

176 ــ وقد تناولت النص على التزامات الفضولي المواد 153 ــ 155 مدني جزائري، المقابلة للمواد 191 ــ 193 مدني مصري والمواد 192 ــ 194 مدني سوري والمواد 194 ــ 196 مدني ليبي والمواد 1180 ــ 1183 م تونسي، و 945 ــ 947 م مغربي و 156 ــ 157 م لبناني.

وقد تناول القانون المدني الفرنسي النص عليها بالمواد 1372 ــ 1374، وتناولها المشروع الفرنسي الايطالي في المواد 61 ــ 63.

وطبقا لهذه النصوص تقع على عاتق الفضولي التزامات أربعة هي:

1 ــ التزامه بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

2 ــ والتزامه باخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

3 ــ والتزامه بأن يبذل في تأدية عمله عناية الرجل العادي.

4 ــ والتزامه بأن يؤدي حسابا لرب العمل عما قام به.

(1) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض السنة 13 برقم 61 ص 414.
(2) انظر في الفقه الفرنسي الحديث مؤلف الأستاذة ذهبية حامق السابق الذكر ص 115 وما يقابلها.
(3) انظر مؤلفهما في القانون المدني الفرنسي ط 1957 ج 7 بند 726.

وقبل أن نبحث هذه الالتزامات الأربعة بالتفصيل، ينبغي أن نتعرض لمصدرها، فهل تترتب هذه الالتزامات في ذمة الفضولي بإرادته المنفردة ؟ أو هل تترتب بمقتضى القانون ؟

انقسم الفقه العربي بصدد هذا التساؤل الى طائفتين، طائفة ترى أن مصدر التزامات الفضولي هو القانون، وطائفة أخرى ترى أن مصدرها هو ارادته المنفردة.

والسبب في هذا الاختلاف يرجع أساسا الى الاختلاف حول اعتبار الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام في القانون المدني المصري الجديد، أو عدم اعتبارها كذلك، ويكون القانون هو الذي يرتب الالتزامات التي ورد النص عليها للارادة المنفردة ؟ وإذا كان لهذا الاختلاف في الرأي ما يبرره في القانون المصري الذي أورد الارادة المنفردة كمصدر ثان للالتزام خصص له الفصل الثاني بعد الفصل الأول الذي خصصه للمصدر الأول وهو العقد ونص عليه بالمادة 162 منه، فإن هذا الخلاف لا محل له في القانون المدني الجزائري الذي لم يساير القانون المدني المصري في هذا النهج ولم يضع لا فصلا ولا نصا خاصا بالارادة المنفردة، مسايرا في ذلك القانون المدني الفرنسي الذي لم يعتبر الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام.

والرأي العربي الذي يرى أن مصدر التزامات الفضولي هو القانون، يتزعمه الأستاذ السنهوري وتؤيده الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، فالأستاذ السنهوري[1] يقول عن التزامات الفضولي مايلي: «ومصدر هذه الالتزامات جميعها عمل مادي ارادي يقوم به الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات، وهذا ظاهر إذا كان العمل الذي يقوم به الفضولي هو (تصرف قانوني)، سواء عقده باسمه الشخصي أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه، ففي الحالتين يعتبر قيام الفضولي بإبرام هذا التصرف القانوني عملا ماديا في العلاقة ما بين الفضولي ورب العمل، وان كان العمل يعتبر تصرفا قانونيا في العلاقة ما بين الفضولي والغير أن كان الفضولي عقده باسمه الشخصي وفي العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولي عقده باسم رب العمل».

(1) الوسيط ج 1 بند 377 ص 1405، 1406

ولقد أيدت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري هذا الرأي[1] فقالت «يعتبر القانون مصدرا مباشرا لالتزامات الفضولي، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي».

ومن هذا الرأي أيضا الأستاذ جميل الشرقاوي[2] والأستاذ عبد المنعم الصده[3]. ويمكن الاعتراض على هذا الرأي بأنه متى تدخلت إرادة الانسان في القيام بعمل ما فإن إرادته هي التي تنشىء على عاتقه ما يترتب على عمله من التزامات هو الذي أراد أن يلتزم بها مباشرة، ويأتي القانون بعد ذلك فيوجب عليه هذه الالتزامات، فالقانون إذن مصدر غير مباشر في ايجاد هذه الالتزامات، كما هي الحال في العقد.

ولذلك فقد خالف بعض الفقهاء العرب رأي الأستاذ السنهوري، ورأى مجموعة الأعمال التحضيرية.

ورأى الأستاذ حشمت أبو ستيت[4] والأستاذ أنور سلطان[5] أن مصدر التزامات الفضولي هو إرادته المنفردة، ولكن يعترض على هذا الرأي بأنه إذا صح أن مصدر التزامات الفضولي هو إرادته المنفردة، فكيف ترتب إرادته المنفردة التزامات مقابلة في ذمة رب العمل ؟ أن الارادة المنفردة إذا صلحت كمصدر للالتزام على عاتق من أعلنها فإنها لا يمكن أن ترتب التزامات في ذمة الغير.

أن الأستاذ حشمت أبو ستيت يرى أن انشاء التزامات في جانب رب العمل بناء على العمل الارادي الصادر من الفضولي قد ورد على خلاف الأصل المقرر[6]، غير أنه لا يبرر ما هو السبب في مخالفة الأصل العام

(1) الوسيط ج 2 ص 473.
(2) أنظر مؤلفه مصادر الالتزام ط 1981 بند 132 — 1، ص 64.
(3) أنظر مؤلفه: مصادر الالتزام بند 586.
(4) أنظر مؤلفه: نظرية الالتزام بند 616.
(5) أنظر مؤلفه: مصادر الالتزام بند 389.
(6) نفس المرجع والبند السابقي الذكر.

أما في فرنسا، حيث لم يؤخذ بالارادة المنفردة كمصدر للالتزام، فيكاد الرأي يجمع هناك على أن مصدر التزامات الفضولي هو القانون. وينضم القضاء الفرنسي الى هذا الرأي. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الذي سبق أن ذكرناه، بتاريخ 1872/6/18(1) بما يلي «وحيث أن الالتزامات المتبادلة التي تترتب على الفضالة تنشأ من واقعة الفضالة نفسها ومن القانون، وليس من إرادة الطرفين...

وفيما يلي ندرس التزامات الفضولي بالتفصيل.

1 ــ الالتزام الأول: هو أن يمضى في العمل الذي بداه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

وقد تناولت المادة 153 م ج النص على هذا الالتزام بقولها: «يجب على الفضولي أن يمضى في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه...» وهي تقابل المادة 191 م م، والمادة 194 م ليبي والمادة 192 مدني سوري «وورد النص عليه بالمادة 1180 مدني تونسي وبالمادة 945 مدني مغربي.

ونصت عليه القوانين الغربية كذلك، كما ورد في نص المادة 1372 م ف وفي المادة 61 من المشروع الفرنسي الايطالي.

وبمقتضى هذا الالتزام يجب على الفضولي الذي يبدأ عملا لحساب الغير وهو ليس ملتزما به، أن يستمر فيه حتى يتمه، أو حتى يستطيع رب العمل اتمامه بنفسه. فإذا كان قد بدأ في اقامة جدار بمنزل رب العمل كاد ينقض فيجب عليه اتمام اقامته الى أن يستقيم،وإذا بدأ طبيب في اسعاف جريح فيجب عليه أن يضمد جراحه بحيث لا تنزف، وإذا بدأ شخص في انقاذ غريق فلا يجوز أن يتركه قبل أن يصل به الى البر ما لم تحل دون ذلك قوة قاهرة.

(1) سبق القول بأن هذا الحكم نشر في داللوز الدوري سنة 1872 /1 برقم 171.

والحكمة في هذا الالتزام هي الحيلولة دون التدخل في شؤون الغير باستخفاف وبعدم شعور بالمسؤولية، لا سيما وأن الفضالة تقوم على روح ايثارية، ورغبة في تأدية مساعدة انسانية للغير، وعلى من قام بعمل جميل أن يتم جميله. ولا يجوز للفضولي أن يتخلى عن اتمام العمل الذي اضطلع به، قبل أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه والا كان مسؤولا عن عدم اتمامه مسؤولية تقصيرية إذا ما ترتب على عدم اتمامه ضرر لرب العمل، وإذا كان عمل الفضولي تصرفا قانونيا شرع فيه باسم رب العمل ثم استطاع هذا الأخير أن يتمه بنفسه، فعلى الفضولي أن يتخلى عن هذا التصرف ما لم يأذن له رب العمل بإتمامه ــ أما إذا كان الفضولي قد باشر التصرف القانوني باسمه هو، فليس له أن يتخلى عن اتمامه ولو حضر رب العمل، لأن هذا الأخير يعتبر غيرا بالنسبة الى هذا التصرف، بالرغم من أن الفضولي يعتبر نائبا قانونيا عنه، ولكن هذا لا يمنع من أن ينصرف أثر هذا التصرف الى رب العمل بمقتضى هذه النيابة القانونية. ويلاحظ أن الفضولي حين يتعاقد مع الغير باسمه هو يجب أن يكون أهلا للتعاقد كما سوف نرى، ولكنه غير ملزم بأن يطلع من تعاقد معه على أنه يتعاقد باسمه أو باسم رب العمل كما سبق ذكره.

كما يلاحظ أنه إذا حالت قوة قاهرة جعلت من المستحيل على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بداه، فلا يكون مسؤولا عن عدم اتمامه إذ لا يلزم أحد بالمستحيل Al'impossible nul n'est tenu

وعلى الرغم من أن الفضالة تختلف عن الوكالة كما سبق ذكره، فإن التزام الفضولي بالمضي في العمل الذي بداه حتى يتمه يشبه التزام الوكيل بنفس الالتزام، فعلى الرغم من أن للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك (م 588 م ج) في حين أن ليس للفضولي أن يتحلل من الفضالة قبل اتمام العمل الذي بداه، فإن الوكيل مطالب كالفضولي بإتمام العمل الذي بدأه حتى يصل به الى حالة لا يتعرض معها للتلف وذلك على أي وجه تنتهي به الوكالة (م 589 م ج).

كما يلاحظ أن على الفضولي أن يبذل في القيام بعمله دائما عناية الرجل المعتاد كما سوف نرى فيما بعد (م 154) وذلك على الرغم من أن الأصل في

الفضالة أنها تبرعية (م 157 م ج في عبارتها الأخيرة) والأصل أن المتبرع لا يسأل عن إدارة شؤون غيره الا كما يسأل عن إدارة شؤون نفسه ولو كان يديرها بأقل من عناية الرجل العادي ولكن القانون تشدد مع الفضولي حتى لا يتدخل في شؤون الغير باستخفاف واستهتار.

2 ــ الالتزام الثاني: أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك وقد نصت على هذا الالتزام العبارة الأخيرة من المادة (153 م ج) وكذلك المواد العربية الأخرى المقابلة لها، ولكن لم ينص على هذا الالتزام لا القانون التونسي ولا القانون المغربي ولا القانون اللبناني.

وكذلك لم يتناول القانون المدني الفرنسي ولا المشروع الفرنسي الايطالي النص عليه،ولم ينص عليه من بين القوانين الغربية الأخرى الا القانون المدني الألماني في المادة 681.

والظاهر أن الحكمة من ايراد هذا الحكم هي منع الفضولي من المضي في العمل مع استطاعته أخطار رب العمل بذبك طمعا منه في الحصول على مزيد من الأجر في الأحوال التي يجوز فيها الحصول على أجر، خصوصا إذا كان من المهنيين.

وبمقتضى هذا النص يلتزم الفضولي بأخطار رب العمل بتدخله كلما استطاع الى ذلك سبيلا، وليس مطالبا في ذلك بأكثر من عناية الرجل المعتاد.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن هذا الالتزام مايلي:(1) «ويلاحظ أن الفضولي ملتزم بالمضي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه. ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له، لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له. ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك».

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 473.

3 ــ الالتزام الثالث: التزامه بأن يبذل في القيام بعمله عناية الرجل المعتاد.

تناولت النص على هذا الالتزام العبارة الأولى من المادة 154 م ج بقولها: يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي...» وهي تقابل العبارة الأولى من المواد العربية الأخرى، م 192 م م، 193 م س، 195 م ليبي 156 م لبناني، 1181 تونسي و 945 مغربي.

كما أن القوانين الغربية تتفق كلها على هذا الحكم، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1374 مدني فرنسي على مثل هذا الالتزام، ونص عليه المشروع الفرنسي الايطالي بالمادة 63، والقانون الألماني بالمادة 681 والسويسري بالمادة 120. ويقتضى هذا الالتزام أن يبذل الفضولي في قيامه بأعمال الفضالة عناية الرجل المعتاد ولو كان يبذل في قيامه بشؤونه الخاصة أقل من عناية الرجل المعتاد. ولعل التشريعات كلها قد هدفت من وراء هذا التشريع الى أن يكف الشخص الذي لا يقدر على بذل عناية الرجل المعتاد عن التدخل في شؤون غيره.

وهكذا شددت هذه التشريعات على الفضولي على الرغم من أن الأصل في الفضالة أنها تبرعية الا بالنسبة الى أرباب المهن Les professionnels، والأصل في المتبرع الا يطالب الا بما يبذله من العناية في شؤونه الخاصة ولو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد.

والغريب هو أن كل هذه التشريعات قد قضت بسريان أحكام الوكالة على الفضالة (م 152 م ج) والمواد العربية الأخرى التي تقابلها والتي سبق ذكرها، بل أن المادة 1372 مدني فرنسي قضت بأن يخضع الفضولي لكل الالتزامات التي تترتب على وكالة صريحة يكون رب العمل كأنه أعطاها له. فكان ينبغي اذن أن يطالب، كما يطالب الوكيل المتبرع، ببذل العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة ولو كانت أقل من عناية الرجل المعتاد، ولكن هذه التشريعات لم تساو بين الفضولي والوكيل بصدد هذه العناية، للحكمة التي سبق ذكرها ولأن الموكل يختار الوكيل، فإذا اختاره من بين من لا يستطيعون بذل عناية أكثر من العناية التي يبذلونها في القيام بشؤونهم الخاصة فلا يلومن الا نفسه، بينما الفضولي لا يختاره رب العمل.

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الجزائري قد خالف التشريعات العربية الأخرى وحتى القانون المدني الفرنسي، حين ساوى في المادة 576 منه بين الوكيل المأجور والوكيل المتبرع وطالب الأثنين ببذل عناية الرجل المعتاد، ويترتب على ذلك أنه لا فرق بين الوكيل والفضولي من ناحية العناية المطلوبة منهما طبقا للقانون المدني الجزائري.

هذا وبصدد معيار الرجل المعتاد في قيام الفضولي بأعمال الفضالة، كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص في المادة 266 منه على مايلي: «يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل، معروفة كانت هذه الارادة أو مفروضة»(1) وكان هذا النص مطابقا لنص المادة 1181 م تونسي ولنص المادة 945 م مغربي ولنص المادة 156 م لبناني.

غير أن اشتراط الجمع بين معيار الرجل المعتاد، وبين معيار مطابقة العمل لارادة رب العمل المعروفة أو المفروضة، كان يتضمن اختلافا بين المعيارين أحيانا، إذ ربما كانت ارادة رب العمل، سواء كانت معروفة أو مفروضة، تهدف الى البلوغ بالعمل الذي تولاه الفضولي درجة الكمال وعناية الرجل الممتاز الذي يتفوق على الرجل العادي، فكيف إذن التوفيق بين عناية الرجل المعتاد وعناية الرجل الممتاز ؟ ونظرا لهذا الاختلاف انتهت مناقشة هذا النص الى حذف المعيار الثاني وانتهى نص المادة 192 الى الاقتصار على معيار الرجل المعتاد.

177 ــ المسؤولية التي تترتب على خطأ الفضولي

تضيف المادة 154 م ج، المقابلة للمواد السابق ذكرها، بعد مطالبة الفضولي ببذل عناية الشخص العادي مايلي: «ويكون مسؤولا عن خطئه، ومع ذلك فللقاضي أن ينقص مبلغ التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرز ذلك» وهذا النص مطابق حرفيا لما ورد في النصوص المقابلة في

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 2 ص 475.

القوانين العربية الأخرى ومقارب للنصوص الغربية، ولو أن نص المادة 1374 م ف لم يتكلم عن المسؤولية واقتصر على الظروف التي تجيز للقاضي تخفيف التعويض الذي يترتب على خطأ الفضولي أو على إهماله. ولكن هذا النص مشابه تماما لنص المادة 1992 م ف الخاصة بمسؤولية الوكيل المتبرع.

وبما أن النصوص السابقة الذكر قد وردت كلها عقب النص الخاص بمعيار عناية الرجل المعتاد، فيترتب على ذلك أن مسؤوولية الفضولي تقاس بمعيار الرجل المعتاد، فيكون مسؤولا كلما انحرف عن سلوك الرجل المعتاد، ولكن نظرا الى أنه يؤدي خدمة ايثارية تبرعية في الأصل، فقد أجازت التشريعات كلها للقاضي أن يخفف من التعويض عن خطأ الفضولي إذا كانت الظروف هي التي دفعته الى الوقوع في هذا الخطأ، ومثال ذلك ما أورده الأستاذ السنهوري(1) أن يكون الفضولي قد شرع في تنقية زراعة رب العمل من آفة زراعية بمواد كيماوية حصل عليها، ولكن قبل أن يكمل تنقية الزراعة كلها نفدت المواد الكيماوية التي حصل عليها، وقامت ظروف جعلت الحصول على ما يلزم من هذه المواد من المشقة بحيث حملته على الأحجام عن الحصول عليها، ففي هذا المثل يكون الفضولي قد خالف حكم المادة 153 م ج التي تلزمه بالمضي في عمله حتى يتمه، فهو اذن مسؤول، ولكن للقاضي أن يخفف التعويض عن الضرر الذي أصاب رب العمل بسبب عدم اتمام تنقية زراعته مراعيا المشقة التي حملت الفضولي على الأحجام عن البحث عن المواد الكيماوية المطلوبة،وتكون المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية داخل أعمال الفضالة. ونحن لا نسلم بما يراه الأستاذ السنهوري(2) ومن تبعه(3) من أن مسؤولية الفضولي تختلف باختلاف ما إذا كان قد وقع في أعمال الفضالة أو خارجها، ففي الحالة الأولى يكون خطؤه خطأ في الفضالة، وفي الحالة الثانية خطأ تقصيريا،ومعيار خطئه في الفضالة هو معيار الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، أما معيار خطئه الواقع خارج أعمال الفضالة فهو معيار سلوك الرجل المعتاد. وهو يضرب مثلا لذلك أن يعمد

(1) الوسيط ج 1 بند 881 ص 1411، 1412.
(2) الوسيط ج 1 ص 1411 ــ 1412 بند 881
(3) حشمت أبو ستيت المرجع السابق الذكر بند 620 والصده المرجع السابق الذكر 590، وأنور سلطان المرجع السابق الذكر بند 636.

الفضولي الى اطفاء حريق شبت في منزل جاره، وبعد الانتهاء من اطفاء الحريق، يخرج الفضولي من المنزل ويهمل اقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص الى المنزل ويسرقون أمتعة الجار، ففي هذه الحالة تكون مسؤولية الفضولي تقصيرية.

والسبب الذي دعا هؤلاء الفقهاء الى هذه التفرقة هونص القانون على جواز قيام القاضي بتخفيف التعويض،ومعنى هذا الرأي أنه كلما خففت المسؤولية تغيرت طبيعتها ولم تعد تقصيرية.

وهذا رأي لا أساس له في القانون الذي لا يعرف الا نوعين اثنين من المسؤولية، المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، وليس به مسؤولية من نوع خاص تسمى المسؤولية داخل أعمال الفضالة.

وقد يخفف المشرع من التعويض في المسؤولية التقصيرية، كما فعل في المادة 2/125 م ج التي تخفف من مسؤولية الصبي غير المميز إذا لم يكن له من هو مسؤول عنه أو كان له مسؤول ولكن تعذر الحصول على التعويض منه، ولم يقل أحد أن المسؤولية هنا قد تغيرت طبيعتها، بل هي محتفظة بطبيعتها التقصيرية.

وقد يخفف المشرع من المسؤولية العقدية، كما فعل بالنسبة الى الوكيل المتبرع (فيما عدا القانون المدني الجزائري) وبالنسبة الى المودع لديه المتبرع، دون أن تتغير طبيعة هذه المسؤولية العقدية.

ولقد جرى القضاء سواء عندنا أو في فرنسا، على التخفيف من التعويض كلما كان خطأ المدين تافها، وعلى التشديد فيه كلما كان خطؤه جسيما، ومع ذلك لا تتغير طبيعة المسؤولية، حتى لقد رأى الفقه الراجح أن مسؤولية المدين تظل عقدية حتى لو ارتكبت غشا أو خطأ جسيما، ولا تنقلب الى مسؤولية تقصيرية كما سبق ذكره.

ثم أن المثل الذي ضربه الأستاذ السنهوري للخطأ الذي يقع خارج الفضالة، وهو تسلل اللصوص الى منزل رب العمل وسرقة أمتعته بسبب اهمال الفضولي اغلاق باب منزل جاره لا يمكن فصله عن أعمال الفضالة، فقد أهمل

الفضولي اغلاق الباب بسبب قيامه بأعمال الفضالة، ولولا الفضالة ما فتح الباب ولا أهمل اغلاقه، وما أشبه ذلك بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعه الذي يرتكبه بسبب وظيفته (م 136 م ج).

لكل ذلك ننتهي الى القول بأن مسؤولية الفضولي داخل أعمال الفضالة أو خارجها ولكن بسببها، مسؤولية تقصيرية.

ومن هذا الرأي الأستاذ سليمان مرقس[1] وتؤيد مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصري عدم التفرقة بين مسؤولية الفضولي داخل الفضالة أو خارجها حين تقول: «يلاحظ أن الفضولي يلزم مابقى قائما بالعمل، بأن يبذل فيما يعمل عناية الرجل المعتاد ــ وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته. ومع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يتهدده»[2].

كما أن المادة 1181 مدني تونسي والمادة 945 مدني مغربي تنصان على أن الفضولي مسؤول عن كل خطأ ولو كان يسيرا، ومع ذلك لا يسأل حتى عن خطئه الجسيم أو عن غشه إذا كان قد تدخل في شؤون رب العمل بقصد درء ضرر حال بين كان يهدده. ولم يفرق النصان بين خطئه داخل أعمال الفضالة أو خارجها.

وتنص المادة 156 م لبناني على أن الفضولي مسؤول عن خطئه اليسير، ومع ذلك فلا يلتزم بأكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة. وهذا النص يعتبره مسؤولا مسؤولية المتبرع باستثناء مسؤوليته عن خطئه اليسير. وتنص المادة 420 من قانون الالتزامات السويسري على أن الفضولي مسؤول عن كل اهمال أو عدم تبصر، ومع ذلك يجب أن تقدر مسؤوليته بأقل شدة إذا كان تدخله في شؤون رب العمل لدرء ضرر كان يهدده.

(1) انظر مؤلفه: مصادر الالتزام: بند 601
(2) ج 2 ص 475.

ونرى من هذه النصوص كلها أن مسؤولية الفضولي هي دائما تقصيرية ولكنها تخفف نظرا لبعض الظروف، كما تخفف المسؤولية العقدية في بعض الحالات أو تشدد بدون أن تتغير طبيعتها.

178 ــ الركن الرابع: التزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل وبرد ما تسلمه بسبب الفضالة.

تنص المادة 155 م ج على مايلي: «يلزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة، (وبتقديم حساب (عما) قام به» وتقابل هذه المادة، المواد 193 م م، 194 م س، 196 م ليبي، 1182 م تونسي و 946 م مغربي و 158 لبناني، أما القانون المدني الفرنسي فلم ينص على هذا الالتزام مكتفيا بتطبيق أحكام الوكالة الواردة بالمادة 993.

وبما أن نص المادة 155 م ج يحيل على التزام الوكيل، فبالرجوع الى نص المادة 577 م ج الواردة في الوكالة، نجدها تنص على مايلي: «على الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل اليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها» واذن فالتزام الفضولي هنا كالتزام الوكيل، فعليه أن يرد الى رب العمل كل ما استوفاه بسبب الفضالة من حقوق وأموال ومحاصيل زراعية. وليس له، قياسا على الوكيل، أن يستعمل مال رب العمل لمصلحته الشخصية. وتقضى القوانين العربية الأخرى بأن على الفضولي، قياسا على الوكيل، أن يدفع فوائد عن المبالغ التي استخدمها من أموال الفضالة، وتحسب هذه الفوائد من وقت استخدامه لهذه الأموال، لا من وقت رفع الدعوى. وعليه أيضا دفع فوائد عما بقي في ذمته من أموال الفضالة، ولكنها لا تستحق الا من وقت اعذاره المادة 716 م م وما يقابلها من مواد القوانين العربية التي حذت حذوه. أما القانون المدني الجزائري فلم يأت بمثل هذه النصوص، وطبقا له لا يلتزم الفضولي بدفع فوائد في الأصل طبقا لنص المادة 454م ج، متى كان التعامل بين الأفراد.

ويقضي القانون المدني الفرنسي في المادة 1993 بأن يرد الوكيل الى الموكل حتى ما يكون قد استوفاه باسمه دون حق، إذا لم يكن قد رده قبل ذلك، ويطبق هذا الحكم على الفضولي أيضا.

المكتبة المركزية

وأما تقديم الحساب لرب العمل فيشمل كل ما صرفه لحساب الفضالة، ويلتزم الفضولي بتقديم الحساب لرب العمل دون أن يطالبه هذاالأخير بتنفيذ هذا الالتزام، ولكن إذا تأخر في تنفيذه فلرب العمل الحق في مطالبته به.

179 ــ التزامات رب العمل:

تنص المادة 157 م.ج على مايلي: «يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، متى كان قد بذل في ادارته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم بها، وبرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل. ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله الا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته». وتقابل هذه المادة المواد 195 م م، 196 م س، 198 م ليبي، 161 و 164 لبناني؛ وتقارب المادة 1375 مدني فرنسي والمادة 64 من المشروع الفرنسي الايطالي والمادة 422 من القانون السويسري.

ويستخلص من هذه النصوص أن على رب العمل أربعة التزامات يلتزم بها قبل الفضولي

1 ــ التزامه بتنفيذ التعهدات التي تعهد بها الفضولي لحسابه، أي لحساب رب العمل.
2 ــ التزامه بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها باسمه هو.
3 ــ والتزامه برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف.
4 ــ والتزامه بتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بأعمال الفضالة.

وقبل أن ندرس هذه الالتزامات الأربعة بالتفصيل، ينبغي أن نلفت النظر الى أن صدر المادة 157 م ج يقضي باعتبار الفضولي نائبا قانونيا عن رب العمل متى كان قد بذل في قيامه بأعمال الفضالة عناية الرجل العادي، ولو لم تتحقق النتيجة التي كان يهدف الى تحقيقها لأن التزامه بالقيام بأعمال الفضالة وبإتمام ما بدأه منها، التزام ببذل عناية، لا بتحقيق غاية، مثله في ذلك مثل كل مدين ملتزم بمعيار الرجل العادي،ومتى قام بالفضالة على هذا النحو، اعتبر نائبا قانونيا عن رب العمل.

وما من شك في أن التزامات رب العمل مصدرها القانون[1] لأن أرادته لم تتدخل في ترتيب هذه الالتزامات، طبقا للرأي الراجح.

وفيما يلي نتولى دراسة هذه الالتزامات بالتفصيل.

1 ــ الالتزام الأول: التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وباسم رب العمل.

فبما أن الفضولي نائب قانوني عن رب العمل، كما يقضى به صدر المادة 157 م ج، فإن التزام رب العمل بتنفيذ ما تعهد به الفضولي عنه يكون مصدره هوهذه النيابة القانونية ولا يكون الفضولي مسؤولا شخصيا عنها، مالم يكن ارتكب خطأ أثناء التعاقد.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: يلزم رب العمل أولا بالوفاء بما تعهد به الفضولي، وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين: فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولي باسم رب العمل بأن أضاف العقد اليه، التزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة، وبهذا يصبح رأسا دائنا ومدينا لمن تعاقد معه الفضولي[2].

وعلى ذلك فالعقود التي عقدها الفضولي باسم رب العمل تدخل الحقوق التي تنشأ في الجانب الايجابي لذمة رب العمل، والالتزامات التي تترتب عنها تثقل الجانب السلبي من هذه الذمة. ولا يشترط أن يصرح الفضولي للمتعاقد معه بأنه يتعاقد باسم رب العمل بل قد يستخلص هذا ضمنيا، لأن نيابة الفضولي قانونية، وقد قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1959/1/14[3] بأن الفضولي الذي يتعاقد مع الغير باسم رب العمل، ولو كان ذلك ضمنيا، لا يكون ملزما قبل الغير شخصيا ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

(1) هناك رأي مرجوح يرى أن التزامات رب العمل تنشأ من إرادة الفضولي المنفردة، ولكن يلاحظ على هذا الرأي أن الارادة المنفردة، غير قادرة على انشاء التزامات في ذمة الغير. أشارت الى هذا الرأي الأستاذة ذهبية حامق: المرجع السابق الذكر ص 163.

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 483

(3) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1959 برقم 106

2 ــ الالتزام الثاني: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها باسمه هو، أي باسم الفضولي.

فإذا تعاقد الفضولي مع الغير لمصلحة رب العمل، وصرح للغير بأنه يتعاقد باسمه هو، إذ أنه إذا لم يصرح بذلك فإن تصرفه ينصرف أثره ضمنيا الى رب العمل، كما سبق ذكره، فإنه يكون ملتزما شخصيا بهذا التعاقد، ويسأل شخصيا نحو من تعاقد معه عن تنفيذ العقد.

ولكن رب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عما قدمه من مصروفات في سبيل هذا التعاقد الذي أثرى ذمته المالية، وعليه أن يرد كل ما صرفه الفضولي من مصروفات، لا أقل القيمتين كما يقضى بذلك مبدأ الاثراء بلا سبب، وبهذا تتميز الفضالة عن مبدأ الاثراء بلا سبب.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بهذا الصدد مايلي:

«أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصيا. بأن أضاف العقد الى نفسه لا الى رب العمل فلا يصبح هذا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار، وانما ترجع حقوق العقد والتزاماته الى الفضولي، ولكن رب العمل يلتزم بتعويضه، عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه، وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب»[1]، ولكن يلاحظ أن هذه العبارة الأخيرة تتكلم عن تطبيق قواعد الاثراء دون أن تضيف انها لا تطبق فيما يتعلق بأقل القيمتين.

3 ــ الالتزام الثالث: التزام رب العمل برد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف. يلتزم رب العمل بأن يرد الى الفضولي ما أنفقه من مصروفات ضرورية ونافعة، ويراد بالمصروفات الضرورية Nécessaires، تلك التي تصرف للمحافظة على الشيء وصيانته، مثل اقامة جدار في منزل رب العمل انهار أو يكاد ينقض، ويراد بالمصروفات النافعة Utiles، تلك التي تزيد في قيمة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 483.

الشيء، أو تعود بالنفع على رب العمل، مثلا طلاء جدار بعد ترميمه، أو انفاق مصروفات لتخزين محصول زراعي يخشى عليه من التلف إذا لم يخزن.

ويكفى أن تكون هذه المصروفات نافعة عند صرفها، ولو زال نفعها أو لم يتحقق فيما بعد. وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في حكم لها بتاريخ 1925/8/12[1]،بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت انفاقها، حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه» ويقول الفقيه ستارك في ذلك[2] «أنه لا يراد بالمصروفات النافعة تلك التي انتهت بانتفاع رب العمل بها، بل تلك التي بدا للفضولي عند انفاقها انها مناسبة Opportunes، وان من المعقول انفاقها، حتى لو انتهى الأمر بأن لم يترتب عليها اثراء لرب العمل (مثل منزل انهار بعد أن قام الفضولي بترميمه أو مريض مات بعد أن قام الطبيب بعلاجه).

ولكن لا ينبغي أن يكون الفضولي هو الذي تسبب بإرادته في انفاق هذه النفقات، وتقول في ذلك الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1953/5/6[3]، ليس للفضولي أن يطالب باسترداد المصروفات التى أراد أن يوجد السبب الذي ترتبت عليه المصروفات.

ولكن لا ينبغي أن تكون هذه المصروفات مفرطة بحيث تزيد كثيرا عما تحققه من منفعة أو كما يقول ستارك فيما نقلناه، معقولة Raisonables وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: «ويلزم رب العمل، من ناحية أخرى بأن يؤدي للفضولي جميع ما اقتضته الظروف من نفقات ضرورية أو نافعة، على أنه يجوز انزال النفقات المفرطة، ولو كانت نافعة، الى الحد المعقول، ويكون للفضولي في هذه الحالة. أن ينتزع ما جاوز الحد، على أن يعيد الشيء الى الحالة التي كان عليها من قبل»[1].

(1) نشر هذا الحكم في جازيت المحاكم المختلطة عدد/5 برقم 199 ص 217
(2) الالتزامات بند 2286 ص 677
(3) نشر هذا الحكم في داللوز سنة 1953 برقم 609
(1) ج 2 ص 483.

وهذا المعنى هو الذي يستخلص من العبارة الأخيرة التي وردت بالمادة 157 بصدد النفقات الضرورية والنافعة حين قالت: التي سوغتها الظروف.. أي غير المغالي فيها.

ويلاحظ أن النصوص العربية الأخرى، والنصوص الأجنبية تجعل للفضولي الحق في تقاضي فوائد بالسعر القانوني من وقت الانفاق، خلافا للأصل العام الذي يقضى بأن تحتسب الفوائد من يوم رفع الدعوى.

أما في القانون المدني الجزائري، فليس للفضولي الحق في أن يطالب بفوائد إذا كان التعامل بين الأفراد (م 454 م ج) ولكن له الحق في الفوائد إذا كان التعامل مع المؤسسات المصرفية (م 456 م ج).

كما يلاحظ أن للمصاريف الضرورية على المنقول حق امتياز، نصت عليه المادة 992 م ج بقولها: «المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم، يكون لها امتياز عليه «ويأتي هذا الامتياز في الدرجة الثالثة بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة».

كما أن للفضولي الحق في حبس الشيء الذ انفق بسببه المصروفات الضرورية أو النافعة، كما تقضى بذلك المادة 2/200 م ج التي تجعل الحق في الحبس لحائز الشيء أو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة...».

ولقد نصت المادتان 1187 مدني تونسي و 951 مدني مغربي صراحة على حق الفضولي في الحبس للحصول على هذه المصروفات. هذا هو ما يتعلق بالمصروفات الضرورية أو النافعة. أما فيما يتعلق بما أنفقه الفضولي من مصروفات كمالية Voluptueuses فيكاد يكون هناك اجماع في الفقه على أن رب العمل غير ملزم بردها، ويقول ستارك في ذلك لا ترد المصروفات الكمالية أي التي صرفت المجرد الترفيه De pure agrément[1]

(1) الالتزامات البند والصحيفة السابقا الذكر

4 ــ الالتزام الرابع: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما لحقه من ضرر بسبب قيامه بأعمال الفضالة.

قد يصاب الفضولي بضرر وهو يؤدي أعمال الفضالة، كما لو كان يقوم باطفاء حريق شب في منزل رب العمل فأصيب بحروق، أو يقوم بانقاذ رب العمل الذي يوشك أن يغرق فيجرحه بأظافره، أو يقوم بكبح حصان جامح فيرفسه، فيلتزم رب العمل بتعويضه عن الضرر الذي أصابه وهو يؤدي عملا انسانيا ايثاريا، ويشترط ألا يكون الفضولي هو الذي كان السبب في هذا الضرر، كما لو أخطأ فألقي بنفسه في النار دون ضرورة فأصابته حروق منها، أو كان لا يحسن السباحة جيدا فأقدم على انقاذ الغريق ولم يحسن الامساك به فأصابه الغريق بجروح كان يمكنه أن يتقيها لو كان سباحا جيدا، كما يشترط ألا يكون في استطاعته تجنب ما أصابه من ضرر لو بذل جهدا معقولا في سبيل ذلك، تطبيقا لنص المادة 182 م ج التي تقول..«ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول» وينبغي أن يكون التعويض عادلا ويخضع ذلك لتقدير القضاء.

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في ذلك مايلي «ويلزم أخيرا بتعويض الفضولي تعويضا عادلا عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسبا مع ما لم يستطع الفضولي اتقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية. ويقوم حق الفضولي في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من افتقار[2].

وإذا كان القانون المدني الفرنسي لم ينص على هذا الالتزام بصدد الفضالة، فذلك لأنه قد نص في المادة 1372 منه على أن تطبق عليها أحكام الوكالة،

(2) ج 2 ص 484.

وقد نصت المادة 2000 الواردة في الوكالة على أنه: «يجب على الموكل أن يعوض الوكيل عن كل خسارة تلحقه بسبب تأدية شؤون الوكالة، بشرط ألا يكون ذلك ناتجا عن رعونته».

وطبقا لهذا النص فإن رب العمل ملتزم بتعويض الفضولي عما يصيبه من ضرر على غرار التزام الموكل نحو الوكيل.

179 ــ هذه هي الالتزامات الأربعة التي تقع على عاتق رب العمل، وقد سبق أن قلنا أن مصدر هذه الالتزامات هو القانون، إذ لا دخل لارادة رب العمل فيها، ولكن إذا كان القانون هو المصدر المباشر للالتزام الأول، الذي يتطلب من رب العمل أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي باسمه ونيابة عنه، فذلك لأن نيابة الفضولي عنه نيابة قانونية نص عليها القانون في صدر المادة 157 م ج والمواد العربية الأخرى المقابلة لها، وكذلك المواد الغربية.

أما الالتزام الثاني والثالث وهما الخاصان بتعويض الفضولي عما تعهد به باسمه هو، ورد المصاريف الضرورية والنافعة، فمصدرهما المباشر هو الاثراء بلا سبب، والقانون هو مصدرهما غير المباشر.

وأما الالتزام الرابع وهو تعويض الفضولي عما لحقه من ضرر، فإن مصدره المباشر هو الفعل الضار، وليس الاثراء بلا سبب كما يقول الأستاذ السنهوري وكما تقول محكمة النقض المصرية، فرب العمل لا يثرى من الفعل الضار الذي ترتب عليه ضرر للفضولي مهما كان سبب الضرر هو تأدية أعمال الفضالة، إذ أن كل عمل ضار يلزم من كان سببا فيه بتعويض هذا الضرر (124 م ج وما يقابلها من النصوص الأخرى) واذن فمصدر التزام رب العمل المباشر بتعويض الضرر الذي أصاب الفضولي هو مسؤوليته التقصيرية، والقانون هو المصدر غير المباشر لهذا الالتزام، ولو لم يكن رب العمل قد ارتكب خطأ فإن الضرر قد حدث بسبب شيء يخصه، فهو يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر، والغرم بالغنم.

لذلك فنحن لا نسلم بما قاله الأستاذ السنهوري[1] من أن مصدر الالتزامات الثلاثة الأخيرة هو الاثراء بلا سبب.

(1) الوسيط 1 بند 892 ص 1425.

ولا نسلم بما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 1953/2/12[1] قالت فيه «بأنه متى توافرت شروط الفضالة، كان للفضولي بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصروفات التي صرفها والخسارات التي خسرها.

والتزام رب العمل في هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الاثراء على حساب الغير إذ هو قد أثرى من عمل الفضولي ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل».

ونخلص من ذلك الى أن مصدر الالتزام الأول هو القانون بمقتضى النيابة القانونية وهو المصدر المباشر ومصدر الالتزامين الثاني والثالث المباشر هو الاثراء بلا سبب، والقانون هو مصدرهما غير المباشر، ومصدر الالتزام الرابع هو المسؤولية التقصيرية، أي أن الفعل الضار هو مصدره المباشر، والقانون هو المصدر غير المباشر، ولو لم يرتكب رب العمل خطأ.

180 ــ أجر الفضولي: تنص الفقرة الأخيرة من المادة 157م ج ومن النصوص المقابلة لها على مايلي:

«ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله الا إذا كان العمل من أعمال مهنته» فالأصل في الفضالة انها تبرعية، وعمل انساني ايثاري يأتيه الفضولي بدافع انساني لا يبغى من ورائه جزاء ماليا.

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية في ذلك مايلي: «والأصل أن الفضولي لا يستحق أجرا على عمله إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل، الا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الانفاق الحقيقية بالنسبة له، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض، أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل»[2]

(1) نشر هذا الحكم في مجموعة أحكام النقض السنة الرابعة برقم 69 ص 476 وأشار اليه السنهوري في هامش الصفحة رقم 425 رقم 1

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج2 ص 483.

وإذا كانت الفضالة تقاس على الوكالة، في أن الأصل فيهما أنهما تبرعيتان، وقد نصت المادة 581م ج على أن الأصل في الوكالة انها تبرعية، فإن صفة التبرعية في الفضالة أكثر أصالة مما هي في الوكالة، إذ أن الغالب في الوكالة هو أن تكون اتفاقية وأن يقضى الاتفاق بأجر للوكيل، بينما الفضالة لا اتفاق فيها، فصفتها التبرعية الانسانية هي الأصل، ولذلك فقد نصت المادة 1189 مدني تونسي والمادة 952 مدني مغربي على أن الفضالة تبرعية أصلا، ولم توردا استثناء يجيز دفع أجر للفضولي. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر من الدائرة المدنية فيها بتاريخ 1970/6/22[1] بأن الأصل في الفضالة انها تبرعية لكن إذا كانت داخلة في أعمال مهنة الفضولي فإنه يستحق عليها أجرا.

واذن فكلما كان الفضولي قد قام بعمل يدخل في مهنته، كالطبيب الذي يضمد جراح جريح، أو المهندس المعماري الذي يبني منزل رب العمل، أو المحامي الذي يترافع لمصلحة رب العمل، فإنه يستحق عليه أجرا عاد لا يترك تقديره للقضاء. ولكن إذا كان ذو المهنة يقوم بعمل فضولي لا علاقة له بمهنته، كالمهندس الذي يسعف جريحا، فإنه لا يستحق على عمله أجرا، وكذلك الأمر في أن يتطوع لاطفاء حريق أو لانقاذ غريق، دون أن يكون من المعينين لذلك.

182 ــ أهلية الفضولي وأهلية رب العمل:

تنص المادة 158 م ج على مايلي: «إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولا عن إدارته إلا بالقدر الذي أثرى به مالم تكن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع.

أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد».

ويقابل نص هذه المادة المواد 196 م م، 197 م س، 199 م ليبي، 2/151 م لبناني ومن القوانين الغربية المادة 2/61 من المشروع الفرنسي الايطالي، والمادة 682 مدني الماني والمادة 421 من قانون الالتزامات السويسري، أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض لا لأهلية الفضولي ولا لأهلية رب العمل،

(1) نشر في جيريس كلاسير الدوري سنة 1970 عدد/2 برقم 1651.

غير أنه يقيس الفضالة على الوكالة وقد نصت المادة 1890، الواردة في الوكالة، على أن القاصر غير المرشد يجوز أن يكون وكيلا...»

1 ـ أهلية الفضولي

يستخلص من النصوص السابقة الذكر أنه إذا أبرم الفضولي تصرفا قانونيا باسمه شخصيا فيجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد اللازمة للعقد الذي يقوم بإبرامه.

وأما إذا تعاقد باسم رب العمل، فلا تشترط فيه الا أهلية التمييز، مثله في ذلك مثل الوكيل، لأن آثار العقد سوف تنصرف الى رب العمل.

وبالنسبة الى الأعمال المادية التي يقوم بها خلال الفضالة، تكفى فيه أهلية التمييز، غير أنه إذا كان كامل الأهلية، فإنه يكون مسؤولا عن أعمال الفضالة مسؤولية كاملة، وإذا كان ناقص الأهلية، فلا يسأل عنها الا في حدود ما أثرى به، لأن القاصر لا يسأل دائما في الاثراء بلا سبب الا بقدر ما عاد عليه من نفع.

ولكن يستثنى من ذلك أن تقوم مسؤوليته على عمل غير مشروع، فحينئذ يسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر مسؤولية كاملة، أي يجب أن يعوض كل الضرر، لا في حدود الاثراء بلا سبب.

أما الفقه الفرنسي، فهو منقسم في هذا الصدد، فبعضه يشترط في الفضولي أن يكون كامل الأهلية مثل ديموج[1] والبعض الآخر يتفق مع ما سبق ذكره. ويقول ستارك في ذلك[2] بما أن الفضولي يلتزم بالتزامات نحو رب العمل، وأحيانا، نحو الغير الذي يتعاقد معه دون أن يصرح بأنه فضولي، فيستخلص من ذلك أنه ينبغي أن يكون كامل أهلية...غير أنه متى أحسن الادارة فإنه يكتسب، ولو كان ناقص الأهلية، حقوقه قبل رب العمل، وليس لهذا الأخير أن يتمسك بنقص أهلية الفضولي لكي يتخلص من مسؤوليته نحو الفضولي أو نحو من تعامل معه الفضولي» ومن ذلك يستخلص أن الفضولي يمكن أن يقوم بأعمال الفضالة ولو كان ناقص الأهلية.

(1) أنظر مؤلفه الالتزامات ج 3 بند 29.
(2) أنظر الالتزامات بند 2280 ص 675.

2 ـ أهلية رب العمل

رأينا أن الفقرة الأخيرة من المادة 158 م ج ومن النصوص العربية التي تقابلها، تقضى بأن رب العمل تبقى مسؤوليته كاملة ولو لم تتوفر فيه أهلية التعاقد.

ومعنى ذلك هو أن رب العمل لا تشترط فيه الأهلية التامة للتعاقد، ويكفى أن يكون مميزا، وقد يكون غير مميز.

وفي ذلك تقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: «أما ما يترتب من التزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما، فتصح النيابة القانونية عن طريق الفضالة ولو كان الأصيل غير مميز. وفي هذه الصورة يلزم الأصيل بأداء ما تحمل الفضولي من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب»[1] ويكاد الفقه العربي يجمع على عدم اشتراط الأهلية في رب العمل، غير أن الأستاذ السنهوري قد خرج على هذا الرأي حين قال[2] «يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه، لأنه يقع نافذا مباشرة في حقه» وكرر ذلك فيما بعد حين قال «ويلاحظ أن الفضولي إذا عقد تصرفا قانونيا باسم رب العمل نيابة عنه، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف اليه مباشرة أثر التصرف».وهذا الرأي لا يمكن التسليم به، لأن رب العمل لا يلزم بإرادته بل بمقتضى القانون باعتبار أن نيابة الفضولي عنه نيابة قانونية.

وقد خالف رأي الأستاذ السنهوري ما ورد في مجموعة الأعمال التحضيرية مما سبق أن ذكرناه، وخالف أغلبية الفقهاء العرب مثل الأستاذ حشمت أبو ستيت[3] والأستاذ أنور سلطان[4] والأستاذ عبد المنعم الصده[5] الذين رأوا أنه

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 487.
(2) الوسيط ج 1 بند 861 ص 1390 وبند 898 ص 1431.
(3) المرجع السابق الذكر بند 630 ص 571.
(4) المرجع السابق الذكر بند 646 ص 585.
(5) المرجع السابق الذكر بند 601 ص 642.

لا يشترط في رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود، لأن مصدر التزام رب العمل ليس إرادته بل القانون.

ويكاد الفقه الفرنسي يجمع على هذا الرأي، على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يورد نصا عن أهلية رب العمل. فيقول بلانيول وريبير وبولانجيه[1] «أن رب العمل ملتزم دون أن تؤخذ أهليته في الاعتبار،والتزامه يترتب في الواقع من القانون، دون أن يكون لارادته دخل في التزامه».

ويقول ستارك[2] أن رب العمل يلتزم بالالتزامات المترتبة على الفضالة ولو كان ناقص الأهلية. ومن هذا الرأي ديموج[3] وجوسران[4].

بل أن القضاء الفرنسي يقول بهذا الرأي، فقد أصدرت دائرة العرائض بمحكمة النقض هناك حكما بتاريخ 1910/10/20[5] قالت فيه: «أن التصرفات التي يقوم بها النائب القانوني عن عديم التمييز، حتى لو كانت خارجة عن نطاق سلطاته، وبدون اتخاذ الاجراءات الشكلية الضرورية، يجوز أن تكون صحيحة بصفتها من أعمال الادارة النافعة.

ونخلص من ذلك الى أنه لا يشترط في رب العمل أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد، سواء تصرف الفضولي باسمه أو باسم رب العمل.

غير أنه يلاحظ أن رب العمل حين يستعمل حقه في معارضة الفضولي في قيامه بأعمال الفضالة، أو حين يقرأ عمال الفضولي، يجب أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد، ذلك لأن المعارضة أو الاقرار تصرفان قانونيان يصدران عن إرادته المنفردة[6].

---

(1) المرجع السابق الذكر ج 2 بند 12273.
(2) المرجع السابق الذكر بند 12273.
(3) المرجع السابق الذكر بند 30.
(4) القانون المدني الفرنسي ج 2 بند 1149.
(5) نشر هذا الحكم في سيرية سنة 1912 عدد/1 برقم 337.
(6) ستارك المرجع السابق الذكر بند 2274، 2275 ص 674 وديموج المرجع السابق الذكر 30.

نائب الفضولي

183 ــ يجوز أن ينصب الفضولي نائبا عنه يقوم بأعمال الفضالة، وقد ورد النص على ذلك بالمادة 2/154 م ج التي تقضي بما يلي: «وإذا عهد الفضولي الى غيره بكل العمل الذي (تكفل) به أو ببعضه كان مسؤولا عن تصرفات نائبه، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب».

وقد سبق أن أوردنا ما يقابل نص المادة 154 م ج من النصوص العربية الأخرى ومن النصوص الأجنبية، ولكن يلاحظ أن القوانين العربية هي وحدها التي تعرضت لذكر نائب الفضولي، فللفضولي أن ينيب عنه غيره سواء في بدء الفضالة أو خلال قيامه بها، إذ ربما يضطره مرض أو غياب عن مواصلة أعمال الفضالة، كما يجوز له أن ينيب عنه غيره في كل أعمال الفضالة أو في بعضها فقط.

وحكم نائب الفضولي كثيرا لشبه بحكم نائب الوكيل الذي نصت عليه المادة 580 م ج، غير أن بين نائب الفضولي ونائب الوكيل أوجه اتفاق وأوجه اختلاف:

أولا: أوجه الاتفاق

1 ــ كلاهما يعين من قبل الفضولي أو الوكيل، لا من قبل رب العمل أو الموكل.
2 ــ كلاهما مسؤول عن عمله قبل الفضولي أو قبل الوكيل.
3 ــ كلاهما ترفع ضده دعوى مباشرة نص القانون عليها لصالح رب العمل ولصالح الموكل.

ثانيا: أوجه الاختلاف

1 ــ نائب الوكيل له دعوى مباشرة ضد الموكل، بينما نائب الفضولي ليس له دعوى مباشرة ضد رب العمل، ويرجع ذلك الى أن الدعوى المباشرة لا تكون الا بنص في القانون، وقد نص القانون في المادة 3/580 م ج على أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر، ولم يرد مثل هذا النص بالنسبة الى نائب الفضولي.

2 ــ الوكيل ونائبه ملزمان ازاء الموكل متضامنين، إذا عين الوكيل نائبه دون ترخيص من الموكل، بينما لا يسأل الفضولي ونائبه متضامنين ازاء رب العمل، إذ أنه لا تضامن الا بنص في القانون في غير حالات التعاقد التي يجوز فيها الاتفاق على التضامن.

ويلاحظ أنه يجوز لرب العمل، الى جانب الدعوى المباشرة أن يرجع على نائب الفضولي بالدعوى غير المباشرة أيضا مستعملا فيها حق مدينه الفضولي[1]، غير أن الدعوى غير المباشرة لا تتيح له من المزايا ما تتيحه الدعوى المباشرة، لأن استعمال الدعوى غير المباشرة سوف ينتهي بادخال حصيلتها في ذمة المدين (الفضولي) بحيث يتقاسم حصيلتها كل الدائنين، بينما ترجع حصيلة الدعوى المباشرة الى رب العمل وحده.

وكما أن لرب العمل أن يرجع على الفضولي إذا ارتكب خطأ في قيامه بأعمال الفضالة، فإن له كذلك أن يرجع عليه بسبب خطأ نائبه، ويرى الفقه أن رجوع رب العمل على الفضولي بسبب خطأ نائبه، هو كرجوع المضرور على المتبوع بسبب خطأ تابعه، لأن نائب الفضولي يعتبر تابعا له[2] غير أن الأستاذ سليمان مرقس[3] يرى أن مسؤولية الفضولي عن خطأ نائبه هي كمسؤولية المدين عن أعمال مساعديه في تنفيذ التزامه.

ولكن مجموعة الأعمال التحضيرية ترجح الرأي الأول إذ تقول: «ويسأل الفضولي كذلك باعتباره متبوعا عن خطأ من ينيبه عنه، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل»[4] والأخذ بأحد الرأيين تترتب عليه نتائج قانونية هامة، فإذا قلنا بأن الفضولي يعتبر متبوعا ونائبه يعتبر تابعا له، ترتب على ذلك ألا يكون للفضولي أن يتخلص من مسؤوليته عن خطأ تابعه حتى بأثبات السبب

(1) أنور سلطان ــ مصادر الالتزام بند 580.
(2) أنظر في هذا الرأي: الوسيط للسنهوري ج 1 بند 882 ص 1413.
(3) مصادر الالتزام بند 603 ص 681.
(4) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 476.

الأجنبي، بخلاف مسؤولية المدين عن خطأ مساعديه فيجوز له التخلص منها بإثبات السبب الأجنبي.

184 ــ تضامن الفضوليين:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 154 م ج على مايلي: «وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد، كانوا متضامنين في المسؤولية» وقد سبق أن ذكرنا النصوص الغربية والأجنبية التي تقابل المادة 154 م ج.

ولكن يلاحظ أن القوانين التونسي والمغربي، واللبناني، والعراقي لم تنص على تضامن الفضوليين، كما أن القوانين الغربية لم تتعرض لهذا الحكم.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري مايلي: «وعند تعدد المتصدين لشأن واحد من الفضوليين، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن، ولما كان هذا الخطأ يغاير صنوه في نطاق المسؤولية التقصيرية، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسؤولين بنص خاص»[1]، فالتضامن لا يتقرر الا بنص أو بالاتفاق في العقود، وبما أن الفضالة ليست عقدا، وليست داخله في نطاق المسؤولية التقصيرية التي أورد القانون نصا على التضامن فيها (م 126 م ج) فقد كان من الضروري، لكي يقوم التضامن بين الفضوليين أن ينص عليه، ولم يكن القانون المدني المصري القديم ينص على التضامن بين الفضوليين سائرا في ذلك على نهج القانون المدني الفرنسي الذي لم يتناول النص على هذا التضامن.

وبمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 154، يقوم بين الفضوليين، إذا تعددوا، تضامن بشرط أن تكون فضالتهم منصبة على عمل واحد: ولكن إذا تعدد الفضوليون وتولى كل منهم عملا يختلف عن عمل الآخرين فلا يكون هناك تضامن بينهم، بل يسأل كل منهم على انفراد.

(1) المرجع السابق ج 2 ص 476.

وحكم التضامن بين الفضوليين الذين يقومون بعمل واحد يجعل لرب العمل الحق في أن يرجع على أي واحد منهم بكل ماله من حقوق تترتب على الفضالة، ولمن قام منهم بالوفاء بكل هذه الحقوق أن يرجع على المتضامنين معه كل بحسب نصيبه. وبما أن القانون لم ينص على تضامن أرباب العمل إذا تعددوا، كما نص على تضامن الموكلين إذا تعددوا (م 584 م ج)، فإن أرباب العمل إذا تعددوا كان كل منهم مسؤولا وحده دون تضامن بينهم.

185 ـ موت الفضولي وموت رب العمل

تنص المادة 156 م ج على مايلي: «إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلزم به ورثه الوكيل طبقا لأحكام المادة 2/589.

وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملزما به نحو مورثهم» ويقابل نص هذه المادة، 194 م م، 195 م س، 197 م ليبي، 152 م لبناني 1153 م تونسي، 957 م مغربي و 62 من المشروع الفرنسي الايطالي، ولا مقابل له في القانون الفرنسي، الا فيما يخص موت رب العمل» (م 1373 م فرنسي).

وتقول مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، بهذا الصدد مايلي:

«يظل الفضولي مرتبطا بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل. وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول اليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث، بيد أن التزامات الفضولي تنقضى على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل الى ورثته. ومع ذلك فيلتزم هؤلاء الورثة التزاما شخصيا مباشرا بما يلتزم به ورثة الوكيل»[1].

وينبغي هنا أن نفرق بين موت الفضولي وبين موت رب العمل.

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2 ص 480.

أولا: موت الفضولي

تنقضي الفضالة بموت الفضولي، كما تنتهي الوكالة بموت الوكيل، ولذلك أحالت الفقرة الأولى على المادة 2/589 الخاصة بموت الوكيل، وهذه الفقرة تنص على مايلي: «وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل، يجب على ورثته، إذا توفرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا الى أخطار الموكل بموت مورثهم، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل».

وتطبيقا لهذين النصين، إذا مات الفضولي انقضت الفضالة بموته، لأنه هو الذي تولى الفضالة بإرادته دون أن يكون ملتزما بها، والا فإن الالتزام ينتقل في الأصل الى الخلف العام (م 108 م ج)، وعلى ذلك فلا يلتزم ورثته بالاستمرار في الفضالة، ولكنهم يلتزمون فقط، إذا كانوا يتمتعون بالأهلية الكاملة، وكانوا على علم بأن مورثهم كان يتولى أعمال الفضالة لحساب رب العمل، بأن يخطروا هذا الأخير بموت مورثهم، وإذا كان مورثهم قد شرع في أعمال فضالة فعليهم أن يتخذوا من التدابير ما يلزم لحماية هذه الأعمال حتى لا تتعرض للتلف، وحتى يستطيع رب العمل أن يتولى هذه الأعمال بنفسه.

ثانيا: موت رب العمل

هنا تختلف الفضالة عن الوكالة، فبينما ينهي موت الموكل الوكالة (م 586 م ج) فإن موت رب العمل لا ينهي الفضالة، بل يظل الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم.

والسبب في ذلك هو أن الوكالة تقوم في الأصل على اتفاق يتم بين الموكل والوكيل، وكلاهما يعرف الآخر، وتقوم بينهما علاقة شخصية، ولذلك فإن موت احدهما ينهي الوكالة، مالم يتفق الورثة على تعيينه من جديد.

أما الفضولي فإنه يقوم بأعمال الفضالة دون أن تكون بينه وبين رب العمل علاقة شخصية، وكثيرا ما تكون الفضالة بغير علم رب العمل، وبدون

أن يعرف الفضولي، فموته اذن لا يؤثر على استمرار أعماال الفضالة التي يقوم بها الفضولي بدافع ايثاري، ولذلك فعليه أن يستمر فيها حتى يتمها، وهو ملزم بذلك نحو الورثة كما كان ملزما نحو المورث، ويظل فضوليا بالنسبة الى الورثة، كما أن الورثة يظلون بالنسبة اليه أرباب عمل ويلتزمون نحوه بما كان يلتزم به مورثهم.

هذا ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي، الذي لم يتناول موت الفضولي، ينص في المادة 1373 على أن الفضولي يلتزم بالاستمرار في الفضالة، حتى لو مات رب العمل قبل أن يتم الفضولي العمل الذي بدأه، وحتى يستطيع الوارث أن يتولى هذا العمل. وهو في ذلك يقترب من النصوص العربية فيما عدا استمرار الفضولي ملتزما نحو الورثة كما كان نحو مورثهم.

وأخيرا يلاحظ الفرق بين التزام الوكيل بعد انقضاء الوكالة بموت الموكل، وبين التزام الفضولي بعد موت رب العمل، فالأول ملزم فقط بأن يصل بالأعمال التي بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف، ولو لم تكن قد تمت بعد، بينما الثاني ملزم بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمه أو حتى يتمكن الورثة من اتمامه، فلا يكفى اذن أن يصل بعمله إلى حالة لا يتعرض معها للتلف، بل يجب عليه أن يتمه.

186 ـــ تقادم دعاوي الفضالة

تنص المادة 159 م ج على مايلي: تسقط الدعاوي الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء (خمس) عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق».

وتقابل هذه المادة حرفيا، فيما عدا التقصير، المواد 197 م م 198 م س، 200 م ليبي ولا مقابل لها في القانونين التونسي والمغربي، أما القانون المدني الفرنسي فيخضع التقادم هنا للمبدأ العام المنصوص عليه بالمادة 2262 وهو 30 سنة.

ولقد قصرت القوانين العربية الأخرى مدة التقادم هذا الى ثلاث سنين من يوم علم كل طرف بحقه، وذلك أسوة بما قضت به في دعاوي الابطال، والمسؤولية التقصيرية ودفع غير المستحق، بينما مد القانون المدني الجزائري المدة الى عشر سنين في حالة العلم، كما فعل في المواد السابقة الذكر، ونكرر ما سبق أن كررناه من قبل وهو أن تطويل مدة التقادم يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات، ولذلك فإن القانون المدني السويسري قصر المدة الى سنة واحدة في حالة العلم، وجعل المدة عشر سنين من تاريخ نشوء الحق، إذا لم يتوافر العلم.

وإذا كانت القوانين العربية قد اختلفت بصدد المدة القصيرة، فقد اتفقت فيما يتعلق بالمدة الطويلة وهي 15 سنة من يوم نشوء الحق في حالة عدم العلم.

ونكرر ما سبق أن قلناه من أن الدفوع لا تسقط بمضي المدة، فإذا طالب الفضولي أو رب العمل بتنفيذ التزام سقط بمضي مدة التقادم المقررة، فإن للآخر أن يدفع طلبه بعد مضي هذه المدة.

المكتبة المركزية

الفصل الرابع

المصدر الرابع للالتزام القانون La loi

187 ـــ تمهيـد

أورد القانون المدني الجزائري القانون كمصدر للالتزام في الفصل الأول من مصادر الالتزام، بينما اوردته القوانين العربية كمصدر خامس للالتزام. وبما أن القوانين العربية الأخرى قد أتت بالارادة المنفردة كمصدر عام للالتزام يأتي في المرتبة الثانية بعد العقد، ولم يأت القانون المدني الجزائري بالارادة المنفردة كمصدر عام للالتزام، فقد صارت مصادر الالتزام فيه أربعة فقط.

ولما كانت القوانين العربية الأخرى قد وضعت القانون في المرتبة الخامسة بعد العقد، والارادة المنفردة، والفعل الضار، والاثراء بلا سبب، وذلك نظرا لقلة الالتزامات الناشئة عنه مباشرة، ولما كان كل الفقهاء العرب قد تناولوا شرح هذا المصدر بعد المصادر الأربعة، ولما كنت قلت في بدء هذه الدراسة إني سوف اتعرض للالتزامات التي تنشأ عن القانون مباشرة فيما بعد، فقد أخرت دراسة القانون كمصدر للالتزام الى ما بعد دراسة المصادر الثلاثة الكبرى، وأقول عنه كلمة موجزة هنا.

188 ـــ لقد سبق أن ذكرت أن المادة 53 م ج تنص على القانون كمصدر للالتزام كما يلي «تسرى على الالتزامات الناجمة مباشرة عن القانون (دون غيرها) النصوص القانونية التي قررتها».

ويلاحظ على النص العربي لهذه المادة أنه مخطىء في وضع عبارة (دون غيرها) التي تعود على الالتزامات، مع أن المراد، الذي يؤخذ من النصوص العربية الأخرى ومن النص الفرنسي لهذه المادة، هو أن هذه الالتزامات هي التي تنشأ عن القانون وحده مباشرة . ولقد نصت المادة 198 مدني مصري والمواد العربية الأخرى التي حذت حذوها على مايلي: «الالتزامات التي تنشأ عن القانون وحده، تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأتها».

وجاء النص الفرنسي للمادة 153 م ج مطابقا تماما للنصوص العربية الأخرى، فقد ورد على النحو التالي ((Les obligations qui découlent directement et uniquement de la loi, sont régies par les dispositions qui les ont établies))

وتقابل المادة 53 م ج المواد 198 م م 199 م س، 201 م ليبي 245 م عراقي 120 م لبناني ومن القوانين الغربية 1370 مدني فرنسي.

وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري عن الالتزامات التي مصدرها القانون مايلي:

«أوجز (المشروع) ايجازا بينا فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر عن نص القانون مباشرة وقد حداه على ذلك ما هو ملحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها، فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشيء له بتعيين مضمونه وتحديد مداه فمرجعها جميعا أحكام التشريعات الخاصة بها...»[1].

ثم علقت المذكرة الايضاحية على المادة 198 بما يلي: «كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع الى القانون، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعا. فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر (تصرفا قانونيا، أو عملا) غير مشروع، أو إثراء بلا سبب، ويرد في مصدره الأخير الى القانون. ومنها، على نقيض ذلك، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير في آن واحد. ويراعي أن القانون يعتبر في هذه الصورة مصدرا وحيدا يتكفل بإنشاء الالتزام رأسا، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه...»[2] وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن ارادة ذوي الشأن فهي لا تقتضي فيهم أهلية ما (المادة

(1) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 490.
(2) مجموعة الأعمال التحضيرية ج 2 ص 492.

120 من التقنين اللبناني). ومع ذلك فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات مراعيا في ذلك أنها تترتب بمعزل عن الارادة. وبما أن النص القانوني هو الذي ينشيء الالتزام الذي يكون القانون هو مصدره المباشر والوحيد والأخير، فنص القانون هو الذي يحدد هذا الالتزام وأحكامه.

ومن الالتزامات التى أنشأها القانون وحده، وحدد مداها، التزامات الجوار المنصوص عليها بالمواد 690 وما يليها من القانون المدني الجزائري والتي سماها القيود التي تلحق الملكية.

ومنها التزامات الأسرة، مثل ما نص عليه قانون الأسرة في م 36 ــ 39 من حقوق وواجبات في المواد 87 وما يليها.

ولقد أدرج الأستاذ السنهوري التزامات الفضولي بين الالتزامات التي يعتبر القانون مصدرها المباشر[1].

ولقد رأينا في بحثنا عن مصدر التزامات الفضولي أن الصحيح هو أن مصدر الالتزامات التي تترتب عليه في الفضالة هو إرادته المنفردة وأن كان القانون هو مصدرها غير المباشر. كما أن الأستاذ السنهوري يعتبر القانون هو المصدر المباشر للالتزام بالارادة المنفردة[2]. وسوف نرى فيما بعد أن الالتزام بالارادة المنفردة مصدره هذه الارادة، وكلما تدخلت ارادة الانسان في انشاء الالتزام، كانت ارادته هي المصدر المباشر لالتزامه، والقانون هو المصدر غير المباشر.

(1) الوسيط ج 1 بند 902 ص 1440.
(2) الوسيط ج 1 بند 902 ص 1440.

الفصل الخامس

الارادة المنفردة كمصدر للالتزام[1]

189 ــ نادى كثير من الفقهاء الألمان المحدثين وبعض الفقهاء الفرنسيين مثل ورمز، وسالي وديموج وجوسران، بأن الارادة المنفردة قادرة على انشاء الالتزام، بينما رفضت أغلبية الفقه الفرنسي، وعلى رأسها بلا نيول، الأخذ بهذا الرأي ولم يعتنقه تقنين نابوليون، بينما أخذ القانون المدني الألماني (م 305) بالارادة المنفردة كمصدر استثنائي للالتزام، بل وذهب المشروع الفرنسي الايطالي الى اعتبارها مصدرا عاما للالتزام (م 60)، وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يأخذ بهذا الرأي (م 228)، ولكن حذف نص هذه المادة من التقنين النهائي الذي اقتصر على تطبيقات محدودة للالتزام بالارادة المنفردة. ويرى الأستاذ السنهوري[1] أن هذه التطبيقات قد أصبح مصدرها هو نص القانون لا الارادة المنفردة. واعتقد أنه ما دامت الارادة هي التي أنشأت هذه الالتزامات، فينبغي أن تسند الى الارادة لا الى القانون، فالارادة وحدها هي التي انشأتها، ثم رتب القانون الجزاء عليها، فكان مصدرا غير مباشر لها، كما في غيرها من المصادر الارادية. فإذا لم تتجه الارادة الى انشاء هذه الالتزامات، فإنها لن تنشأ، أما الالتزامات التي ينشئها القانون فلا دخل فيها للارادة.

والالتزامات التي أوردها القانون الجزائري تطبيقا للالتزام بالارادة المنفردة هي مايلي:

1 ــ الايجاب الملزم (م 63 مدني)، ومن تطبيقات الايجاب الملزم، الوعد الملزم لجانب واحد.(م 71 مدني).

---

(1) للمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، يرجع الى البحث القيم الذي وضعه الأستاذ المستشار تقيه محمد، تحت اشراف المؤلف، ونال دبلوم الدراسات العليا سنة 1977 من معهد الحقوق بالعاصمة.

(2) الوسيط ج 1 بند 908 ص 1454.

2 ــ اجازة العقد القابل للابطال (المواد 100 وما يليها من القانون المدني).
3 ــ الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور (م 115 مدني).
4 ــ الاقرار (La ratification) المنصوص عليه بالمادة 114 بصدد التعهد عن الغير، وبالمادة 152 في الفضالة، وبالمواد 153 وما يليها بصدد التزامات الفضولي، وبالمادة 1/398 بصدد بيع مالك الغير، وبالمادة 83 من قانون الأسرة.
5 ــ تطهير العقار من الرهون التي تثقله (المواد 915 وما يليها من القانون المدني).
6 ــ الوصية (المواد 184 وما يليها من قانون الأسرة).
7 ــ الوقف (المواد 217 وما يليها من قانون الأسرة)

ولما كان أهم التزام تعرض له القانون المدني هو الالتزام المترتب على الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور، المنصوص عليه بالمادة 115 م ج، فإنا نخصه بكلمة مختصرة. والمادة 115 م ج، تقابل المواد 162 م م، 163 م س 164 م ليبي، 185 م عراقي وقد نصت المادة 115 م ج على مايلي:

«من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين، يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلا لانجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده باعلان الجمهور. على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور»

ويتضح من نص هذه المادة أن شروط قيام الوعد بجائزة تتلخص فيما يلي:
1 ــ أن تتجه ارادة الواعد الى الالتزام الذي شرحناه من قبل.
2 ــ أن تكون هذه الارادة خالية من العيوب التي تشوب الارادة والتي سبق شرحها.

3 ــ وأن توجه الى الجمهور أو الى طائفة غير محدودة من الناس، لا الى أشخاص معينين، وألا كان هناك عقد.
4 ــ وأن يوجه هذا الاعلان الى الجمهور بأية طريقة من طرق الاعلام، كالصحف اليومية أو المذياع أو المنشورات.
5 ــ وأن يتضمن الاعلان جائزة (جعالة) مالية أو عينية أو أدبية.
6 ــ وأن تكون هذه الجائزة عن القيام بعمل معين، مثل رد شيء، أو رد طفل تائه، أو تقديم تصميم هندسي لبناء عمارة أو مصنع، أو ابتكار اختراع جديد.

190 ــ أحكام هذا الوعد:

1 ــ اما أن تحدد له مدة معينة للقيام بالعمل المطلوب، فيلتزم الواعد بالبقاء على وعده طوال المدة المحددة، ولا يجوز له الرجوع قبل انتهائها، ويجرى على وعده حكم الايجاب الملزم.
2 ــ ويستحق الجائزة من قدم له العمل المطلوب، سواء كان قد أتمه قبل الاعلان أو في خلال المدة المحددة، وسواء كان قد علم بالاعلان أو لم يعلم، أي سواء كان قد قام بالعمل من أجل الجائزة أو قام به دون علمه بالجائزة.
3 ــ وإذا انقضت المدة المحددة للوعد دون أن يتقدم أحد بالعمل، انقضى التزام الواعد بانقضاء الأجل.
4 ــ وإما ألا يكون الواعد قد حدد مدة للقيام بالعمل المطلوب، فيجوز له الرجوع في دعمه إذا لم يتقدم أحد بالعمل المطلوب في مدة معقولة، ويكون الرجوع عن الوعد بنفس طريقة الاعلان التي تم بها الوعد.

5 ــ وإذا كان هناك من قام بالعمل المطلوب قبل رجوع الواعد، فإنه يستحق الجائزة.

6 ــ وله أن يطالب بالجائزة بدعوى أمام القضاء حدد لها النص ستة أشهر لرفعها، وتبدأ هذه المدة من تاريخ اعلان العدول، فإذا انقضت هذه المدة، وهي مدة سقوط Déchéance، دون رفع هذه الدعوى، فلا يكون لمن قام بالعمل المطلوب الا أن يرجع على الواعد طبقا لاحكام المسؤولية التقصيرية.

وننتهي من ذلك الى أن القانون المدني الجزائري لم يشأ أن يجاري القوانين العربية الأخرى في اعتبار الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام، على عكس ما ورد في المواد 162 م م، 163 م س، 164 م ليبي، فكان بذلك منطقيا مع نفسه أكثر من هذه القوانين التي لم تورد تحت هذا المصدر الا الوعد بجائزة الموجه الى الجمهور.

قائمة بأهم المراجع:

أولا ــ باللغة العربية

1 ــ السنهوري (عبد الرزاق) ــ الوسيط مصادر الالتزام ــ ج 1 طبعة بيروت 1973

2 ــ الموجز لنفس المؤلف ــ في النظرية العامة للالتزامات ــ القاهرة 1938

3 ــ نظرية العقد لنفس المؤلف ــ القاهرة 1934

4 ــ أحمد حشمت أبو ستيت ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة 1954.

5 ــ جميل الشرقاوي ــ النظرية العامة للالتزام ج 1 ــ القاهرة 1981.

6 ــ عبد المنعم فرج الصده ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة 1960.

7 ــ أنور سلطان ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة 1966.

8 ــ عبد الحي حجازي ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة 1954.

9 ــ محمد كامل مرسى ــ النظرية العامة للالتزام ــ القاهرة 1954.

10 ــ أحمد سلامة ــ مذكرات في نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزام ــ القاهرة ــ 1975.

11 ــ اسماعيل غانم ــ النظرية العامة للالتزام ــ القاهرة 1968.

12 ــ سليمان مرقس ــ الوجيز في نظرية الالتزام ــ القاهرة 1961.

13 ــ لنفس المؤلف ــ الفعل الضار ــ القاهرة 1956.

14 ــ لنفس المؤلف ــ المسؤولية المدنية في تقينات البلاد العربية ــ القاهرة 1971.

15 ــ حسين عامر ــ المسؤولية المدنية ــ القاهرة 1956.

16 ــ محمود جمال الدين زكي ــ الوجيز في نظرية الالتزام ــ مصادر الالتزام ج 1 ــ القاهرة 1976.

17 ــ لنفس المؤلف ــ مشكلات المسؤولية المدنية ــ القاهرة 1978.

18 ــ مصطفى مرعى ــ المسؤولية المدنية في القانون المصري ــ القاهرة 1936.

19 ــ عبد السلام ذهني ــ الالتزامات ــ القاهرة 1921.
20 ــ الشيخ محمد أبو زهرة ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ــ بيروت 1976.
21 ــ موسوعة الفقه الاسلامي تحت اشراف الشيخ محمد أبو زهرة عدة أجزاء ــ القاهرة 1971.
22 ــ الشيخ علي الخفيف ــ الضمان في الفقه الاسلامي ــ القاهرة 1971.
23 ــ الشيخ محمود شلتوت ــ الاسلام عقيدة وشريعة ــ القاهرة 1980.
24 ــ الدواليبي ــ الوجيز في الحقوق الرومانية دمشق 1961.
25 ــ وهبة الزحيلي ــ نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ــ دمشق 1970.
26 ــ لنفس المؤلف ــ الفقه الاسلامي وأدلته ثمانية أجزاء ــ دمشق 1985.
27 ــ عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوي ــ مبادىء القانون الروماني ــ القاهرة 1956.
28 ــ عمر ممدوح مصطفى ــ الموجز في القانون الروماني ــ الأسكندرية 1953.
29 ــ رضا فرج ــ تاريخ النظم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية ــ الجزائر 1976.
30 ــ مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري 7 أجزاء ــ القاهرة 1950.
31 ــ مشروع تنقيح القانون المدني المصري ج 2 ــ الالتزامات ــ القاهرة 1942.
32 ــ سلسلة مقالات للمؤلف نشرت بمجلة الشرطة ــ الجزائر ابتداء من العدد 19 في ديسمبر 1982.
33 ــ محاضرة للمؤلف ألقيت بوهران في ماي 1976 تحت عنوان نظرة عامة على القانون المدني الجزائري.

ثانيا ــ بالفرنسية

1 - R. Demogue: Traité des obligations T. 4 et 5 Paris 1925.
2 - B. Starck: Les obligations Paris 1972.
3 - A. Weil et F. Terré: Les obligations Paris 1980.
4 - Ripert et Boulanger - Traité élémentaire de droit civil T2 Paris 1957.
5 - L. Josserand: Cours de droit civil positif français T2 Paris 1933.
6 - Mazeaud: Leçons de droit civil T2 Paris 1978.
7 - Mazeaud: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile T2 1970
8 - Savatier: La responsabilité civile T1 Paris 1951.
9 - M. Rassat: La responsabilité civile Paris 1973.
10 - Marty et Raynaud: Les obligations T2 Paris 1962.
11 - Lalou: La responsabilité civile Paris 1955.
12 - Le tourneau: La responsabilité civile Paris 1982.
13 - Planiol et Ripert et Esmein: Traité pratique de droit civil Paris 1952.
14 - Ripert: La règle morale dans les obligations civiles Paris 1949.
15 - G. Viney: La responsabilité civile - conditions Paris 1982.
16 - Carbonnier: Théorie des obligations T4 Paris 1975.
17 - Colin et Capitant, par J. de la Morandière: Traité de droit civil Paris 1959.
18 - J. Flour et Aubert: Les obligations Paris 1975.
19 - Planiol, Ripert et Hamel: Traité pratique de droit civil français T10 Paris 1956.
20 - André Tunc: La responsabilité civile Paris 1981.
21 - Ghestin: Le contrat Paris 1980.
22 - Saleilles: Théorie générale de l'obligation Paris 1914.
23 - N. Terki: Responsabilité et régime général O.P.U 1982.
24 - Les grands arrêts de la jurisprudence civile Paris 1984.

ملحق لصفحة 40 مكرر

هل يعتبر العقد تاما بمجرد الاتفاق على المسائل الجوهرية وحدها؟

تنص المادة 65م . ج على مايلي: «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد (مبرما)، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فان المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف، والعدالة»

ويتفق هذا النص مع نص المادة 95 مدني مصري ومع نصوص القوانين العربية الأخرى التي حذت حذوه.

وقد استمدت قوانيننا العربية هذا الحكم من القانون البولوني (م 2/61)، غير أن هذا القانون يعطي للمتعاقدين الحق في ان يشترطا بطلان العقد عند عدم اتفاقهما على المسائل التفصيلية، بينما تفرق قوانيننا العربية بين فرضين.

الفرض الأول: أن يتفق المتعاقدان في العقد على انهما إذا لم يتفقا على هذه المسائل التفصيلية فلا يتم العقد، وحينئذ، إذا لم يتفقا على هذه المسائل اعتبر العقد غير قائم، وكأنه لم يكن.

الفرض الثاني: ألا يشترطا في العقد الجزاء الذي يترتب على اختلافهما حول هذه المسائل، وحينئذ إما أن يتفقا عليها فيتم العقد، وإما أن يختلفا حولها فتتولى المحكمة الفصل في هذا الخلاف طبقا للمعايير التي ذكرها نص المادة 65، ويتم العقد. بمقتضى حكم المحكمة.

وقد اتفقت قوانيننا العربية في هذا الحكم مع القضاء الفرنسي (أنظر في ذلك حكما لمحكمة النقض هناك صدر في 1885/12/1 ونشر في مجموعة سيريه سنة 1887 عدد /1 برقم 65)، وما زال هذا القضاء مستقرا على هذا الحكم حتى الآن، على الرغم من عدم وجود نص في القانون. وكذلك اتفقت قوانيننا مع القانون السويسري (م 2)، أما القانون الألماني فقد خالف هذا الحكم، ونص بالمادة (154 مدني) على أن العقد لا يتم الا إذا اتفق المتعاقدان فيه على جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية.

وتطبيقا لقوانيننا، إذا اتفق المتعاقدان في عقد البيع مثلا على تعيين الشيء المبيع وعلى مقداره وعلى مقدار الثمن، واحتفظا بكيفية دفع الثمن وطريقة الدفع الى ما بعد، ولم يشترطا ألا يتم العقد عند عدم اتفاقهما على طريقة دفع الثمن ثم اختلفا فيما بعد على طريقة الدفع هل تتم دفعة واحدة أو على أقساط، أو في شكل مرتب لمدى الحياة، فصلت المحكمة في هذا الخلاف على ضوء المعايير الواردة بالنص، وتم البيع بمقتضى الحكم.

الفهـــرس

الموضـوع	الصفحة
تمهيد:	5
الفصل الأول:	7
المبحث الأول: تقسيم العقود:	11
تقسيم العقود الى عقود تبادلية وعقود ملزمة لطرف واحد:	12
أهمية هذا التقسيم:	13
تقسيم العقود الى عقود محددة وعقود احتمالية أو عقود غرر:	16
أهمية هذا التقسيم:	17
تقسيم العقود الى عقود معاوضة وعقود تبرع:	17
أهمية هذا التقسيم:	18
المبحث الثاني: تقسيم العقود الى عقود فورية وعقود زمنية أو مستمرة:	19
أهمية هذا التقسيم:	20
تقسيم العقود الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية:	21
تقسيم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة:	24
تقسيم العقود الى عقود بسيطة وعقود مركبة أو مختلطة:	25
تقسيم العقود الى عقود مساومة وعقود اذعان:	26
المبحث الثالث: أركان العقد:	27
التراضي:	28
السكوت:	30
الارادة الباطنة والارادة الظاهرة:	32
التعاقد في مجلس العقد:	33
التعاقد بين غائبين:	34
أهمية تحديد زمان العقد ومكانه:	35
أثر موت الشخص أو فقد أهليته على التعبير عن إرادته:	36
القبول في عقود المزاد:	38
القبول في عقود الاذعان:	38
متى يكون الايجاب ملزما ؟:	40
المبحث الرابع: التعاقد بالنيابة:	41
شروط النيابة في التعاقد:	42
آثار التعاقد بالنيابة:	44

تعاقد الشخص مع نفسه:.....45
المبحث الخامس: الوعد بالتعاقد:.....46
آثار الوعد بالتعاقد:.....47
المبحث السادس: شروط صحة التراضي الأهلية:.....48
أهلية الجنين أو الحمل المستكن:.....53
المبحث السابع: عوارض الأهلية الجنون والعته والسفه والغفلة:.....54
عيوب الارادة الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال:.....56
الغلط في الواقع:.....56
الغلط في القانون:.....58
الغلط المشترك والغلط الفردي:.....59
التدليس:.....60
هل يغني عيب الغلط عن عيب التدليس ؟:.....62
التدليس الواقع من غير أحد المتعاقدين:.....63
الاكراه عناصره:.....64
هل يعتبر النفوذ الأدبي اكراها ؟:.....66
الاكراه الصادر من غير أحد المتعاقدين:.....66
الاستغـــلال:.....67
المحل وشروطـــه:.....69
السبـــب:.....73
اثبات السبب:.....76
المبحث الثامن: بطلان العقد وابطاله:.....77
نظرية انقاص العقد:.....79
نظرية تحول العقد:.....80
طلب ابطال العقد:.....81
آثار البطلان:.....83
هل يسقط حق الملوث في الاسترداد ؟:.....85
المبحث التاسع: آثار العقد بالنسبة الى المتعاقدين وخلفهما العام:.....85
بالنسبة الى الخلف الخاص:.....87
بالنسبة الى الدائنين:.....88
بالنسبة الى الغير:.....89
الفرع الأول: التعهد عن الغير:.....89
الفرع الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير وشروطه:.....90

آثار الاشتراط لمصلحة الغير بالنسبة الى أطرافه:.....92
تكييف الاشتراط لمصلحة الغير:.....96
المبحث العاشر: تنفيذ العقد:.....97
نظرية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها:.....98
المبحث الحادي عشر: تفسير العقد:.....101
المبحث الثاني عشر ــ انحلال العقد:.....104
الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي:.....106
الانفساخ بحكم القانون:.....107
تبعة الهلاك:.....108
أثر الفسخ:.....108
مقارنة بين الفسخ والابطال:.....109
الدفع بعد التنفيذ:.....110
الحق في الحبس:.....110
الفصل الثاني: المصدر الثاني للالتزام الفعل غير المشروع:.....111
مقدمة عن أقسام المسؤولية:.....111
المبحث الأول: تقسيم المسؤولية المدنية الى تقصيرية وعقدية:.....113
نظرية وحدة المسؤوليتين ونظرية ازدواجهما:.....114
عرض لكلتا النظريتين وحجج كل منهما:.....114
المبحث الثاني: شروط المسؤولية العقدية:.....119
نوع المسؤولية قبل ابرام العقد رأي اهرنج:.....120
نوع المسؤولية بعد انحلال العقد:.....120
الخيرة أو عدم الخيرة بين المسؤوليتين:.....124
عرض حجج أنصار الخيرة وحجج أنصار عدم الخيرة:.....124
اجازة الخيرة في بعض الحالات الاستثنائية:.....127
موقف الفقه والقضاء والتشريع من هذا الخلاف:.....129
ماهي مصلحة المتعاقدين في اختيار المسؤولية التقصيرية ؟:.....131
المبحث الثالث: شروط قيام المسؤولية التقصيرية:.....138
الخطأ فكرته وتطوره:.....140
تعريف الخطأ ــ اختلاف التعاريف:.....142
المبحث الرابع: نظرية تحمل التبعة ــ أسباب ظهورها:.....150
انصارها وتطورها:.....151

تأثيرها على القضاء والتشريع:.....156
نظرية الضمان:.....160
المبحث الخامس: الضـــرر:.....162
أنواع الضرر ـــ الضرر المادي والضرر الأدبي:.....161
موقف القوانين العربية من التعويض عن الضرر الأدبي:.....165
موقف القانون الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي:.....166
الضرر المباشر والضرر غير المباشر:.....170
هل يقتصر التعويض في المسؤولية التقصيرية على الضرر المباشر ؟:.....171
الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع:.....175
متى يلتزم المدين حتى بالضرر غير المتوقع ؟:.....177
الضرر الحال والضرر المستقبل:.....179
التعويض عن فوات الفرصة:.....184
الضرر الموروث والضرر المرتد:.....186
المبحث السادس: علاقة السببية:.....191
نظرية تكافؤ الأسباب:.....192
نظرية السبب المنتج:.....193
نظرية السبب القريب والسبب البعيد:.....194
اثبات علاقة السببية:.....194
السبب الأجنبي:.....195
شروط السبب الأجنبي:.....197
المبحث السابع: تعدد المسؤولين والتضامن بينهم:.....198
المسؤولية الجماعية:.....199
المبحث الثامن: أحوال انعدام المسؤولية أو تخفيفها:.....202
الدفاع الشرعي:.....202
اطاعة أمر الرئيس:.....203
حالة الضرورة:.....206
المبحث التاسع: تقادم دعوى المسؤولية المدنية:.....208
المبحث العاشر: التعسف في استعمال الحق:.....210
في القانون الروماني:.....210
في الشريعة الاسلامية:.....211
في القانون الفرنسي القديم:.....213
في الفقه والقضاء والتشريع:.....213
المبحث الحادي عشر: علاقات الجوار:.....218

التعسف في استعمال الحق في التشريع الوضعي:.....221
في القوانين العربية:.....222
الفصل الثالث: الاثراء بلا سبب:.....227
المبحث الأول: الاثراء بلا سبب في القوانين العربية:.....230
في القانون المدني الجزائري:.....233
الجزاء المترتب على الاثراء بلا سبب:.....239
تقادم دعوى الاثراء بلا سبب:.....246
المبحث الثاني: دفع غير المستحق:.....247
أحكام رد ما دفع دون حق:.....254
تقادم دعوى الاسترداد:.....261
المبحث الثالث: الفضالة:.....262
الفضالة في القانون المدني الجزائري:.....264
أركان الفضالة:.....265
الالتزامات التي تترتب على الفضالة:.....279
مسؤولية الفضولي:.....286
التزامات رب العمل:.....291
أجر الفضولي:.....298
أهلية الفضولي:.....299
أهلية رب العمل:.....301
نائب الفضولي:.....303
تضامن الفضوليين:.....305
موت الفضولي وموت رب العمل:.....306
تقادم دعوى الفضالة:.....308
الفصل الرابع: المصدر الرابع القانون:.....311
الفصل الخامس: الارادة المنفردة:.....315
الوعد بجائزة:.....315
أحكام هذا الوعد:.....317
المراجع العربية:.....319
المراجع الفرنسية:.....321

المكتبة المركزية
١٩

انجز طبعه على مطابع
ديوان المطبوعات الجامعية
الساحة المركزية - بن عكنون
الجزائر