

نظام المسؤولية العقدية

نظرة انتقادية

للدكتور عبد الرحمن عياد
رئيس محكمة

١ - تمهيد :

يذهب الفقه الحاضر إلى اعتبار المسؤولية العقدية جزاء العقد في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته . وأركان هذه المسؤولية هي نفسها أركان المسؤولية التقصيرية : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . ويقول هذا الفقه أن المسؤولية العقدية لا تثار إلا عند عدم إمكان التنفيذ العيني أو عند عدم عرض المدين الوفاء عينا إذا طالبه الدائن بالتعويض .

وفي رأى جانب من الفقه أنه يجب التمييز بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية . ولذلك تنحى مذهبه بمذهب ازدواج المسؤولية *dualite de responsabilité* والفكرة الموجهة لهذا المذهب في رأى أنصاره ، هي أن الروابط القانونية أما أن تنشأ عن القانون وإما أن تنشأ عن العقد ، فالحقوق والإلتزامات قد تحددها السلطة العامة وقد تحددها إرادات الأفراد فيما يبرمونه من إتفاقات ومن ثم يوجد وضعان مختلفان : الوضع الأول خاص بحماية مصلحة عامة ، والوضع الثانى خاص بحماية مصلحة فردية . والاعتداء على المصلحة العامة هو إخلال بواجب قانونى ، فهو خطأ تقصيرى . والاعتداء على مصلحة خاصة يعد انتهاكاً للوعد ، فهو خطأ عقدي . وأمام اختلاف طبيعة ومجال كل من المسئوليتين في نظر هذا الرأى ، فقد أقام تنظيمياً مختلفاً لكل منهما ورتب فروقاً هامة بينهما .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى وحدة المسؤولية *Unité de responsabilité* لأن كل مسئولية في نظره هي بالضرورة مسئولية تقصيرية . فالواجبات العقدية لا تختلف في شئ عن الواجبات القانونية، إذ أن العقد والقانون

يرتدان إلى أساس واحد : القانون هو تعبير عن توافق الإرادات الفردية (العقد الإجتماعى) والعقد هو قانون المتعاقدين . أى أن القانون عقد عام والعقد قانون خاص . ومن ثم فلا يوجد إلا نوع واحد من الخطأ هو الخطأ التقصيرى ، وكل مسئولية بالتالى هى حتماً مسئولية تقصيرية، ومن يخل بتنفيذ ما تعاقده عليه فهو يرتكب عملاً غير مشروع illicite . والدعوى التى يباشرها الدائن بطلب التعويض عن هذا العمل ليست مؤسسة على العقد نفسه ، لأن الالتزام الأصيل الذى لم ينفذ قد انقضى بتخلف محله ونشأ التزام آخر أساسه الخطأ التقصيرى .

وتذهب غالبية الفقه الحديث إلى اتخاذ موقف وسط . ومجمل رأيها أن أركان المسئوليتين واحدة وليس هناك فرق جوهرى بينهما ، ولكنهما تختلفان فى أن الالتزام بتعويض الضرر فى المسئولية العقدية مرتبط بالالتزام المتولد عن العقد وهو التزام مرده إرادة المتعاقدين ، أما فى المسئولية التقصيرية فلا يوجد اخلال بالالتزام سابق ، بل اخلال بواجب عام هو واجب عدم الإضرار بالغير . ونتيجة لهذا الاختلاف تقوم عدة فروق هامة بين المسئوليتين وإن لم تكن هى كل الفروق التى يقولها أنصار مذهب ازدواج المسئولية .

* * *

وفى رأينا أن نظام المسئولية العقدية نظام خاطيء كلية . ونستند بصفة أساسية فى إثبات خطأ هذا النظام وعدم جدواه ، إلى رأى لنا عن أساس نشأة الالتزام العقدى (١) .

وخلاصة هذا الرأى أن الالتزام العقدى ينشأ بتوافر ركنين : - ركن مادى هو صدور تعبير من شخص أثر فى موقف المخاطب فتولدت لديه ثقة فى هذا التعبير ، وركن معنوى هو تحقق مسئولية صاحب التعبير عنه . والمسئولية تقتضى توافر الإدراك وحرية الإختيار . وهذان الشرطان هما

(١) فى تفصيل هذا الرأى ، رسالتنا - أساس الالتزام العقدى ، تحت الطبع -

قوام كل مسئولية مهما اختلفت صورها . وما المسئولية في معناها العام إلا المبرر البديهي لالتزام الشخصى بالنتيجة المتولدة عن نشاطه ، وسواء أكانت نتيجة ضارة أم نتيجة نافعة . إلا أنه لا يشترط بصدد المسئولية عن النتيجة النافعة توافر ركن الخطأ .

وقد يقال ان المسئولية هنا مرادفة للإرادة الواعية الحرة ، ومن ثم نتمشى مع مذهب الإرادة . إلا أن هذا المذهب إنما يحمل الإرادة على معنى الرغبة أو المشيئة ، بالنظر إلى تصويره الفلسفى القائم على أن الإرادة تتمتع بسلطان يتيح لها أن تصنع القانون الذى تخضع له ، فاذا شاءت أن تلتزم صح التزامها لأنه جاء وفق مشيئتها . كما يترتب على هذا التصوير أن تكون للإرادة مكنه التحلل مما سبق أن التزمت به بمقتضى نفس سلطانها . وبين الإرادة على هذا المفهوم وبين الإرادة في معنى المسئولية فروق هامة منها - فيما يختص بالبحث الحالى - أن المدين إذا لم ينفذ التزامه العقدى فان هذا الالتزام ينقض وينشأ التزام جديد يقع فى نطاق آخر غير نطاق الإرادة فى معنى الرغبة لأنه يتولد رغباً عنها ، ومنها اختلاف مدلول الغلط فى مفهوم الإرادة كظاهرة نفسية باطنة عن مدلوله كما نع من توافر شرط الإدراك فى المسئولية.

وعلى الرغم من استبعاد كثير من النتائج العملية التى تترتب على الأخذ بمذهب الإرادة ، فان نفوذ النظرة الأساسية لهذا المذهب لازال مستمراً . وقد كان من ثمرته قيام نظام المسئولية العقدية كجزء على الإخلال بالالتزام العقدى ، وهو نظام نشأ لتفادى نتيجة شاذة يرتبها مذهب الإرادة ، ولعجز هذا المذهب عن تفسير سقوط الإلتزام فى حالة استحالة تنفيذه لسبب أجنبى .

* * *

٢ - الإلتزام لا ينقض لاستحالة التنفيذ لغير سبب أجنبى أو لامتناع
المدين عن التنفيذ مع إمكانه .

المسألة الأولى فى صدد بحثنا هى التساؤل عما إذا كان الإلتزام الأصيل ينقض فى حالة استحالة التنفيذ العيى للإلتزام العقدى لغير سبب أجنبى

وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه ، حتى يسوغ ان نلجأ إلى المسؤولية العقدية لنستمد منها التزاماً بالتعويض محل محل الالتزام الأصلي ، ذلك أن وضع المسؤولية العقدية - حتى في نظر أنصار ازدواج المسؤولية - يعني حتماً أن المسؤولية مصدر للالتزام بالتعويض ، والا لما كانت هناك حاجة لإثارتها واستلزام توافر أركانها وعدم تولد الالتزام إذا تخلف أحد هذه الأركان . فاذا ما أُجيب على تسارُّنا ذلك بأن الالتزام الأصلي لا ينقضي في الحالتين المذكورتين فإنه لا يكون هناك محل للبحث عن التزام جدد وعن مصدر له .

وواضح في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه أنه ليس هناك سبب لزوال التزمه ، فلا يستطيع المدين بامتناعه أن يتخلص مما التزم به . وما لجأ الدائن إلى طلب التعويض أو على الأصح إلى طلب التنفيذ بمقابل إلا لأن المدين قد امتنع عن التنفيذ العيني ، ومن ثم يتوقع الدائن أن اللجوء إلى طلب هذا التنفيذ لن يكون مجدياً وأن المدين سيضع العراقيل في طريقه .

وفي حالة استحالة التنفيذ العيني لغير سبب أجنبي ، فإن الإلتزام لا ينقضي أيضاً ، إذ لا يوجد هنا سبب من أسباب زوال الإلتزام ، إلا إذا قيل أن المدين يستطيع بفعله أن يمحو التزمه قائماً في ذمته ، وهو قول غير مقبول بداهه .

ومن ثم يكون خطأ أولياً ما يذهب اليه جانب من الفقه ، وخاصة أنصار وحدة المسؤولية في قولهم أنه في حالة هلاك محل الإلتزام بخطأ من المدين أو في حالة امتناعه عن التنفيذ العيني ينقضي الإلتزام ويحل محله التزم جديد ليس مصدره العقد وإنما مصدره المسؤولية ، بدعوى أنه إذا أبرم عقد فان التزمه أول ينشأ هو تنفيذ الوعد ، فاذا لم ينفذ كلياً أو جزئياً ، فان رابطة قانونية جديدة تقوم وتولد التزمه على عاتق المدين بجبر الضرر الذي لحق المدين (١) .

(١) مازو موسوعة المسؤولية ج ١ فقرة ١٠٠ .

وقد انتقد الأستاذان جوسران وديموج هذا القول (وان كان نقدهما قد انصب على مذهب وحدة المسؤولية دون نقد نظام المسؤولية العقدية من أساسه). فيقول جوسران أنه ليس صحيحاً أن الالتزام ينقضى لمجرد أن المدين يرفض تنفيذه، بل على العكس من ذلك تتأكد عندئذ الرابطة القانونية ويظهر مفعول القوة الملزمة للعقد (١) ويقول ديموج : «لقد قيل في معرض تأييد مذهب وحده المسؤولية أنه إذا حدث بعد نشأة الالتزام العقدي ان استحالة تنفيذة بسبب خطأ المدين ، أن الدين ينقضى تلقائياً لإستحالة المحل وينشأ التزام قانوني جديد يخضع للمادة ١٣٢٨ ، بيد أن هذا القول يبدو لنا منتقداً لأنه لا يتماشى مع بقاء الضمانات التي تكفل الالتزام الأصلي كافلة أيضاً لدين التعويض عند عدم التنفيذ» (٢) .

ويقول ستارك (٣) أن الالتزام الذي يتولد عن العقد هو نفسه الالتزام الذي يتولد عن عدم التنفيذ . والدليل على ذلك أن تأمينات الالتزام الأول تظل قائمة بالنسبة للالتزام الثاني وأن التعويض لا يشمل إلا الضرر المتوقع وأن تاريخ دين التعويض هو تاريخ العقد وليس تاريخ الحكم به وأن التضامن في التعويض لا يقضى به إلا إذا كان المدينون متضامنين في الالتزام الأصلي . فكل هذه أوضاع لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار الالتزام بالتعويض مؤسساً على العقد لا على مصدر مستقل ومتميز عنه .

فاذا كان غير صحيح إذن أنه في غير حالة استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي لا ينقضى الالتزام العقدي لعدم انحلال الرابطة التعاقدية، فما حاجتنا إذأ إلى اللجوء لنظام المسؤولية العقدية لتنشئ لنا التزاماً آخر ، والالتزام الأصلي باق لم ينقض ولا زلنا في دائرة تنفيذه . فاذا ما استحال تنفيذه لهلاك

(١) جوسران الالتزامات ج ٢ فقرة ٤٨٠ .

(٢) ديموج الالتزامات ج ٥ فقرة ١٢٣٢ . وفي نفس المعنى اسماعيل غانم أحكام الالتزام ١٩٦٤ فقرة ٢٨ .

(٣) ستارك : المسؤولية المدنية في وظيفتها المزدوجة كضمان وعقوبة خاصة ١٩٤٧

ص ٢٩٠ - ٢٩٢ .

محلّه أو لتعنّت المدین قام التنفيذ بمقابل execution par equivalent مقامه ، وهو نفسه تنفيذ للالتزام الأصلی لا یتحتاج إلى عناصر أخرى ومصدر آخر . لماذا ینفرد الالتزام العقدى دون باقى الالتزامات الأخرى بنظام خاص هو نظام المسئولية العقدية ؟ ولماذا لم یخضع هذا الالتزام كأى التزام آخر إلى نظام التنفيذ بمقابل ؟ .

یقول الأستاذ السهورى فى نظام التنفيذ بمقابل (ويسمیه بعض الفقه التنفيذ بطریق التعویض execution par dommages - inrérets ..فاذا لم یطلب الدائن التنفيذ العینى - حتى إذا كان ممكناً - واقتصر على طلب التعویض ، ولم یعرض المدین من جهته أنه یقوم بتنفيذ التزامه عیداً فإنه یتستعاض عن التنفيذ العینى بالتعویض . ویقوم هذا على أساس اتفاق ضمینى بین الدائن والمدین فإدام الدائن لم یطلب التنفيذ العینى وطلب التعویض فكأنه ارتضى هذا مكان ذلك ، ومادام المدین لم یعرض التنفيذ العینى فكأنه قبل أن یدفع التعویض مكانه ، فیقع الإلتفاق بین الجانبین على التعویض عوضاً من التنفيذ العینى - ونرى من ذلك أن التعویض لیس التزاماً تخیریاً أو التزاماً بديلاً بجانب التنفيذ العینى ، فلیس للالتزام إلا محل واحد هو عین ما التزم به المدین أى التنفيذ العینى - ولا یملك الدائن وحده أو المدین وحده أن یتخار التعویض دون التنفيذ العینى ، فالتعویض إذن لیس بالالتزام تخیری ولا یملك المدین وحده أن یتقدم بالتعویض بدلا من التنفيذ العینى فالتعویض لیس بالالتزام بدلى . ولكن یجوز أن یتبدل بالتنفيذ العینى التعویض النقدى لا بارادة الدائن وحده ولا بارادة المدین وحده ، ولكن باتفاقهما معاً إذا بقى التنفيذ العینى ممكناً أو بحکم القانون إذا أصبح التنفيذ العینى مستحیلاً بخطأ المدین . وفى هاتین الحالتین لا یكون التعویض النقدى إلا بديلاً عن التنفيذ العینى فالإلتزام هو هو لم یتغیر وإنما یتبدل بمحلّه محل آخر باتفاق الطرفين أو بحکم القانون» (١) .

(١) السهورى : الوسیط ج ٢ فقرة ٤٠٩ .

ونلاحظ أولاً ما يأتي :

١ - أن التعبير الأوفق لاقتضاء حق الدائن في حالة استحالة التنفيذ لغير سبب أجنبي وفي حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه، هو تعبير التنفيذ بمقابل وليس التنفيذ بطريق التعويض، لأن التعبير الأخير يوهم بأن (للتعويض) مصدر آخر غير مصدر الالتزام الأصلي وأن إقتضاء التعويض يستلزم توافر شروط أخرى .

٢ - أن التنفيذ بمقابل في حالة امتناع المدين عن التنفيذ العيني مع إمكانه ليس مرده اتفاقاً ضمناً بين المتعاقدين ، فهذا محض افتراض لا يتفق مع الواقع ، إذ معناه أن الطرفين قد توقعوا عند إبرام العقد أنه لن ينفذ من جانب أحدهما فاتفقا على التنفيذ بمقابل من النقود محل التنفيذ العيني . وإنما يرجع الأمر في التنفيذ بمقابل في هذه الحالة وفي حالة استحالة التنفيذ العيني لغير سبب أجنبي ، إلى أن التنفيذ العيني ليس مقصوداً لذاته ، وإنما لأنه يحقق منفعة معينة مقومة بمال ، فيتحول التنفيذ العيني في هاتين الحالتين إلى هذا التقويم النقدي ليحصل الدائن على نفس المنفعة التي كان سيحققها له التنفيذ العيني .

٣ - أن بعض الفقه يقول أن التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض هو بحث للمسئولية ، وان شروط استحقاق التعويض هي شروط المسئولية العقدية ذاتها (١) وسنرى في سياق بحثنا أن هذا غير صحيح وأن التنفيذ بمقابل لا يتطلب أية شروط على وجه الإطلاق .

* * *

والذي نستخلصه مما تقدم أنه في غير حالة استحالة التنفيذ العيني لسبب أجنبي ، يبقى الالتزام قائماً ويحل تنفيذه بمقابل محل التنفيذ العيني ، إذ لازلنا في دائرة تنفيذ هذا الالتزام ، فلا حاجة بنا إذا إلى إنشاء التزام جديد وإلى

(١) راجع في ذلك أنور سلطان : أحكام الالتزام فقرة ٦٧ - سليمان مرقص أحكام الالتزام

البحث عن مصدر له . ولنا أن نتساءل : لماذا لجأ الفقه إلى نظام المسؤولية العقدية في هذا المجال ولم يلجأ لنظام التنفيذ بمقابل ؟ ولماذا قال جانب من الفقه أن الالتزام الأصلي ينقضي ويحل محله التزام جديد ؟ يبدو أن مذهب الإرادة هو الذى يتحمل جانباً من تبعه هذا الانحراف نتيجة اعتداده بالمدلول الحاطيء لمعنى (الإرادة) ، فالفقه يقول عادة في هذا الصدد أن الالتزام الأصلي الناشئ عن العقد قوامه الإرادة فإذا لم ينفذ المدين التزامه فان التزاما آخر ينشأ مصدره القانون la loi ومؤسس على المسؤولية ، وهذا الالتزام الجديد يقع في نطاق آخر غير نطاق مبدأ سلطان الإرادة إذ ينتهى هنا عمل الإرادة ويقوم التزام جديد لادور للإرادة فيه (١) ويقول الأستاذان هنرى وليون مازو في هذا المعنى أن الالتزام الأصلي منشؤه الإرادة المشتركة للمتعاقدين أما الالتزام الآخر المؤسس على المسؤولية فينشأ خارجاً عن هذه الإرادة لأنه يتولد رغباً عن المدين (٢) .

والخطأ في هذه الفكرة إنما يرجع إلى حمل الإرادة—كأساس لنشأة الالتزام العقدي — على معنى الرغبة والمشية ، مما يكون معه إجبار المدين على التنفيذ بمقابل منافياً لهذا المعنى . في حين أننا لو حملنا الارادة الواعية الحرة على معنى المسؤولية كأساس لنشأة الالتزام العقدي — فان استمرار الاستناد إلى هذا الأساس لاينطوى على تناقض ما في حالة تحول التنفيذ العيني إلى تنفيذ بمقابل .

٣ - خطأ المقارنة بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية

بالقول بأن قوام كليهما إخلال بالتزام سابق :

وثمة خطأ آخر يقع فيه بعض الفقه، خاصة أنصار وحدة المسؤولية ، في قولهم أنه لاخلاف بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية من ناحية أن كلا منهما مصدر للالتزام ، وقوام كليهما الإخلال بالتزام سابق . غاية الأمر كما

(١) راجع في عرض رأى هذا الفقه - ستارك - ص ٢٨٥

(٢) مازو ج ١ فقرة ١٠٠

يقولون أنه في المسؤولية التقصيرية يوجد إخلال بالتزام فرضه القانون وفي المسؤولية العقدية يوجد إخلال بالتزام ناشئ من العقد (١) .

ووجه الخطأ في هذا القول أنه ليس هناك أصلاً ثمة وجه للمقارنة بين الالتزام العقدي وبين ما يسمى بالالتزام القانوني المقول بأن الإخلال به يحرك المسؤولية التقصيرية ، فالالتزام الأول هو التزام بالمعنى الفني لهذه الكلمة أما الثاني فليس التزاماً بهذا المعنى ، ذلك أن الالتزام الأول يقابله حق مالى معين يوجد في حيازة المدين قبل تنفيذه ولا يحتاج الأمر إلا إلى نقله من حيازته إلى حيازة الدائن ، ويمكن لهذا الأخير أن يتصرف فيه للغير وهو لازال في حيازة المدين . بينما (الالتزام) القانوني الذى يعتبر الإخلال به مولداً للمسئولية التقصيرية بعيد عن هذا المعنى ، إذ لا يقابله حق مالى يمكن التصرف فيه فهو ليس التزاماً بالمعنى الفني ، ولكنه واجب عام على الكافة بعدم الإضرار بالغير ، والإخلال به هو الذى يكون ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية .

وقد لاحظ خطأ تلك المقارنة بعض الفقه ، ولكن ملاحظته كانت بصدد التمييز بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية ، فيقول الأستاذ عبد الحى حجازى : «فالالتزام بمعناه الفنى هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، وعلى ذلك لا يوجد الالتزام إلا إذا كان هناك دائن ومدين . وكان كل منهما معيناً .. وفي المواد التعاقدية لا شك في وجود الدائن والمدين . أما فى المواد التقصيرية فلا يوجد الالتزام قبل وقوع العمل غير المشروع . والذى يوجد قبل ذلك هو واجب قانونى بعدم الإضرار بالغير يكون على كل شخص لمصلحة كل شخص ، فلا يوجد المدين ولا الدائن إلا عند الإخلال بذلك الواجب العام وعندئذ يتحول الواجب القانونى العام إلى التزام معين الدائن والمدين . وعلى ذلك فلا يجوز أن يقال أن المسؤولية

(١) مازو ج ١ فقرة ١٠٠

التقصيرية تنشأ عند الإخلال بالالتزام سابق فالالتزام بمعناه الفنى غير موجود قبل وقوع العمل غير المشروع، هو ينشأ من الجريمة ومن ثم لا يكون سابقاً عليها . وعلى ذلك لا يجوز أن تسوى بين المسئوليتين إحداهما تنشأ عن الإخلال بالالتزام تعاقدي والأخرى تنشأ من الإخلال بواجب قانونى عام « (١) .

وإذا كان الفقه يستند إلى هذا القول للتمييز بين المسئولية العقدية وبين المسئولية التقصيرية ، فنحن نقول أنه ليس فرقاً بين نوعين من المسئولية ، بل هو فرق حاسم بين نظام وبين نظام آخر لا يجعل منهما نوعين لجنس واحد ، ذلك أنه متى نشأ الإلتزام العقدى نشأ معه حق مالى للدائن لا يزول إلا باستحالة التنفيذ لسبب أجنبي (٢) . وفيما عدا ذلك يتعين تنفيذ هذا الإلتزام دون تطلب أية شروط أخرى لنقل الحق من حيازة المدين إلى حيازة الدائن ، وليس هذا هو الشأن فى المسئولية التقصيرية .

وقد أخذت غالبية الفقه الحديث تتجه لا شعورياً إلى البصر بهذه الحقيقة بعدم اشتراطها ركن الخطأ فى المسئولية العقدية كما سئرى فيما بعد . كما أخذ جانب من الفقه يردد القول بأن المسئولية العقدية جزاء على الإخلال بالالتزام سابق ، بينما الأمر فى المسئولية التقصيرية خاص بنشأه الإلتزام ، أى أنه فى المسئولية العقدية يكون الغرض هو المحافظة على حق مكتسب بينما تستهدف المسئولية التقصيرية خلق رابطة قانونية (٣) .

وهذا هو ما يوجه اتجاه الفقه - حتى أولئك الذين يميلون إلى مذهب وحده المسئولية - إلى القول أن هناك فرقاً هاماً بين المسئوليتين فى مجال الإثبات ،

(١) عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ١٩٥٣ ج ٢ ص ٣٧٠ وفى هذا المعنى ستيغافى مذكراته عن المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٤٩/١٩٥٠ وحشمت أبوستيت نظرية الإلتزام من القانون المدنى الجديد ١٩٥٤ فقرة ٤١١ إسماعيل غانم - أحكام الإلتزام فقرة ٤٥ وقرب ذلك جوسران ج ٢ فقرة ٦١٧ .

(٢) القول بأن الإلتزام العقدى ينقضى لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي هو قول الفقه الحاضر أما نحن كما سيجىء فترى أن الإلتزام لم ينشأ فى هذه الحالة أصلاً .

(٣) راجع فى ذلك برن ، روابط ونطاق المسئوليتين العقدية والتقصيرية ١٩٣١ فقرة ٢٣

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيح ج ٢ فقرة ٩٢٦ .

لأن مركز الدائن التعاقدى أفضل في هذه الناحية من مركز الدائن في المسؤولية التقصيرية ففي المسؤولية العقدية — كما يقولون — يوجد التزام محدد obligation précisée يكون الخطأ العقدي تبعاً له ذا معيار مادي يتحقق بمجرد الإخلال بهذا الإلتزام ، بحيث لا يتحمل الدائن في هذه الحالة غير إثبات نشأة العقد ، وليس الأمر كذلك في المسؤولية التقصيرية حيث يجب على الدائن أن يثبت وقوع خطأ من المدين (١) .

ولكن الواقع أنه إذا كان الدائن العقدي في مركز أفضل من مركز الدائن في المسؤولية التقصيرية ، فليس ذلك كما يقال مرده فرق في الإثبات ، ذلك الإلتزام العقدي كما سبق القول شيء مختلف تماماً عن ذلك الواجب الذى يعتبر الإخلال به محرراً للمسؤولية التقصيرية فما هو الإلتزام حتى يقارن بينه وبين الإلتزام العقدي ، ولكنه واجب عام بعدم الإضرار بالغير يكون الإخلال به عنصراً في ركن الخطأ . وإذا فالمسألة ليست مسألة سهولة إثبات ركن الخطأ فيما يسمى بالمسؤولية العقدية وصعوبته في المسؤولية التقصيرية ولكن المسألة أنه في الأولى لا محل إطلاقاً لإثارة ركن الخطأ ، إذ نحن أمام التزام يقابله حق للدائن يجب تنفيذه ، هذا التنفيذ لا يستلزم البحث في أى أمر آخر ، ويظل هذا التنفيذ واجباً في كل الأحوال ما دام أن مصدر الإلتزام لم ينحل بسبب أجنبي . أما في المسؤولية التقصيرية فنحن أمام بحث نشأة التزام لم يكن موجوداً من قبل ، وتتطلب نشأته إثبات ركن الخطأ في حين أن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي عينا وتحوله إلى تنفيذ بمقابل لا يستتبع نشأة التزام جديد يحتاج إلى البحث عن مصدر له واستلزام توافر ركن الخطأ في هذا المصدر ، فالإلتزام هو هو لم يتغير ولازلنا في دائرة تنفيذه .

(١) راجع في ذلك برن فقرة ٤٨

أن أول ما يثور في الذهن بصدده هذه المسألة ، هو أن التنفيذ العيني لا يستلزم ولا يتصور فيه استلزام وقوع خطأ من المدين فكيف تتطلب استلزام الخطأ لأعمال التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض ؟ (١) .

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن التقصير ركن في المسؤولية العقدية ، ومن ثم يقولون أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام لا يحرك المسؤولية وأنه يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يقصر . ومن بين الأمثلة التي يصرّبونها لتأييد رأيهم قول الأستاذ بهجت بدوى « صاحب مصنع التزم بتوريد منتجات مصنعه ، في ميعاد معين .. ولم يوردها في الميعاد . المدين (صاحب المصنع) لم ينفذ التزامه ولم يحقق الغاية العملية التي رعى إليها الدائن ولكن ذلك لا يعنى حتماً أن صاحب المصنع مقصر في عدم تنفيذ التزامه ومسئول قبل الدائن ما لم يثبت السبب الأجنبي ، إن قد يمنع قيام حاله الحرب وتفضيله إختياراً تشغيل مصنعه لمواجهة طلبات الجيش بدافع الوطنية ، ولا يقال أن حالة الحرب إنما هي قوة قاهرة تنفي ركن السببية ما دام تفضيل صاحب المصنع تشغيل مصنعه للجيش وقع إختياراً لا نتيجة لأمر إستيلاء» (٢) ولكن هذا القول مردود بأن دافع الوطنية الذي ينفي ركن التقصير ، يقتضى أن يدفع صاحب المصنع للدائن مقابل ما فاتته من نفع بسبب عدم تنفيذ الأول لإلتزامه ، وإلا كان القول بغير ذلك معناه أن الدائن هو الذي تحمل النتيجة كلها أو بعضها رغماً عنه ، وصاحب المصنع هو الذي أرغمه على ذلك وأدعى الوطنية على حسابه .

ويضرب الأستاذ بهجت بدوى مثلاً آخر فيقول « كذلك يعتبر الإخلال

(١) قرب هذا المعنى ستارك ص ٢٩٤ - ٢٩١

(٢) بهجت بدوى : أصول الإلتزام فقرة ٣٠١ .

غير تقصيري إذا كان راجعاً إلى خطأ أو جهل لم يكن من الممكن دفعه *erreur ou ignorance inévitable* أو بتعبير أدق إذا كان هذا الخطأ أو الجهل مما يقع فيه الرجل المتوسط الحرص إذا وجد في نفس الظروف الموضوعية . مثل هذا الخطأ أو الجهل لا يعتبر تقصيراً . والأمثلة على هذا عديدة في أحكام المحاكم فقد حكم بأن المدين الذي يسئ تفسير شروط العقد في صورة يدق فيها التفسير لا يسأل عن تنفيذه الخاطيء (١) ولكن هذا القول مردود بأن المشكلة هنا لاعلاقة لها بالمسئولية وإنما تتعلق بمسألة أولية هي تحديد مضمون الالتزام ومن ثم فهي مسألة تفسير .

ومع ذلك فإن أنصار نظرية الخطأ يسلمون بأن هناك التزامات يتحمل المدين نتيجة عدم تحقيقها حتى ولو كان غير مقصر ، كما في ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فلا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه الالتزامات باثبات أنه لم يخطيء ، فلو أن البائع مثلاً كان يجهل أنه غير مالك للمبيع وكان معذوراً في جهله فانه يلتزم مع ذلك بتعويض المشتري (٢) .

وفي رأى الأستاذ اسماعيل غانم (٣) على - خلاف الرأى الشائع - أن السبب الأجنبي الذي يترتب عليه استحالة التنفيذ لاينفى علاقة السببية بمعناها الدقيق - وهي التي تربط بين عدم التنفيذ والضرر - وإنما ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ بنفى نسبه إلى المدين . وعلى ذلك فانه إذا كان المدين لا يلزم بالتعويض عن عدم التنفيذ إذا ثبت أن سبباً أجنبياً لا بد له فيه قد جعل التنفيذ مستحيلاً ، فانه لا تفسير لانتفاء المسئولية في هذه الحالة إلا بانتفاء الخطأ ، إذ أن هذه الحالة تعنى أن المدين غير ملوم لعدم استطاعته القيام بالتنفيذ .

(١) بهجت بدوى : الموضوع السابق .

(٢) راجع في ذلك بهجت بدوى فقرة ٣٠٢ وستارك ص ٢٧٦ .

(٣) أحكام الإلتزام فقرة ٤٦ .

وسنرى عند بحث ركن علاقة السببية أن أثر السبب الأجنبي في نفيه الخطأ عن المدين إنما يرتد إلى بدء العلاقة التعاقدية ، فيمنع نشأة الالتزام أصلاً .

وقد أصبح الرأي الغالب في الفقه يتجه إلى عدم إشتراط توافر ركن الخطأ في المسؤولية العقدية أو على الأقل إلى إعتباره كما مهملاً ، بمعنى أن مجرد عدم التنفيذ للإلتزام يحرك المسؤولية مالم يثبت المدين قيام السبب الأجنبي ، فلا يباح له أن يثبت أن عدم التنفيذ غير راجع إلى تقصيره ، فهو مسئول عن مجرد فعله simple fait فاذا ما نشأ الإلتزام في ذمته فيجب عليه تنفيذه ويكون مسئولاً عن عدم التنفيذ حتى لو زالت أهليته بعد نشأة الإلتزام ، وحتى لو كان يجهل نشأة هذا الإلتزام ، فلا حاجة إذن لفحص سلوكه لمعرفة ان كان قد بذل عناية الشخص المعتاد أم لا (١) .

على أن جانباً آخر من الفقه يذهب إلى رأى مخالف في المظهر وإن كان ينتمى إلى نفس نتيجة الرأي السابق ، إذ يقول أن المدين يعتبر مسئولاً لمجرد عدم التنفيذ لأن عدم التنفيذ هو نفسه الخطأ العقدى أيا كان السبب في ذلك ، فليس عدم التنفيذ قرينة على الخطأ بل هو الخطأ نفسه ، فاذا لم ينفذ المدين التزامه فهو مخطيء ولا يجوز له أن يثبت أنه لم يخطيء ، ولا يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته إلا باثبات الأجنبي (٢) .

وهذا هو الرأى الذى تبناه القانون المدنى المصرى الجديد ، فقد نصت المادة ٢١٥ منه على أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه» . وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذه المادة أنه « يتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدى بوجود الوفاء عيناً ، إذا طلب الدائن ذلك إلا أن يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلاً ، وعلى هذا النحو يفترض التخلف

(١) راجع في عرض هذا الرأى ، برن فقرة ٢٣ ، وجوسران ج ٢ فقرة ٦١٢ .

(٢) بلانيول وربير وبولانجيه ج ٢ فقرة ٧٠٣ . وكولان وكابيتان ودى لاموراندهبير ج ٢

تقصير المدين أو خطئه. فاذا أراد أن يدفع التبعة عن نفسه فعليه يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه» (١) ويقول معظم الشراح المصرين أن الخطأ العقدي في القانون المدني الجديد هو مجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي أيا كان السبب في ذلك ، «فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه . . فاذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي ، يستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهماله أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال)» (٢) «فليس صحيحاً أن عدم التنفيذ يفترض فيه الخطأ من جانب المدين ، وإنما عدم التنفيذ هو الخطأ ذاته ، فاذا قام الدليل على عدم التنفيذ كنا بصدد خطأ ثابت لاخطأ مفروض» (٣) .

والحقيقة أنه لا فرق بين هذا الرأي وبين الرأي السابق في النتيجة التي ينتهي إليها كلاهما ، ما دام أن الرأي الثاني يقول أن المدين يعتبر مسؤولاً لمجرد عدم تنفيذه لإلتزامه أيا كان السبب في ذلك ، ولو كان عدم التنفيذ راجعاً إلى مجرد فعله دون عمد أو إهمال ومن ثم لا يباح له أن يثبت أنه لم يقصر . ولكن هذا الرأي الثاني يتوجه إليه النقد من ناحية ما يشوبه من انحراف وتناقض في صياغته، إذ يعتبر عدم التنفيذ مرادفاً للخطأ ، مع تسليمه في الوقت نفسه بأن عدم التنفيذ يحرك المسؤولية ولو كان قد وقع دون تقصير . ومن ثم فوصف عدم التنفيذ هنا بالخطأ وصف زائد لأنه غير ضروري ، إذ يمكن القول مباشرة أن المسؤولية العقدية تتوافر بحدوث الضرر الناشئ من عدم تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة لإثارة فكرة الخطأ أصلاً . ولن نخسر هذا الرأي بذلك شيئاً . هذا إلى أن وصف عدم التنفيذ هنا بأنه خطأ في كل حالة دون فحص سلوك المدين يفرغ الخطأ من مقوماته ويبتعد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٤٢ .

(٢) السهورى : الوسيط ج ١ فقرة ٤٢٧ .

(٣) عبد المنعم الصده : مصادر الإلتزام فقرة ٣١٠ ، وفي هذا المعنى حشمت أبوستيت فقرة ٣٥٤ وأنور سلطان ، مصادر الإلتزام فقرة ٢١٨ وسليمان مرقص ، أحكام الإلتزام ص ١١٠ .

به عن معناه وجوهره لينتهى به إلى صفة عامة مجردة تطبق تطبيقاً عاماً دون التحقق مما إذا كان المدين قد قصر حقيقة أم لا (١) .

ويذهب رأى قوى في الفقه الحاضر إلى التفرقة بين نوعين من الالتزامات العقدية الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de resultat والالتزام بوسيلة obligation de moyen ، ففي الالتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ خطأ ثابتاً من المدين ، بينما في النوع الثاني يتعين على الدائن أن يثبت أن المدين قد إرتكب خطأ بأن أهمل في تنفيذ التزامه (٢) .

ويقول الأستاذان هنزى وليون مازو في عرض هذا الرأى وتأييده أن الالتزام أما أن يكون معيناً ومحددأ obligation precisée et déterminée وهذا هو الغالب في الالتزامات التعاقدية ، وأما أن يكون التزاماً عاماً بوجوب اليقظة والعناية obligation generale de prudence ففي النوع الأول إذا لم ينفذ المدين التزامه فيكون قد انتحى مسلكاً لا يجب أن يسلكه ومن ثم يكون Las eule inexecution provenant du fait du debiteur constitue donc une faute مجرد عدم التنفيذ منطوياً على خطأ لأنه إذا ما أبرم عقد تحمل فيه المدين بالتزام محدد فيجب عايه أن ينفذه فان لم يفعل كان مخطئاً ، وعدم التنفيذ هنا ليس قرينة على الخطأ presumption de faute وإلا كان مؤدى ذلك ان يباح للمدين أن يثبت أنه لم يخطئ . ولكن الخطأ هنا ثابت prouvée أو محقق réalisée وهو خطأ يكفى بنفسه نفسه . Il y a la une faute qui se suffit à elle - même. أما النوع الثاني وهو الالتزام العام باليقظة والعناية فهنا يلزم المدين لا بنتيجة محددة ، ولكن ببذل عناية أو اصطناع يقظة للوصول إلى نتيجة ، كالطبيب الذى يعالج مريضاً ، والوديع المكلف بالمحافظة على الوديع . فاذا لم ينفذ المدين هذا الالتزام العام ، فقد أخطأ . ويكون عدم التنفيذ هنا مرادفاً للخطأ

(١) في هذا المعنى ستارك ٢٧٦ .

(٢) راجع في ذلك بلانيول وريبرواسمان ج ٦ فقرة ٣٧٧ هنزى وليون مازو ج ١ فقرة ٦٦٩ وما بعدها إستيفانى ، مذكراته ص ٩٣ ستارك ص ٢٩٣ .

كما هو الحال بالنسبة للإلتزام المحدد ، ولكن الصعوبة هنا هي في معرفة ما إذا كان هناك عدم تنفيذ أم لا ، فبينما في الإلتزام المحدد يكون عدم التنفيذ متضمناً خطأ ظاهراً يتقرر تلقائياً automatiquement ، ويكفي فيه أن يثبت أن الإلتزام لم ينفذ دون حاجة لفحص سلوك المدين والبحث عما إذا كان قد تصرف بحكمة وعناية فان أمر الإلتزام العام باليقظة والعناية يستدعى التحقق عما إذا كان المدين قد راعى في تصرفه ما يمتنضيه هذا الإلتزام من تبصر وتدبر وحيطة . وهذا يتطلب فحص سلوكه ، ويكون عبء إثبات وقوع تقصير منه على عاتق الدائن (١) .

* * *

وإذاً فنحن أمام آراء ثلاثة :

١ - رأى يقول أن الخطأ ليس ركناً في المسؤولية العقدية .

وهذا الرأى هو الذى يتفق مع التحليل العلمى للمسألة بما أشرنا اليه من قبل من أنه في غير حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبي فان الإلتزام لا يسقط ويجرى تنفيذه هو نفسه بمقابل ، ومن ثم لا حاجة إلى البحث عن التزم جديد ولا حاجة بالتالى إلى البحث عن مصدر له ولا محل إذا لاستلزام توافر ركن الخطأ لاقتضاء مبلغ من النقود يحل محل التنفيذ العيني .

٢ - رأى يقول أن عدم تنفيذ الإلتزام هو الخطأ ، وهو خطأ ثابت لا مفروض بحيث لا يجوز للمدين أن يثبت أنه لم يخطئ وقد رأينا أن نتيجة هذا الرأى تنهى إلى نفس نتيجة الرأى السابق .

٣ - رأى يفرق بين الإلتزام بتحقيق نتيجة وبين التزم بالعناية ، ويرى أنه في الإلتزام الأول يكون مجرد عدم التنفيذ محرراً للمسؤولية ، وفي الإلتزام الثانى يتعين على الدائن أن يثبت تقصير المدين .

(١) مازو ج ١ فقرة ٦٦٩ - ٦٧٠ .

وسرى في الفقرة التالية أن هذه التفرقة ، وذلك الخلاف بين الآراء الثلاثة إنما يرتد إلى خطأ في أصل المسألة ، وهو عدم تحديد مجال الالتزام العقدي وامتداده خارج نطاقه الحقيقي ، فنشأ عن ذلك اختلاط الأمور وتعقدها ، وبجلاء هذا الخطأ تزول عقبة جوهرية كانت تحجب الرؤية وتحول دون وضع الأمور في نصابها الصحيح ، ومن ثم يكون الطريق ممهداً لإلغاء نظام المسؤولية العقدية .

٥ - تحديد الالتزام العقدي :

يقول الفقه الحاضر في تحديد نطاق المسؤولية العقدية أن اعمالها يجرى في حالة الإخلال بالالتزام عقدي إخلالاً نشأ عنه ضرر . وفي بيان ما هو الالتزام العقدي يقول الفقه أنه لا صعوبة إذا كان الالتزام منصوصاً عليه صراحة في العقد ، ثم يقول أنه إلى جانب ذلك قد يستخلص من إرادة المتعاقدين الضمنية قيام التزام عقدي ما (١) .

يبد أن الفقه الحاضر تحت تأثير الأهمية التي أضفها على المدلول الخاطيء للإرادة كمصدر للالتزام العقدي ، قد وسع في دائرة هذا الالتزام ، فاقحم فيها كل تعهد تقول به الإرادة صراحة أو ضمناً ولو كان محل هذا التعهد موجوداً قبل انعقاد العقد أو موجوداً بغض النظر عن إنعقاده، وظن على أن هذا التعهد الذي يتضمن واجباً بالعناية وعدم التسبب في الإضرار بمحل لم ينشئه العقد يعتبر التزامه عقدياً ، بحيث يكون الضرر الذي يلحق بهذا المحل ضرراً عقدياً تحكمه المسؤولية العقدية مع أنه في ذات الوقت يعتبر ضرراً تقصيرياً تحكمه المسؤولية التقصيرية ، ومن هنا نشأ ازدواج المسئوليتين ومشكلة الخيرة بينهما وما اثارته من صعوبات وخلافات استحالت حلها نتيجة هذا الخطأ في أصل المسألة .

(١) راجع على سبيل المثال مازو ج ١ فقرات ١٥٥ - ١٦٩ ، وبرن فقرة ١٧٦ ، ومارتين الخيرة بين المسؤولية العقدية وبين المسؤولية التقصيرية ١٩٥٧ ص ٣٥

والحقيقة أن ما يسمى بالضرر العقدي إنما هو ذلك الضرر الذي يمس قيمة مالية أنشأها العقد . أما الضرر الذي يصيب حقاً مالياً لم ينشئه العقد فجاله المسؤولية التقصيرية حتماً ، وإلا تجاوز الالتزام العقدي قيمته الصحيحة وكان معنى ذلك أن يعتبر مجرد الواجب بعدم الإضرار بالغير التزاماً ، بالمعنى الفني للإلتزام .

ولنضرب بضعة أمثلة على ما تقول به :

١ - شخص اشترى آلة فانفجرت بعد شرائها ولحقها تلف كلي أو جزئي وأصيب المشتري في شخصه أو في مال آخر له . هنا نحن أمام مسألتين متميزتين تماماً : مسألة تلف الآلة ، وهذه مسألة عقدية بحتة تتمثل في الإخلال بالالتزام عقدياً ويحكمها نظام التنفيذ بمقابل (وفي رأى الفقه الحاضر المسؤولية العقدية) حيث يتعين على البائع أن يدفع للمشتري مقابل التزامه بضمان العيب دون حاجة لإثبات تقصير من جانبه . والمسألة الثانية مسألة إصابة المشتري في جسمه أو في مال آخر له نتيجة هذا الانفجار . والضرر هنا لحق بقيمة مالية لم ينشأ العقد فيكون ضرراً تقصيرياً تحكمه المسؤولية التقصيرية وحدها .

٢ - شخص باع ماشية موبوءة فانتقلت منها العدوى إلى مواشى المشتري الأخرى . الإلتزام هنا خاص بالماشية المباعة فقط ويلزم البائع بالضمان عنها في كل الأحوال دون استلزام وقوع خطأ منه . أما الضرر الذي أصاب المشتري في مواشيه الأخرى فهو ضرر تقصيري يتطلب توافر أركان المسؤولية التقصيرية لأنه ضرر لحق بقيمة مالية لم ينشأ انعقد فلا يعتبر من ثم نتيجة لإخلال بالالتزام عقدياً وإلا كان القول يغير ذلك معناه أن قيمة الإلتزام العقدي تشمل قيمة المواشى الأخرى التي إنتقلت إليها العدوى .

٣ - مستأجر لعين انهارت فأصابته منقولاته بتلف . هنا لم ينفذ المؤجر التزامه بانتفاع المستأجر بالعين فيكون للمستأجر الحق في اقتضاء مقابل هذا الإلتزام ما دام أن هذا الإلتزام لم ينحل لسبب أجنبي . أما الضرر الذي لحق المستأجر في منقولاته فهو ضرر تقصيري لا عقدي .

٤ - مستأجر لعين حدث بها حريق أثناء شغله لها . الضرر الذى لحق المالك المؤجر لم يكن نتيجة لإخلال المستأجر بالتزام عقدى بالمعنى الفنى للالتزام ، بل نتيجة الإخلال بواجب المحافظة على العين المؤجرة من جانب المستأجر . وليس محل هذا الواجب شيئاً أنشأه عقد الإيجار ، فالمسئولية هنا تقصيرية وقيام هذا الواجب إنما هو عنصر واقعى فى ركن الخطأ فى هذه المسئولية .

٥ - الطبيب الذى يتعاقد مع مريض لعلاجه . إذا لم يقيم الطبيب بالعلاج المتفق عليه ، فالمريض له حق التنفيذ بمقابل فى كل الأحوال دون حاجة لإثبات تقصير الطبيب ويقدر التنفيذ بمقابل هنا بما يتكبده المريض من نفقات علاجه لدى طبيب آخر . أما إذا كان المريض قد أصابه ضرر بسبب امتناع الطبيب عن تنفيذ التزامه وعلاجه ، أو بسبب عدم مراعاته الأصول العلمية والفنية فى العلاج ، فالضرر هنا تقصيرى تحكمه المسئولية التقصيرية وحدها .

٦ - المسافر الذى يصاب أثناء النقل . الضرر هنا لحق قيمة مالية لم ينشأه عقد النقل فتكون أمام مسئولية تقصيرية . والأمر كذلك فى عقد نقل الأشياء .

وبين من هذه الأمثلة أن العقد إذا أنشأ للمتعاقد قيمة مالية فيجب على المتعاقد الآخر المدين أن يحققها له بعينها فان لم يفعل الزم بمقابل هذه القيمة بمقتضى التزامه الأصيل الناشئ عن العقد دون حاجة لاستلزام خطأ من جانبه . أما إذا كانت المنفعة التى انتقصت لم تتولد عن العقد وإنما هى منفعة مستقلة عنه ، فان الإضرار بها يدخل فى مجال المسئولية التقصيرية ويستدعى البحث فى توافر أركانها .

ويلاحظ أنه أحياناً لولا إبرام العقد لما نشأت المسئولية التقصيرية عن تعويض ضرر أصاب المتعاقد فى قيمة لم تنشأ عن العقد ، كالوديع فى التزامه بالمحافظة على الوديعة ولم يكن محملاً بهذا الإلتزام من قبل ، والأجير الذى

يتعهد بمصاحبة كفيف ورعايته . ولكن ليس معنى ذلك أن المسؤولية هنا ذات أصل تعاقدى أو أنها مسئولية تعاقدية ، ذلك أن الواجب الذى أنشأه التعاقد ليس إلا عنصراً واقعياً فى ركن الخطأ فى المسئولية التصهيرية . فالمعروف فى مبادئ هذه المسئولية أن الشخص لا يسأل عن حدوث ضرر لغيره لمجرد امتناعه عن دفع هذا الضرر ، ولكنه يكون مسئولاً إذا كان مكلفاً بدفع هذا الضرر بموجب إتفاق أو نص فى القانون . فرجل الشرطة إذا قصر فى منع جريمة كان فى استطاعته أن يمنعها يكون مسئولاً مسئولية تصهيرية لأن هذا يعد إخلالاً بواجبات وظيفته ، ولا يعنى هذا أن المسئولية ليست تصهيرية أو أنها مسئولية مزدوجة : تصهيرية ووظيفية (فى مجال التعويض عن الفعل الضار) .

وخطأ الفقه الحاضر أنه لم يفرق بصدد ذلك الإلتزام بالحفظ أو العناية بين مسألتين متميزتين تماماً : مسألة إخلال الملتزم بهذا الإلتزام بامتناعه عن القيام به أو تنفيذه على غير النحو المتفق عليه ، وهذه مسألة عقدية بحته يحكمها نظام التنفيذ بمقابل . والمسألة الثانية هى مسألة حدوث ضرر بالشئ موضوع الإلتزام بالعناية ، وهذه مسألة تحكمها المسئولية التصهيرية وحدها ، لأن قيمة هذا الشئ لا تدخل ضمن قيمة هذا الإلتزام ، فهو لم ينشأ وقد كانت موجودة قبل وجوده . وقد ظن الفقه الحاضر أنه مادام أن الضرر الذى حدث كان نتيجة للإخلال بواجب أنشأه العقد فيكون الضرر هنا تعاقدياً ، ولم يلاحظ أن الإخلال بهذا الواجب ليس إلا عنصراً فى ركن الخطأ أحد أركان المسئولية التصهيرية أى أنه ليس إلا واقعة بالنسبة لهذه المسئولية . فكل ما نبهته على ضوء الواقع بصدد قيام هذه المسئولية هو معرفة أن كان المتعاقد قد أخطأ أم لا بأن كان فى إستطاعته أن يتفادى وقوع الضرر المكلف بمنعه أم لم يكن فى استطاعته ذلك .

والصورة العكسية لهذا الوضع هو ما يسمى فى الفقه باتفاقات نقل المسئولية التصهيرية ، كمالك الحيوان أو السيارة يوجرها لآخر ، فلا يعتبر المالك مسئولاً عن الضرر الذى يصيب الغير من الحيوان أو السيارة لعدم

توافر ركن الخطأ من جانبه . وإنعدام هذا الركن يرجع إلى الاتفاق الذى بمقتضاه نقل واجب الحراسة إلى المستأجر .

ففى الصورة الأولى أنشأ الاتفاق واجباً بالعناية ، وفى الصورة الثانية نقل الاتفاق هذا الواجب على عاتق شخص آخر . وفى كلتا صورتين عنصر واقع بالنسبة لركن الخطأ فى المسؤولية التقصيرية لا يرتد بها إلى مسؤولية اتفاقية .

وقد كان عدم البصر بهذه الحقيقة ما أدى إلى شذوذ تطبيق قاعدة واحدة على حالتين متميزتين تماماً حالة : عدم تنفيذ الالتزام العقدى ، وحالة حدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد مما يدخل فى مجال المسؤولية التقصيرية وحدها . فإذا كانت القاعدة العامة تنص على مساءلة المدين العقدى مالم يثبت أنه استحال عليه تنفيذ التزامه لسبب أجنبي ، فإن من الظلم اعمال هذه القاعدة فى الحالة الثانية بمسائلة المدين مالم يثبت قيام القوة القاهرة . دون أن يباح له التدليل على انتفاء أى خطأ من جانبه باثبات أنه اتخذ العناية الكافية . ولذلك إضطر الأستاذ تونك Tunc^(١)، فى محاولة لرفع هذا الشذوذ ، إلى تعديل الفكرة السائدة عن القوة القاهرة بأن نفى عنها عنصرى عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ، ونزل بها إلى مسنوى أية عقبة لا تستطيع عناية الشخص المعتاد bon père de famille أن تتغلب عليها ، ومن ثم إعتبار القوة القاهرة مرادفة لانتفاء الخطأ . فى حين أنه لا حاجة بنا إلى هذا التعديل فى فكرة القوة القاهرة ، إذ أن المسؤولية التى استرعت نظر الأستاذ تونك ووجد من الظلم عدم إمكان نفيها إلا باثبات القوة القاهرة فى معناها السائد ، إنما هى مسؤولية تقصيرية يستلزم لتوافرها قيام ركن الخطأ ، بدليل الأمثلة الى ضربها أو أشار إليها لبيان عدم استحالة نفي المسألة عليها إلا باثبات القوة القاهرة فيما تستلزمه من توافر شرطى عدم إمكان التوقع

(١) مقالة عن القوة القاهرة وإنتفاء الخطأ فى المواد التعاقدية ، بالمجلة الفصلية ١٩٤٥

واستحالة الدفع فهذه الأمثلة لا تتعلق بعدم تنفيذ التزام عقدي بالتحديد الذى نقول به ، وإنما تتعلق بحدوث ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد (١) .

وعلى ضوء ما تقدم ، نستطيع أن نستجلى الحقيقة فى الخلاف الشهير حول التزام السلامة obligation de securité فى عقد نقل الأشخاص (٢)

(١) وهذه هى الأمثلة التى ساقها الأستاذ تونك فى بحثه المذكور .

- مسئولية شخص عن إصابة حصان كان قد انتوى شراؤه وعندما كان يحاول تجربته فى جربة عربة إنفلت منها ووقع على الأرض فجرح .

- مسئولية عمال جراج عن حريق شب بسيارة أثناء قيامهم باصلاحها .

- مسئولية المستعير عن تلف الشيء المعار .

- مسئولية الدائن المرتهن رهنا حيازياً عن فقد الشيء المرهون أو تلفه .

- مسئولية المودع عنده عن تلف الوديعة .

- مسئولية شركة سكة حديد عن تصرف ناظر محطة لها ببيعها بضائع - كانت معدة للنقل - بضمن منخفض تقادياً من استيلاء قوات معادية عليها كان يتوقع قدومها قبل أن يتمكن من ابعادها عن متناول يدها .

(٢) فيما يختص بالالتزام السلامة فى عقد العمل ، ذهب الفقه أولاً إلى تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية ، فإذا أصيب العامل أثناء تأدية عمله فان صاحب العمل لا يكون ملزماً بتعويضه عن إصابته ما لم يثبت العامل نسبة خطأ اليه . بيد أن عمز هذا الأساس وقصوره عن حماية العامل أصبح جلياً بعد التقدم الآلى الصناعى الذى أدى إلى زيادة مخاطر العمل وزيادة متصل بطريقة الإنتاج نفسه وتكن فيه بحيث أصبح سبب الإصابة غالباً مجهولاً أو نتجة قوة قاهرة .

ولعلاج جانب من هذا الوضع ذهب فريق من الفقه إلى أن عقد العمل يتضمن التزاماً على عاتق صاحب العمل بكفالة سلامة العامل فإذا أصيب العامل كان صاحب العمل مسئولاً مسئولية عقدية بمقتضاها لا يتحمل العامل عبء إثبات الخطأ ويكون صاحب العمل ملزماً بالتعويض ما لم يثبت إنتفاء خطئه باقامة الدليل على أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبى . وقد عيب على هذا الرأى أنه يقوم على إفتراض إنصراف نية المتعاقدين إلى تحميل عقد العمل هذا الإلتزام ، وهو افتراض مخالف للواقع .

(راجع فى عرض هذا الموضوع / مازو ج ١ فقرة ١٥٦ وفؤاد مرسى مقاله عن أساس التعويض عن إصابات العمل بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢٢ ، محمود جمال الدين زكى : مقاله عن ضمان إخطار المهنة فى القانون المصرى بمجلة القانون والإقتصاد السنة ٢٧) .

فقد ذهب رأى إلى أن هذا الالتزام عقدي يرتبه عقد النقل ويتضمن التزام الناقل بأن يصل المسافر إلى محطة الوصول سليماً ، وهو التزام محدد أى التزام بنتيجة ، فإذا أصيب المسافر أثناء النقل فلا يتحمل عبء إثبات خطأ الناقل ، ولا يستطيع هذا الأخير أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات أن وقوع الحادث يرجع إلى سبب أجنبي . وقد انتقد البعض هذا الرأى بحجة أن القول بتولد التزام بالسلامة عن عقد النقل هو تحميل لهذا العقد فوق ما يحتمله لعدم إنصراف إرادة المتعاقدين إليه ، ولأنه لا يمكن إستخلاص إنصراف نية أمين النقل إلى أن يتعهد تعهداً مطلقاً بسلامة الراكب من كل حادث لا يرجع إلى خطئه .

ويلاحظ أن هذا الخلاف مثاره عدم وجود نص صريح فى عقد النقل يتضمن التزام السلامة . ولا خلاف بين الفقه الحاضر فى إعتبار هذا الالتزام التزاماً تعاقدياً إذا نص عليه فى العقد .

ولكننا نقول أنه سواء تضمن العقد هذا (الإلتزام) أم لم يتضمنه ، فهو ليس التزاماً تعاقدياً البتة ، وليس التزاماً بالمعنى الفنى للإلتزام ، فليس الأمر فى تكييف الإلتزام بأنه عقدي أو غير عقدي مرده إلى ما تقول به أو لا تقول به إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية ، وإنما يتحدد الإلتزام العقدي بأنه يمثل قيمة لم تكن موجودة قبل إبرام العقد ، قيمة نشأت عن العقد وليست قيمة وجدت قبل إبرامه أو وجدت بغض النظر عن إبرامه .

== وفى رأينا أن العامل الذى يشتغل فى مشروع لحساب رب العمل ويصاب أثناء عمله باصابة تعتبر من مخاطر المهنة أى ليست نتيجة وقوع خطأ منه ، يستحق تعويضاً عن إصابته هذه قبل رب العمل تأسيساً على مبدأ الاثراء بلا سبب ، لأن هذه المخاطر تدخل ضمن تكاليف المشروع التى يتحملها صاحب ، والا كان فى تحمل العامل بها أثراء سلبياً لرب العمل . وهذا هو نفس ما هو مسلم به فى الفضالة - إحدى تطبيقات مبدأ الاثراء بلا سبب ، وفيها يقول الأستاذ السهورى ، الوسيط ج ١ فقرة ٨٩٧ «قد يلحق الفضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل فاذا كان الضرر الذى إصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه» .

فسلامة الراكب لم ينشأ عقد النقل وإنما كانت موجودة قبل وجوده .
ومن ثم لا يكون الإخلال بهذه السلامة مسألة عقدية ، وإنما الأمر هو أن
الناقل ملزم قانوناً بمناسبة تنفيذ عقد النقل بعدم التسبب بخطئه في إصابة
المسافر الذى ينقله ، وهذا الواجب ليس التزاماً بالمعنى الفنى وإنما هو عنصر
واقعى في ركن الخطأ .

فاذا ما انتهينا إلى ما تقدم تعين البحث فيما إذا كانت الغاية العملية
من قول القائلين بأن التزام السلامة الزام عقدى يمكن أن يتحقق أو هي
محققه فعلا في مجال المسؤولية عن الفعل الضار .

ان هذه الغاية هي إعفاء المسافر من إثبات خطأ الناقل لصعوبة هذا
الإثبات ، إذ يتعذر عليه غالباً أن يعرف السبب الذى أدى إلى وقوع الحادث .

يبد أن هذا أمر ميسور في ظل نظام المسؤولية الشيئية التى تقضى بمساءلة
حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراسها عناية خاصة
بتعويض الضرر ما لم يثبت هو أن وقوعه كان بسبب أجنبي ، ومن ثم يعنى
المسافر في سيارة أو قطار أو طائرة من إثبات خطأ الناقل (١) .

والحقيقة أن الذى وجه نشأة فكرة المسؤولية الشيئية شعورياً أو لا شعورياً ،
هو ما يجب أن يكون عليه التنظيم الواقعى التطبيقى لتوزيع مهمة الإثبات
بصدد المخاطر التى تحدث عن الآلات الميكانيكية ومن الأشياء التى تتطلب
حراسها عناية خاصة ، فالمطلوب هنا هو أن نتوصل إلى الحقيقة فنعرف
سبب وقوع الحادث . وهذا يقتضى منطقياً أن يتكلم حارس الشيء أولاً
فيبين سبب الحادث ويدلل ان ادعى أنه وقع بغير خطأ منه على صحة

(١) راجع في ذلك سليمان مرقس تعليقه على حكم محكمة إستئناف الإسكندرية في ١٩٥١/٢/٥
بمجلة التشريع والقضاء السنة الثانية ص ٢٨٤ ، وتعليقه على حكم محكمة إستئناف القاهرة
في ١٩٥٧/٥/٢١ مجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثاني ص ١١١ وما بعدها ،
واكمّ الحولى الوسيط في القانون التجارى ج ٤ الطبعة الأولى سنة ١٩٥٨ فقرة ٢٣٥ .

ادعائه ، ولا نطلب ذلك عن المضرور ، إذ أن الراكب في قطار أو طائرة أو سيارة مثلاً يعجز غالباً عن معرفة سبب الحادث ومن باب أولى يعجز ورثته ان كان قد لقي مصرعه في الحادث .

وهذا هو الحل الذي أخذ به القانون الأنجلو أمريكي Common Law إذ يعتبر مسؤولية الناقل عن سلامة المسافر مسئولية تقصيرية قوامها الخطأ . ولكن هذا القانون أوجد قرينة إثبات لمصلحة المسافر وهي القرينة المعروفة باسم *res ipsa loquitur* وهي قاعدة إثبات وليست قاعدة موضوعية وترجمتها أن الشيء يتحدث عن نفسه *The thing speaks for itself* ومعناها أن من يدعى خلاف الظاهر عليه أن ينفيه ، وهذا يقتضى منه أن يتكلم أولاً ويقوم بإيضاح الأمر . ويستلزم العمل بهذه القاعدة توافر شرطين أولهما أن يخضع الشيء الذي تسبب في أحداث الضرر لسيطرة المدعى عليه وحده ، وثانيهما أن يكون الحادث مما لا يقع بحسب المحررى العادى للأمر إذا بذل المسيطر على الشيء العناية الواجبة (١) .

وهكذا حقق نظام المسؤولية الشئئية والنظام الإنجلو أمريكي - وكلاهما يرجع إلى أساس واحد - الغاية المبتغاه من قول القائلين بأن التزام السلامة التزام عقدى ، وذلك بمراعاة مركز الراكب من حيث عجزه الواقعى عن معرفة سبب الحادث .

يبد أن البعض يعترض على نظام المسؤولية الشئئية بمقوله أنه يقصر عن حماية الراكب . فيقول الدكتور ثروت أنيس : وليس يكفى لحماية الراكب الالتجاء إلى تعويض المسؤولية التقصيرية لأن في ذلك تحميله عبء إثبات الخطأ وهو عبء ثقيل كما رأينا . وليس يكفى أيضاً الإستناد إلى قواعد المسؤولية عن الأشياء إذ تشترط هذه أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابى للشيء

(١) راجع في تفصيل هذه القاعدة ، ثروت أنيس الأسيوطى ، مسؤولية الناقل الجوى في القانون المقارن ١٩٦٠ فقرة ١٢٩ وما بعدها .

فلا تسعف الضرور إذا لم يكن الضرر ناجماً عن مثل هذا التدخل. ثم إن تطبيق المسؤولية التقصيرية يؤدي في مجال المسؤولية عن عمل الغير إلى قصر مسؤولية الناقل على نطاق أعمال تابعة دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه من غير تابعة» (١).

ويرد الأستاذ سليمان مرقص على هذا الإعتراض فيقول : غير أن هذا الإعتراض مردود بأن كلا من النظامين - نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية - له مزاياه ونقائصه. فاذا صح أن نظام المسؤولية التقصيرية يقصر عن حماية الراكب من الناحيتين اللتين أبرزها الرأي المعارض فإن نظام المسؤولية العقدية يقصر هو أيضاً عن حماية الراكب من حيث أنه يجبر الإتفاق على الإعفاء من مسؤولية الناقل فيفقد الراكب بذلك كل حماية وأنه لا يخول المصاب تعويضاً إلا عن الضرر الذي كان يمكن توقعه وقت التعاقد. في حين أن نظام المسؤولية التقصيرية يكفل حماية أوفى لأنه لا يجيز شروط الإعفاء عن المسؤولية ويحول المصاب تعويض جميع الإضرار المباشرة متوقعة كانت أو غير متوقعة. وليس المهم هو قدر المزايا التي يكفلها كل من النظامين للمصابين أو الموازنة بين مزايا كل منهما وإنما المهم هو الأساس القانوني الذي يسند تكييف المسؤولية مع كفاءة القدر الكافي من الحماية للراكب. وقد توفر لدينا هذا الأساس في المادة ١٧٨ من التقنين الجديد. فإغنانا عن الإلتحاء إلى أرهاق العقد والمسؤولية العقدية تحقيقاً للعدالة» (٢).

بل أنه من المتوقع بعد إنعدام كل فائدة عملية في القول بوجود التزام عقدي لضمان السلامة أن نرى في المستقبل - كما يقول الأستاذ أكرم الخولي (٣) - خلافاً بين من ينفي هذا الإلتزام حماية للراكب وبين من يؤيد وجوده حماية

(١) المرجع السابق فقرة ١٠٨ .

(٢) سليمان مرقص تعليقه السابق بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة الثالثة العدد الثاني ص ١٢١

(٣) الوسيط في القانون التجاري جزء ٤ هامش فقرة ٢٣٥ .

لنقل لتمكينه من التمسك بما عساه يكون قد أدرجه في العقد من شروط الإعفاء من المسؤولية بفرض صحة هذه الشروط .

ومع ذلك فإن الاعتراضين اللذين أبداهما الدكتور ثروت أنيس محل نظر، ذلك أن القول بأن نظام المسؤولية الشيئية يشترط أن ينتج الضرر عن تدخل إيجابي للشئء هو القول المقبول ، وإلا إذا إصطدم الراكب بأحد أعمدة المحطة في وضعه الطبيعي أو تعثر وهو سائر في فناء المحطة المستوى فأصيب ، قيل أن تحميل الراكب عبء إثبات خطأ الناقل — أن كان هناك ثمة خطأ — ما يعتبر قصوراً في نظام المسؤولية التقصيرية ، وأنه من الأفضل إتباع نظام المسؤولية العقدية ، حيث يتعين على الناقل أن يتحمل عبء الإثبات ويلزم بالتعويض ما لم يثبت هو أن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي ، وحسب الراكب في هذه الحالة أن يقف موقفاً سلبياً فلا يبين سبب الحادث ويكتفى بأن يثبت أنه أصيب أثناء وجوده في فناء المحطة ؟ أما الاعتراض الثاني وهو القول بأن مسؤولية الناقل التقصيرية عن عمل الغير تقتصر على أعمال تابعيه دون الأشخاص الآخرين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزامه، فذلك مردود بأنه بصدد عقد النقل المبرم بين الراكب وبين أمين النقل لا بد وأن يكون الأشخاص الذين يستخدمهم الأخير في قيادة أداة النقل وتسييرها تابعين له في كل الأحوال لأنهم يعملون لحسابه وله عليهم سلطة الرقابة والتوجيه .

وعلى ما تقدم نكون قد حصرنا الالتزام العقدي في نطاقه الصحيح واستبعدنا منه ما يدخل في الحقيقة في مجال المسؤولية التقصيرية وحدها . وقد كان الخلط الذي وقع فيه الفقه عاملاً جوهرياً في اختلاف رأيه بشأن استلزام أو عدم استلزام ركن الخطأ، لأنه حاول إخضاع مسألتين متميزتين تماماً لحل واحد . فاحدهما وهي التي تتعلق بالإخلال بالالتزام عقدي لا تستدعي البتة إثارة ركن الخطأ، لأن الالتزام الأصلي لم ينحل فلا حاجة لمصدر جديد لاقتضاء تنفيذه بمقابل ، ومن ثم فلا محل لتطلب عنصر آخر لأعمال هذا التنفيذ . أما المسألة الثانية فخاصة بالمسؤولية عن ضرر يلحق بمحل لم ينشئه التعاقد ، ومن ثم تستدعي توافر ركن الخطأ مع تنظيم إثباته وتوزيع عبئه حسب مقتضيات الواقع .

أما الرأى الذى يفرق بين الإلتزام بنتيجة وبين الإلتزام بعناية ولا يتطلب فى النوع الأول ثبوت تقصير من جانب المدين بينما يتطلب توافره فى النوع الثانى ، ف تفسير ذلك أن الإلتزام فى النوع الأول هو غالباً التزم عقدى بالمعنى الصحيح . أما الإلتزام بعناية فى النوع الثانى فقد أدمج فيه الفقه ما هو عقدى وما هو تقصيرى ، ذلك أن الإلتزام بعناية هو فى حد ذاته التزم بنتيجة ، قد يحدد المتعاقدان صراحة مضمونه ومداه وقد يحدده ضمناً طبقاً للأصول الفنية أو العرف السائد . والإخلال بهذا الإلتزام فى حد ذاته مسألة عقدية بحته تخضع لنظام التنفيذ بمقابل . أما إذا كان الشئ محل العناية – وهو شئء لم ينشئه التعاقد – قد لحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ التعاقد التزمه بالعناية ، فهذا ضرر تقصيرى ، ولو أنه نتج عن إخلال المدين المتعاقد بواجب العناية ، لأن هذا الإخلال ما هو إلا عنصر واقعى فى ركن الخطأ أحد أركان المسؤولية التقصيرية .

وباستطاعتنا الآن بعد ما فضلناه آنفاً ، أن نستجلى وجه الحقيقة بشأن مشكلة الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وأن نتبين لماذا ظل الرأى حتى الآن موزعاً بين القائلين بعدم جواز الخيرة وبين القائلين بجوازها دون استساعة أى من هذين القولين استساعة تامة ، وفى نفس الوقت دون طرحه كلية . ولماذا كانت حجج كل منهما مع تناقضهما مما يتعذر تنفيذهما تماماً . فما ذلك كله إلا شاهداً على أن هناك خلطاً فى أصل المسألة جعل كلا من الرأين يحتويان على جانب من الصحة وجانب من الخطأ فى آن واحد .

فأنصار عدم الخيرة على صواب فى قولهم أن ما أدخل فى دائرة الإلتزام العقدى لا يجوز الإلتجاء فيه إلى المسؤولية التقصيرية ، ولكن خطأهم يكمن فى أن دائرة هذا الإلتزام طبقاً للنظرة الحاضرة قد حوت على التزم تقصيرى محض .

وأنصار الخيرة على صواب في قولهم بجواز الإلتجاء إلى المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بالالتزام عقدي ولكن خطأهم يكن في أن دائرة هذا الإلتزام قد حوت حسب النظرة الحاضرة ما هو تعاقدى وما هو تقصيرى ، وفي أنهم يسلمون بداءة بإمكان وصف التزم واحدا بأنه عقدي وتقصيرى في آن واحد .

أما إذا ما حصرنا الإلتزام العقدي في نطاقه الصحيح على ما سبق إيضاحه فان المشكلة الحالية تختفى تماماً . فيخضع الإلتزام العقدي لنظام التنفيذ بمقابل دون استلزام أية شروط لأعماله ، ويخضع الإلتزام التقصيرى ولو كان قد نشأ بمناسبة علاقة عقدية للمسؤولية التقصيرية وحدها . وبذلك نتمشى مع ما يقول به علم المنطق من أنه لا يمكن أن يكون هناك أكثر من فرض واحد يصلح لتفسير ظاهرة معينة .

وإذا كنا قد انتهينا من كل ما تقدم إلى أنه في مجال الإلتزام العقدي بمعناه الصحيح يلزم المدين بالتنفيذ بمقابل في حالة امتناعه عن التنفيذ العيني أو استحالة ذلك عليه لغير سبب أجني دون اشتراط تقصير من جانبه ، وبذلك نكون قد قضينا على الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية فانه يبقى أمامنا الركنان الآخران : الضرر وعلاقة السببية .

وقبل أن نبين وجه الحقيقة بالنسبة لهذين الركنين لننتهي إلى عدم صحة نظام المسؤولية العقدية كلية ، يتعين علينا أولاً أن نعرض لمسألة هامة هي مسألة اتفاقات المسؤولية لأنه بتحديدنا للإلتزام العقدي على النحو السابق لا تكون هذه الاتفاقات إلا متعلقة حتماً بالمسؤولية التقصيرية وحدها .

٦ - تعلق إتفاقات المسؤولية بالمسؤولية التقصيرية وحدها :

نلاحظ هنا بداءه أن الفقه يقول بأن هناك اتفاقات تدخل في دائرة الإلتزام العقدي ولكنها لا تتعلق باعفاء المدين من المسؤولية عن الإخلال بهذا الإلتزام ، بل تنصب على تحديد مضمون العلاقة التعاقدية بالنظر إلى

النموذج الخاص بالعقد المسمى . فاذا كان هذا النموذج في عقد الإيجار مثلاً يرتب التزاماً بتسليم العين المؤجرة ولكن الطرفين اتفقا على أن المستأجر هو الذى يضع يده وحده دون تدخل من المؤجر كان هذا حذفاً لالتزام ناشئ عن عقد الإيجار . وإذا كان هذا النموذج في عقد البيع يرتب على البائع التزاماً بضمان الإستحقاق وضمان العيب فان للطرفين أن يتفقا على التخفيف من مضمون هذا الإلتزام ، ولكن الحذف في المثال الأول والتخفيف في المثال الثانى ليسا كذلك إلا بالنسبة للنموذج ، أما بالنسبة للقاعدة العامة فليس هذا حذفاً أو تخفيفاً، وإنما هو أمر يتعلق بنشأة الإلتزام أصلاً أو بنشأته منذ البداية بمضمون معين .

وفيما خلا هذا الوضع الذى لا يدخل باجماع الفقه فى نطاق اتفاقات المسؤولية لا تكون هذه الإتفاقات إلا متعلقة حتماً بالمسؤولية التقصيرية وحدها ، ذلك أن الإلتزام العقدى كما قلنا هو ذلك الذى يتضمن قيمة مالية انشأها التعاقد ، ومن ثم فللمتعاقدين أن يعينا هذه القيمة وأن يرسما حدودها بداءة ويكون المدين ملزماً بأن يحقق للدائن هذه القيمة عيناً فان لم يفعل كان ملزماً بما يقابلها . أما إذا كانت القيمة التى مسها المتعاقد المدين بالضرر لم تنشأ عن التعاقد ، فذلك أمر متعلق بالمسؤولية التقصيرية وحدها كما بينا من قبل . وإذا فاتفقات المسؤولية لابد وأن تتعلق بهذا الضرر ومن ثم فمجالها المسؤولية التقصيرية وحدها .

وتأسيساً على ذلك تسقط الحجة التى يبرر بها الفقه صحة اتفاقات الإعفاء والتخفيف من (المسؤولية العقدية) — وهى ليست مسؤولية عقدية كما بينا بل مسؤولية تقصيرية نشأت بمناسبة علاقة عقدية — تلك الحجة التى يستند فيها إلى مبدأ سلطان الإرادة فى قوله أن المتعاقدين هما اللذان ينشئان الإلتزام فلهما بالتالى أن يرفعا . ووجه سقوط هذه الحجة أن الإلتزام الذى ينصب عليه اتفاق المسؤولية ليس التزاماً عقدياً ، لأن القيمة التى أحل بها لم ينشأ التعاقد بل كانت موجودة قبل التعاقد أو بغض النظر عن هذا التعاقد .

وإذا كان رأى السائد – (دون تسليم منا بالتبرير الذى يستند اليه) يعتبر كل إتفاق على رفع المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها اتفاقاً باطلاً، فان هذا يعنى فى رأينا أن كل اتفاقات المسؤولية هى اتفاقات باطلة، لأنها تتعلق بالمسؤولية التقصيرية وحدها .

فكيف إذا أستسيع قول الفقه الغالب بصحة هذه الإتفاقات – فيما عدا حالتى العث والخطأ الجسيم – فى نطاق ما يسمى بالمسؤولية العقدية (وهى تقصيرية كما قلنا) ؟ كيف أستسيع القول بجواز الإتفاق على إعفاء الشخص من نتيجة خطئه الذى تسبب فى إلحاق الضرر بالغير ؟

فاذا كان هناك رأى قوى يقف من هذه الاتفاقات موقف العداء لمناقاتها للعدالة بجرمانها المضرور من التعويض كله أو بعضه قبل من تسبب فيه بخطئه، ومجافاتها للمصلحة العامة بما تؤدى اليه من تهاون فى الحرص على سلامة الأشخاص والأموال ، فان هناك رأياً قوياً مع تسليمه بهذه المآخذ، ينحاز إلى تقرير صحة هذه الاتفاقات لأنها تشجع روح الأقدام على قيام المشروعات الجريئة النافعة وتدفع بالتقدم الصناعى إلى الأمام بما تشيعة من طمأنينة .

والحقيقة فيما نرى أن الذى يبرر ترتيب أثر ما على اتفاقات المسؤولية فى بعض الأحوال وما يلوح لأول وهلة من شرعيتها ، أن هذه الإتفاقات إنما تتضمن إقراراً من المتعاقد بأن الضرر الذى قد يحدث له لن يكن نتيجة خطأ منسوب إلى المتعاقد الآخر، أى أن هذا الإقرار إنما هو مجرد اعتراف سابق من الدائن بنفى ركن الخطأ عن المدين على ضوء مختلف الظروف الخاصة بتنفيذ التعاقد والملابسات المحيطة به ، فاذا اشترطت مصلحة البريد مثلاً اعفاءها من المسؤولية فى حالة فقد الخطاب العادى فذلك تسليم من المرسل بأن المصلحة بامكانياتها الحالية التى تتناسب مع التعريفه التى يدفعها المرسل فى الخطاب العادى، لن تستطيع الحيلولة دون فقد بعض الخطابات وأن هذا الفقد لن يكون نتيجة خطأ من جانبها . وإلا فان المصلحة لن يكون فى مقدورها تفادى هذا الفقد إلا إذا قامت بتسجيل كل خطاب ، ومعنى ذلك حشد

عدد هائل من الموظفين ورفع سعر التعريفة وضياع وقت الجمهور الأمر الذى لا يتناسب البتة مع قيمة الضرر المحتمل من فقد بعض الخطابات العادية. ولكن هذا الشرط الذى تشترطه مصلحة البريد ليس إلا مجرد قرينة على استبعاد وقوع خطأ من جانبها وبحيث يمكن على ضوء كل حالة نفى هذه القرينة .

وهذا هو ما يوجه سلامة مذهب القضاء الفرنسى الذى لم يرتب على شرط الاعفاء من المسؤولية العقدية - وهى ليست عقدية بل تقصيرية كما قلنا - إلا مجرد نقل عبء الإثبات من جانب المدين إلى جانب الدائن، لأنه إذا كان الوضع فيما يسمى بالمسؤولية العقدية أن يعفى الدائن من إثبات خطأ المدين فان شرط الإعفاء يحمل الدائن عبء إثبات الخطأ - فان أثبتته التزم المدين بالتعويض وأصبح الإعفاء غير ذى قيمة .

وإذا كان بعض الفقه يعيب على القضاء الفرنسى قصره أثر اتفاق الإعفاء من (المسؤولية العقدية) على قلب عبء الإثبات - بحجة أن فى ذلك مخالفة لإرادة المتعاقدين وأنه إذا كان الإتفاق صحيحاً فيجب أن يرتب أثره الكامل - فان رأى الفقه يبتعد عن الصواب، لأننا لسنا هنا فى مجال التزم إرادى وإنما نحن هنا كما قلنا فى مجال المسؤولية التقصيرية عن ضرر لحق بشيء لم تنشئه إرادة المتعاقدين . ولذلك فان الأحكام التى رتبت أثراً كاملاً على شرط الإعفاء لم تقتصر على القول بأنه شرط صحيح طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة لشعورها بقصور هذا القول ، وإنما أضافت إلى ذلك غالباً قولها أن المدعى عليه لم يقع منه أى خطأ يستوجب مسألتة (١) .

(١) ونجد ذلك ظاهراً فى الأحكام التى تعرضت لشرط إعفاء الناقل البحرى من مسؤوليته عن أخطاء ربان السفينة - إذا تذكر هذه الأحكام عادة أن الربان يعتبر تابعاً غير عادى وليس لصاحب السفينة أى وسيلة فعالة للإشراف عليه أو رقابته أو توجيهه لأنه يتمتع بمركز مستقل وسلطان مطلق على السفينة .

راجع على سبيل المثال حكم محكمة إستئناف إكس فى ١٦/٣/١٨٧٥ دالوز ١٧٧

١ - ٤٥ . وحكم محكمة إسكندرية المختلطة فى ١٩/١٩٠٢ - البلتان ٧/١٥ .

وإذا كان رأى القضاء الفرنسى يفسره الفقه عادة بفكرة الخيره بين المسئولتين بدعوى أنه إذا كان الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً فان المسئولية التقصيرية تظل قائمة إلى جوارها ولا يسرى عليها شروط الإعفاء، فنحن ننكر مسألة الخيره أصلاً لأنه ليس أمامنا سوى مسئولية واحدة هي المسئولية التقصيرية عن الفعل الضار - وهذه المسئولية تقتضى بصفة عامة بتحمل الدائن عبء إثبات خطأ المدين .

أما خصوم الخيرة الذين يرون أن المسئولية العقدية تطرد المسئولية التقصيرية - ومن ثم يرتبون أثراً كاملاً على شرط الإعفاء فإنهم أنفسهم لا يخفون شعوراً ضمنياً بالأسف إزاء هذه النتيجة ، فيقول الأستاذ السهورى مثلاً - وهو من خصوم الخيرة - «وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية وقيام هذه المسئولية العقدية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل ولكن هذه النتيجة هي التى أرادها المتعاقدان» (١) .

وواضح أن هذه النتيجة إنما جاءت بسبب ذلك الخطأ الأولى فى أصل المسألة ، وهو اعتبار المسئولية هنا مسئولية عقدية تحكمها إرادة المتعاقدين فى حين أنها ليست إلا مسئولية تقصيرية فقط .

وإذا كان أثر إتفاق الإعفاء من المسئولية التقصيرية التى تنشأ بمناسبة علاقة عقدية ، لا يتعدى مجرد قيام قرينة على انعدام الخطأ فى جانب المدين وأنه على ذلك يكون على الدائن عبء إثبات خطأ المدين، فإنه من الجائز على ضوء الوقائع الا يكون لاتفاق الإعفاء حتى مثل هذا الأثر ، إذا كان الظاهر يخالف تلك القرينة ، وكانت وقائع الحادث توجب على المدين

(١) السهورى - الوسيط جزء ١ فقرة ٥١٥ .

طبقاً للمبادئ العامة في الإثبات أن يتكلم أولاً ويبين سبب الحادث ويؤيد قوله ، ولذلك يذهب جانب من الفقه إلى أن شرط الإعفاء لا يترتب عليه نقل عبء الإثبات بصفة عامة لأن المضرور قد لا يستطيع الإحاطة بظروف الحادث لبعده عنه فيكون من العسير عليه أن يثبت خطأ المدين ، ومن ثم فإنه يتعين على المدين في هذه الحالة أن يثبت إنعدام الخطأ من جانبه بأن يدل على أنه سلك سلوك الشخص اليقظ وفعل كل ما ينتظر منه (١) .

ويشير إلى صحة ما نقول به من أن الأمر في اتفاقات المسؤولية ليس أمراً إعفاء من المسؤولية وإنما هو أمر اعتراف سابق من المتعاقد بانتفاء ركن الخطأ من جانب المتعاقد الآخر ، مايقول به الفقه الحديث تبريراً لصحة هذه الاتفاقات ، من أن فكرة الخطأ قد فقدت مقوماتها ولم تعد إستطاعة التوقع وتفاذي الاغلاط أمراً ممكناً نتيجة لتعقد الحياة الحديثة وللتقدم الصناعي الآلى بحيث أصبحت الحدود التي كانت تفصل بين الخطأ اليسير وبين القوة القاهرة غير واضحة المعالم ، وأصبح الخطأ اليسير يقترب من القوة القاهرة ويختلط بها (٢) .

والحقيقة أن اتفاقات الإعفاء من المسؤولية جاءت نتيجة رد فعل لإتساع نطاق المسؤولية المقامة على خطأ مفترض ، واتفاقات المسؤولية تزيل هذا الافتراض (٣)

(١) راجع في ذلك اسمان / مقاله عن إتفاقات رفع المسؤولية بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٦ ص ٣٣١ ، ٣٣٢ - بلانيول وريبير واسمان جزء ٦ فقرة ٤٠١ .

(٢) في هذا المعنى روبلو ، الخطأ الجسيم في القانون الخاص الفرنسى مقاله المجلة الفصلية سنة ٤٣ ص ١٢ اسمان ، الخطأ ومكانته في المسؤولية المدنية مقال بالمجلة الفصلية سنة ٤٩ ص ٤٨٥ رويينو ، إتفاقات رفع المسؤولية في القضاء المعاصر بالمجلة الفصلية سنة ٥١ ص ١٢ ، مارتين المرجع السابق ١٩٢ .

(٣) حول هذا المعنى ، بلانيول وريبير واسمان ج٦ فقرة ٤٠١ اسمان مذكراته عن المسؤولية المدنية «دروس دكتوراه ١٩٤٩ - ١٩٥٠ ص ٢٠٦ .

والخلاصة إذ أن إتفاقات رفع المسؤولية لا ترتب إعفاء من نتيجة الخطأ ، ولا يمكن أن تكون ترخيصاً للشخص بارتكاب خطأ يؤدي إلى الإضرار بالغير . ففيما يختص بالمسؤولية عن فعل الشخص (المسؤولية الخطئية) ليس هناك ثمة تغيير في الوضع ، إذ على المضرور دائماً عبء إثبات الخطأ . وفيما يختص بالمسؤولية المفترضة يقتصر أثر الإتفاق على إزالة الإقراض ، ولكن بصفة عامة ، إذ من الجائز ألا يكون لمثل هذا الإتفاق أى أثر على ضوء الوقائع كما أشرنا من قبل .

أما اتفاقات تخفيف المسؤولية فلا يترتب عليها - بذاتها - أى أثر شأنها في ذلك شأن اتفاقات الإعفاء ولكنها تتضمن في بعض الحالات إقراراً من الدائن باشتراكه في الخطأ مع المدين ، إذا كان المدين يستعمل وسيلة يعلم الدائن مقدماً مدى خطورتها . ومعروف أن الخطأ المشترك يجيز تخفيف مسؤولية المتسبب في الضرر بانقاص قدر التعويض .

٧ - حقيقة ركن الضرر في المسؤولية العقدية :

بعد أن حصرنا الالتزام العقدي في نطاقه الصحيح وبيننا أن المدين العقدي إذا لم ينفذ التزامه عينياً أو استحال عليه ذلك لغير سبب أجنبي يلزم بمقابل هذا الإلتزام دون حاجة لاشتراط ركن الخطأ وهو الركن الأول في المسؤولية العقدية، نتعرض بعد ذلك لركنها الثاني وهو الضرر لنبين حقيقته .

فالفقه يقول عن هذا الركن أن الدائن لا يستحق تعويضاً إذا لم يصبه ضرر من إخلال المدين بالتزامه . ويقول أنه ولو أن هناك غالباً تلازم بين الإخلال وبين الضرر، فإن ذلك لا ينفي إعتبار الضرر ركناً قائماً بذاته في (المسؤولية العقدية) .

والحقيقة أن الفقه قد نظر إلى عنصر الضرر نظرة غير مباشرة ، فالضرر إنما ينتج عن عدم تنفيذ الإلتزام عينياً أو بمقابل في حين أننا هنا بصدد تنفيذ هذا الإلتزام . وخطأ الفقه الحاضر أنه يصور المسألة فيما يقول به الأستاذان

هنرى وليون مازو على النحو الآتى : أحد المتعاقدين يمنع عن تنفيذ التزامه المتولد عن العقد أو تنفيذه تنفيذاً معيباً فيترتب على ذلك الحاق ضرر بالمتعاقدين الآخر ومن ثم ينشأ التزام جديد يحل محل الالتزام السابق كلياً أو جزئياً ، وهذا الإلتزام الجديد مضمونه تعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو عن تنفيذه المعيب (١) .

وانحراف الصياغة فى هذه العبارة يكمن فى حيثيتها الثانية التى تقول أن الدائن أصابه ضرر من عدم تنفيذ مدينه لالتزامه قبله ، فى حين أنه لا محل لهذا القول هنا ، لأننا بصدد إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً أو بمقابل ، ومن ثم تحقيق المنفعة التى يتضمنها الإلتزام وما الضرر إلا التعبير العكسى لهذه المنفعة .

فاذا كان الأمر كذلك بأن لم تكن هناك حاجة لإثارة ركن الضرر ، فما هو تعليل مايقول به الفقه من أنه إذا لم يلحق الدائن ضرر من جراء عدم تنفيذ الإلتزام كلياً أو جزئياً فإنه لا يستحق تعويضاً ؟ وتفسير ذلك أن الإلتزام إذا كان ذا قيمة فلا بد وأن يترتب على عدم تنفيذه ضرر (التعيز العكسى للمنفعة) . ولا يكون الإلتزام غير ذى قيمة وقت التعاقد إلا إذا كان هناك غلط فى هذا الوقت ، ومن ثم نرتد إلى عيب سابق فى الرابطة العقدية وما يترتب على قيام هذا العيب من عدم نشأة الإلتزام . ومع ذلك فإنه إذا كان الإلتزام غير ذى قيمة أو أصبح غير ذى قيمة (وهو ما يعبر عنه الفقه بأن عدم تنفيذه لا يترتب عليه ضرر) فإن الدائن لا يستحق شيئاً قبل المدين لأن التنفيذ بمقابل لا محل له لأنه لا مقابل لهذا الإلتزام .

أما قول الفقه بأن التأخير فى تنفيذ الإلتزام قد لا ينتج منه ضرر فلا يستحق الدائن تعويضاً ، فليس هذا إلا تعبيراً غير مباشر للقول بأن الإلتزام على الرغم من هذا التأخير لم ينقص منه شىء (٢) .

(١) مازو جزء ١ فقرة ١٠٠

(٢) ومن قبيل ذلك إعتبار المدين قد قام بالتنفيذ العيى كاملا ما دام قد حقق الغرض المقصود

فى العقد ولو لم يتبع ما إلتفق عليه حرفياً إسماعيل غانم أحكام الإلتزام فقرة ٣١ .

وقولنا أنه في حالة امتناع المدين من تنفيذ التزامه عينا واستحالة ذلك عليه لغير سبب أجنبي نكون بصدد تنفيذ بمقابل أى إعطاء الدائن المنفعة التي تقابل الالتزام مقومة بمبلغ من النقود ، يفسر ما يقول به الفقه من قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فما الضرر المتوقع إلا التعبير العكسي لمقابل الالتزام.

أما الضرر غير المتوقع فلا يدخل ضمن هذا المقابل . وقصر التعويض على الضرر المتوقع يرجع إلى أننا لسنا بصدد مسؤولية يقتضى قيامها توافر ركن الخطأ ومن ثم تحميل فاعله كل نتائجه ، وإنما نحن في مجال تقويم المنفعة التي يشتمل عليها الالتزام بمبلغ من النقود . ولا حاجة بعد ذلك إلى تفسير ذلك الوضع بما قيل به من أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل التعويض قاصراً على الضرر الذي كانا يتوقعانه عند إبرام العقد ، فهذا محض افتراض مخالف للواقع . وقد اعترض عليه بأنه يصعب القول بأن الطرفين قد ترقعا عند إبرام العقد أن أحدهما لن ينفذ التزامه ومن ثم اتفقاً ضمناً على قصر التعويض على الضرر المتوقع (١) ، (٢) ، (٣) .

(١) في هذا المعنى بلانويك جزء ٢ فقرة ٧٤٩ عبد الحى حجازى جزء ٣ طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٤٦ .
(٢) وإذا كان جانب من الفقه الحديث ينتقد قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع وهؤلاء أنصار نظرية الخطأ ، ويرون وجوب شمول التعويض للضرر غير المتوقع لذلك لأن المسؤولية التي يتكلمون عنها ليست مسؤولية عقدية بل مسؤولية تقصيرية فقط كما بينا من قبل ، وعلى ذلك يكون شمول التعويض للضرر غير المتوقع أمراً واجباً . وفي عبارات الأستاذين هنرى وليون ماوز التالية ما يوضح ما نقول به ويبين بجلاء مدى فساد نظام المسؤولية العقدية وشذوذه ، فالأستاذان يقولان (ج ٣ فقرة ٢٣٩١) : «إذا ارتكب المدين خطأ فيجب عدلاً أن يلزم بجبر الضرر الذي تسبب في حدوثه ، وإذا ازداد بين المضرور الذي كان دوره سلبياً وبين موقف فاعل الضرر الذي لم يكن دوره إيجابياً فحسب بل سلك سلوكاً خاطئاً ، فليس هناك مجال للتردد ، وأليس الوضع المذكور في الواقع هو نفسه الوضع القائم في مجال المسؤولية التقصيرية؟ وليس من الظلم ومن الشذوذ أن نؤيد في التعويض أو نخفض منه تبعاً لإستطاعة المضرور أو عدم استطاعته الإستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ؟ كأمين النقل مثلاً يلزم قبل ورثه المحجى عليه لأنهم يقيمون دعواهم باسمهم الشخصى (مسؤولية تقصيرية) بأكثر مما يلزم به قبل المحجى عليه نفسه (مسؤولية عقدية) . وصاحب السيارة تكون مسؤوليته في حالة إصابة المسافر الذى دفع له أجراً أقل من مسؤوليته قبل عابر الطريق أو قبل من كان يركب مجاناً وفي نفس المعنى : إسماعيل غانم - أحكام الإلتزام فقرة ٥٦ .

(٣) ويلاحظ أن الفقه يقول أن في المسؤولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع =

وقولنا السابق يفسر أيضاً مايقول به الفقه من أنه لا تضامن في المسؤولية العقدية في حالة تعدد المدينين ما لم يكن مشتركاً في العقد . وإذا كان الفقه يعلل ذلك بأن المدين هو الذى حدد بارادته مدى التزامه الأصلي فله بالتالى أن يحدد مدى مسؤوليته فهذا تعليل غير مقبول ، لأن المدين ليس هو الذى يحدد مسؤوليته ، فالمسؤولية تنشأ رغماً منه . وإنما الحقيقة أننا لسنا هنا بصدد أية مسؤولية ، وإنما بصدد تنفيذ بمقابل للإلتزام ، وما دام أن الإلتزام كان مقسماً بين المدينين فإن التنفيذ بمقابل بالنسبة لكل واحد منهم يقتضى أن يكون بالقدر المساوى للجزء الذى التزم به .

٨ - حقيقة ركن علاقة السببية في (المسؤولية العقدية) :

يبقى بعد ذلك أن نبين حقيقة علاقة السببية لتدلل على خطأ نظام المسؤولية العقدية كلية .

وعلاقة السببية في المسؤولية العقدية تتميز في رأى البعض بأنها ليست علاقة واحدة ، بل علاقة مزدوجة : الأولى تتضمن نسبة عدم التنفيذ إلى المدين ، والثانية تتضمن ربط عدم التنفيذ بالضرر (١) .

وفي رأى الأستاذ إسماعيل غانم (٢) أن العلاقة الثانية وحدها هي علاقة سببية بالمعنى الدقيق ، باعتبار السببية ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية وهي العلاقة التى تربط عدم التنفيذ بالضرر الذى أصاب الدائن ، ولا ينفىها

ولا في سببه فحسب بل وفي مقداره أيضاً. ويضرب لذلك مثلاً بشركة نقل فقد منها طرد كانت قد تمهنت بنقله وتبين أن الطرد كان يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن تتوقعها عند إبرام العقد فلا تلزم الشركة إلا بالمقيمة المعقولة للطرد (السنهورى : الوسيط جزء ١ فقرة ٤٥٣) .

ولكننا نقول أن المسؤولية هنا تقصيرية فقط ، ونعمل قصر التعويض في هذه الحالة على الضرر المتوقع بوقوع خطأ من جانب صاحب الطرد في عدم تنبيه شركة النقل إلا ما يحتويه الطرد من أشياء ثمينة حتى يقوم باتخاذ الإحتياطات الواجبة ، وهذا يقتضى غالباً الحصول على تعريفة أكبر . ومعروف أن الخطأ المشترك ييجز إنقاص مقدار التعويض كما ييجز عدم الحكم بأى تعويض .

(١) راجع في ذلك ما زود موسوعة المسؤولية ج ٢ ١٤٢٠ هامش ٣ ما زود دروس القانون

المدنى ج ٢ فقرة ٥٦٢ عبد الحى حجازى النظرية العامة للإلتزام ج ٣ ص ١٤٧

(٢) أحكام الإلتزام فقرة ٥١ .

إلا السبب الأجنبي الذي نتج عنه الضرر . أما السبب الأجنبي الذي نشأ عنه استحالة التنفيذ فهو لا ينفى السببية بين عدم التنفيذ والضرر ، بل ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ (١) .

ونحن مع هذا الرأي فيما يقول به من أن السبب الأجنبي الذي ترتب عليه استحالة التنفيذ لا يدخل في مدلول علاقة السببية إلا أننا نرى أن أثر هذا السبب ليس نفى وصف الخطأ عن عدم التنفيذ باعتبار أن الخطأ ركن مستقل عن أركان المسؤولية ، وإنما نرى أن قيام السبب الأجنبي المشروط فيه عدم إمكان التوقع عند التعاقد إنما يمنع نشأة الالتزام العقدي ، خلافاً لما يعنيه ذلك الرأي من أن الالتزام نشأ بداءة ثم انتفت المسؤولية عن المدين لعدم توافر ركن الخطأ ، وخلافاً لما يقول به آخرون من نشأة الالتزام في مرحلة أولى ثم سقوطه كأثر للسبب الأجنبي في مرحلة ثانية .

ذلك أن أصل المسألة هنا لا يتعلق بفحص سلوك المدين وقت إستحقاق أداء الإلتزام لمعرفة ان كان ملوماً أو غير ملوم في هذا الوقت ، وإنما يرتد إلى أمر يتعلق بوقت التعاقد ، هو توقع أو عدم توقع المدين في هذا الوقت حدوث السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ التزمه مستحيلاً ، بحيث لو كان مدركاً وقتئذ أن سبباً سيوجد من شأنه استحالة تنفيذ التزمه ومع ذلك تعهد لما اعتبر هذا السبب أجنبياً والزم بالتالي بأن يؤدي للدائن مقابل التزمه ، مع أنه وقت إستحقاق هذا الإلتزام لم يكن مخطئاً في الواقع إذ كان يستحيل عليه عندئذ تنفيذ الإلتزام ، فالخطأ إذا انما وقع في وقت التعاقد فيتعلق

(١) وفي رأى مازو الموسوعة ج ١ فقرة ٦٦٩ - ج ٢ فقرة ١٤٢٦ أن السبب الأجنبي في الإلتزام بتحقيق نتيجة ينفى السببية وينفى الخطأ في نفس الوقت وينتقد الأستاذ إسماعيل غانم (هامش ص ٨٥) هذا القول معتم تفرقتنا بين السبب الأجنبي الذي ترتب عليه إستحالة التنفيذ وبين السبب الأجنبي الذي ترتب عليه الضرر ، إذ أن السبب الأول ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ دون أن ينفى السببية بينه وبين الضرر ، أما السبب الأجنبي الذي ترتب عليه الضرر فهو ينفى علاقة السببية بين عدم التنفيذ والضرر دون أن ينفى عن عدم التنفيذ وصف الخطأ . وفي هذا المعنى رابو فكرة الخطأ في القانون الخاص ١٩٤٩ فقرة ٤٠ .

مسألة نشأة الإلزام بداءة . وبمعنى آخر فإن إستحالة تنفيذ الإلزام ليست في حد ذاتها سبباً لفسخ مصادرة المدين وإنما تنتهي عنه المساءلة إذا لم يكن يتوقع هذه الإستحالة وقت التعاقد . ومن ثم فإن الموقف يتمحور هنا عن وقوع المدين في غلط وقت التعاقد يتعلق باستحالة المحل . ولا فرق بين إستحالة كانت قائمة وقت التعاقد أو قبله وبين استحالة استجدت بعده . فإذا تعاقد شخص على توريد منتجات مصنع معين وكان المصنع قد إحترق وقت التعاقد دون علم المدين أو إحترق بعد ذلك دون توقع منه فإن الإلزام لم ينشأ في الحاليتين ، ففيهما كان المتعاقد غاطلاً وفيهما كان الغلط في ذات وقت التعاقد .

وإذاً فعلى أساس فكرة الغلط نرد أثر السبب الأجنبي الذي تنتهي به مساءلة المدين بأنه يحول بداءه دون نشأة الإلزام . ونحن ننظر هنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك في المسؤولية كأساس للإلزام العقدي . أما الغلط في مفهوم مذهب الإرادة (١) فإنه يعجز عن هذا التبرير ، إذ تحمل الإرادة في فلسفة هذا المذهب على أنها الإرادة الباطنة التي يعول عليها دون التعبير المخالف لها ، ويترتب على هذا المعنى أن الغلط إنما يترتب أثره لأن من شأنه قيام خلاف بين الإرادة الباطنة وبين التعبير . وعدم توقع السبب الأجنبي الذي يجعل تنفيذ الإلزام مستحيلًا لا يعني قيام هذا الخلاف فلا يعتبر المدين غاطلاً إذا طبقاً لمذهب الإرادة .

أما إذا نظرنا إلى الغلط كمانع من توافر شرط الإدراك في المسؤولية فإن المدين يعتبر هنا غاطلاً بأن لم يكن مدركاً وقت التعاقد أن سبباً سيوجد من شأنه أن يحول بينه وبين تنفيذ ما تعهد به .

(١) ولازال الفقه الحاضر حتى الآن يردد تعريف سالي الشهير بأن «الغلط يتطوى على عدم تطابق بين الإرادة الحقيقية أى أن الإرادة الباطنة وبين الإرادة المعلنة - البند الأول من تعليقه على المادة ١١٩ في مؤلفه التعبير عن الإرادة . ويقول مارتق وريينو(القانون المدني ج٢-١٩٦٢-١٩٦٢) أن نظرية الغلط الفرنسية ليست في مجموعها إلا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ولنظرية الإرادة الباطنة .

وقد ذهب رابو (١) في تفسيره للمادة ١١٤٧ مدنى فرنسى إلى رأى مماثل استناداً إلى تبرير يدور حول التأصيل الذى ذكرناه ، فهو يقول أن الإرادة المحتملة للمتعاقدين تعنى بصفة عامة أن الالتزام ليس طليقاً من كل قيد ، إذ أن المدين لا يلزم عادة إلا بما هو فى استطاعته دون أن يذهب إلى حد مواجهة صعوبات لا يمكن التغلب عليها ، وهو حتى فى الالتزام المحدد لا يصدر وعده بتحقيق النتيجة إلا مقروناً بتحفظ مرتبط بعدم قيام قوة قاهرة . ومعنى ذلك أن الالتزام لا ينشأ إلا فى حالة إنتفاء هذه القوة .

والتفسير الذى نقول به يوضح ما يذهب اليه الفقه عن أنه فى الإلتزام بتحقيق نتيجة يتحمل المدين إثبات السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ . وإذا كان الفقه يقول أن فى ذلك مخالفة للقواعد العامة بما يتضمنه من نقل عبء الإثبات إلى عاتق المدين تأسيساً على افتراض قرينة مؤداها أن عدم التنفيذ راجع اليه (٢) ، فتحن نقول أنه لا افتراض هنا ولا مخالفة للقواعد العامة إذ أن ادعاء المدين بقيام السبب الأجنبي الذى ترتب عليه استحالة التنفيذ إنما هو ادعاء من جانبه بوقوعه فى غلط مايتحمل إثباته طبقاً للقواعد العامة .

أما فى لاللتزام ببذل عناية ، كالتزام الطبيب بالعلاج الذى تعهد به ، فشأنه فى رأى الفقه الحاضر شأن الإلتزام بتحقيق نتيجة إذا كان المدين لم يقم أصلاً بالعمل المطلوب (٣) . وفى رأينا أن الإلتزام ببذل عناية إنما هو التزام محدد وان كان يرجع فى تحديده غالباً إلى الأصول العلمية أو إلى العرف ، فاذا ما تحدد كان على المدين عبء إثبات القيام به طبقاً للقواعد العامة لأنه يدعى القيام بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . أما إذا كان قد ترتب على عمل المدين أثناء قيامه بتنفيذ التزامه هذا ضرر بمحل لم ينشئه التعاقد

(١) المرجع السابق فقرة ٤١ .

(٢) مازو موسوعة المسئولية ج ٢ فقرة ١٦٩٨ : عبد الحى حجازى ج ٣ ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) إسماعيل غانم أحكام الإلتزام فقرة ٥٢ .

فتكون بصدد ضرر تقصيري بحت تحكمه قواعد المسؤولية التقصيرية وحدها كما سبق القول في تحديد ما هية الإلتزام العقدي . وطبقاً لهذه القواعد يتحمل المدين عبء الإثبات ، مع مراعاة تحديد مدى الإثبات المطلوب من المكلف به ، ومع مراعاة القرائن التي قد يقتضيها تنظيم عبء الإثبات تمشياً مع الغالب والظاهر من الأمور .

أما عن النوع الثاني من علاقة السببية وهي تلك التي تربط عدم التنفيذ بالضرر ، فبعد أن حددنا الإلتزام العقدي فيما ذكرناه آنفاً ، بأن استبعادنا من نطاقه كل ضرر يمس محلاً لم ينشئه التعاقد ، وبعد أن بينا أن التعبير القائل بأن المدين يلزم بتعويض الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ التزامه العقدي إنما هو تعبير غير مباشر وغير دقيق لأنه بعد أن نشأ هذا الإلتزام صحيحاً فإنه يمثل حقاً مالياً يتعين على المدين أداءه عيناً فان استحالة هذا عليه (غير سبب أجنبي) أو إمتنع عن أدائه الزم بمقابل هذا الإلتزام ، بعد أن بينا ماتقدم ،فانه لا يبقى إلا تقدير مقابل الإلتزام أى تقدير منفعة للدائن وقت إستحقاق أدائه . والمنفعة أما أن تكون إيجابية فقط وأما أن تكون إيجابية وسلبية . وفي تحديد قدر هذه المنفعة يجرى أعمال مبدأ السببية المادية أى الربط بين تنفيذ الإلتزام في ميعاده المحدد وبين المنفعة التي كانت ستعود على الدائن من هذا التنفيذ ، وهو ما يعنيه الفقه الحاضر بعبارة «النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء» .

وواضح أن أعمال السببية المادية هنا لايتطلب اللجوء إلى نظام المسؤولية العقدية ، فالسببية ليست بشرط لاستحقاق الدائن مقابل الإلتزام ، وإنما هي مجرد معيار لتحديد قدر المنفعة التي يتضمنها الإلتزام .

