

رؤية جديدة

في دور التعويض في المسؤولية العقدية

الدكتور/ محمد عبد الظاهر حسين

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني

كلية الحقوق بني سويف - جامعة القاهرة

مقدمة

لا شك في أن التعويض هو الأثر الأول والأهم لثبوت مسؤولية أي شخص، إذ به نجبر ما أصاب الآخرين من ضرر، وعن طريقه نخفف الآلام عنهم، ومن خلاله يتحقق نوع من الردع والزجر لكل من تسول له نفسه السعي نحو إيذاء الآخرين. ذلك بأنه إذا كانت العقوبة الجنائية تهدف من ضمن "أغراضها" إلى ردع الجاني وزجر غيره، فلماذا لا يتوافر ذلك للعقوبة المدنية (التعويض) وهو ما لا يتأتى إلا إذا تحقق لها عدة عوامل:

١- تيسير مسألة ثبوت حق المضرور في التعويض وتسهيل مهمة حصوله عليه.

٢- العمل على أن يأتي التعويض كاملاً شاملاً لكل عناصر الضرر الذي وقع نتيجة الفعل الضار.

وإذا كانت أهمية التعويض بارزة للأعين واضحة في الأذهان فإن فلسفته ودوره قد اختلفت بشأنيهما الآراء والاتجاهات. وإذا كان الدور المنوط بالتعويض القيام به واضحاً في إطار التقصير في تنفيذ الالتزامات والواجبات العامة المفروضة على أفراد المجتمع كافة، وعلى رأسها عدم إلحاق الأذى بالآخرين، إذ أن هذا الدور يكمن في الوظيفة التعويضية أو الإصلاحية التي يقوم بها التعويض من خلال إصلاح ما

سببه الفعل الضار من آثار متحققة. أي أن دور التعويض هنا هو جبر الأضرار الناتجة من خلال أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية.

فإذا كان الأمر كذلك في ظل هذه المسؤولية، فإنه ليس كذلك في ظل الحالات التي ينتج فيها الضرر عن عدم تنفيذ التزامات عقدية بما يثيره ذلك من قيام المسؤولية العقدية. فدور التعويض في إطار هذه المسؤولية وفلسفته أمر محل خلاف، وقد تعددت آراء الفقهاء قديماً وحديثاً حوله. فمن هذه الآراء ما ذهب إلى أن التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية إنما هو طريقة أداء إجبارية للالتزام غير المنفذ، وليس وسيلة إصلاح وجبر ضرر واقع. ولا شك في أن تبني هذا المفهوم للضرر ستكون له انعكاساته وتأثيراته المتعلقة بشروط استحقاق التعويض ونطاقه ومقداره.

ويقابل هذا الاتجاه أغلبية الآراء والاتجاهات التي ما زالت وفيه للتقسيم التقليدي لنوعي المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية، ويلعب التعويض في الأولى، كما في الثانية، دور الإصلاح أو الجبر، بحيث يقوم التعويض بجبر الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الالتزامات، سواء أكان مصدرها العقد أم القانون. ولا شك في أن زعزعة ما استقر في الأذهان والكتابات ردحا طويلا من الزمن أمر يبدو في غاية الصعوبة، ولولا الضرورة ما تم التفكير فيه، ولولا محاولات نفر من الفقه الفرنسي منذ زمن في رفض الإعلان عن وجود ما يسمى بالمسؤولية العقدية ومهاجمتهم لها إلى حد أن أعلن أحدهم أن هذه المسؤولية هي مفهوم خاطئ، ورأي الآخر موت المسؤولية العقدية.

ولا شك أيضا في وجود شيء من الصحة والمنطقية والحجة والبرهان في كلام وتحليل هؤلاء النفر، وربما يكون دافعهم إلى ذلك مشروعا ومبررا خاصة إذا اتضح تعلقه بضرورة إعادة التوازن بين الرابطة العقدية من خلال إلزام المقصر في تنفيذ التزاماته بتعويض الطرف الآخر، والنظر إلى ذلك التعويض على أنه تنفيذ جبري بمقابل للالتزام الذي لم ينفذ بحيث يثبت الحق للمضروب في التعويض بمجرد عدم التنفيذ دون حاجة إلى إثبات عناصر المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية. ويستدعي ذلك إذاً طرح هذا التصور وعرضه من خلال استعراض الاتجاه المعارض لمفهوم المسؤولية العقدية وبيان حججه وتحليل منطقته لنتهي إما إلى تأييده، أو يكون عرضه من قبيل المتابعة المستمرة لكل ما هو جديد من فكر

واجتهادات وآراء لا تخلو من وجاهة ومناصرين يزدادون يوماً بعد الآخر، وهذا هو الدور المنوط بالباحثين في مجال القانون وعلومه، فليس عليهم غلق عقولهم ورفع أقلامهم والقوقعة في قوالب جامدة متوارثة جيلاً بعد جيل دون حتى محاولة التفكير في مدى صحة هذا الموروث وصدقه وتطابقه مع الواقع الجديد الذي يعيشونه، وبخاصة إذا كان الموروث هو قول بشر يؤخذ منه ويرد لا عصمة له ولا قدسية حوله.

والمطلع على تنظيم التقنين المدني لموضوع الالتزامات والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بها يجد أن المشرع قد عالج في الكتاب الأول الالتزامات بوجه عام متناولاً في الباب الأول مصادر الالتزام، خصص الفصل الأول منه للعقد، ثم تناول في الفصل الثالث العمل غير المشروع والمسؤولية عن الأعمال الشخصية، ثم عالج في الفصل الثاني من الباب الثاني التنفيذ بطريق التعويض دون أن يربطه بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية. كما يتضح أن تناول المشرع للتعويض جاء على أساس أنه طريقة للتنفيذ الجبري بمقابل للالتزام غير المنفذ.

وتجدر الإشارة إلى أن التساؤل حول طبيعة التعويض في المسؤولية العقدية ودوره لم يكن موجوداً في ظل الكتابات الفرنسية القديمة قبل ظهور التقنين ولا في ظل من جانب الفقهاء المعلقين عليه ولا حتى بعده بفترة زمنية طويلة. فهذا التساؤل حديث نسبياً أثير بمناسبة التفكير في نظام المسؤولية العقدية عموماً من جانب أولئك النفر من الفقه الذين ينادون بضرورة اختفاء هذا النظام وبانعدام فائدته أو دوره بجانب النظام التقصيري. ولكن ومع التسليم بحداثة ظهور هذا التساؤل، فإن الأمر لم يخلو من وجود مفاهيم مختلفة لدى الفقه الفرنسي عن الحق في التعويض من أيام "Domat" وحتى الآن، كل ما في الأمر أن هذه المفاهيم لم تتم صياغتها بشكل محدد وواضح وصريح إلا منذ عهد قريب⁽¹⁾.

وإذا كان الأمر كذلك في فرنسا، فإنه لم يتغير في مصر، بل إن الفقه المصري، ظل مخلصاً لفكرة ثنائية المسؤولية ورافضاً - في معظمه - للانتقادات التي وجهت إلى الفروق الموجودة بينهما، ولم يحظ

(1) SAVAUX, La fin de la responsabilité contractuelle, Rev. Tr. Dr. Civ., 1999, P. 1.

التساؤل المتعلق بطبيعة دور التعويض في المسؤولية العقدية باهتمام أحد من الفقهاء ونؤكد على أن الخلاف بين الفقهاء الفرنسيين يتعلق بالدور المنوط بالتعويض أن يلعبه في إطار المسؤولية العقدية، ولا يمتد إلى وجوده وضرورة إعماله، فلم يقصد أحد منهم -حتى أولئك الذين ينادون بالتخلي عن المسؤولية العقدية- أن يتخلص المدين المقصر من التزاماته بدون أي جزاء، فلن يقبل أي مجتمع المخاطر والتهديدات المترتبة على قبول حرية التقصير في تنفيذ الالتزامات حتى ولو كان مصدرها العقد^(١).

وعلى ذلك، يكون تناولنا لهذا البحث في ثلاثة مباحث نخصص الأول منها لدراسة النظرة التقليدية إلى دور التعويض في المسؤولية العقدية وما يترتب على هذه النظرة من آثار، ثم نعرض في الثاني للتوجه أو الطرح الفقهي الجديد بشأن هذا الدور وما يسفر عنه هذا الطرح من نتائج، ثم نعرض في المبحث الثالث للموقف من هذين الاتجاهين.

(١) REDDEN et JULHARD, La theorie de la violation efficace, R.T.D. Compare, 1986, 1.15, et S.

المبحث الأول

دور التعويض في المسؤولية العقدية

وفقا للفقه التقليدي

سار الاتجاه الغالب في الفقه - وهو الاتجاه التقليدي- عند تعرضه لمسألة التعويض - على أنه الأثر المترتب على قيام مسؤولية المتعاقد المقصر في تنفيذ الالتزامات، ونظر بذلك إلى التعويض على أنه وسيلة إصلاح أو جبر لما نتج عن التقصير في التنفيذ من أضرار لحقت بالمتعاقد الذي حدث التقصير في مواجهته، ولما كانت هذه هي النظرة إلى التعويض، فلا يمكن الحديث عنه إلا إذا انتهينا أولاً من البحث في وجود المسؤولية العقدية من عدمه. فنقطة الانطلاق الأولى -وفقاً لهذا الاتجاه- هي في ثبوت المسؤولية ليأتي الحديث بعد ذلك عن أثرها المتمثل في التعويض. وتكون الإجابة على التساؤل المتعلق بمدى ثبوت المسؤولية من خلال استعراض عناصرها الكامنة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وعلى ذلك، فإننا سنستعرض في هذا المبحث الدور الإصلاحي للتعويض في هذا الاتجاه من خلال عرض شروط استحقاقه، ثم نتناول التحليل الفقهي للنظرة إلى التعويض على أنه وسيلة إصلاح.

المطلب الأول

الدور الإصلاحي للتعويض وفقاً للفقه التقليدي

تتطلب النظرة إلى التعويض على أنه وسيلة إصلاح، ضرورة وجود المقتضى لكي يؤدي التعويض هذا الدور، ولن يوجد هذا المقتضى إلا إذا توافرت شروطه، تلك الشروط التي يبحثها الفقه في إطار عناصر المسؤولية العقدية، وهي وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالتعويض هنا جزاء عدم التنفيذ ولا شأن له -وبالتالي المسؤولية العقدية- بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي.

أولاً: الخطأ:

تثار بشأن الخطأ تساؤلات تتعلق معظمها بمدى كفاية عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد كدليل - في الوقت ذاته - على ثبوت الخطأ في جانبه، بمعنى هل يعد عدم التنفيذ خطأ في حد ذاته؟ أم أن الأمر يتطلب بجانب عدم التنفيذ أن يكون المقصر مخطئاً في ذلك؟

بطبيعة الحال، يبدو من الاتجاه الغالب للفقهاء التقليدي أنه ينظر إلى عدم تنفيذ الالتزامات من جانب أحد المتعاقدين على أنه يشكل العنصر الأول من عناصر المسؤولية وهو الخطأ، دون حاجة إلى البحث في مدى توافر صفة الإثم أو التقصير في سلوك المتعاقد، وذلك واضح من إشارات معظم الفقهاء إلى توافر الخطأ إذا لم يقدّم المدعى بتنفيذ التزامه الذي التزم به في العقد، أي كانت صورة عدم التنفيذ، أي سواء أكان بعدم التنفيذ الكلي للالتزام، أم بتنفيذ جزء منه، أم بتنفيذه بشكل معيب^(١). ولا يجب أن يفهم من ذلك أن هذا الاتجاه يستغنى عن الخطأ بعدم التنفيذ، وإنما هو ينظر إلى عدم التنفيذ على أنه خطأ باستمرار، فالخطأ مطلوب بالنسبة له لتقوم المسؤولية العقدية، كل ما في الأمر أن الخطأ هنا يتخذ صورة عدم تنفيذ الالتزام، وهذا ما يتسق مع فلسفة الاتجاه الغالب في النظر إلى التعويض على أنه وسيلة إصلاح مترتبة على قيام المسؤولية، وهذه الأخيرة لا تقوم إلا إذا توافرت عناصرها وفي مقدمتها الخطأ الذي يفترض توافره بمجرد ثبوت عدم التنفيذ.

ولا شك هنا في أن تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ أمر يختلف وفقاً لطبيعة الالتزام غير المنفذ، فإذا كنا بصدد التزام بنتيجة، كان على المتعاقد المدعى به إقامة الدليل على تنفيذه، أو الإشارة إلى السبب الأجنبي الذي منعه من ذلك، أما إذا كان الأمر يتعلق بالالتزام ببذل عناية، فإن على الدائن إثبات غيابه عن طريق التدليل على عدم قيام المدعى ببذل ما يتطلبه تنفيذ الالتزام من عناية وحرص قياساً في ذلك على سلوك الرجل المعتاد الموضوع في نفس ظروف المدعى.

(١) د. نزيه المهدي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٢٨٧.
السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

ويلاحظ أن احترام هذا التقسيم التقليدي للالتزامات إلى التزام بنتيجة وآخر بوسيلة أمر يحرص الفقه التقليدي على الإشارة إليه والوفاء له عند بحث قيام المسؤولية العقدية، وذلك مرتبط بنظرهم دائماً إلى عدم التنفيذ على أنه خطأ في جانب المتعاقد يتطلب إقامة الدليل عليه، وقد رأينا أن المكلف بذلك يختلف طبقاً لطبيعة الالتزام غير المنفذ ونوعه.

في حين يشير بعض الفقه إلى تقسيم آخر يقوم على نوع التقصير في تنفيذ الالتزام وحجم هذا التقصير، وبخاصة فيما يتعلق بمعرفة الشخص المكلف بإثبات هذا التقصير، إذ من المعلوم أنه حتى يقوم التقصير لا بد من توافر الخطأ المتمثل في عدم التنفيذ الكلي للالتزام أو في التنفيذ السيئ له. وهذا يقتضي تحديد من يقوم بإثبات ذلك هل هو المدين (الفاعل) أم هو الدائن، وليتم ذلك يكون من الضروري تحديد نطاق وطبيعة الالتزام المخالف. ولما كان الأمر مرتبطاً بعبء الإثبات، فقد يتوافر قدر من الدقة في تقسيم آخر، ويتعلق بالبحث عما إذا كان هناك عدم تنفيذ كلي للالتزام بالقيام بعمل أو بإعطاء شيء، أم أن هناك عدم تنفيذ جزئي للالتزام أو تنفيذاً سيئاً له، ويدخل في الحالة الأخيرة الالتزام بالامتناع عن عمل.

الحالة الأولى: وهي التي تتعلق بعدم التنفيذ الكلي للالتزام الإيجابي بالقيام بعمل أو بإعطاء

شيء⁽¹⁾:

فبالنسبة لهذه الأعباء الملقاة على عاتق شخص لصالح آخر، سواء بنص القانون أو طبقاً للاتفاق، فإن الدائن يكفيه إثبات وجود التزامه للحصول على التعويض عن عدم التنفيذ الكلي لهذه الأعباء. ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على المدين إذ عليه أن يثبت أداءه لما عليه من التزامات. أو يثبت أن هناك سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) منعه من تنفيذها وليس له دخل فيه ولم يكن في إمكانه دفعه بالوسائل المتاحة

(1) SEGUR (L.) la notion de faute contractuelle en droit Francais, the, BORDEAUX, 1954, P. 53.

لديه ولم يمكنه التحكم في الظروف الخارجية التي أعاقَت الأداء. فإذا أثبت ذلك أعفى من المسؤولية، ويعتبر هذا الكلام نتيجة مباشرة لتطبيق نصوص القانون المدني في هذا الصدد^(١).

والأمثلة على هذه الحالة الأولى كثيرة نذكر منها عقد النقل، فالمسافر يثبت وجود العقد بينه وبين الناقل، ويثبت كذلك عدم تنفيذ الالتزام بعدم وصوله إلى المكان المراد أو يثبت صاحب الأشياء عدم وصولها إلى المرسل إليه. وعلى الناقل إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت التنفيذ للالتزام، كما لو قدم إيصالاً من المرسل إليه يدل على تسلم الأشياء المرسلة. أو يثبت القوة القاهرة التي منعت من التنفيذ كسرقة السيارة قبل اليوم المحدد للتنفيذ مثلاً.

وليس كما ذهب البعض^(٢) أن المسافر هو المكلف بالإثبات حتى يحصل على التعويض. إذ يتضح من التحديد الذي ساقه هذا البعض أن الأمر لا يتعلق بعدم تنفيذ كلي للالتزام، وإنما يتعلق بتنفيذ سيئ له كوصول المسافر مثلاً مصاباً إلى المكان المطلوب، أو وصول البضاعة أو الأشياء المنقولة عموماً إلى مكان الوصول وبها عطب أو تلف^(٣).

الحالة الثانية: وهي المتعلقة بالتنفيذ الجزئي للالتزام أو بالتنفيذ المعيب له.

في هذه الحالة تبدو الالتزامات وكأنها نفذت ولكن في حقيقة الأمر لا يوجد إلا تنفيذ جزئي، أو أن الالتزام قد نفذ ولكن بطريقة معيبة وليس على الوجه أو بالطريقة المتفق أو المنصوص عليها. فهنا يستطيع الدائن أن يثبت عكس هذا الظاهر بالتدليل على أن الشيء الذي سلم أو العمل الذي تم لم يسلم أو ينفذ لا بالكيفية ولا بالكمية المتفق عليها في العقد. أي يثبت أن الالتزام من حيث كونه لم

(١) المادة ١٣١٥ مدني فرنسي وجاء نصها كالتالي:

"Celui qui reclame l'inexecution d'une obligation doit la prouver Reciproquement, celui que se pretend libere doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

انظر قريبا من ذلك المادة ٢١٥ مصري.

(٢) JOSSERAND cour de droit positif Francais, T, 11, No, 617.

(٣) ويلاحظ أيضاً أنه لا يعتبر عدم تنفيذ كلي للالتزام وصول البضاعة أو المسافر متأخراً وإنما يعتبر تنفيذاً معيباً للالتزام إذ يعتبر التأخير عيباً في التنفيذ وليس تخلفاً له وبذلك فإن المدين لا يسأل هنا عن عدم التنفيذ وإنما يسأل عن الضرر الذي لحق بالمسافر أو بالأشياء من جراء التأخير وإذا لم يوجد ذلك الضرر فإن مسؤوليته لا تقوم. انظر عكس ذلك:

Cass- Civ. 2- 6- 1922, D, 1923, 1, 2.9.

ينفذ كاملا، أو أن الالتزام من ناحية كيفه كان تنفيذه معيبا^(١) أي أن عبأ الإثبات هنا يقع على عاتق الدائن لا المدين.

ويعتبر هذا أمرا طبيعيا إذ من السهل على الدائن أن يثبت نقص التنفيذ أو عيبه. ويعد هذا تطبيقا مباشرا لنصوص القانون لأن "الدائن يقع عليه الإثبات في الحالة التي لم يتلق فيها إلا جزءا من حقوقه أو في الحالة التي كان التنفيذ فيها سيئا..."^(٢). ومن الصعب على المدين إثبات كمال التنفيذ وإتقانه، إذ غالبا ما لا تظهر الشكوى من التنفيذ إلا بعد وضع النتائج بين يدي الدائن الذي يتميز بأن ما ينتقده هو في حوزته ويكون في إمكانه معرفة الفرق بين التنفيذ المثالي المطلوب أو المنصوص عليه والتنفيذ الواقع فعلا، ففي عقد البيع مثلا على المشتري إثبات وجود العيوب الخفية حتى يتوصل إلى فسخ العقد^(٣). وكذلك في عقد النقل - كما سبق - إذا تعلق الشكوى بسوء تنفيذه كتلف البضاعة أو عطبها أو إصابة المسافر. فينبغي على الدائن بالالتزام إثبات ذلك.

الحالة الثالثة: والمتعلقة بالمدين بالامتناع عن عمل:

ولهذا الالتزام طبيعة خاصة أدت إلى عدم خضوعه للحالة الأولى وهي عدم التنفيذ الكلي للالتزام. فعندما يشكو الدائن من فعل إيجابي من جانب المدين فعليه أن يثبت ذلك الفعل، فلا يكفي الدائن إثبات وجود الالتزام، وإنما عليه إثبات الفعل المضاد للالتزام أي إثبات الواقعة الإيجابية التي خالف بها المدين التزامه بالامتناع. وكمثال على ذلك الممثل الذي يتعهد لمدير مسرح بعدم التعاقد مع مسرح آخر خلال مدة زمنية معينة. ففي حالة المخالفة من جانب الممثل على مدير المسرح أن يثبت أن هذا التعهد لم ينفذ بالتدليل على الفعل الإيجابي من جانب الممثل والذي خالف به التعهد، إذ المدين لا يمكنه إثبات احترامه لتعهده.

(١) Segur Op. Cit, P. 54.

(٢) المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) Cass - Civ. 27-7-1948. D, 1948-555.
Cass-Civ. 38-1.-1947, D, 1947, 513.

والأمر نفسه، بالنسبة لبائع المحل التجاري الذي يتعهد للمشتري خلال مدة زمنية محددة أو في دائرة معينة بعدم فتح محل تجاري مشابه للمحل المبيع فالدائن بالالتزام (المشتري) هو الذي يثبت المخالفة لهذا الشرط^(١).

يتضح من الحالات الثلاث أن عبء الإثبات يقع دائماً على الشخص القادر عليه، والذي - بسبب ما يتوافر لديه من ظروف معينة- يملك العناصر الأساسية للإثبات وأدلته الرئيسية وهو بذلك تارة يكون الدائن وأخرى يكون المدين.

ثانياً: الضرر:

وهو الشرط الثاني الذي يتطلبه الفقه التقليدي لقيام المسؤولية العقدية وهو يختلف عن عدم تنفيذ الالتزام، فإذا كان هذا الفقه ينظر إلى عدم التنفيذ على أنه خطأ في ذاته ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، فإنه رأى عدم كفاية توافر صفة الخطأ في عدم التنفيذ لقيام المسؤولية، بل اشترط أن يترتب على التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية، وقوع ضرر أصاب المتعاقد الآخر من جراء ذلك. وذلك على أساس أن الهدف من قيام المسؤولية العقدية هو تعويض المتعاقد المضرور ولن يثبت له الحق في التعويض إلا إذا أثبت الضرر الذي أصابه. وبذلك يتضح أن المكلف بإثبات الضرر هو الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ وبالتالي صاحب الحق في التعويض وذلك على عكس عبء إثبات الخطأ الذي يقع تارة على المدين وأخرى على الدائن.

وعلى الدائن أن يثبت الضرر ليس فقط في وجوده وإنما أيضاً في حجمه ومقداره فما دام أن التعويض يرتبط بمقدار ما نتج من ضرر وليس بحجم الالتزام الذي لم ينفذ، فإن على الدائن أن يقيم الدليل أولاً على وجود الضرر ثم يدل على حجمه ونوعه- وكلما نجح في بيان عناصر الضرر كلما كان ذلك مدعاة لحصوله على تعويض أكبر.

(١) TRIB-Comm. Narbonne 3.-7-195., D, 195., 2, P. 772.

ويشير الفقه التقليدي إلى أن التعويض في المسؤولية العقدية - كما في التقصيرية- يشمل الأضرار المادية وكذلك الأدبية، وإذا كانت الأضرار التي تنتج عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية هي في معظمها مادية مثل عدم وصول المسافر إلى مكان الوصول سليماً معافى أو تأخر وصول البضائع أو عدو وصولها، أو عدم تنفيذ العامل للعمل المكلف به في عقد العمل، وتقاعس المقاول عن تنفيذ عقد المقاول، وإلى غير ذلك من الأضرار المادية التي يمكن أن تصيب المتعاقد الذي يشكو من التقصير في تنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد، فإذا كانت الصورة الغالبة للأضرار الناتجة عنها مادية، فإن ذلك لا يمنع من وقوع أضرار أدبية أو معنوية من جراء عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، ومن الأمثلة التي يمكن الإشارة إليها، المسافر الذي أصيب بجرح أثناء النقل فإن ضرراً أدبياً يلحقه بسبب ذلك، والطبيب الذي يذيع سرا للمريض لا يجوز إذاعته، فإنه يصيب المريض بضرر أدبي في سمعته، والناشر الذي ينشر كتاباً لمؤلف بشكل مشوه في طباعته أو إخراجها، فلا شك في أن ضرراً أدبياً هنا يصيب المؤلف، حتى ولو لم يصب بضرر مادي.

وقد قضى المشرع المصري في التقنين المدني على الخلاف الفقهي بشأن مدى جواز التعويض عن الضرر الأدبي بنصه في المادة ٢٢٢، على أن: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء". فهذا النص من العموم بحيث يشمل التعويض في مجال المسؤولية العقدية وكذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية.

وإذا كان الاتفاق قد قام بشأن نوع الضرر الواجب التعويض في نوعي المسؤولية، فإن الاختلاف بينهما قد قام بالنسبة لمقدار الضرر الذي يعرض عنه المضرور.

فالفقه التقليدي يشير إلى فارق بين نوعي المسؤولية يتعلق بمقدار التعويض، ويذهب إلى أن التعويض في العقدية يشمل الضرر المباشر المتوقع فقط بينما هو يشمل -في التقصيرية- الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة^(١).

فهذا الفقه يفرق بين نوعي المسؤولية بالنسبة لنطاق التعويض كوسيلة من وسائل إصلاح الضرر الناتج، فطبقاً للفقه التقليدي أن طريقة إصلاح نتائج الخطأين ليست واحدة، فمرتكب الخطأ التقصيري يجب عليه التعويض كاملاً، في حين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يلزم بالتعويض الكامل في كل الحالات، فعندما لا يكون التقصير في الالتزام العقدي راجعاً إلى غش المدين أو إلى خطئه الجسيم، فإن التعويض لا يشمل إلا الأضرار المتوقعة أو التي كان يمكن توقعها أثناء التعاقد.

وفي الواقع، أن مسألة التوقع أو عدم التوقع أمر يعود للاختلاف بشأنه بين نوعي المسؤولية إلى اللحظة التي يقوم فيها، فبينما يمكن للطرفين أن يحددا النتائج المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام، وذلك كما توقعها عند إبرام العقد. وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، إذ ليس في الإمكان مطالبة الفاعل (مرتكب الخطأ) أن يتوقع النتائج المترتبة على سلوكه الخاطئ، فلا يمكن للتوقع أن يلعب دوراً في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه، إذ الفرض أن الالتزام بالتعويض لا يتوقف على إرادة المخطئ، وبذلك تحل لحظة وقوع الضرر -بالنسبة للمسؤولية التقصيرية- أي لحظة عدم تنفيذ الالتزام محل لحظة نشوء الالتزام أو ميلاده^(٢).

بالإضافة إلى أن هذه التفرقة بين نوعي الخطأ فيما يتعلق بمقدار التعويض، تتناقض مع تفسير نصوص القانون المدني، المادة ١٣٨٢، مدني فرنسي، ١٦٣ مدني مصري، إذ يبدو أن أيهما لم تقم

(١) يضرب السنهوري مثالا على ذلك بالقول: "إذا اضطر المستأجر لإخلاء العين المؤجرة قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه بالتزيم اشتراطه عليه المستأجر أن ينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة، وتلف بعض المفروشات أثناء النقل، ثم يكون في المنزل الجديد ميكروب مرض معد ينقل إليه هذا المرض، فالفرق في هذه الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر، والمؤجر لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ... ما لم يكن قد أحل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم ..."

الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص ٩٣٣.

(٢) وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية إلى مثل هذا التحليل من ذلك:

Lyon, 3-7-1947, D, 1947, 377, et note tunc.

التفرقة فيما يتعلق بنطاق التعويض، ولذلك، فلا مانع من أن يمتد التعويض في المسألة العقدية إلى إصلاح الضرر الناتج مباشرة وحالا عن المخالفة. كما يمكن أن يشمل غير ذلك من الأضرار في حالات العمد أو التدليس وهي ظروف يمكن تصورها في المجال التقصيري.

فقواعد العدالة، تقتضي في ظل المسؤولية التقصيرية التخفيف من آثارها بالنسبة لأشخاص تصرفوا بدون نية الإضرار ولم يقيم في جانبهم إلا مجرد إهمال بسيط، وفي المقابل، فإن القواعد نفسها تفرض عدم التخفيف أو التهاون مع أشخاص تصرفوا - في ظل النطاق العقدي - بنية الإيذاء بالمتعاقد الآخر وإلحاق الضرر به، ويظهر ذلك في إلزامهم بتعويض كافة الأضرار الناتجة، حتى منها ما لم يتوقعه عند إبرام العقد، إذ يجب - في الحالات كلها - أن يوازي القضاء بين الإدانة والتعويض^(١).

ثالثاً: علاقة السببية:

لا يكفي - وفقاً للفقهاء التقليديين - أن يخطئ المتعاقد بتقصيره في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الرابطة العقدية، وليس بكاف أن يترتب على ذلك ضرر يصيب المتعاقد الآخر، وإنما يجب أن يكون ما نتج من ضرر هو نتيجة مباشرة لما وقع من خطأ، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية التي تنشأ بين الفعل الخاطئ والضرر. فعندما يثبت أن الضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ، فإن ذلك يعني توافر رابطة السببية، وفي الحالات التي تختفي فيها تلك الرابطة، فيكون ذلك بسبب أن الضرر لم ينتج مباشرة عن الخطأ، بل يتعين البحث له عن سبب آخر غير الخطأ.

(١) انظر في عرض الفوارق المختلفة بين نوعي المسؤولية، في الفقه المصري:

د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٩.

د. عبد الحفي حجازي: النظرية العامة للالتزام، المصادر، نخبة مصر، ١٩٥٠، ص ٤١٦ وما بعدها.

وفي الفقه الفرنسي:

BRUN RAPPORTS - Op. Cit., P. 272.

P.H. LET OURNEAU, La responsabilite civile, ed, 1972, P. 64.

وبذلك يتضح أنه قد توجد حالات يقع فيها خطأ بين أحد المتعاقدين ويصاب الآخر بأضرار لا يسأل عنها المتعاقد المخطئ، لأنها لم تكن نتيجة مباشرة للخطأ، أو لأنها -وفقا للفقهاء التقليديين^(١)- لم ترتبط به برابطة سببية - مثال ذلك، كما لو تبين كسر البضائع المكلف بنقلها الناقل، والذي كان يقود سيارته بسرعة كبيرة، إلا أنه يتضح أن قيادة السيارة بهذه السرعة لم تكن السبب في كسر البضائع وإنما ذلك راجع إلى أن البضائع قابلة للكسر ولم ينبه صاحبها الناقل إلى ذلك. وبذلك يكون الضرر الذي أصاب المالك والمتمثل في كسر البضائع ليس نتيجة مباشرة لخطأ الناقل في قيادة السيارة بسرعة، وإنما بسبب طبيعة البضائع نفسها. ولهذا لا يسأل الناقل عن مثل هذه الأضرار. ويشير الفقه إلى افتراض قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بحيث لا يكلف الدائن (من حدث التقصير في مواجهته) بإثبات أن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، وإنما إذا أراد المدين التخلص من آثار المسؤولية (التعويض) فإن عليه إقامة الدليل على أن سبب الضرر لم يكن هو الخطأ، بمعنى انتفاء علاقة السببية بينهما.

ويلاحظ الاقتضاب الذي نتناول به عناصر المسؤولية العقدية وفقا للفقهاء التقليديين، وذلك راجع إلى أن الفقه في معظمه قد تناولها في المؤلفات العامة، فضلا عن أن الهدف من البحث ليس هذا، وإنما الغرض منه يكمن -بالدرجة الأولى- في عرض وجهة النظر الأخرى المقابلة للوجهة التقليدية، والمتعلقة بالتقليل من أهمية المسؤولية العقدية وبخاصة دور التعويض فيها، إلى درجة أن وصل الأمر ببعض الفقهاء على المناداة بضرورة التخلي عن مفهوم المسؤولية العقدية واختفائها.

(١) ونرى أن علاقة السببية لا تعتبر عنصرا ثالثا لقيام المسؤولية وإنما أحد أوصاف العنصر الثاني وهو الضرر، أي أنه إذا تحققت أوصاف الضرر بأن يكون محققا ومباشرا قامت -في الوقت نفسه- علاقة السببية وباختفاء هذه الأوصاف وبخاصة وصف الضرر المباشر كان معنى ذلك أن الضرر الواقع ليس نتيجة مباشرة لفعل المدين وبالتالي لا يرتبط به ارتباط الفعل بالسبب وتختفي بذلك علاقة السببية، قريب من ذلك الدكتور سعد واصف: في قوله: "إن الرأي عندنا إن اعتبار رابطة السببية ركنا من أركان المسؤولية هو نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركنا مستقلا باعتبار أن السببية وصف يلحق بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر، وعلى ذلك، فإن السببية يمكن إدماجها في الخطأ باعتبارها وصفا، والوصف يتبع الموصوف وجودا وعدما".
التأمين من المسؤولية في عقد النقل، رسالة دكتوراه، ١٩٥٨، ص ٩٩.

المطلب الثاني

التحليل الفقهي للدور الإصلاحي

للتعويض في إطار المسؤولية العقدية

إذا كان الأمر قد استقر في الاتجاه الغالب في الفقه التقليدي على أن الدور الذي يؤديه التعويض في إطار المسؤولية العقدية هو دور إصلاحي لجبر الأضرار التي نتجت من جراء التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية وأصابت المتعاقد الذي حدث التقصير في مواجهته، إلا أن تحليل هذا الدور وبيان فلسفته قد اختلف بشأنه بين الفقهاء المنتمين إلى هذا الاتجاه، وقد كان من بين هؤلاء من اتجه في تحليله لهذا الدور إلى منطق وتبرير يختلف عن ما ظهر في العديد من الآراء والأفكار.

فقد انطلق بعض الفقه الفرنسي من نقطة بداية مفادها التأكيد على وحدة المسؤولية ومهاجمة ثنائيتها فالمسؤولية المدنية -وفقا لهؤلاء- واحدة في نطاقها وأحكامها وما قيل به من عناصر تمييز وفروق بين العقدية والتقصيرية هو محض خيالات تقوم على آراء فيها كثير من التصنع.

وما يهمنا في هذا الصدد هو ما تم طرحه بشأن التعويض، إذ قيل بشأنه أنه من المناطق المشتركة بين نوعي المسؤولية، حيث يؤدي وظيفة واحدة وهي جبر الأضرار الناتجة فدور التعويض في كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية هو إصلاح الآثار الناجمة عن عدم تنفيذ الالتزام أيا كان مصدره^(١).

ويترتب على ذلك أن قواعد أحكام تقدير التعويض تكون واحدة من خلال البحث عن المكسب الضائع والخسارة المحققة، فليس من المعقول -كما ذهب أحد الفقهاء^(٢)- التفرقة بين المسافر الذي تم نقله مجانا، وذلك الذي ارتبط بعقد نقل من حيث القواعد التي تحكم التعويض.

(١) وقد عبرت في ذلك بوضوح viney بالقول بأن "مصطلح المسؤولية المدنية يعني -في اللغة القانونية الحالية- مجموع القواعد التي تلزم المتسبب في الضرر للآخرين بإصلاح هذا الضرر من خلال تقديم ترضية إلى المضرور وهو ما ينطبق على المسؤولية العقدية كما ينطبق على المسؤولية التقصيرية.

VINEY, Responsabilite, T, I, P. 5.7 - 513.

(٢) TALLON, L'inexécution du contrat: Pour une autre presentation Rev. Tr. Dr. Civ., 1994, P. 223.

فالالتزام بالتعويض وبالنظر إلى كونه التزاما جديدا، يوجد عندما تكون هناك استحالة في تنفيذ الالتزام الأصلي، ولا يجد مصدره في العقد، وبذلك تقل أهمية العقد عند الحديث عن التعويض ولا مانع من أن تخضع للمواد ١٣٨٢، وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، وهي تلك المواد المتعلقة بالمسئولية التقصيرية بنوعيتها. وقد اعتمد بعض الفقه^(١)، على دور التعويض ومصدره لمهاجمة المسئولية العقدية والقول بأنها شكل خاطئ وتعبير أرعن في اللغة القانونية، إذ المسئولية هي -بالضرورة- تقصيرية.

ويعترض البعض الآخر على ذلك، بالقول بأنه إذا كان الالتزام المتولد عن عدم التنفيذ مختلفا عن ذلك الناشئ عن العقد، فلا يجب أن ننسى الرابطة الموجودة بين الالتزامين، فأحدهما يحل محل الآخر ولا ينشأ الالتزام بالتعويض إلا عندما يتخلف الالتزام العقدي بواقعة عدم التنفيذ^(٢).

وقد ظل الرأي المناادي بوحدة المسئولية مرجوحا في الفقه على الرغم من التأثير الذي أحدثته الانتقادات التي وجهها إلى الفوارق الموجودة بين النوعين، وإزاء ذلك، فقد حاول أنصار الاتجاه التقليدي، الذي ينظر إلى دور التعويض المصلح في المسئولية العقدية في إطار احترام التفرقة بينها وبين التقصيرية، تحليل هذا الدور بحجج أو تبريرات متباينة.

فقد ذهب البعض^(٣) إلى أن عدم تنفيذ الالتزام العقدي يولد التزاما جديدا على عاتق المتعاقد المقصر، مضمونه تعويض المتعاقد الآخر عن الأضرار التي أصابته من جراء ذلك، ومن هنا يعد التقصير (أو عدم التنفيذ) واقعة جديدة منسئة لالتزام آخر وهو الالتزام بالتعويض.

فالتعويض يجد مصدره وأساسه في عدم التنفيذ وليس في العقد الذي تمت مخالفته، ولا شك في أن الالتزام الجديد لا يثبت الحق فيه للمتعاقد الآخر إلا إذا كان عدم التنفيذ خاطئا، أي أنه لا بد من توافر

(١) انظر في عرض ذلك:

JOSSERAND, Cours de droit civil positif francais, 2e ed T, II, No 98..

(٢) PLANIOL, traite elementaire de droit civil, 1912, T, II, No 89., P. 293.

(٣) HUBERT de la Massue "De l'absence de novation dans la resolution de l'obligation contractuelle Rev. Tr. Dr. Civil, 1932, P. 377.

الخطأ في جانب المتعاقد المقصر ليقع على عاتقه التزام آخر وهو التعويض، فالخطأ يعد واقعة منتجة لالتزام جديد.

ويشير هذا البعض إلى أن الالتزام بالتعويض هو جزاء ضروري لكل الالتزامات أيا كان مصدرها أي سواء أكانت التزامات عقدية أم كانت قانونية.

ويبدو أن هذا البعض، مع احترامه للفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، ومع تسليمه بثنائية المسؤولية وليس بوحدها، يرى أن دور التعويض واحد في النوعين وهو الإصلاح، وأن مصدره ليس السبب الذي ولد الالتزام غير المنفذ وإنما هو واقعة عدم التنفيذ. وبطبيعة الحال يختلف الالتزام المتولد عن الخطأ (عدم التنفيذ) عن ذلك الالتزام السابق على وقوع الخطأ من حيث موضوع كل منهما، فالأخير قد يكون محله إعطاء أو القيام بعمل أو امتناع عن عمل، بينما الأول، فإن محله وموضوعه واحد ألا وهو إصلاح الأضرار التي أصابت الغير من جراء عدم التنفيذ^(١).

ولا شك في أن الالتزام الجديد (التعويض) قد يحل كلية محل الالتزام السابق المتولد عن العقد، وذلك في حالة عدم التنفيذ الكلي لهذا الالتزام من جانب المتعاقد المقصر، وقد يحل محله بشكل جزئي، وهو ما يحدث في الحالات التي نكون فيها أمام عدم تنفيذ جزئي للالتزام السابق، وهذا ما يؤدي إلى اختلاف التعويض في حجمه وفي تقديره وفقا لطبيعة الالتزام غير المنفذ، وأيضا تبعا لمقدار عدم التنفيذ أو التقصير الذي وقع، وهو أمر يقدره قاضي الموضوع بسلطته التقديرية وذلك لتعلق الأمر بواقع ينفرد بتقديره ما دام أن هذا التقدير قد جاء مطابقا للواقع في معطياته وللقانون في تسبيبه.

ويلخص بعض الفقه^(٢) ما سبق بالقول بأنه "إذا كان العقد مصدرا للالتزام فإن عدم تنفيذه - أي المسؤولية العقدية - هو مصدر لالتزام آخر". وفي وقت سابق وفي موضع آخر عبر Mazeaud عن

(١) كما يختلف الالتزامان في أنه إذا كان الالتزام الأول الذي صدره العقد قد تولد عن الإرادة المشتركة للطرفين، فإن الثاني (التعويض) قد نشأ خارج هذه الإرادة، بل إنه قد وجد رغمًا عن إرادة المتعاقد الذي لم ينفذ الالتزام الأول وبحيث يجد نفسه ملزماً بتعويض الآخر أي مدنيا له بالالتزام جديد لم تنتج إليه إرادته عند إبرام العقد.

(٢) H. L. MAZEAUD, Responsabilite civile, 1939, P. 1.3 «Si le contrat est une source d'obligation, l'inexecution du contrat, c'est. A- dire la responsabilite contractuelle, en est done une autre».

ذلك بالقول: بأن "إذا كان التزام المتعاقد ينشأ عن عقد ويرتبط بتنفيذه، فإن المسؤولية المسماة بالعقدية لا تنتج من العقد ولكن من فعل المدين وهو أمر شبيه بالتقصير أو شبه التقصير، وبذلك تنشأ رابطة قانونية جديدة متميزة عن الرابطة العقدية، يلتزم بمقتضاها المدين المقصر في تنفيذ الالتزامات العقدية، بجبر الأضرار الناتجة عن ذلك"^(١)، وقد انطلق البعض من هذا في طريق مهاجمة مصطلح المسؤولية العقدية مرتأياً فيها عدم ملائمتها، واختفاء دورها في إيجاد التزام جديد، من واقع أن المتعاقد المقصر في تنفيذ الالتزامات العقدية يجد نفسه ملتزماً بالتزام جديد يجد مصدره في المادة ١٣٨٢، مدني فرنسي وما بعدها، وبذلك يتضح أنه لا توجد في الحقيقة مسؤولية عقدية وإنما المسؤولية باستمرار هي إما تقصيرية أو شبه تقصيرية^(٢).

يتعين التأكيد على ضرورة أن يتوافر في عدم التنفيذ صفة الخطأ، وأن يترتب عليه ضرر ينتج مباشرة عنه^(٣). بمعنى أن تحليل التعويض على أنه التزام جديد متولد عن واقعة عدم التنفيذ لم يخرج عن إطار وأحكام المسؤولية العقدية التي يلزم توافر شروطها للقول بوجود دور إصلاحي للتعويض، أما إذا انتفت هذه المسؤولية لعدم قيام عناصرها، فلا مجال وفقاً للفقهاء التقليديين - للحدث عن أثرها المتمثل في التعويض أياً كان التحليل المقبول لدوره.

وإذا كان الرأي السابق ينظر إلى التعويض على أنه أثر للالتزام العقدي غير المنفذ، فإن جانباً آخر من الفقه قد نظر إلى التعويض على أنه التزام جديد متولد عن واقعة عدم التنفيذ، فقد عالج "دوما" التعويض على أنه الأثر الثاني للتعهدات الناتجة عن الاتفاقات، بحيث يلتزم المتعاقد الذي يقصر في تنفيذ هذه التعهدات بدفع التعويض إلى الآخر طبقاً لطبيعة الاتفاق وصفة عدم التنفيذ وحجمه أو مقداره، وكذلك وفقاً للظروف المحيطة. كما عالج "بواتيه" التعويض كأثر ناتج سواء عن عدم التنفيذ الكلي للالتزام أو عن التأخير في التنفيذ والذي يندرج تحت التنفيذ السيئ له، في الفصل المتعلق بأثر الالتزامات

(١) MAZEAUD, Responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle. Rev. Tr. Dr. Civ., 1929, P. 55.

(٢) HUBERT de la Massu «De l'absence de novation dans la resolution de l'obligation. Contractuelle, Re. Tr. Dr. Civ. 1932 P. 377.

(٣) STARCK (B.) Droit civil, obligations, 2eme ed Paris 1986, P. 485, 1389.

وأشار إلى أن "القول بالتزام المدين بالتعويض، يعني أنه يتعين عليه تعويض الدائن عن الخسارة التي لحقت به والكسب الذي حرم منه بسبب عدم التنفيذ"⁽¹⁾.

وخلاصة هذا الرأي أن عدم تنفيذ العقد ليس سببا أو مصدرا لالتزام جديد، وإنما العقد نفسه هو سبب الدين بالتعويض في حالة عدم التنفيذ. كما يعبر عن ذلك كاربونييه بالقول بأن "المدين يقع عليه التزام بإصلاح الضرر الذي لحق الدائن بسبب عدم تنفيذ العقد، مثله في ذلك مثل أي شخص يلتزم بإصلاح الضرر الذي أحدثه للغير بخطئه".

وعلى ذلك -ووفقا لهذا الاتجاه- نحن أمام مصدر واحد للالتزامات بأنواعها، ألا وهو العقد فهو سبب الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه، وهو أيضا مصدر دين بالتعويض، في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لهذه الالتزامات.

ولا شك في أن النتيجة المهمة المترتبة على هذه الوجهة من النظر تتعلق بالارتباط القوي الذي يقوم بين العقد وبين دين التعويض، وبأثر ما قد يرد فيه من بنود أو اتفاقات على هذا الدين. سواءا تعلقت هذه البنود بالتخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها أو بالتشديد فيها. وكذلك الأوصاف الأخرى التي قد يشار إليها في العقد بالنسبة لكيفية أداء دين التعويض في حالة التقصير، والوقت الذي يتم فيه ذلك وغير ذلك مما قد يرد في العقد.

وبمعنى آخر، إنه ما دام العقد هو مصدر الالتزامين (الأصلي ودين التعويض) فإن كل ما يرد فيه من شروط متعلقة بالالتزام الأصلي ينصرف بالضرورة إلى الالتزام الثاني (التعويض).

وهذا ما يؤدي إلى القول بضرورة تطبيق أحكام العقد وقواعد المسؤولية العقدية التي يشير إليها الفقه في حالة الإخلال بالعقد وبخاصة فيما يتعلق بعبء الإثبات. فإذا كان الدائن عليه أن يشير إلى الالتزام ومصدره من خلال التدليل على وجود العقد وبالتالي وجود الالتزام، فإن المدين يقع عليه عبء الإثبات بالنسبة لدين التعويض، بمعنى أنه إذا أراد التخلص من هذا الدين فإن عليه إثبات الواقعة التي

(1) Remy (Ph.) La responsabilite contractuelle, hestiore d'un faux concept, Rev. Tr. Dr. Civ., 1977, P. 323.

تعيّفه، من خلال الإشارة إلى انقضاء الالتزام الأصلي إما بتنفيذه أو بأي طريق آخر من طرق الانقضاء أو يشير إلى السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ الالتزام الأصلي وبالتالي يعفيه من الالتزام بالتعويض.

ويجدر التنويه بأن الفقه الفرنسي^(١) يشير إلى أن واضعي التقنين المدني الفرنسي قد عاجلوا التعويض من هذه الزاوية، أي باعتباره أثراً للالتزام المتفق عليه في العقد في حالة عدم تنفيذه، وذلك كما هو واضح من الفصل الثالث من الباب الرابع الذي جاء بعنوان "آثار الالتزامات" وبخاصة المادة ١١٤٢، مدني فرنسي التي أشارت إلى أن كل الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى التعويض في حالة عدم التنفيذ من جانب المدين^(٢).

ونؤكد على أن الأمر ما زال في إطار المسؤولية العقدية، بما يعني ضرورة توافر شروطها، فإذا كان هذا الرأي ينظر إلى التعويض كأثر للعقد ولما لم يتم تنفيذه من التزامات، فإن حق الدائن المضرور في التعويض لا يقوم ولا يثبت إلا إذا كان عدم التنفيذ خاطئاً، وأن هناك ضرراً قد لحق بالمضرور نتج مباشرة عن هذا الخطأ، وذلك وفقاً للنظرة التقليدية إلى المسؤولية العقدية ودور التعويض فيها وهو ما يختلف عن الوجهة التي سوف نعرضها فيما بعد.

وقد سيطرت طريقة معالجة الفقهاء التقليديين على الاتجاه الغالب من الفقهاء المحدثين الذين يتحدثون باستمرار عن أن غرض المسؤولية العقدية هو تعويض الضرر الناتج عن عدم التنفيذ الخاطئ للالتزامات المتولدة عن العقد، ويفرقون بذلك بين التعويض والتنفيذ الجبري للالتزام الذي يهدف إلى تزويد الدائن بكل ماله حق فيه من العقد^(٣).

(١) SAVAUX, Op. Cit., P. 3.

(٢) Art, 1142, C.C.F. «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se resont en dommages et interets, en cas d'inexecution de la part du debiteur».

(٣) Alain Benabent, Droit civil, les obligations, 1984, P. 141, No, 29..

ويشير البعض إلى أن المسؤولية العقدية تتولد عن واقعة عدم التنفيذ، بمعنى أنها تجدد أساسها في عدم احترام التعهدات الموجودة في العقد، ويلتزم المدين بتعويض الأضرار الناتجة عن التنكر لهذه التعهدات^(١)، وبذلك يتضح أن الالتزام بالتعويض ينشأ كأثر لواقعة عدم تنفيذ العقد.

وفي إطار التحليل الفقهي للدور الإصلاحي للتعويض في المسؤولية العقدية، ذهب البعض إلى ضرورة التفرقة بين وضعين اثنين، يتعلق الأول بكون عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد ناشئاً عن خطأ بسيط أو إهمال، وهنا يجد الالتزام بدفع التعويض أساسه في اتفاق ضمني بين المتعاقدين في العقد نفسه، مضمونه قيام المتعاقد المقصر في التنفيذ بتعويض الآخر المضرور عن الأضرار التي أصابته من جراء ذلك، أي أن مصدر الالتزام بالتعويض هو العقد نفسه ولكن بشكل غير مباشر من خلال الاتفاق الضمني بين الطرفين على ذلك. ويبدو أن منطلق هذا البعض هو الحفاظ دائماً على الطابع الإرادي لكل ما يترتب على العلاقة العقدية بما في ذلك الالتزام بالتعويض الذي يتولد كأثر لعدم التنفيذ.

فجميع الالتزامات مصدرها الإرادة سواء أكانت الظاهرة أو الصريحة أم الباطنة الضمنية^(٢).

الوضع الثاني ويتعلق بالحالة التي يرتبط بها عدم تنفيذ الالتزامات بغش من جانب المدين، وهنا لا يكون سبب الالتزام بالتعويض هو الاتفاق الضمني بين الطرفين كما في الحالة الأولى، وإنما يكمن السبب في الغش أو التدليس نفسه الذي يلزم المدين بتعويض الأضرار الناتجة عن فعله المتمثل في عدم تنفيذ الالتزامات العقدية المقترن بالغش أو التدليس. وبذلك يقترب الوضع الثاني لهذا التحليل من الاتجاه الأول الذي يرى في الالتزام بدين التعويض التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزامات العقدية غير المنفذة، ويكون هذا الالتزام مستقلاً عن إرادة المدين أو رضاه. فالغش أو التدليس هو مصدر الالتزام بالتعويض وليس العقد نفسه. بما يعطي الفرصة للاتجاه نحو إخضاع هذا الالتزام لقواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية.

وهذا ما ذهب إليه اتجاه في الفقه باعترافه بوجود استثناء على مبدأ عدم جواز الخيرة بين نوعي المسؤولية، ويقوم عندما يرتكب المتعاقد غشاً أو خطأً جسيماً، فهنا يخرج التزام هذا المتعاقد بالتعويض من

(١) HENRRI de PAGE, Traits elementair de droit civil beige, T, II, Bruxelles, 1964, P. 865, No 9.5.

(٢) MARCA DE, Explication theorique et pratique du code civil, 7e ed, T, 5, No 52..

إطار المسؤولية العقدية، ليخضع لأحكام التقصيرية، وكأننا هنا نكون أمام التزام مصدره القانون وليس العقد، القانون الذي يمنع الغش أو التدليس ويعاقب عليه سواء أكان ذلك بمناسبة وجود عقد أم في غير ذلك من الحالات^(١).

عموماً، فقد استثنى القضاء حالة الغش أو الخطأ الجسيم من مبدأ عدم جواز الخيرة بين نوعي المسؤولية، وهو ما قد يؤدي إلى تجنب كثير من المناقشات حول وضع معيار فاصل بينهما، إذ يكفي أن يتوافر الغش بصورته البسيطة- وهو اتجاه النية نحو الإيذاء، أي توافر القصد لدى الشخص، أو يتحقق الخطأ الجسيم بقيام دليل على اتصاف الفعل الخاطيء بدرجة جسامة استثنائية، وعلى توقع المخطيء لوقوع الضرر، ليتقرر الحق للمضرور من هذا أو ذاك في الاختيار بين نوعي المسؤولية.

ويشير بعض الفقه^(٢) إلى أن توافر الغش أو الخطأ الجسيم يؤدي إلى إحلال قواعد المسؤولية التقصيرية محل القواعد العقدية، وهو ما يعني انطباق الأولى حتى في ظل الروابط بين المتعاقدين، وذلك لأن المتعاقد الذي ارتكب غشاً أو خطأ له درجة معينة من الجسامة لا يمكنه المطالبة بتطبيق نظام المسؤولية العقدية التي تقوم أساساً على الثقة. وأكد البعض الآخر^(٣) على أنه "إذا أردنا معرفة تدخل النظام التقصيري في النطاق العقدي، واستعمال الدائن للمواد ١٣٨٢، وما بعدها، فإن ذلك يوجد في الحالة التي يرتكب فيها المدين غشاً أو تدليساً. إذ لا يكون، من حقه -هنا- المطالبة بالحماية خارج نظام وضع نفسه بإرادته فيه".

وإن كان هذا الذي قرره البعض يرفضه البعض الآخر وذلك، بالتأكيد على أنه حتى في الحالة التي يرتكب فيها المتعاقد غشاً أو خطأ جسيماً، فإن أمر التعويض يجب أن يظل في إطار القواعد العقدية،

(١) وقد فسر البعض ذلك بأن العقد أو الاتفاق عموماً لا يلزم أطرافه فقط بما عبروا عنه من بنود والتزامات ولكن أيضاً بكل ما يعد من توابعه أو مستلزماته طبقاً للعدالة والعادات والقانون وفقاً للمادة ١١٣٥ مدني فرنسي ويعد من بين المستلزمات الرئيسية للعقد الالتزام الذي يقع على عاتق الطرف المقصر في تنفيذ التزاماته بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك.

TOULLIER, Le droit civil francais suivant l'ordre du code, 5e et. T, 6, No 222.

(٢) LETURMY (L.) la responsabilite, delictuelle du contractant Op. Cit., P. 848.

(٣) JOSSERAND, note sous, cass. Civ., 14-12-1926, D, 1927, 1.5.

مع الأخذ - في هذه الحالة - بمسئولية مشددة" وقيل في هذا الصدد ^(١) "أن المواد ١١٤٧، ١١١٥، ١١٥٣ مدني تقع تحت عنوان "العقود أو الالتزامات الاتفاقية عموماً"، وتثار في الإطار العقدي لمسئولية المدين الذي يرتكب خطأً تدليسياً، ولا يمكن استبعاده من الاتفاق، فالشخص الذي يظل ملتزماً بالالتزامات العقد والتعويض اللازم، يظل محتفظاً بحدود التعويض وصفاته في المسألة العقدية".

وواضح أن هذا الاعتراض يجيء من واقع أن الخطأ التدليسي الذي ارتكبه المتعاقد أثناء إبرام العقد أو تنفيذه لم يؤثر على إبرام العقد ووجوده، بمعنى أن المتعاقد الآخر قد فضل الإبقاء على العقد على الرغم من وجود التدليس أو الغش، مع المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار بسببه، أما عندما يطالب المتعاقد المضروب بإبطال العقد، ويصل فعلاً إلى هدفه هذا، فإنه إذا رغب في المطالبة بتعويض عن الإبطال أو البطلان لسبب الغش فإن دعواه تحكمها القواعد التقصيرية.

وقد أكد حكم لمحكمة النقض الفرنسية على الفصل بين واقعة بطلان العقد من عدمه، وبين دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي وقعت بسبب الغش أو التدليس الذي ارتكبه أحد المتعاقدين، معترفة للمضروب من الغش بالحق في رفع دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٣٨٢، مدني، وأن له الحق في الاختيار بين تطبيق قواعد القانون العام في المسألة التقصيرية وبين الأحكام المتعلقة ببطلان العقود ^(٢). فالتدليس يكون خطأً يؤدي إلى قيام مسؤولية مرتكبة باستقلال عن بطلان التصرف ذاته، وللمضروب الحق في رفع الدعوى التقصيرية بالتعويض حتى ولو امتنع عن رفع دعوى البطلان وله الحق في ذلك، فالغش يولد الحق في دعويين مستقلتين، دعوى عقدية ببطلان العقد، ودعوى تقصيرية بالمطالبة بالتعويض دون إثارة مسألة البطلان ^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن الغش أو الخطأ الجسيم لا يتوافر فقط في الفرض السابق، أي في مرحلة إبرام العقد، وكونه سبباً من أسباب بطلانه - وإنما يقوم أيضاً في مرحلة تنفيذ العقد، بأن يرتكب المتعاقد

^(١) MAZEAUD, note sous cass. Civ., 18-12-1972, D, 1973, 272.

^(٢) Cass. Civ., 4-2-1975, D, 1975, P. 4.5.

^(٣) GAURY (CH.) NOTE SOUS, Cass. Civ., 4-2-1975, D, 1975, P. 4.8.

غشا أو خطأ جسيماً أثناء تنفيذ الالتزامات، وهنا يتوافر الاستثناء أيضاً، بأن يتم استبعاد قاعدة عدم جواز الجمع أو الخيرة بين نوعي المسؤولية، وذلك على عكس ما يرى البعض^(١)، من ضرورة التفرقة بين وقوع الغش أو الخطأ الجسيم عند إبرام العقد، حيث يوجد الاستثناء، بمعنى خضوع دعوى التعويض عن الأضرار التي وقعت بسبب هذا الغش أو ذلك الخطأ لأحكام المسؤولية التقصيرية، وبين أن يرتكب المتعاقد غشا أو خطأ جسيماً أثناء تنفيذ العقد فهنا لا تكون الدعوى إلا عقدية.

وقد أكد حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية على وجود الاستثناء حتى في الحالة التي يقع فيها الغش أو الخطأ الجسيم أثناء تنفيذ العقد، إذ سمحت للمضروب من الخطأ الجسيم برفع دعوى التعويض وفقاً للمادة ١/١٣٨٢ مدني^(٢). وهو عكس ما صدر عن المحكمة ذاتها من أحكام سابقة توحى في ظاهرها بأنها تنكر على المضروب (المدعى في دعوى التعويض) اللجوء إلى المادة ١٣٨٢، مدني بحجة أن الخطأ المسند إليه قد وقع أثناء تنفيذ العقد^(٣). وإن كانت الأحكام اللاحقة -ومنها الحكم المذكور- قد دلت على التغير الذي طرأ على موقف محكمة النقض الفرنسية من مسألة الخروج على قاعدة عدم جواز الخيرة أو الجمع بين نوعي المسؤولية في حالة وجود غش أو خطأ جسيم، حتى ولو تعلق الأمر بمرحلة تنفيذ العقد^(٤).

ويمكن تفسير تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة وقوع خطأ جسيم أو غش أثناء تنفيذ العقد، بأن أعمال قواعد المسؤولية العقدية في مثل هذا الوضع، يتطلب توافر شروطها، وعند تخلف أحدها لا مفر من أعمال المسؤولية التقصيرية. ولا شك في أن هذه الشروط لا تجتمع عندما يشكل التقصير في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد غشا أو خطأ جسيماً، فهو أمر غير متوقع من الأطراف،

(١) Note- Preced.

(٢) Cass. Civ., 11- 12- 1926, D, 1927, 1.5.

(٣) Cass. Civ., 21-1-189., S, 189., 1, P. 1.8.

(٤) Cass. Civ., 23-11-1966, D, 1966, P. 313.

Cass. Civ., 28-11-1967, D, 1968, 199.

وتعد مسألة خارجة عن نطاق العقد المبرم بينهما. ويكون الضرر الناتج غير مرتبط بشكل مباشر بمخالفة التزام عقدي، بقدر ارتباطه بواقعة جديدة ألا وهي الغش أو الخطأ الجسيم^(١).

ومن النتائج المترتبة على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الأرض العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم أنه يتم استبعاد أحكام العقدية وأهمها -الذي ظهر كثيرا في الأحكام القضائية- وما يتعلق بالتقادم. فقد أكدت محكمة النقض أن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري تجاه رب العمل عن العيوب التي تظهر في المبنى هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، ولذلك، فإن دعوى التعويض لا تخضع للتقادم العشري الذي يحكم المسؤولية في مجال عقد المقاولة^(٢). وإنما يخضع التقادم للمدد الخاصة بالمسؤولية التقصيرية. لأن الضمان العشري ينطبق في الظروف العادية لتنفيذ عقد المقاولة، بينما يتم استبعاده في حالة ارتكاب المقاول أو المهندس المعماري خطأ جسيماً أو غشاً^(٣).

(١) وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية بشكل صريح عن ذلك عندما رفضت الطعن الموجه إلى أحد الأحكام الذي اعترف بحق المضرور من الغش أو التدليس، برفع دعوى بالمسؤولية على خصومه تقوم -ليس على العقد- ولكن على المادة ١٣٨٢ مدني وأن يحصل على تعويض للأضرار التي سببها له الخطأ التقصيري أو شبه التقصيري، ويتميز مثل هذا الخطأ عن الالتزامات المتولدة عن العقد.

Cass. Civ., 14-11-1963, Bull. Civ., 11, No, 739, P. 551.

(٢) ويحكم هذا التقادم المادة ٦٥١ مدني بقولها: "ويضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ... ٢- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تحديد متانة البناء وسلامته. ٣- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل". كما أشارت المادة ٦٥٤ إلى أن "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب..

(٣) Cass. Civ., 18-12-1972, D, 1973, 273.

وفي تعليقه على هذا الحكم يساند Durry الرأي الذي يذهب إلى أن مسؤولية المهندس المعماري -حتى في حالة الغش أو الخطأ الجسيم- هي عقدية تخضع للتقادم العشري، وذلك احتراماً منه لمبدأ عدم جواز الخيرة أو الجمع بين نوعي المسؤولية فالتقصير المنسوب إلى المعماري لا يخرج عن كونه مخالفة لالتزاماته العقدية ترتب مسؤولية من الطبيعة ذاتها، ولا يجب أن تمنح المدين بالالتزام العقدي حماية استثنائية.

Durry, Obs. In Rev. Tr. Dr. Civ, 1976, P. 352.

كما يؤكد ذلك أيضا MAzeaud بالقول أن الخطأ التدليسي الذي يقع أثناء تنفيذ العقد ليس خارجاً عنه ولا يمكن أن يجد المدين العقدي نفسه محروماً من إعمال المسؤولية العقدية على الرغم من بقاءه ملتزماً بالعقد.

MAZEAUD, Note sous, Cass. Civ., 18-12-1972, D, 1973, P. 273.

وقد أكدت المحكمة موقفها هذا في حكم آخر لها ^(١)، قررت فيه "أن من سلطة قضاة الموضوع تقرير حرمان المقاول من إمكانية التمسك بانقضاء مهلة الضمان العشري، وذلك بسبب الأخطاء التدليسية التي ارتكبتها لتضليل رب العمل".

أما عن القضاء المصري، فقد جاءت أحكام محكمة النقض مؤكدة على أن قواعد المسؤولية التقصيرية تكون هي الواجبة التطبيق، وتحل محل العقدية حتى في العلاقة بين المتعاقدين، وذلك في حالة ارتكاب أحد المتعاقدين لغش أو خطأ جسيم أثناء تنفيذه للعقد، وهو ما يمثل خروجاً أو استثناءً على مبدأ عدم جواز الخيرة أو الجمع بين نوعي المسؤولية، وإن اقتصر الخروج هنا على إحلال التقصيرية محل العقدية، ولكن هذا لا يمنع المضرور من المطالبة بالحكم له بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الغش أو الخطأ الجسيم، وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية وليست التقصيرية، إذا وجد أن له مصلحة في ذلك. وهو ما يعني بقاء الخيار للمضرور في اللجوء إلى قواعد العقدية أو التقصيرية.

ومن الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية ما قضت به بإن: "٢- دل المشرع بإفراده لكل من المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية أحكاماً مستقلة يختص بها دون الأخرى، على أنه وضع المادة ١/١٧٧ لحماية غير المتعاقدين في حالة تهمد البناء أو جزء منه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني، الواردة في الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني التي تنظم أحكام عقد الإيجار. تكون هي وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجرة، ولا يغير من ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقا على المادة ٢/٥٦٥ الواردة في الكتاب الثاني ضمن أحكام عقد الإيجار من أنه "إذا كان بالعين المؤجرة عيب يعرض صحة المستأجر ومن معه لخطر جسيم أصابه من ذلك ضرر بالفعل. وثبت خطأ في جانب المؤجر، فإن المستأجر يستحق التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، ويجوز له أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد تنازل عن هذا الحق مقدماً لأن الأمر يتعلق بالنظام العام. ذلك أنه وقد خلت هذه المادة من عبارة "طبقاً لقواعد

(١) Cass - Civ., 2-7-1975, D, 1975, inf- rap, P. 2.7 "Des lors qu'ils ont souverainement relevé que les tres graves desordres constatés resultaient de fautes déliberement commises par l'entrepreneur en vue de tromper le maître de l'ouvrage, les juges du fond ont pu en déduire qu'en commettant ces fautes dolosives l'entrepreneur s'était privé de se prévaloir de l'expiration du délai décennal.

المسؤولية التقصيرية" ورود نصها أمراً في تنظيم أحد التزامات المؤجر المترتبة على العقد، فإنه لا يخرج مسؤولية المؤجر - في خصوص هذا الالتزام - على طبيعتها ولا يحيلها إلى مسؤولية تقصيرية، وذلك ما لم يثبت أن المؤجر قد ارتكب خطأ جسيماً أو غشاً أو فعلاً يؤوله القانون... " (١).

(١) نقض مدني ١٦/٤/١٩٦٨، مج أحكام النقض، س١٩، ص٧٦٢، رقم ١١٠٠.

المبحث الثاني

التعويض وسيلة لتنفيذ الالتزام غير المنفذ

على عكس الاتجاه التقليدي الغالب والذي عرضنا له ورأينا كيف يعالج التعويض على أنه وسيلة إصلاح وجبر للأضرار الناتجة عن التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب أحد المتعاقدين، يوجد اتجاه في الفقه بدأ منذ فترة وجيزة وينمو شيئاً فشيئاً ويكتسب أنصاراً ومؤيدين مع مرور الزمن، ينظر إلى التعويض باعتباره وسيلة من وسائل تنفيذ العقد، إذ هو يشكل صورة بديلة لتنفيذ الالتزامات غير المنفذة يلجأ إليها عندما يتعذر التنفيذ العيني للالتزام، وقد يتم إعماله بصفة مستقلة ووحيدة، وقد يطبق بجوار وسائل أخرى إما بصفة تكميلية أو بشكل متساند ومتساو بين الوسائل جميعاً.

وقد عرض هذا الاتجاه الفقهي لكثير من الحجج التي تبدو منطقية أحياناً وتحتاج لتعمق في الفهم لقبولها في أحيان أخرى، لكن المهم أن هناك طرحاً جديداً لدور التعويض في المسؤولية العقدية، يرتبط معه بالضرورة تردداً ما بين إنكار وجود هذه المسؤولية وبين الاعتراف بها مع تغير في النظر إلى وظيفتها أو دورها.

وإذا كان هذا الاتجاه قد ظل مرجوحاً في الفقه ومنكوراً من معظم الفقهاء، إلا أن الشواهد تؤكد على أنه يكسب كل فترة مؤيداً، وتزداد مع الزمن مساحته الفكرية وتأثيره النظري على الأقل، بل والعملي في بعض التطبيقات التي رأينا فيها القضاء يتخلى عن بعض الأفكار المتعلقة بالمسؤولية العقدية وبخاصة عند الحديث عن ضرورة توافر الخطأ وكذلك مدى الحاجة إلى الضرر.

ولذلك، يستحسن عرض هذا الاتجاه على نحو تفصيلي، ثم نشير إلى النتائج المترتبة على هذه الوجهة من النظر.

المطلب الأول

الطرح الفقهي الجديد لدور التعويض

في المسؤولية العقدية

يبدأ هذا الطرح من خلال المقارنة بين دور التعويض في كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية، فالفقه التقليدي نفسه يؤكد على اختلاف المبادئ والقواعد التي تحكم التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي وتلك التي يخضع لها التعويض عند غياب العقد^(١)، وهو ما يشير إلى اختلاف دور التعويض في كل من النظامين، هذا الاختلاف يرتبط دوماً باختلاف الأحكام التي يخضع لها.

ولذلك، فإنه إذا كان التعويض يقوم بوظيفة الإصلاح والجبر في المسؤولية التقصيرية، فإن دوره في المسؤولية العقدية ينحصر في كونه وسيلة من الوسائل المتعددة التي يملكها الدائن لإجبار المدين على تنفيذ الالتزامات التي قصر في تنفيذها. ويستمر الاتجاه الجديد في تحليله لذلك بالقول بأن النظر إلى دور التعويض في المسؤولية العقدية باعتباره إصلاحياً يعارض فقه التقنين المدني نفسه وآراء وتعليقات أولئك الذين تناولوه بالشرح والتحليل، فطبقاً لهم يكون التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ العقد نتيجة للالتزامات الموجودة به، ولذلك فهو يعد تنفيذاً بمقابل هذه الالتزامات^(٢).

وقد أشارت المادة ١١٤٧، مدني إلى التعويض بالربط بينه وبين عدم التنفيذ دون تطلب أية شروط أخرى مما يوحي بأن التعويض هنا هو مجرد وسيلة بديلة لتنفيذ الالتزام غير المنفذ، فقد نصت على أن: "المدين يلزم بدفع التعويض سواء بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في التنفيذ، وذلك في جميع الحالات التي لا يثبت فيها أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي، وأيضاً انتفاء سوء النية من جانبه".

(١) SAVAUX. Op. Cit., P. 3, No 4.

(٢) REMY. Op. Cit., P. 823, No 1.

ولا يوجد في هذا النص أية إشارة أو تداخل بين دور التعويض في حالة عدم التنفيذ وذلك المستحق عند ارتكاب التقصير أو الإخلال المنصوص عليه في الباب الرابع وهو المتعلق بالالتزامات الناشئة عن المصادر غير الإرادية، أي المسؤولية التقصيرية بنوعيتها (العادية والموضوعية)، والتي تنظمها المادة ١٣٨٢، وما بعدها^(١). وهذا التمايز بين وضع التعويض في نوعي المسؤولية ليبدل على اختلاف في طبيعة دوره في كل منهما، مما يؤكد على أن التعويض في إطار المسؤولية العقدية إنما هو وسيلة من الوسائل المطروحة أمام الدائن للحصول على ما كان ينتظره من العقد.

ويشير جانب آخر من هذا الاتجاه إلى ضرورة الجمع بين مجموعة من النصوص في القانون المدني، للوقوف على حقيقة الدور الذي يؤديه التعويض في مجال المسؤولية العقدية، ومن هذه النصوص المواد ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٨٤، إذ يتعين قراءة المادة ١١٤٢ بالتزامن مع المادة ١١٨٤ مدني، فإذا كانت المادة ١١٤٢ تتحدث عن تحول الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل إلى تعويض في حالة عدم التنفيذ من جانب المدين بالالتزام، فإن المادة ١١٨٤ قد أتاحت لأحد أطراف الرابطة العقدية أن يجبر الطرف الآخر على تنفيذ الالتزام كلما كان ذلك ممكناً^(٢)، ومعنى ذلك، أن تحول الالتزام (بعمل أو بالامتناع عن عمل) إلى التعويض لا يكون إلا في الحالات التي يصبح فيها الإلزام على التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً^(٣)، مما يدل على أن المادة ١١٤٢، تنظر إلى التعويض على أنه الوسيلة البديلة لتنفيذ الالتزام عيناً، فهو عبارة عن تنفيذ الالتزام بمقابل.

واستكمالاً لما سبق، فإن بعض أنصار هذا الاتجاه^(٤) يشير إلى أن القانون المدني نفسه لم يعالج تنفيذ العقد كحالة من حالات المسؤولية، لكي يلعب التعويض فيها دور الإصلاح والجرم، كما أن تنظيم المشرع للعقود الخاصة يوحى بالتركيز على ضرورة تنفيذ الالتزامات الناتجة عنها بالوسائل كافة، بما في

(١) SAVAUX, Op. Cit., P. 3.

(٢) فقد أشارت المادة ٢/١١٨٤، وهي تتحدث عن الشرط الفاسخ الصريح إلى أنه:

"Dans cecas, le contrat n'est point resolu de plein droit la partie envers la quelle l'engagement n'a point ete execute a la choix ou de forcer l'autre a l'execution de la convention lorsqu'elle possible, ou d'en demander la resolution avec dommages et interets».

(٣) TALLON (D.): L'inexécution du contrat, pour une autre presentation, Rev. Tr. Dr, Civil, 1994, 223.

(٤) REMY. Op. Cit. No4.

ذلك وسيلة التنفيذ بمقابل، وهو ما يتضح من مجموعة الدعاوى التي منحها المشرع لأطراف هذه العقود الخاصة والتي لا نجد من بينها دعوى المسؤولية.

ففيما يتعلق بالعقود التي موضوعها نقل حق أو توريد شيء، فإن دعاوى ضمان عدم التعرض وضمن العيوب الخفية، هي الدعاوى الرئيسية المطروحة أمام الدائن بالالتزام، ولا تربطها صلة ما بدعوى المسؤولية، إذ لا يوجد في مثل هذه الدعاوى أية مخالفة للقواعد العامة، فهي تعد آثاراً خاصة لهذه العقود، ولا تشكل نوعاً من التعويض، وإذا حدث ووجد مثل هذا التعويض، فإنه يعد نوعاً من الاسترداد لما سبق ودفعه الدائن إلى المدين وهو في سبيله إلى تنفيذ العقد، يقاس على ذلك مجموعة الدعاوى الأخرى التي يملكها أطراف العقود الأخرى التي يكون محلها الانتفاع بالشيء أو استغلاله أو استعماله، يستوي في ذلك العقود التي نظمها المشرع تحت إطار العقود المسماة أو تلك التي لم ينظمها والتي تندرج تحت مسمى "العقود غير المسماة".

ففي النصوص القانونية، عندما يتحدث المشرع عن أن شخصاً يلتزم بكذا، أو حتى يكون مسئولاً عن كذا، فإنه لا يقصد مسؤولية المدين بالمعنى القانوني، وإنما يهدف إلى تحديد نطاق الالتزامات والتعهدات الصادرة عن المدين، وبذلك تعكس الدعاوى العقدية المنظمة في القانون المدني الالتزامات العقدية، وتصبح -عندئذ- الدعوى المتعلقة بالتعويض (أو الاسترداد) من قبيل توريد الدائن بمقابل المزايا التي كان ينتظرها من العقد.

ويرتبط النظر إلى التعويض على أنه وسيلة بديلة (تنفيذ بمقابل) عن التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، بالوضع الذي عليه التنظيم القانوني للعقود وما يترتب عليها من آثار، وبخاصة في حالة عدم تنفيذها، إذ يشير هذا التنظيم إلى وجود أكثر من وسيلة مطروحة أمام الدائن الذي حدث التقصير في مواجهته، فهناك:

أولاً: التنفيذ الجبري لعين ما التزم به المدين، وهو ما قد يعني إجباره على التنفيذ بشرط أن يكون قادراً عليه وأن يكون التنفيذ ممكناً وليس مستحيلاً، بل يتعين ألا يكون التنفيذ الجبري فيه إرهاق

للمدين، أو يسبب له ضرراً يفوق ما يعود على الدائن من منافع، ويجوز - في هذا الإطار - للدائن أن يقوم بنفسه بالتنفيذ على حساب المدين بعد الحصول على إذن بذلك من القضاء، وبدون هذا الإذن في حالات الاستعجال والضرورة، وذلك كله على نفقة المدين المقصر.

وقد أشارت إلى ذلك المادتان ١١٤٣، ١١٤٤ مدني فرنسي، كما نظمت التنفيذ العيني للالتزام المواد من ٢،٣ إلى ٢١٤ مدني مصري، فقد نصت المادة ٢،٣ - تقابلها جزئياً المادة ١١٤٣ (١) - على أن: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٣. على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢ - على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً". ونصت المادة ٢،٥ على: "١ - إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. ٢ - فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

ويشير بعض الفقه إلى أن التنفيذ الجبري للعقد ما هو إلا صورة من صور التعويض بمقابل، فالأمر بتنفيذ العقد غير المنفذ من جانب المدين، وتسليم الشيء المبيع، وبتشييد ما كان يجب على المتعاقد تشييده أو هدم ما يكون قد أقيم بالمخالفة للالتزام العقدي، والسماح للدائن بالتنفيذ على حساب المدين وعلى نفقته، كل ذلك يندرج تحت مفهوم "التعويض العيني" أو "التنفيذ بمقابل" (٢).

وواضح ما في هذا التحليل من تجاوز أو مبالغة، وإرهاب للفكر بدون مبرر، فالتنفيذ الجبري هو - ببساطة - وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزامات العقدية، وهو أول ما يلجأ إليه الدائن ويفكر فيه وذلك في الحالات التي يتمتع فيها المدين عن التنفيذ أو يقصر فيه ويتعنت. ولا يقال أنه نوع من التعويض العيني،

(١) Art, 1143. C.C.F.: "Ngamnoins, le creancier a le droit de demander que ce qui aurait ete fait par contravention a l'engagement soit detriut, et il peut se faire autoriser a le detuire aux depens du debiteur, sans prejudice des dommages et interet s'ilya lieu».

(٢) ROUJOU de boutee "Essai sur la notion de reparation L.G.D.J., 1974, P. 3.2.

إذ ليس فيه إحلال للالتزام محل آخر، بل هو طريق للمطالبة بعين ما التزم به المدين ولكن بصورة جبرية، مع مراعاة الشروط والضوابط التي يخضع لها هذا الطريق.

من ناحية أخرى، إذا نظرنا إلى التنفيذ الجبري على أنه تعويض، فإن النتيجة هي أنه لا يوجد تنفيذ بمعناه الدقيق إلا بشكل إرادي، وهو ما يخالف التنظيم القانوني والوضع الغالب في الفقه والقضاء.^(١)

ويلاحظ أن التنفيذ الجبري - كصورة من صور التنفيذ - تخضع له كل الالتزامات أيا كانت طبيعتها أو نوعها، بمعنى أن الالتزام الإيجابي المتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل، وكذلك الالتزام بالامتناع عن عمل، يخضعان للتنفيذ الجبري، وذلك على عكس ما تصور البعض من أن التنفيذ بإعطاء هو فقط الذي يخضع للتنفيذ الجبري^(٢).

فجميع الالتزامات يمكن تنفيذها بشكل جبري، والاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة العامة، يكمن في تعلق الالتزام غير المنفذ بشخص المدين، بمعنى أن هناك اعتباراً شخصياً في الالتزام، ومن أجل هذا الاعتبار، لا يمكن إجبار المدين على التنفيذ، كما لا يمكن إتمام التنفيذ على نفقة المدين، إذ أن مثل هذا التنفيذ يحتاج إلى التدخل الشخصي للمدين. وقد أشارت المواد من ٢، ٣، ٢١٤، من القانون المدني إلى إمكانية تنفيذ الالتزام بأداء الحق العيني والقيام بعمل والامتناع عن عمل، جبراً عن المدين، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة ١٩٩ مدني بصفة العموم بالقول "ينفذ الالتزام جبراً على المدين".

٢- يشير بعض الفقه^(٣) إلى إجراءات أخرى على أنها من وسائل علاج عدم تنفيذ العقد، وهي الإعدار وإعادة التفاوض والامتناع عن التنفيذ، وفي الحقيقة أن هذه الإجراءات تتم في إطار الرابطة العقدية بداية وقبل الحديث عن وجود تخلف لتنفيذ التزاماته أو -على الأقل- قبل التحقق الفعلي من عدم التنفيذ.

(١) VINEY, Introduction de droit civil, No 232, et S.

(٢) Jean DIDEER "L'execution forcee des obligations contract uelles de fair, Rev. Tr. Dr. Civ., 1976, P. 7...

(٣) TALLON, L'inexecution Op. Cit., P. 232.

فالإعذار إجراء مطلوب لحث المدين في العقد على تنفيذ التزاماته وتنبهه إلى أنه في حالة تقصيره في ذلك سيكون في موضع المقصر، وبذلك يتضح أن الغرض من الإعذار هو العمل على أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به طواعية واختياراً، لأن الأمر لم يصل بعد إلى حد التحقق من عدم التنفيذ، فهو إجراء سابق عليه يلجأ إليه الدائن عادة إذا استشعر حسن نية مدينه واستعداده للتنفيذ وهو قادر عليه، فيمنحه مهلة يدبر فيها أمره ويوفى بما عليه من تعهدات، وكل ذلك يتم في الإطار الاتفاقي والإرادي.

وقد يلجأ الدائن إلى ذلك حفاظاً منه على المدين واحتراماً للعلائق الوثيقة وربما التعاملات السابقة بينهما، وهو ما يتضح أكثر في الحالات التي لا يشار فيها في الاتفاق إلى أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أي إجراء آخر^(١)، إذ الفرض هنا اتجاه نية الطرفين إلى تنفيذ التزاماتهما، إلا أن عارضا طرأ أو حادثاً نشأ جعل أحدهما يتخلف عن ذلك.

الأمر نفسه بالنسبة للامتناع عن التنفيذ وهو لا يكون إلا في العقود التبادلية الملزمة للجانبين، وهو أداة في يد المتعاقد المستعد لتنفيذ التزاماته وربما يكون قد شرع في ذلك فعلاً، يقصد بها الضغط على الطرف الآخر لإجباره على التنفيذ، كما يهدف الامتناع عن التنفيذ إلى تحقيق نوع من الضمان للمتعاقد المستعد، يتمثل في احتفاظه بما كان مفروضاً عليه القيام به إلى أن ينفذ الآخر ما عليه، أو يبدأ في ذلك، فيشكل هذا الاحتفاظ ضماناً له يحميه من خشية القيام بالتنفيذ ثم يمتنع الآخر عن التنفيذ أو يرفضه، وهنا لا يضمن المتعاقد المنفذ الحصول على مقابل ما تم تنفيذه، أو يتعرض لفقد جزء منه أو الحصول عليه متأخراً.

ويظل أثر هذا الإجراء محدوداً واحتمالياً ومحفوفاً بالمخاطر، إذ قد يصر الطرف الآخر على عدم التنفيذ استشعاراً منه لعدم جدواه له، فتضيع بذلك على المتعاقد المستعد للتنفيذ المزايا التي كان ينتظرها من الرابطة العقدية. ويلاحظ أن الامتناع عن التنفيذ لا يحل المشكلة، وإنما يعمل على إرجائها حتى

(١) تنص المادة ٢١٩ مدني على أن: "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، وبمجرد أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

حين، حيث يتجمد الموقف انتظاراً لموقف المدين غير المنفذ، وبعد ذلك يلجأ الدائن إلى الوسائل الأخرى المتاحة أمامه.

وقد أشارت المادة ١٦١، مدني مصري إلى هذا الإجراء بقولها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقيم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". ويعالج الفقه الامتناع عن التنفيذ في إطار الحديث عن الفسخ، وينظر السنهوري^(١) إليه على أنه فرع من الحق في الحبس، فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين، كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ، فالدفع بعدم التنفيذ، كالفسخ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين.

أما عن إعادة التفاوض فهو إجراء أوجده القضاء وسانده بعض الفقه في تأكيده، ويظهر دوره في الحالات التي توجد فيها صعوبات تعترض تنفيذ العقد، مع وجود الرغبة لدى طرفيه في الإبقاء عليه وتنفيذه، إذ يفضلان الدخول في مفاوضات بينهما حول النقاط أو البنود التي أثارته اختلافات، أو أوجدت الصعوبات بغية إنقاذ الرابطة، وقد يتنبه الطرفان مبكراً إلى أهمية إعادة التفاوض، فيشيران إليه عند إبرام العقد، وقد يلجأون إليه بعد تعثر التنفيذ، وبخاصة إذا كان ما يعترض التنفيذ أمور يمكن حلها بالتفاوض حولها، وأن الإبقاء على الرابطة والاستمرار فيها وتنفيذها أفضل بكثير من فسخها وإنهائها. وأحياناً يفرض القاضي على الطرفين إعادة التفاوض فيما بينهما للوصول إلى اتفاق حول نقاط الخلاف.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بإلزام أحد الموردين للمواد البترولية بتعويض أحد الموزعين لهذه المواد المرتبط معه بعقد توزيع متتابع التنفيذ، وذلك بسبب أنه قام بتحرير أسعار بيع هذه المواد تبعاً للسوق، دون أن يحصل على موافقته على ذلك، الأمر الذي ألحق أضراراً بالموزع نتيجة تقيده بالأسعار المحددة سلفاً من جانب المورد^(٢). وهنا تكون الدائرة التجارية قد أدخلت التزاماً جديداً على العقد وفرضته على المورد، على الرغم من عدم

(١) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص ٥٠٠١.

(٢) Cass. Comm. 3-11-1992, JCP, 1993, 11, 22164.

الإشارة إليه في العقد، ولا يمكن أن يستخلص ضمناً منه، فالتعويض هنا ينشأ عن واقعة أجنبية عن العقد مضمونها إلزام المورد بإعادة التفاوض مع الموزع بشأن القيام بتصرفات، أو اتخاذ قرارات لا صلة لها بالعقد المبرم بينه وبين الموزع.

وينتقد بعد الفقه^(١) هنا إرجاع الالتزام بالتعويض إلى الأساس العقدي، إذ يعد ذلك توسعاً غير مبرر لنطاق المسؤولية العقدية، وكان يمكن الاستغناء عن هذا بمحصر نطاق المسؤولية العقدية في إطار مخالفة التزامات عقدية بالمعنى الدقيق، وحكم ما عدا ذلك من التزامات بقواعد المسؤولية التقصيرية التي مجالها الطبيعي في مخالفة الالتزامات العامة المفروضة على الكافة والتي من بينها مبدأ حسن النية في التعامل عموماً، وفي تنفيذ العقد على وجه الخصوص.

٣- نأتي إلى فسخ الرابطة العقدية، وهو جزاء لا يطبق إلا بالنسبة للعقود التبادلية والملزمة للجانبيين. نظمته المادة ١٥٧، مدني مصري وما بعدها والمادة ١١٨٤، مدني فرنسي، ويلجأ إليه الدائن عند إصرار المدين على عدم التنفيذ، بمعنى أن الفسخ، يعني أننا أمام حالة عدم تنفيذ محققة وثابتة بعد استنفاد الإجراءات المشار إليها من قبل، وهو جزاء يؤدي إلى انقضاء الرابطة العقدية ويعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، وذلك في العقود التي تقبل ذلك، أما بالنسبة لتلك التي تتأبى على ذلك فإن الفسخ لا يكون له إلا أثر فوري، إذ يستحيل القول بالأثر الرجعي له وذلك مثل عقد الإيجار أو عقد التوريد، وبصفة عامة بالنسبة للعقود الممتدة التنفيذ، ولسنا هنا بصدد الحديث تفصيلاً عن الفسخ، وإنما نشير إليه كوسيلة من الوسائل المطروحة أمام الدائن لمعالجة حالة عدم تنفيذ الرابطة العقدية. وما يجب التأكيد عليه هنا أن الحالات الغالبة للفسخ، تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فمن النادر أن نجد ما يسمى بالفسخ الاتفاقي أو بقوة القانون، وإنما الغالب أن يكون الفسخ قضائياً، بمعنى أن الأطراف يتكون الحكم في مصير الرابطة العقدية إلى القاضي الذي لا يجبر دوماً على الاستجابة لطلب الفسخ. وإنما قد يلجأ إلى أي إجراء آخر أو وسيلة أخرى يراها مجدية ومفيدة للطرفين أو

(١) VIRSAAMY, note sous arret precit, JCP, 1992, 11, 22164.

للمجتمع عموماً. وهو يحكم في ذلك بعدة اعتبارات منها ما هو اقتصادي ومنها ما هو اجتماعي أو سياسي، فقد يفضل القاضي منح المدين مهلة للتنفيذ طبقاً للمادة ٢/١٥٧ مدني مصري، والمادة ١/١٢٤٤ مدني فرنسي، كما أن له رفض الفسخ إذا كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية إلى الالتزام في جملته. ونشير هنا إلى حكم قضائي فريد من نوعه وذلك لعدم استجابته لطلب الفسخ أو إقراره له على الرغم من وجود الشرط الفاسخ الصريح، متعللاً بذلك باعتبارات اجتماعية واقتصادية بعيدة عن الرابطة العقدية وما ورد بها من بنود، ففي حكم لمحكمة النقض الفرنسية، بدائرتها التجارية، رفضت فيه الطعن على حكم قضاة الموضوع، الذين استجابوا لطلب شركة Societe Auto- Europ بالتعويض من شركة Societe Honda France، وأسسوا ذلك على أن عدم تجديد الشركة الأخيرة لعقد التوزيع المبرم بينها وبين الشركة الأولى، يعد رفضاً للبيع، في الوقت الذي ترتبط فيه الشركة الموزعة بطلبات سيارات يتعين عليها تسليمها خلال السنة التي لم يجدد العقد فيها^(١).

وأيدت الدائرة التجارية هذا الحكم بإضافة "أن رفض البيع من جانب الشركة مانحة الامتياز والذي فرضته على الشركة المتعاقدة معها ليس مشروعاً، وذلك بسبب أن الشركة الأولى لم تتخذ أي تنظيم قانوني في النطاق الجغرافي المخصص لها، بهدف استبدال موزعين جدد بالشركة التي لم تجدد معها العقد، وبذلك يتضح أن الدائرة التجارية لم تنكر حق الشركة المصنعة في عدم تجديد العقد طبقاً للنظرية العامة للعقود، ولكنها- وبالاستناد إلى القواعد الخاصة بأثر المنافسة على السوق التجاري- قيدت هذا الحق بالألا يؤدي استعماله إلى الإخلال بالسوق التجاري^(٢).

والاهتمام بالنشاط الاقتصادي هو الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى أن يقطع شوطاً بعد آخر على طريق التوسيع من سلطته في إعطاء الروابط العقدية درجة كبيرة من الفاعلية، والتأثير عن طريق تفضيل الحل الذي يعمل على بقائها، عن الحلول الأخرى التي يؤدي الأخذ بها إلى زوالها وفنائها. فها هي الدائرة المدنية الثالثة لمحكمة النقض الفرنسية، تقضي بالإبقاء الجبري للرابطة العقدية كجزء

(١) Paris, 23-4-199., D, 199. IR, P. 142.

(٢) MESTRE, Obs, in Rev. Tr. Dr. Civ., 1994, P. 352.

للاستعمال المتعسف للحق في العدول، ففي حكم لها بتاريخ ١١/٥/١٩٧٨، أقرت قضاة الموضوع في عدم الاعتراف بأي أثر قانوني لعدول البائع عن وعده، وذلك بسبب سوء نيته، بعد أن حاول الربط بين إعمال الوعد ومجموعة أخرى من الشروط لا علاقة لها به (١).

كما أمرت الدائرة التجارية للمحكمة ذاتها، أحد البنوك، الذي عدل بطريقة متعسفة عن الاستمرار في منح الاعتماد، بأن يسدد ثمن البضائع التي أرسلت بعد هذا العدول (٢)، وفي بعض الأحيان، يتوصل القضاء إلى الإبقاء الجبري للرابطة العقدية بطريق غير مباشر عن طريق الحكم بعدم قبول دعوى الفسخ التي يرفعها أحد طرفي العقد، إذ أن عدم قبول الدعوى، يعني - في الوقت ذاته - التنفيذ العيني للعقد، وقد قضت بذلك الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض عندما أقرت محكمة الاستئناف في عدم قبول دعوى الفسخ التي رفعها رب العمل، وبررت ذلك بانتفاء الخطأ الجسيم من جانب العامل وبغياب القوة القاهرة (٣).

٤ - بجانب ما سبق من وسائل والتي تجد لها تطبيقات في العقود بصفة عامة، هناك وسائل علاجية أخرى ينحصر مجال تطبيقها في بعض العقود التي تتفق طبيعتها وتتطلبها موضوعها أو محلها من ذلك قيام القاضي بتخفيض التزامات بعض الأطراف، أو زيادتها أو بتصحيح الرابطة العقدية.

أحياناً، يضع المشرع حداً أقصى للثمن في العقد، أو يضع قيوداً على هذا الثمن، يلتزم بها الأطراف، وأي تجاوز لهذا الحد أو مخالفة هذه القيود يعد خطأً عقدياً. مما يطرح على الفور مصير الرابطة العقدية التي يشوبها مثل هذا الخطأ، كما يثار التساؤل عن دور المحاكم في العمل على تجنب إنهاء الرابطة، بالاتجاه إلى التعديل فيها عن طريق تخفيض المبلغ المبالغ فيه. يستوي في ذلك أن يتعلق العيب بغبن أحد المتعاقدين أو الفروض التي ينتج فيها العيب عن مخالفة التسعيرة الجبرية.

(١) Cass. Civ. 3e ch, 11-5-1975, D, 1978, J, P, 269 et note JTAISNE.

(٢) Cass. Comm, 3-12-1991, Revue Banque, 1992, P. 734.

(٣) Cass. Soc, 15-6-1999, D, 1999, P. 623, et Note CABRCLIA et TETSSIE.

أولاً: تخفيض الثمن المبالغ فيه:

المشكلة المطروحة هنا تتعلق بروابط عقدية أشار فيها أطرافها إلى ثمن مبالغ فيه إما بالتخفيض أو الزيادة. إما لأنه تجاوز الحدود المنصوص عليها قانوناً، وإما لأن فيه غبناً ظاهراً، ويعرف ذلك بقياس الثمن بمثله في التعامل العادي. فإذا اتضح أن مقارنته بأثمان المثل تكشف عن المبالغة فيه، كان العقد معيباً، لمخالفته لمبادئ العدالة والمساواة. مع ملاحظة أننا لا نتناول الغبن باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، والذي قصره المشرع المصري على بيع عقار مملوك لقاصر بغبن يزيد عن الخمس^(١)، وإنما نتناول جميع الفروض التي تحتوي فيها الروابط العقدية على أثمان مبالغ فيها. فهنا يتعين التساؤل عن الجزاء الواجب في هذه الحالات، هل هو إنهاء الرابطة العقدية أم يمكن قبول التدخل القضائي لتصحيحها بتخفيض الثمن المغالي فيه؟

نود الإشارة إلى أن المشرع نفسه قد يجيز للقاضي -بل قد يلزمه- التدخل بالتخفيض وذلك في نصوص معينة. نذكر منها المادة ٢٢٤، مدني مصري- وتقابلها المادة ٣، ٢ مدني كويتي^(٢)، فقد نصت على أن: "(١) لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. (٢) ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. (٣) ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

فما يهمنا هنا هو الإشارة الواضحة في الفقرة الثانية من المادة إلى حق القاضي في التدخل لتصحيح الرابطة العقدية التي احتوت على شرط جزائي (تعويض اتفاقي)، وذلك عن طريق تخفيض مقداره إلى الحد المعقول. وإن كان تداخله هنا متوقفاً على طلب من المدين، وعلى قيام الأخير بإثبات

(١) وهو ما أشارت إليه المادة ٤٢٥ مدني مصري بقولها: "إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية، وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل". ويلاحظ أن الأمر هنا متعلق بدور القاضي في زيادة الثمن - أو بالأحرى تكملته - وليس بالإنقاص. ونصت على الغبن أيضاً المادة ١٦٣ مدني كويتي وقصرته على أشخاص معينين هم: ١- الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة. ٢- عديمو الأهلية أو ناقصوها. ٣- جهة الوقف.

(٢) V. ART 1152/2. C. CIV. FR "modifiée par L. No 85 1.97 du 11 - Oct. 1985" Néanmoins, le juge, peut, même d'office, moderer ou augmenter la peine, qui avait convenue, si elle est manifestement excessive au derisoire, Toute stipulation contraire sera réputée non écrite».

المبالغة الكبيرة في مقدار التعويض، أو التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي. ويلاحظ أن هذا الحق المقرر للقاضي تشريعياً لا يجوز للأطراف الاتفاق على سلبه منه. فكل اتفاق مخالف لما ورد في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٢٢٤ يقع باطلاً.

ونشير أيضاً إلى نص المادة ١/٢٢٧ مدني مصري- ولا مقابل لها في القانون المدني الكويتي- وقد ورد فيها أن: "(١) يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى، تشترط فيها الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر".

ففي غير معاملات البنوك- والتي يجوز فيها الاتفاق على فوائد تزيد عن النسب الواردة في القانون المدني^(١)- لا يمكن للأطراف الاتفاق على نسب تزيد عن النسب المقررة في القانون، والتي يعتبر حدها الأقصى هو ٧%. فإذا اتفق الأطراف على نسبة تفوق هذا الحد، فمن الواجب تخفيضها إلى هذا الحد. ومما لا شك فيه أن الذي يتولى هذه المهمة هو القاضي عندما يعرض عليه نزاع بهذا الشأن. ومن الواضح هنا أن تدخل القاضي لتصحيح الرابطة العقدية عن طريق التخفيض يتم من تلقاء نفسه، وهو أمر إلزامي من خلال كلمة "وجب"^(٢).

(١) وقد نصت على ذلك المادة ٢٣٣ مدني بالقول: "الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري" ويحكم الفوائد في المعاملات البنكية القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ وتعديله رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ الخاص بالبنك المركزي المصري.

(٢) تشير إلى ذلك المادة ١١١ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠. بقولها: "يجوز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر غير الفوائد، على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة من البنك المركزي، التي يقوم بتحديدتها مجلس إدارة البنك بعد موافقة وزير المالية: فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذه الأسعار وجب تخفيضها إلى الأسعار المعلنة في تاريخ إبرام الاتفاق وتعين رد ما دفع زائداً على القدر. ٢- وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن، إذا زادت- هي والفائدة المتفق عليها- على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض ...

٢- تخفيض المدة الزائدة:

ويحدث كثيراً أن يحدد القانون مدداً أقصى للاتفاق^(١)، كما نجد في بعض المواضع أن أساس القيود الواردة على العقد بخصوص المدة ذات أصل قضائي. ولكن أياً كان مصدر هذه القيود، فإن ما يطرح هنا يتعلق بالبحث في طبيعة جزاء التعهد الذي يتجاوزها.

وكالعادة، فإننا نفرق بين الأوضاع التي يهتم المشرع فيها بتنظيم هذه المسألة، وقد يميل المشرع إلى تفضيل إجراء تصحيح الرابطة العقدية وذلك بإنقاص المدة الزائدة إلى الحد المقرر قانوناً. ويبدو ذلك في قانون العمل، إذ يميل التشريع الخاص به إلى اعتبار أن العقد المبرم لمدة أعلى من الحد الأقصى، وكأنه مبرم لمدة غير محددة^(٢). وأحياناً أخرى، يأتي التنظيم التشريعي رافضاً لفكرة إنقاص المدة الزائدة عن الحد القانوني المقرر، ويشير الفقه الفرنسي إلى النصوص المتعلقة باتفاقات الشيوخ^(٣). وبحق استرداد المبيع وفاء (بيع الوفاء)^(٤) ومنه أيضاً النصوص المنظمة لحق الانتفاع^(٥) ولحق الوصي في إبرام عقد إيجار تزيد مدته عن الحد القانوني^(٦).

أما بالنسبة للأوضاع التي يصمت فيها المشرع عن مسألة تحديد جزاء تجاوز المدة القانونية، فإن الأمر يتعلق بالمحاكم، إذ عليها -أولاً- تحديد المدة، وثانياً: تحديد مصير الرابطة العقدية التي شابها عيب

(١) V. J. AZEMA. La duree des contrats successifs, LGDJ. 1969, No 38 et S.

- PETEL, LES durees d'efficacite du contrat, thes, Montpellier 1984, No 5.5 et S.

(٢) V. ART. L. 122 - 3 - 13 et 122 - 1 - 2 du code du travail.

V. Cou - d'app - Aix - en - provence, 12- 1- 1993, JCP, 1994, ed - E, 577, et cl - Roy - Lous TAUNAU «Reflexions sur le role du juge dans la requalification - sanction du contrat de travail a duree determinee apres la loi du 12 - 7 - 199.» JCP. 1991, Ed. E. 1., 1.1 et S.

(٣) V. Art, 1873 - 3 du code - civil - Francais.

(٤) V. Art, 166. - al - 2 c. Civ. F.

(٥) V. Art, 166. - al - 2 c. Civ. Fr.

V. Art, 1718, c. civ. Fr.

(٦) وقد أحالت هذه المادة إلى المادة ٢/٥٩٥

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٢٨ مدني كويتي على عدم جواز تأجير الولي مال الصغير لمدة تتجاوز سن الرشد بأكثر من سنة إلا بعد إذن المحكمة. وقد نصت المادة ٥٥٩ مدني مصري على أن: "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا كان عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره. كما نصت المادة ٦٣٣ مدني مصري على "لا يجوز للناظر بغير إذن القاضي أن يؤجر الوقف مدة تزيد على ثلاث سنوات، ولو كان ذلك بعقود مترادفة، فإذا عقدت الإجارة لمدة أطول انقصت المدة إلى ثلاث سنوات".

تجاوز المدة. ولا تتردد المحاكم، في الاتجاه نحو إنقاص المدة الزائدة مع الإبقاء على الرابطة العقدية صحيحة. أي تصحيح الرابطة، أسوة في ذلك بما يفعله المشرع في الفروض التي يتناول فيها هذه المسألة بالتنظيم، وأيضا لتحقيق نوع من الفعالية والتأثير للاتفاقات المبرمة بحرية واختيار من جانب أطرافها. وقد تخفض المحاكم المدة إلى الحد المقرر قانونا، وهو ما يذهب إليه الفقه بشأن تجاوز عقد العمل تحت الاختبار للمدة المحددة قانوناً وإذا تخلف هذا الحد فإن المحاكم تنقص المدة إلى الحد القانوني.

من ذلك ما نصت عليه المادة ١٦ من قانون العمل الأهلي الكويتي بقولها "تحدد فترة تجرية العامل في عقد العمل بشرط ألا تزيد عن مائة يوم ... ولا يجوز تعيين العامل تحت الاختبار أكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد"، فالفقه على أن المدة تنقص إلى مائة يوم فقط، بمعنى أن الشرط يبطل فيما يزيد عن الحد الأقصى المقرر قانوناً^(١).

٣- زيادة التزامات أحد الأطراف:

وأحيانا يقوم القاضي بتصحيح الرابطة العقدية عن طريق زيادة التزامات أحد الأطراف، وهذا أمر يكون أصعب من الاعتراف للقاضي بسلطة التخفيض.

وتأتي الصعوبة من أن القاضي هنا يتدخل بفرض التزام إيجابي على عاتق الأطراف، أو أحدهم، لم يكن موجودا في اتفاقهم. وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء بالقول أنه: "عندما يخفض القاضي المقدار الزائد، يكون قد أحل شيئا ما، قد يريده الأطراف بدلا من شيء آخر، بل يمكن أن يريد الأطراف شيئا أكثر، غير أن الأقل المحدد من القاضي يعد كافيا، وعلى العكس، عندما يحل مدة تسع سنوات (فيما يتعلق بعقد الإيجار الزراعي) محل المدة الأقل التي حددها الأطراف، فهنا يفرض القاضي عليهم التزاما

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧، ص ١٨٥.

إيجابياً، أرادوا تلاشيهِ صراحة في العقد" ^(١). وانتهى إلى أنه عندما يغيب التنظيم القانوني الذي يعطي للقاضي الحق في التدخل في مصير الدعوى، فلا يجب الاعتراف له بسلطة زيادة الاشتراط الناقص ^(٢). ولا يجد بعض الفقه لهذا التحليل أساساً سليماً.

فأولاً، يجب ملاحظة، أن الواقع العملي يرفض التقابل أو التضاد الذي يقوم أحياناً، بين الإنقاص الذي يعد نوعاً من البطلان الجزئي، وزيادة الحصة أو المقدار غير الكافي (الناقص). ويكفي لتأكيد ذلك، الإشارة إلى الحالات التي تعرض فيها مشكلة مخالفة لوائح الحد الأدنى للأجور، في نطاق قانون العمل، إذ من الملاحظ، أن هذه المخالفة، من النادر أن تنتج عن تحديد أجر أقل من الحد الأدنى، وإنما تنتج -غالباً- عن أعمال البند المتعلق بالمسؤولية المالية للعامل، أي بما يمكن أن يحمله العامل من أعباء مالية بسبب الخطأ أو الإهمال في تنفيذ عقد العمل (مثل الخصم من راتبه).

في هذا الفرض، يكون من الأفضل أن نعيد الاستقرار للمركز العقدي بجعله موافقاً للقانون، عن طريق عملية البطلان الجزئي أو -بشكل أكثر تحديداً- عن طريق التقليل من آثار هذا البند المتنازع عليه. فضلاً عن أنه، من التناقض القول، بأن القاضي يستمتع بسلطة التدخل في مصير الدعوى بالنسبة لإنقاص البند المبالغ فيه ^(٣)، بينما سيمنع عن رفع الأجر غير المشروع بحجة أن هذا يمثل زيادة في المضمون العقدي، إذ من المعروف أن أي إنقاص لعبء أحد الأطراف، يؤدي إلى فرض ما يقابله على المتعاقد الآخر، أو يسبب خسارة له، لم يكن يتوقعها. وفي المقابل، فإن كل زيادة في عبء أحد الأطراف سيؤدي -في الوقت ذاته- إلى مكسب للمتعاقد الآخر، لم يكن يضعه في حسبانته عند التعاقد.

ونشير إلى أمثلة تشريعية على ذلك متعلقة بزيادة الثمن المغبون فيه، فعندما ينتج عدم التعادل عن تحديد ثمن مغالى فيه، فإن الحل هو إنقاص هذا الثمن، من أجل إنقاذ العقد، وعندما يكون مقدار الثمن

^(١) PH. SIMLER, Op. Cit., No 128. P. 156.

^(٢) [H. SIMLER, Op. Cit., No 128, P. 156.

^(٣) Cass - Soc. 3-1-1963, JCP, 1963, V, 13648 et not BIZIERS.

المتفق عليه أصلاً فيه غبن بالنسبة للدائن به، فإن ما يؤدي إلى تحقيق العدالة العقدية، هو زيادة العبء المالي إلى المقدار العادل والمعقول.

وقد تعهد النصوص صراحة إلى القاضي بهذه السلطة. وبالتطبيق لذلك، فإن مشتري العقار بثمن فيه غبن، والوارث الذي يتميز بشكل غير عادل عن باقي الورثة، يمكنهما منع البطلان بأن يقوم الأول، بدفع تكملة الثمن إلى الحد العادل للبائع^(١). والثاني بتزويد المتقاسم معه (الوارث المغبون) بالجزء الناقص من الميراث^(٢)، وإلى هذا أشارت المادة ٣/١٢٩ مدني مصري بقولها: "٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن". وهنا يكون إنقاذ التصرف متروكاً لمبادرة فردية من جانب الطرف الراض للبطال، ولم يكن القاضي مطالباً بأن يفرض على هذا الأخير أية زيادة في التزاماته.

غير أن النصوص التشريعية الحديثة، أعطت للقاضي سلطة في أن يفرض على أحد الخصوم تعديل العقد، عن طريق تكملة الثمن إلى الحد القانوني، والعادل. والمثال الأول الذي يضربه الفقه الفرنسي على ذلك هو تشريع ١١ مارس سنة ١٩٥٧، حول الملكية الأدبية والفنية^(٣)، ففي المادة ٣٧ منه ينص على أنه في حالة التنازل عن حق الاستغلال، عندما يلحق المؤلف ضرر يزيد بنسبة معينة، فإن من حق المؤلف أن يطلب مراجعة شروط العقد المتعلقة بالثمن^(٤). وإذا لم يشر هذا النص إلى دفع تكملة الثمن، فإنه يؤدي المعنى ذاته، إذ يشير النص إلى سببين للمراجعة الأول هو الغبن والثاني يتعلق بعدم التوقع. وفي حالة الغبن، فإن على القاضي تحديد المقابل بالرجوع إلى العادات المتبعة وطرق الاستغلال المسموح بها^(٥).

(١) V. Art, 1681. C.C.F.

(٢) V. Art, 981, C. Civ. F.

(٣) انظر في هذا:

COLOMBET, Propriete litteraire et artistique, ed Dalloz, 1992, No 311.

(٤) V. Art, 37 du loi No 57 - 298 du 111. rs 1957 (- D, 1957- P. 1.4) «Encas de cession du droit d'exploitation lorsque L'auteur aura subi un prejudice de plus de sept poura provoquer la revision des conditions de prix du contrat.....»

(٥) Cou - d'app - VERSAILLES, 9-6-1987, SOMM comm. P. 156 - Cou - d app - Paris, 3-4-199., D, 1991 somm. Comm P. 98.

كما نصت المادة ١٥١ من قانون الملكية الفكرية الجديد في مصر رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن "إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه في المادة ١٥. من هذا القانون محجف بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك، لظروف طرأت بعد التعاقد، يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب إعادة النظر في قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الإضرار به".

والمثال الثاني يتعلق بتشريع ١٩٧١/٧/١٦ الخاص بالشركات التي تكون حصص الشركاء في رأس مالها عبارة عن عقارات أو أشياء ثابتة^(١). فقد فرض المشرع مبدأ التناسب بين توزيع نفقات التأسيس وقيمة حقوق كل شريك في رأس المال، ورفض أن يكون الجزاء على مخالفة ذلك المبدأ هو البطلان. وفضل أن يعطي للقاضي سلطة الأمر بتعويض الشريك المغبون. والملاحظ - في هذين المثالين - أن المشرع هو الذي يعهد إلى القاضي بسلطة في الفروض التي لا يعهد فيها إليه المشرع بذلك. إذ أنه الحل الوحيد الذي يحقق الغرض من الجزاء، وضمان فعاليته وتأثيره.

٥ - نأتي للوسيلة الأخيرة وهي التعويض، وأول ما يلاحظ بشأنه أنه ليس الوسيلة الوحيدة لعلاج حالة عدم التنفيذ، بل إنه ليس العلاج الأصلي أو الأساسي في معظم الحالات، وإنما هو يقف جنباً إلى جنب الوسائل الأخرى.

والتعويض هنا لا يقصد به جبر الأضرار المترتبة على عدم التنفيذ، وإنما هو مخصص لتزويد الدائن بالترضية التي كان ينتظرها من تنفيذ العقد، وبذلك هو يعد طريقة أداء أو دفع Paiement، أو هو تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ^(٢)، ولا يتم اللجوء إلى التنفيذ بمقابل إلا إذا كان هناك تخلف للتنفيذ العيني، بهدف تزويد الدائن بكامل ما كان ينتظره من التنفيذ، ولذلك، فإن الآثار المترتبة على التعويض (التنفيذ بمقابل) هي ذاتها الآثار التي يتوقعها الأطراف في العقد ويريدونها، فهم لم يكونوا يأملون في عكسها.

(١) JESTAZ, "Vers un statut d'ensemble: de la promotion immobiliere. Commentaire de la loi No 71 - 579, du 16-7-1971, D, 1972, chro. P. 177.

(٢) SAVAUX, La fin de la responsabilite Op. Cit., No 11.

وتبدأ هذه الوسيلة في الأعمال عندما يتخلف التنفيذ كلية أو عند الأداء الجزئي للالتزامات. وهو ما يتم تحديده بالمقارنة بين ما كان متوقعا الحصول عليه من كل طرف في الرابطة العقدية، وبين الحالة التي نشأت من جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ الجزئي أو المعيب. وما تسفر عنه المقارنة يكون هو مقدار التعويض. وهذا ما يؤكد على أن التعويض -باعتباره تنفيذاً بمقابل- يصلح في حالتي عدم التنفيذ الكلي والتنفيذ الجزئي أو المعيب للالتزامات الرابطة العقدية، وذلك على عكس ما أشار إليه البعض^(١) من صعوبة إتمام التنفيذ بمقابل في حالة التنفيذ المعيب للالتزام من واقع أن هذه الحالة الأخيرة ترتب آثاراً مختلفة عن تلك التي تنتج عن عدم التنفيذ.

ونذكر هنا مثلاً يتعلق بالحالة التي يقوم فيها الميكانيكي بإصلاح معيب لسيارة أحد العملاء، وترتب على ذلك أن ارتكب العميل حادثة أدت إلى إصابته هو بأضرار جسدية، وكذلك حدوث أضرار للغير فضلاً عن فقدته للسيارة نتيجة الحادثة، فالتعويض، باعتباره تنفيذاً بمقابل، لا يغطي إلا الخسارة التي أصابت العميل والمتمثلة فيما قام بدفعه إلى الميكانيكي مقابل هذا الإصلاح المعيب، وكل ما عدا ذلك، فإنه يثير أحكام المسؤولية التقصيرية.

وفي الحقيقة إنه ليس في هذا المثال ما يدعو إلى الشك في وجود التنفيذ بمقابل في حالة التنفيذ المعيب أو المتأخر للالتزام، فالتعويض -في إطار المسألة العقدية- يقوم لتغطية مجموع -وكما قال هذا البعض نفسه- الآثار المتحققة من جراء عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ الجزئي للالتزام، ويأخذ التعويض في المثال السابق صورة الاسترداد، إذ يطالب المالك بالمبالغ التي دفعها نظير قيام الميكانيكي بإصلاح سيارته، أما وإن الأخير لم يقم بذلك إلا بشكل معيب، فلا يصبح له حقا في الاحتفاظ بالمقابل الذي تلقاه، وما عدا ذلك من آثار سواء تمثلت في الإصابة التي لحقت بالمالك أو فقد السيارة أو الأضرار التي أصابت الغير، فلا علاقة بينها وبين التنفيذ الجزئي أو المعيب، وإنما يكون الطريق مفتوحاً أمام المضرور بما للتمسك بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية والتي لا خلاف فيها حول دور التعويض، فالكل متفق على الوظيفة الإصلاحية التي يؤديها من خلال جبر الأضرار الناتجة سواء أكان ذلك عند الإخلال

(١) SAV AUX, Op. Cit., P. 25.

بالواجبات العامة المفروضة على الجميع أم كان بمناسبة عدم تنفيذ رابطة عقدية أو بتنفيذها بشكل معيب.

ويلاحظ أنه لا يوجد فصل مطلق بين الوسيلة الأخيرة (التعويض) والوسائل الأخرى، وإنما يمكن الجمع بينها وبين وسيلة أو أكثر من هذه الوسائل، كل ذلك في سبيل حصول الدائن على الالتزام المتفق عليه، كما أشارت إلى ذلك بعض النصوص القانونية التي تحدثت -بخاصة- عن إمكانية الجمع بين التعويض والفسخ (م ١١٨٤ مدني فرنسي، ١/١٥٧ مدني مصري)، إذ يبدو أن المنطق يقود إلى إمكانية تصور وجود تعويض، التنفيذ بمقابل، لما لم يتم تنفيذه من التزامات العقد في الفترة السابقة على الفسخ الذي يقع بالنسبة للمستقبل، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها للفسخ أثر رجعي^(١)، كما يمكن الجمع بين التعويض (تنفيذ بمقابل) والتنفيذ الجزئي أو المعيب للالتزام لتكملة التنفيذ في الحالات التي يمكن فيها ذلك.

وبذلك يتضح أن التعويض المستحق في حالة عدم التنفيذ هو علاج مطروح للدائن وليس التزاما جديدا مترتبا على واقعة عدم التنفيذ كما أنه ليس بديلا عن التنفيذ أو أثر له^(٢)، وبمعنى آخر، أن العقد لا ينتهي بمجرد عدم تنفيذ التزاماته من جانب أحد المتعاقدين، وإنما يظل قائما، إذا فضل الدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل (التعويض)، ولهذا تظل التأمينات التي كانت موجودة لضمان التنفيذ العيني للعقد، قائمة في حالة التنفيذ بمقابل، كما لو كان هناك رهن أو كفالة، فهذه التأمينات تظل قائمة إلى حين انقضاء الالتزام بتنفيذه بمقابل، والمدين به الذي يقع عليه عبء الإثبات هذا الانقضاء.

وبقاء هذه الضمانات يؤكد على أن مصدر الالتزام بالتعويض هو العقد نفسه وليست واقعة عدم التنفيذ، ولذلك، يظل مرتبطا به ولا يعدل فيه. وإتمام التنفيذ بمقابل في شكل مبلغ تقديري - لا يؤثر

(١) وقد قضى في هذا الشأن بفسخ عقد البيع كان الثمن فيه محددًا كإيراد مرتب لمدى الحياة، مع دفع الأقساط المستحقة من قبل ولم يتم أداؤها.

Cass. Civ. 3e, 7-6-1989, JCP, 199., 11, 81456.

(٢) REMY, La responsabilite Op. Cit., No 3.

كثيراً، ولا يغير من طبيعة كونه وسيلة من وسائل التنفيذ، إذ أن كل التزام يمكن تقويمه بالمال بغية تنفيذه (١) (٢).

وهكذا، نجد اختلافاً كبيراً في وضع التعويض ودوره في كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية، فبينما هو في الأولى وسيلة من وسائل التنفيذ قد يقوم بذاته وقد توجد معه وسائل أخرى، وإذا تم اللجوء إليه، فإن ذلك يكون بغرض تنفيذ الالتزام غير المنفذ فهو - كما رأينا - تنفيذ بمقابل لهذا الالتزام.

أما في ظل المسؤولية التقصيرية فلا توجد إلا وسيلة واحدة ألا وهي التعويض الذي يلعب دوراً مختلفاً مؤداه جبر الأضرار المترتبة على قيام المسؤولية، فهو أثر لها يهدف إلى إصلاح ما أفسده الفعل الضار من خلال مبلغ نقدي يدفع إلى المضرور، وبما أن مصدر التعويض - في المسؤولية التقصيرية - هو الفعل الضار الذي تمت به مخالفة الالتزامات القانونية، فإنه لا يقوم إلا حيث تتوافر شروطه من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وبما أن وظيفته إصلاحية، فإن تقديره يتم بشكل يؤدي إلى إزالة جميع الآثار المترتبة على الفعل الضار، ولذلك فإن من أحكامه أنه كامل وتام يغطي جميع الأضرار.

وهذا ما يشير إليه أنصار ثنائية المسؤولية وانقسامها إلى عقدية وتقصيرية، إذ ينظرون إلى حجم التعويض على أنه فارق أساسي بينهما، فهو في الأولى يغطي الأضرار المباشرة والمتوقعة، أي تلك التي

(١) Ibid.

(٢) ويلاحظ أن الدائن له - كأصل عام - حرية اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة له، دون أن يملك أحد - حتى القاضي - إجباره على اللجوء إلى هذه الوسيلة أم تلك، وإن كانت هذه الحرية ليست مطلقة، بل توجد حالات تعد استثناءات على هذا الأصل العام، يمكن فيها للمحكمة إجبار الدائن على وسيلة معينة دون أخرى، ويتم ذلك من خلال عدم استجابة القضاء لطلبة وسيلة معينة، والإبقاء على الأخرى. كما قد يتم عن طريق الطرح القضائي للوسيلة وفرضها على الطرفين. وقد اختلفت المواقف القضائية حول نطاق تدخل القاضي في تحديد الوسائل المطروحة للتنفيذ، فهناك من يعطي للمحكمة سلطة تقدير مدى ملائمة الوسيلة المختارة من جانب الدائن، بحيث إذا وجدت مناسبة للظروف المحيطة، فإن لها رفضها. وهناك من يرى عدم وجود سلطة تقديرية للمحكمة على الفائدة أو المصلحة التي يرجوها الدائن من وراء اختيار هذه الوسيلة أو تلك، فقد قضى بأن الدائن حر في الاختيار ما بين دعوى الفسخ وإعادة التقويم. انظر في ذلك:

VINEY, Obligations, II, P. 61.

ومما يدعم حرية الدائن في اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة عدم وجود تدرج ملزم بين هذه الوسائل، فهو غير ملزم بالمطالبة بالتنفيذ الجبري قبل الفسخ أو طلب الأخير قبل اللجوء إلى التنفيذ بمقابل، فليس هناك سلم تدريجي يحكم هذه الوسائل. وهذا يختلف عن قاعدة التزام الدائن بالوسيلة التي اختارها وما يترتب عليها من نتائج، كما يلتزم الدائن بعدم إساءة استخدام حريته في الاختيار مثله في ذلك مثل أي شخص في المجتمع يلتزم بعدم التعسف في استعمال حقه.

توقعها الأطراف عند إبرام العقد أو التي كان يجب عليهم توقعها، بينما في الثانية يغطي الأضرار المباشرة أيضاً المتوقعة وغير المتوقعة، مع ملاحظة اعتراض بعض الفقه على النظر إلى حجم التعويض كفارق بين نوعي المسؤولية من واقع أن مسألة التوقع للضرر أو عدم توقعه أمر يعود الاختلاف بشأنه إلى اللحظة التي يقوم فيها، إذ يمكن لطرفيه أن يحددا النتائج المترتبة على عدم التنفيذ كما توقعها عند إبرام العقد، وهو أمر لا يمكن توقعه في المسؤولية التقصيرية، إذ ليس في الإمكان مطالبة الفاعل أن يتوقع النتائج المترتبة على سلوكه الخاطئ، فلا يمكن للتوقع أن يلعب دوراً في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه، إذ الفرض أن الالتزام بالتعويض لا يتوقف على إرادة المخطئ، وبذلك تحل لحظة وقوع الضرر - بالنسبة للمسؤولية التقصيرية - أي لحظة عدم تنفيذ الالتزام محل لحظة نشوء الالتزام أو ميلاده.

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على الطرح الفقهي الجديد

لا شك في أن الخلاف الفقهي حول طبيعة دور التعويض في المسؤولية العقدية ليس أمراً نظرياً بحتاً بدون أية نتائج عملية أو تأثير على الأفكار القانونية الموجودة والمعمول بها، بل -على العكس من ذلك- فإن هناك الكثير من النتائج التي تترتب على الاتجاه الفقهي الذي ينظر إلى التعويض على أنه وسيلة أداء أو تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، وليس على أنه طريقة إصلاح وجبر للأضرار المترتبة على واقعة عدم التنفيذ كما يرى ذلك الفقه في معظمه.

فتناول التعويض على أنه أداة إصلاح وجبر يتم بطريقة تختلف -بالضرورة- عن تلك التي تتم بها دراسته كوسيلة أداء أو تنفيذ بمقابل. ويرجع هذا الاختلاف إلى مجموعة الأحكام والشروط المطلوب توافرها في كل طريقة على حدة. ولهذا، فإن النتائج تتركز بالدرجة الأولى على مدى أهمية توافر شروط المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لكي يثبت الحق للدائن في المطالبة بإعمال التعويض

كشكل من أشكال تنفيذ الالتزام، كما تبرز نتيجة مهمة في هذا الإطار تتعلق بمقدار التعويض وكيفية تقديره. وتأتي مسألة تقادم دعوى التعوض نتيجة أخرى مترتبة على هذا الطرح الفقهي الجديد.

أولاً: الاتجاه نحو الاستغناء عن شروط المسؤولية العقدية:

رأينا - من قبل - كيف يركز الفقه التقليدي على ضرورة توافر شروط الخطأ والضرر وعلاقة السببية لكي يثبت الحق للدائن -الذي يشكو عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ السيئ أو المتأخر له- في التعويض.

أ- الخطأ:

وهو الشرط أو الركن الأول الذي يتطلبه الفقه لقيام مسؤولية المدين المقصر العقدية، مع اختلاف بين الفقهاء بشأن المقصود بالخطأ ودرجته، إذ منهم من رأى أن عدم تنفيذ الالتزام هو خطأ في حد ذاته ومنهم من تطلب أن يوجد في عدم التنفيذ صفة الخطأ أو الإثم.

أما عن الاتجاه الجديد، فإنه يستغنى عن الخطأ ويكفي -بالنسبة له- عدم التنفيذ ولكن ليس باعتباره خطأ في حد ذاته، وإنما بالنظر إلى كونه كذلك عدم تنفيذ فقط، وذلك مرتبط بأن حق الدائن في المطالبة بالتعويض يأتي من قبيل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، فهو تنفيذ بمقابل وليس وسيلة إصلاح أو جبر، ولهذا لا يكون مقبولاً للبحث فيما إذا كان المدين مخطئاً في عدم تنفيذه للالتزام أم لا، كما أنه ليس من المفيد الحديث عنه، إذ لا يقدم جديداً بالنسبة لحق الدائن في التمسك بالتنفيذ بمقابل (التعويض).

ويحلل البعض ذلك بالقول بأن الخطأ يختلط في عدم تنفيذ الالتزام، (أيا كان نوعه أي سواء كان نتيجة أم وسيلة) فهو ليس عنصراً تكميلياً يضاف إلى عدم التنفيذ⁽¹⁾، ويشير البعض⁽²⁾ الآخر إلى أن التحلي عن فكرة المسؤولية العقدية يتطلب ضرورة استبعاد أفكار الخطأ والضرر وعلاقة السببية عند بحث تقصير المدين أو عجزه، ولا شك في أن تغيير مثل هذه الأفكار يتطلب وقتاً، ولذلك يجب - في الوقت الحالي - أن يقتصر الأمر على النظر إلى حق الدائن في التعويض عن عدم التنفيذ كشكل للمسؤولية العقدية، ويكون ذلك توطئة لمجيء وقت يطرح فيه التحليل الجديد لحق الدائن في التعويض في ظل التفكير في اختفاء المسؤولية العقدية. وكأن هذا الرأي يكتفي - في الوقت الراهن - باعتبار التعويض تنفيذاً بمقابل للالتزام غير المنفذ مع الإبقاء على فكرة المسؤولية العقدية، بشرط أن تتسع لتشمل كل الوسائل التي ذكرنا من قبل وأيضاً مع الإبقاء على شروطها عند الحديث عن التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل. أما خارج هذا النطاق، أي عند بحث مسألة التعويض بوصفه جابراً للأضرار المترتبة على واقعة عدم التنفيذ، فإن المنحنى يتجه نحو تناول نوع المسؤولية الواجب التطبيق على مثل هذا التعويض، فهل نطبق المسؤولية التقديرية وهنا نرجع إلى الفقه التقليدي وضرورة توافر شروطها وأهمها الخطأ؟ أم أن الأمر يتعلق بتطبيق المسؤولية التقديرية، حتى ولو كان الأمر متعلقاً بتعويض أضرار مترتبة على عدم تنفيذ رابطة عقدية؟ وهذا ما سوف نتناوله فيما بعد.

لكن المهم - هنا - هو التأكيد على أن المطالبة بالتعويض كشكل من أشكال التنفيذ للالتزام غير المنفذ عينا، لا يحتاج إلى بحث مسألة الخطأ، وإنما يقتصر الأمر - بالنسبة للدائن - على الإشارة إلى عدم تنفيذ الالتزام عينا من جانب المدين، أي كانت الظروف المحيطة بالأخير، أي كان قصده. وبذلك، يتضح أن عبء الإثبات يقع دوماً على عاتق المدين، إذ عليه إثبات التنفيذ العيني للالتزام، أو إقامة الدليل على السبب الذي أعاقه من التنفيذ، وذلك كله بعد أن يشير الدائن إلى التنفيذ أو وجود عيب فيه.

(1) TALLON: L'inexécution Op. Cit., No 16.

(2) REMY, Op. Cit., P. 29.

وربما يدعو هذا الطرح الجديد إلى التفكير بشيء من التعمق في مدى جدوى التفرقة التقليدية - والتي ظهرت على يد ديموج- بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة. وتقوم على أساس نوع الالتزام الملقى على عاتق المدين، وتهدف إلى معرفة المكلف بعبء الإثبات^(١). وهي مسألة محسومة في إطار هذا الطرح، فالدائن عليه باستمرار إثبات أنه لم يتلق ما هو معهود به ومنتفق عليه ويقوم المدين بإثبات أداء الالتزام أو السبب الذي أعاقه، دون تفرقة بين ما إذا كان الالتزام غير المنفذ من جانب المدين كان بوسيلة أم كان بنتيجة. وربما يكون ذلك مقبولا من واقع ما تعرضت له النظرية التقليدية من هجوم وما وجه إليها من انتقادات، فهي -من ناحية- تقوم على طبيعة الشيء الموعد به وهذه الطبيعة مختلفة وغير محددة، فما نراه في حالة أنه التزام بنتيجة قد يصبح بذاته في حالة أخرى التزاما بوسيلة.

ورأى بعض الفقه -من ناحية أخرى- أنه لا يوجد في الحقيقة إلا نوع واحد من الالتزام وهو الالتزام بوسيلة، لأن الالتزام بنتيجة قابل لأن يزيد أو ينقص حسب الظروف، ولذا يجب في كل حالة التساؤل دائما عما إذا كان المدين قد تصرف طبقا لمعيار الرجل المعتاد أم لا، ولا نبحت في تحقق النتيجة من تخلفها.

وفي المقابل ذهب بعض آخر من الفقه إلى أنه لا يوجد إلا التزام بنتيجة إذ أن كل عقد -أو مصدر للالتزام بصفة عامة- يلزم المدين بالقيام بأفعال محددة لا ينتظر الدائن من مدينه إلا النتيجة أو يتطلب منه سلسلة من التصرفات عبارة عن مراحل معينة للوصول إلى النتيجة، وما يقال عنه أنه التزام

(١) يرجع الفضل في ظهور هذه النظرية إلى الفقيه "ديموج" فهو أول من سلط الأضواء على هذا التقسيم للالتزامات، وقد أشار ذلك الفقيه في مؤلفه عن الالتزامات إلى أنه أحيانا يطلب من المدين نشاط معين يؤمل من ورائه هدف محدد، فإذا لم تتحقق النتيجة المأمولة فإن الدائن يصبه ضرر واضح، وهذا الضرر يكفي لقيام مسؤولية المدين الذي لم ينفذ الالتزام المحدد الذي تعهد به أو الذي يفرضه عليه القانون، ونكون هنا أمام التزام بنتيجة، وأحيانا أخرى يتعهد المدين أو يطلب منه القانون بذل ما في استطاعته من أجل تحقيق فائدة معينة للدائن أو تجنب فعل ضار، ويتصرف في هذا الإطار بعناية وحرص ويبدل الرعاية التي يأتيها رجل معتاد في رعاية مصالحه. ويكون المدين هنا ملتزما بوسيلة أو ببذل عناية.

بوسيلة، ما هو إلا التزامات لها هدف حدد بطريقة واسعة من خلال تحقيق نتائج مجزأة أو مقسمة للوصول إلى الهدف الذي قد يظل خارج نطاق الالتزام^(١).

وفي الحقيقة أن هذه النظرية استمرت ردحا من الزمن وما زالت تهيمن على كثير من آراء الفقهاء ربما لأنها تقوم من الناحية الموضوعية على أساس فيه كثير من الصحة لاعتمادها أولاً على الفعل الذي يؤديه المدين، وثانياً على الظروف التي تحيط به عند الأداء.

والخلاصة، أنه لا يوجد مجال للحديث عن خطأ لإعمال التعويض كتنفيذ بمقابل، فليس هناك خطأ ثابت أو مفترض، فالحق في التعويض يثبت بمجرد قيام الدائن بالمقارنة بين ما هو مطلوب من المدين، وبين ما تم أو لم يتم من تنفيذ، ليتضح بعد ذلك ما إذا كان هناك تخلف للتنفيذ أو تنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للالتزامات المتولدة عن العقد، وهو ما يشير إلى أن عبء الإثبات لا يصلح لأن يكون معياراً للفرقة بين نوعي المسؤولية، وبذلك يمكن حصر الخطوات التي تمر بها دعوى المطالبة بالتعويض (كتنفيذ بمقابل) في ثلاثة أولها يجب أن يشير الدائن إلى وجود عدم تنفيذ للالتزام، وثانيها، يعرض المدين وسائل دفاعه، عن طريق المعارضة في عدم التنفيذ من خلال الإشارة إلى عدم وجود عقد أو عدم صحته، كما أن له أن ينازع في مضمون الالتزام المدعى بعدم تنفيذه، ليثبت أن ما تم الاتفاق عليه من التزام قد تم تنفيذه. ثم تأتي الخطوة الثالثة، وفيها يختار الدائن من بين الوسائل المطروحة، الوسيلة التي يراها مناسبة له^(٢).

والدائن وهو بسبيله إلى اختيار هذه الوسيلة أو تلك محكوم بعدة اعتبارات، يأتي في مقدمتها، أن تحقق له هذه الوسيلة ما كان ينتظره من العقد، وأن يكون في الإمكان تنفيذها من جانب المدين، فضلاً عن الفائدة الاقتصادية التي تحققها الوسيلة للدائن، وكذلك تختلف الوسيلة وفقاً لما إذا كنا أمام عدم تنفيذ كلي، وبين ما إذا كان هناك بدء في التنفيذ أو أن هناك مرحلة كبيرة انتهت منه، فلا شك في أن

(١) -MARTON, Obligation de resultat, obligations de moyens, Rev. Tr. Dr. Civ., 1935, P. 499.

- WIGNY, (P.) Responsabilite contractuelle et force majeure, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935, P. 119.

(٢) TALLON, Op. Cit., P. 233.

الدائن يختار وسيلة تتفق مع الحالة التي عليها موقف المدين، إذ يمكنه أن يفكر في الفسخ في الحالة الأولى، وبينما يكون من الملائم له اللجوء إلى التعويض (التنفيذ بمقابل) عندما يكون تنفيذ العقد قد قطع أشواطاً كبيرة. ومن بين العوامل المؤثرة أيضاً في قرار الدائن باختيار هذه الوسيلة أو تلك سرعة تنفيذها وكذلك النفقات التي تستلزمها.

ويستند الاتجاه الجديد في استغناؤه عن الخطأ للمطالبة بالتعويض إلى النصوص القانونية ذاتها التي لم تستلزم سوى أن يكون هناك عدم تنفيذ ولم تشر إلى وجود الخطأ، بل ولا يفهم منها اعتبار واقعة التنفيذ في ذاتها خطأ، فالمادة ١١٤٧، مدي فرنسي، ألزمت المدين بأداء التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام، وذلك عندما لا يكون تخلف التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه^(١).

وقد اعتمد بعض الفقه على انتفاء الخطأ في عدم التنفيذ للمناداة إما بوحدة المسؤولية المدنية نظراً لوحدة الخطأ، إذ لا يوجد إلا خطأ تقصيري، أو للقول باختفاء مصطلح المسؤولية العقدية، فهو -طبقاً لهؤلاء- مصطلح خاطئ لا تؤيده نصوص القانون. وقد ظهر ذلك في كتابات بعض الفقه، وقد أشرنا إلى أمثلة منها من ذلك ما كتبه أحدهم تحت عنوان "نهاية المسؤولية العقدية" والآخر بعنوان "المسؤولية العقدية، تاريخ مفهوم خاطئ".

ب- الضرر:

لا يحتاج الدائن -وفقاً للطرح الفقهي الجديد- إلى إثبات إصابته بضرر حتى يمكنه المطالبة بالتعويض (كتنفيذ بمقابل)، وإنما يكفيهِ التذليل على تخلف التنفيذ أو تأخره، فليست هناك حاجة لوجود ضرر، إذ لا يؤدي هنا الدور نفسه الذي يقوم به هناك، أي في إطار المسؤولية التقصيرية، التي لا تقوم إلا إذا كان هناك ضرر نتج عن الفعل الخاطئ يرتبط به بعلاقة سببية، بينما في المسؤولية العقدية -وفقاً للمفهوم الجديد- فإن المتطلب الوحيد لإعمال التعويض هو وجود عدم تنفيذ، دون الحاجة لثبوت إصابة الدائن بضرر، بل إن الضرر غير مطلوب لتمسك الدائن بأي وسيلة من الوسائل السابق ذكرها

(١) ESMEIN, Le fondement de la responsabilite contractuelle Rapprochee de la responsabilite Delictuelle, R.T.D.C., anne 17, P. 628.

مثل الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ أو إزالة ما تم إنشاؤه بالمخافة للالتزام بالامتناع، أو القيام بتنفيذ الالتزام غير المنفذ لحساب المدين وعلى نفقته^(١).

ويعتمد أنصار المفهوم الجديد لدور التعويض -في الاستغناء عن الضرر- على نصوص القانون أيضا، فقد نصت المادة ١١٤٢، مدني على أن كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى التعويض (التنفيذ بمقابل) في حالة عدم التنفيذ من جانب المدين. وكذلك المادة ١١٤٧، مدني التي أسست دين التعويض على عدم التنفيذ، وليس على الضرر الذي أصاب الدائن. وإذا كان ما سبق يدل على اتجاه جديد في الفقه نحو النظر إلى التعويض على أنه تنفيذ بمقابل دون الحاجة إلى خطأ أو ضرر، فإن عدم تطلب الضرر لثبوت حق الدائن في التعويض، قد وجد صدق في تطبيقات قضائية قديماً وحديثاً، فقد أشارت الأحكام إلى قيام المسؤولية العقدية -وبالتالي الحق في التعويض- حتى ولو لم يصب الدائن بضرر، مع اختلاف فيما بينها في تحليل ذلك، إذ منها ما اعتبر عدم تنفيذ الالتزام من جانب المدين ضرراً في حد ذاته. ومنها ما اعترف بوجود الحق في التعويض دون حاجة إلى الحديث عن ضرر أيا كان شكل ظهوره.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من موضع بأن الضرر ليس شرطاً للمطالبة بالتعويض عن مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل، وقالت "بما أن الدائن له حق في المطالبة بهدم ما تم بالمخافة للالتزام وأن يطلب من المحكمة السماح له بالقيام بذلك على نفقة المدين، فإن الأمر لا يحتاج للإثبات الضرر"^(٢). وقد كان ذلك أمراً مثيراً للدهشة من جانب المحكمة إذ جاء في عكس التيار التقليدي، الذي يستلزم وجود ضرر أصاب المضرور حتى يثبت له الحق في التعويض^(١).

^(١) Cass. Civ., 3e 13-1.-1981, D, 1982,1. R, 29. obs, Giverdon.

^(٢) Cass. Civ, 13-11-1997, Rev. Tr. Dr. Civ., 1998, P. 124.

وقد بدأ هذا التصور لدى المحكمة منذ حكمها في ١٩/١١/١٩٩٦،

Rev. Tr. Dr. Civ., 1997, P. 156.

وقد نقضت محكمة النقض في هذا الحكم حكم الموضوع الذي تطلب إثبات الضرر للمطالبة بالتعويض من جانب المؤجر الذي اشتكى مما أحدثه المستأجر من تعديلات، وقد اقتصر في دعواه على التعويض. ولم يطلب التنفيذ الجبري المتمثل في هدم ما أحدثه المستأجر وإعادة العين إلى ما كانت عليه قبل التدخل

ويلاحظ أن عدم اشتراط الضرر يقوم أيا كانت طبيعة الالتزام غير المنفذ أو نوعه، بمعنى أنه يستوي أن يكون التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل، وسواء أكان التزاماً بنتيجة أم بوسيلة.

وقد تعلق الحكم السابق بإعفاء المؤجر من عبء إثبات الضرر الذي أصابه من واقعة عدم تنفيذ الالتزام العقدي من جانب المستأجر، وأكدت على ذلك في وقت لاحق بقضائها "بثبوت حق المؤجر في التعويض عن عدم التنفيذ من جانب المستأجر، بدون الحاجة إلى إثبات الضرر (٢).

ويشير التعليق إلى أن المحكمة في هذا الحكم قد أعادت التأكيد على التزام المستأجر بتعويض المؤجر عن قيمة التخفيض الذي لحق بالعين المؤجرة نتيجة التعديلات التي قام بها المستأجر، فإذا لم يطلب المؤجر إزالتها أو إذا لم يكن في الإمكان ذلك، واستقر الأمر على بقائها، فلا مناص من قيام المستأجر بتعويض المؤجر عن هذا التدهور، بدون حاجة إلى إثبات خسارة لحقت بالأخير (٣). وذلك حتى ولو قرر المؤجر هدم المبنى وبيعه أرضاً (٤).

مرة أخرى تؤكد المحكمة على أن الدائن بالالتزام له الحق في المطالبة بتنفيذه عيناً أو بمقابل (التعويض) بدون إثبات ضرر أصابه لأنه في الحالتين يطالب بالتنفيذ، وإذا توصل إلى التعويض يكون

وكان الأمر متعلقاً بصيدلي تخلى عن الصيدلية إلى آخر وقد تضمن التصرف شرطاً بعدم المنافسة يلتزم به الطبيب في منطقة معينة ولمدة خمس سنوات، وبعد مرور سنة قام الصيدلي بفتح صيدلية في المكان نفسه، مما دعى المشترون للصيدلية الأولى إلى رفع دعوى طالبوا فيها أولاً: بغلق الصيدلية. ثانياً: بالتعويض عن مخالفة شرط عدم المنافسة، وبخصوص المطلب الثاني استجابت المحكمة له معلنة عدم الحاجة إلى إثبات ضرر وقع. وقبل ذلك، كان تشترط المحكمة وجود ضرر وألقت بعبء إثباته على عاتق المدعى.

Cass. Civ., 5-6-1976, Rev. Tr. Civ., 2..2, P. 322.

(١) JOUR DAIN, Note sous Cass. Civ. 13-11-1997, Re. Tr. Dr. Civ., 1998. P. 125.

(٢) Cass, Civ., 3e C, 3-1-2..2, D, 2002, act - Juris, P. 888. "L'indemnisation du bailleur en raison de L'inexecution par le preneur des reparations la cotives prevues au bail n'est subordonne ni a L'execution de ces reparations ni a le justification d'un prejudice».

(٣) Yves ROUQUET, obs. sur, Cass. Civ. 3.-1-2..2, D, 2..2, P. 888.

وفي الإطار نفسه، قضت بأن حق المؤجر في التعويض لا يرتبط بإثبات وجود الأعمال التي يطلب التعويض عنها.

Css. Civ., 3-4-2..1, Yers of copr. 2..1, No 139.

(٤) وقد كانت محكمة تولوز قد قضت في ١/٦/٢٠٠٢ بحق المؤجر في التعويض عن التخفيض الذي طرأ على العين المؤجرة، وأكدت على أن القاعدة العامة هي أن استخدام المضرار للتعويض المقرر له لا يؤخذ في الاعتبار عند تقرير التعويض، فإذا كان المؤجر قد قرر عدم إعادة تأجير العين وهدم المبنى وبيعه أرضاً، فإن هذا لا يؤثر في حقه في التعويض من المستأجر بسبب انخفاض قيمة العين.

Cou - d'app - toulouse, 6-1-2..., D, 2..., Act. Jur., P. 141, "Il est d'ailleurs de regle que la victime n'a pas a rendre compte de l'utilisation de son in demnisation».

التقدير وفقاً لمعيار عدم التنفيذ على أنه لا يجب أن ينظر إلى ما لم يتم تنفيذه على أنه ضرر أو خسارة أصابت الدائن، كما رأى البعض^(١)، إذ أن التنفيذ بمقابل (التعويض) يقوم حتى ولو لم يكن هناك ضرر لحق بالدائن من جراء عدم التنفيذ. ولا يكفي -في هذا الصدد- القول بإعفاء الدائن من إثبات الضرر، وإنما يجب القول بثبوت الحق له حتى ولو لم يكن هناك ضرر، لأن القول الأول، يعني إعاقة حق الدائن في المطالبة بالتعويض في الحالات التي يستطيع فيها المدين إثبات عدم وجود ضرر يترتب على عدم التنفيذ.

وفي التعليق على موقف محكمة النقض الفرنسية، أثار البعض^(٢) المادة ١١٤٧، مدني فرنسي التي لم تنظم صراحة المسؤولية العقدية، ولم تتطلب ضراً، وفي معظم الحالات، يستنتج الضرر من واقعة عدم التنفيذ، ولكن إذا لم يكن عدم التنفيذ ضاراً في حد ذاته، فإن على الدائن إثبات الضرر، فلا يوجد افتراض للضرر في المادة ١١٤٧، مدني.

وواضح على ما في هذا التحليل من تمسك بالمفهوم التقليدي للمسؤولية العقدية ودور التعويض فيها، من خلال اشتراط الضرر لكي يتمكن الدائن من المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، وذلك، مع النظر إلى التعويض على أنه تنفيذ بمقابل.

ونعاود التأكيد على أن التنفيذ بمقابل (التعويض) هو وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، وبذلك لا يتطلب إعماله وجود ضرر لا مفترض ولا ثابت. وبالتالي -لا مجال- للتساؤل عن المكلف بعبء إثباته. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عن الدائرة الاجتماعية في ٤ ديسمبر ٢٠٠٢^(٣)، عندما قضت بأن التعويض العقدي ليس إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام غير المنفذ. وقد يفهم من هذا الكلام أن المحكمة تنضم إلى الاتجاه الفقهي الذي ينكر وجود المسؤولية العقدية، ويقرر -

(١) GHESTIN, les effets de la responsabilite, we ed LGDJ, 2..1, No 19 et LARROUMMET droit civil, les obligations, le contrat, 4e ed, 1998, No 643, «Parce que la reparation en nature n'est pas autre chose qu'une execution en nature, le prejudice n'est pas une condition de la condamnation du debiteur, tandis qu'il n'y a pas d'execution par equivalent possible sans prejudice.».

(٢) MALAURIE et L. AYNES, les obligations T, 2, 1 led 2..1, No 574.

(٣) Cass. Soc. 4-12-2..2, Rev. Tr. Dr. Civ., 2..3, P. 54.

بذلك - حق الدائن في اللجوء إلى التعويض باعتباره تنفيذًا بمقابل دون حاجة للبحث في توافر شروط المسؤولية العقدية، وبخاصة الشرط المثار هنا وهو الضرر. وقد كان موضوع الحكم متعلقاً برب عمل حكم عليه بدفع تعويضات إلى العمال بسبب عدم اعترافه بالتزامه بتسليم قوائم الأجور وشهادة العمل وغيرها من الشهادات التي يفرضها قانون العمل، وبعد أن قضت محكمة الاستئناف بضمان أداء التعويضات المستحقة على مكتب الضمان المنشأ بموجب قانون العمل، قام هذا المكتب بالطعن في الحكم أمام النقض بحجة أن هذه التعويضات مستحقة ليس بموجب تنفيذ عقد العمل ولكن بسبب إهمال العامل، غير أن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض رفضت الطعن بالقول: "بأنه استناداً إلى المادتين ١١٤٢، ١١٤٧، مدني، ينتج أن التعويض المستحق للدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، يشكل طريقة لتنفيذ الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل"^(١)، بذلك تصبح التعويضات المستحقة للعمال مضمونة من جانب AGS.

قلنا من قبل أن المحكمة في هذا الحكم قد مالت قليلاً إلى الاتجاه الفقهي المنكر لمفهوم المسؤولية العقدية. وقد أكد البعض في تعليقه على الحكم أن المحكمة قدمت دعماً لرسالة المنكرين الذين يرون أن التعويضات العقدية ليس موضوعها جبر ضرر ولكن فقط ضمان التنفيذ بمقابل مالي للالتزام غير المنفذ على نحو يجعل من المسؤولية العقدية مفهوماً خاطئاً^(٢)، ومن هنا فقد اعترفت المحكمة بأن المبالغ المخصصة للعمال لا تهدف إلى إصلاح ضرر ولكن تزويدهم بمقابل نقدي للميزة العقدية المنتظرة أو المأمولة من العقد منفصل تماماً عن أي ضرر. ولم يرق هذا التحليل الفقهي الذي استند إليه موقف محكمة النقض لاتجاه في الفقه ما زال وفيها لفكرة المسؤولية العقدية ودور التعويض فيها.

فقد اعترض أنصاره على ذلك بالقول بأن هناك نصوصاً قانونية متعلقة بعقود مختلفة خاصة تعطى للتعويض وظيفة جبر الضرر وتثير صراحة فكرة المسؤولية، ويذكرون مثلاً لذلك، بالمادة ١٦١١، مدني فرنسي التي تلزم البائع بتعويض الأضرار التي لحقت بالمشتري نتيجة تخلف التسليم في الميعاد المتفق

(١) Cass. Soc. 4-12-2...., Precit.

(٢) Ph. Le Tourneau et Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2..2. No 812.

عليه، أيضا المادة ١٧٣٢، مدني التي ألزمت المستأجر بتعويض المؤجر عن انخفاض قيمة العين المؤجرة أثناء الانتفاع بها، إلا إذا كان الانخفاض قد حدث بدون خطأ منه، والمادة ١٨٩١، التي اعتبرت المعير مسئولا عن الأضرار الناتجة عن وجود عيوب في الشيء المعار إذا كان يعلم بوجودها، ولم يقيم بتحذير المستعير.

كما أن المادة ١١٤٩ قد قدرت التعويض بالربط بينه وبين الخسارة المحققة والمكسب الضائع، والمادة ١١٨٤، فقرة ٢ التي أشارت أيضا إلى الخسارة والمكسب كعنصرين يتم تقدير التعويض وفقا لهما في حالة فسخ الرابطة العقدية^(١). ويشير هذا الاتجاه في تعليقه على حكم النقض السابق إلى أن من المستبعد انضمام المحكمة إلى الاتجاه الفقهي الذي ينظر إلى التعويض على أنه تنفيذ بمقابل، وذلك الرأي الذي ينكر وجود المسؤولية العقدية، أما عن الأحكام الصادرة عنها والتي استغنت فيها عن ضرورة توافر شروط المسؤولية للمطالبة بالتعويض وبخاصة شرط الضرر، فهي أحكام قليلة ونادرة ولا تنم عن اتجاه للمحكمة أو عدولها عن موقفها الثابت إزاء النظر إلى التعويض على أنه جبر للضرر الذي يعد شرطا أساسيا لإعماله^(٢).

وفي الحقيقة، أن من الثابت فعلا قلة الأحكام الصادرة عن المحكمة في إطار الاتجاه الجديد بشأن دور التعويض في المسؤولية العقدية، وهذه الندرة ترجع إلى حداثة الاتجاه الجديد، ولا ينفي أن المحكمة قد بدأت في إعادة التفكير في دور التعويض، مسايرة في ذلك للرأي الفقهي الجديد، ويحتاج الأمر إلى فترة زمنية معقولة يتضح فيها الموقف وتستبين معالمه، وهذا لن يتحقق إلا من خلال صدور أحكام كثيرة عن المحكمة تؤكد فيها موقفها^(٣).

(١) JOURDAIM (P.), Responabilite civile, Rev. Tr. Dr. Civ., 2.3, Chro, P. 713.

(٢) Ibid.

(٣) فما زالت معظم الأحكام الصادرة عن المحكمة تتطلب صراحة وجود ضرر ناتج عن عدم التنفيذ كشرط لثبوت حق الدائن في التعويض.

Cass. Civ., 26-2-2..2 RTD, Civ. 2..2, 89.

ومن الأحكام ما أشار إلى ذلك بشكل غير مباشر عند مناقشة بدء سريان مدة تقادم دعوى التعويض عندما ربطت بدء الميعاد باليوم الذي وقع فيه الضرر وليس بيوم إبرام العقد.

ويجب التأكيد على أن النظرة إلى التعويض على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، ولا يحتاج -بالتالي- إلى إثبات وجود ضرر، يجب أن ترتبط بالضرورة بالمجال العقدي، بمعنى أن من المفروض أن هناك عقداً لم يتم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته مما أعطى الحق للطرف الآخر في المطالبة بالتعويض، وهذا ما يفرض على القاضي البحث أولاً في طبيعة النزاع المطروح أمامه، فإذا انتهى من ذلك إلى أن الأمر متعلق بعلاقة عقدية، فإن في الإمكان طرح البحث في مدى توافر عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولا شك في أن مسألة التكييف ذات جانب قانوني يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، فهي هي محكمة النقض الفرنسية تنقض حكماً لمحكمة استئناف بسبب أنه انتهى من بحث النزاع المعروض إلى أن الضرر الناتج ليس له علاقة بعقد النقل وإنما هو مستقل عنه، وهنا قالت المحكمة العليا بأن المسؤولية تكون عقدية طالما أن أصل الضرر يكمن في تنفيذ عقد النقل^(١).

ج- علاقة السببية:

لا شك في أن الاستغناء عن عنصري الخطأ والضرر كمتطلبين لثبوت حق الدائن في المطالبة بالتعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل، يؤدي إلى عدم الحاجة للحديث عن علاقة السببية التي تقوم بين الخطأ والضرر، وإن كان يمكن الحديث عن مثل هذه العلاقة من زاوية أخرى تتعلق بإسناد عدم التنفيذ إلى المدين، بمعنى ألا يكون تخلف التنفيذ، أو العيب، أو التأخير فيه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. فإذا توافر هذا السبب بأشكاله المتعددة فلا يكون هناك مجال أمام الدائن للمطالبة بإعمال أية وسيلة من الوسائل السابق الحديث عنها بما في ذلك التعويض (كتنفيذ بمقابل).

Cass. Civ, 1-4-1997, Rev. Tr. Dr. Civ., 1997, 957.

(١) Cass, Comm, 24-9-2..3, D, 2..4, inf. Rap, P. 34. "Viole L'art, 1147, C, Civ, une cour d'app. Qui, pour rejeter l'exception de competen ce fondée sur la clause de la charte - partie a laquelle se refere le comparltement, attribue competence aux juridictions anglaises, pasties, tout en relevant que le dommage avait son origine dans l'exécution du contrat de transport liant les parties».

ثانياً: كيفية تقدير التعويض:

وفي ظل هذه النظرة إلى التعويض على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، فإن ما يثار هنا يتعلق بكيفية احتساب التعويض وتقديره.

ونشير في البداية -إلى المبدأ الذي يحكم هذا التقدير، ويرتبط بضرورة إجراء مقارنة بين ما هو معهود به في العقد وما هو متفق عليه كمزايا للدائن من ورائه وبين ما لم يحصل عليه، وتكون نتيجة المقارنة هي حجم التعويض المستحق للدائن، وبهذا يجب تفسير المواد الموجودة في القانون المدني والمتعلقة بعناصر الضرر التي يتم تقدير التعويض وفقاً لها.

وأول ما يثار في هذا الصدد المادة ١١٤٩ مدني فرنسي، تقابلها المادة ٢٢١ مدني مصري، فكلتا المادتين تشيران إلى أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وأول ما يلاحظ هنا أن هاتين المادتين وما بعدهما من القواعد التي تحكم التعويض بشكل عام، أي سواء أكان مصدره العقد أم القانون، فالدائن بالالتزام، أي كان مصدره، يكون له الحق في التعويض عن الخسارة التي لحقت والمكسب الذي فاته.

ويفسر أنصار الاتجاه الجديد المادة ١١٤٩ مدني فرنسي -بشكل يختلف عن التفسير التقليدي لها وذلك بالربط بين الخسارة المحققة والمكسب الضائع وبين المزايا التي ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الالتزام^(١) وهو ما يعني قصر التعويض على ما كان يأمله الدائن من وراء العقد، وينطبق ذلك على التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل، أي وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، أما إذا ترتب على عدم التنفيذ ضرر يتمثل في خسارة محققة ومكسب ضائع يفوق تلك المزايا التي كان ينتظرها الدائن من التنفيذ، فلا تكون مطالبة الدائن متعلقة بالتعويض كتنبؤ بمقابل، وإنما يصبح أمام تعويض بوصفه وسيلة

(١) SAVAUX. Op. Cit., No. 34.

إصلاح أو جبر للضرر وهو ما يخرج عن دور التعويض وفقا للاتجاه الفقهي الجديد ويشير مسألة نوع المسؤولية الواجبة التطبيق في هذه الحالة.

وما نثيره هنا يقتصر على النظرة إلى التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل وما ينتج عن ذلك من حصره في المزايا التي فقدها الدائن بسبب عدم التنفيذ، على أن تعتبر هذه المزايا -في حد ذاتها- مكسبا ضائعا وخسارة محققة تتمثل في الثراء الذي ضاع على الدائن بالنظر إلى الشيء محل الالتزام.

ويعبر البعض عن ذلك ⁽¹⁾ بضرورة التمييز بين نوعين من الأضرار يسمى أولهما بالأضرار الباطنة أو الداخلية وهي تتمثل فعلا في المزايا التي كان ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الالتزام وفقدها بسبب عدم التنفيذ وهذه الأضرار يثبت الحق للدائن في المطالبة بالتعويض عنها من خلال التنفيذ بمقابل ولا يحتاج بشأنها إلى إثبات وجود العناصر السابق الحديث عنها (الخطأ والضرر وعلاقة السببية). وهذه يجب تفسيرها على نحو ضيق بحيث تقتصر على المزايا المشار إليها بوضوح في العقد، أو تنتج بشكل تلقائي وضروري عن الشيء محل الالتزام، هي ما يعبر عنها بما توقعه الطرفان عند إبرام العقد أو كان يجب عليهما توقعه.

ويتعلق النوع الثاني بالأضرار الظاهرة أو الخارجية وهي تقوم لتغطية الأضرار التي أصابت الدائن خارج الشيء محل الالتزام، كأن تصيبه في جسده أو في أموال أخرى مملوكة له، بشرط أن تحدث الإصابة أثناء تنفيذ الالتزام العقدي أو بسبب عدم تنفيذه.

وهناك مثال مأخوذ عن الفقه التقليدي يوضح التفرقة بين التعويضات الباطنة أو الداخلية والتعويضات الظاهرة، أو بالأحرى الفرق بين الضرر المتوقع وهو ما يجب تعويضه فقط في إطار المسؤولية العقدية والضرر غير المتوقع وهو ما يتعين استبعاده من نطاق التعويض في ظل هذه المسؤولية كقاعدة عامة إلا في حالات الغش أو الخطأ الجسيم، ويتعلق المثال بشخص اشترى قطعة خشبية لبناء منزل، وبعد البناء، تهدم المنزل بسبب عيوب خفية في مواد البناء، فهنا يثبت الحق للدائن (المالك) في المطالبة

(1) SAVAUX, Op. Cit., No 34.

بالتعويض كوسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ والمتمثل في الإخلال بعقد البيع بسبب العيوب التي ظهرت في القطع الخشبية، لأن الخسارة التي لحقت به تعد ضرراً متوقفاً يقابله تعويضات جوهرية أو داخلية، وفيما عدا ذلك من أضرار متمثلة في خسارة المنزل والمنقولات التي كانت موجودة به، فهي أضرار خارجية أو ظاهرية بعيدة عن الشيء محل الالتزام، ولذلك لا يسأل عنها بائع القطع الخشبية المعيبة في إطار الرابطة العقدية بمعنى أن حق الدائن في التعويض عن هذه الأضرار لا يعد تنفيذاً بمقابل، وإنما ينظر إلى التعويض هنا على أنه وسيلة إصلاح وجبر للأضرار مما يخرج عن نطاق المسؤولية العقدية ليدخل في مجال المسؤولية التقصيرية وفقاً للاتجاهات الفقهية الجديدة والتي سنطرحها فيما بعد.

ويعبر عما سبق بالتفرقة بين المجالات المحددة للتعويض كوسيلة أداء وتنفيذ وبين تلك التي يلعب فيها التعويض دور المصلح والجاور للأضرار، وهذا ما يتطلب ضرورة البحث عن قواعد تقدير جديدة بصدد المسؤولية العقدية، ربما تختلف عن القواعد التي أشارت إليها المواد السابق ذكرها أو -على الأقل- يقتضي فهم وتحليل العناصر المشار إليها في هذه المواد بطريقة تنفق مع هذا التوجه الجديد، ولن يخرج ذلك عن النظر إلى المكسب الضائع والخسارة المحققة في ضوء المزايا والمنافع التي كان ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الالتزام العقدي دون زيادة، بحيث يظل التعويض وسيلة تنفيذ بيد الدائن يحصل بها على المزايا الضائعة والمنافع التي فقدها بسبب عدم التنفيذ، أما إذا أراد المطالبة بما يزيد عن ذلك، أي بتعويض للأضرار التي أصابته وتجاوز ضياع ما كان يأمله من التنفيذ، فإننا نخرج هنا من إطار العقد وتنفيذه لندخل في مجال آخر اختلفت الآراء الفقهية بشأنه كما سنرى.

ومما يستحسن الإشارة إليه هنا المادة ١١٥. مدني فرنسي، تقابلها الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدني مصري والتي تنص على أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد^(١).

(١) Art, li5., C. C. F., "Le debiteur n'est tenu que des dommages et intrets qui ont ete prevus ou qu'on a p. prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligator n'est point executee».

فقد تمسك الفقه التقليدي بمقدار التعويض، وكونه يشمل -في العقدية- الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط عند انتفاء الغش أو الخطأ الجسيم، بينما يشمل -في التقصيرية- الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، كفارق أساسي بين نوعي المسؤولية.

وقد أشرنا -من قبل- إلى الانتقاد الذي وجهه بعض الفقه إلى هذا التحليل، ونضيف هنا ما طرحه أنصار الاتجاه الفقهي الجديد بالقول بأن ما عرضه الفقهاء التقليديون من تبرير لقصر التعويض في المسؤولية العقدية على الأضرار المباشرة المتوقعة أو ما كان يمكن توقعها عند إبرام العقد، أمر يتفق مع النظرة إلى دور التعويض في هذه المسؤولية الذي يهدف إلى تزويد الدائن بمقابل بما كان يمكن أن يعطيه إياه التنفيذ العيني للالتزامات العقدية وليس أكثر من ذلك.

وهذا ما يفرض ضرورة التقييد بكل ما توقعه الطرفان عند إبرام العقد أو بما كان يمكن أن يتوقعه الشخص المعتاد عندئذ، وهذا القصر -وفقا لاتجاهات فقهية حديثة- يصطدم مع المبدأ الذي تفرضه قواعد العدالة ويحتمه المنطق ألا وهو ضرورة الأخذ بالتعويض الكامل عن كل ما يسببه عدم تنفيذ الالتزام أيا كان مصدره^(١)، فهذا المبدأ ترعاه السياسة التشريعية الحالية، كما أخذه في الاعتبار القضاء وهو في طريقه لتحقيق التوازن بين الدائن والمدين^(٢). وتكون النتيجة هي عدم تقييد القاضي أثناء تقدير التعويض بما توقعه الطرفان أو بما كان يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد، وإنما عليه أن يصل بالتعويض إلى حد إزالة كل الآثار التي رتبها عدم التنفيذ. وهذا ما يفرض أموراً عدة:

أولها: إعادة النظر في هذه المواد وغيرها التي تثير لبساً أو تؤدي إلى مشاكل في التطبيق العملي، وهذا يتطلب تدخلاً تشريعياً ربما يحتاج إلى وقت، وإذا حدث ذلك، فإن الأمر لا يقتصر على المادة ١١٥. مدني فرنسي والمادة ٢/٢٢١ مدني مصري وإنما يجب أن يمتد إلى مواد أخرى مثل المادة ١١٤، تقابلها المادة ١/٢٢١، وهي التي تشير -كما رأينا- إلى عناصر التعويض من خسارة محققة ومكسب

(١) REMY, Op. Cit., No, 41.

(٢) VINEY, La responsabilite, effets, No 333.

وقد أشارت إلى أن إلغاء المادة ١١٥. مدني فرنسي يعيد القوة للعقد إذ سيكون هو المصدر لتحديد الجزاء الواجب لمواجهة حالة عدم التنفيذ.

ضائع، وذلك حتى يكون هناك تناسق وتوازن بالنسبة لمسألة تقدير التعويض كوسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام بمقابل، إذ يتعين أن يتم وفقا للمزايا والفوائد التي حُرِّم منها الدائن بسبب عدم أو سوء التنفيذ أو التأخر فيه، حتى ولو تجاوز مقدار التعويض المكسب الضائع والخسارة المحققة وأيضا ولو امتد إلى آثار مترتبة على عدم التنفيذ ولو شكلت أضرارا غير متوقعة من جانب الطرفين عند إبرام العقد.

ثانيها: وإذا لم يتيسر الطريق الأول ألا وهو إلغاء هذه المواد، فلا مناص من إعادة تفسيرها بشكل أوسع ويتفق مع النظرة إلى التعويض على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل في إطار المسؤولية العقدية. ويشير الفقه إلى أن هذا التفسير يعتمد بالدرجة الأولى على الإرادة الضمنية للأطراف وما كانت عليه عند إبرام العقد للوقوف على ما كان يمكن أن يتوقعوه من أضرار. بمعنى أن التوقع أو عدم التوقع يجب أن يعتمد على معيار شخصي يقوم على الإرادة الظاهرة المدونة من الأطراف في العقد، وكذلك. الإرادة الباطنة التي يجب استخلاصها من الظروف المحيطة بالتعاقد ومن المعاملات السابقة بين الطرفين إن وجدت.

ويؤدي الأخذ بالمعيار الشخصي في قياس التوقع إلى استبعاد المعيار الموضوعي الذي يقوم على التحكم بتحديد مقدار الضرر المتوقع بما كان يمكن أن يتوقعه الشخص المعتاد عند التعاقد، فمعيار الرجل المعتاد معيار موضوعي في شقه الأكبر بحيث يعد ضررا متوقعا ذلك الضرر الذي كان يمكن للشخص المعتاد أن يتوقعه لو وضع في نفس ظروف التعاقد والأطراف.

وبذلك يتضح أن ما يمكن للدائن أن يتمسك به مرتبط بالشيء نفسه محل الالتزام وليس بواقعة عدم التنفيذ، وهو ما تم التعبير عنه -من قبل- بالأضرار الداخلية أو الباطنة وهذا ما يؤدي إلى استبعاد الأضرار الأخرى التي لحقت بالدائن خارج الشيء محل الالتزام من نطاق التعويض، كما لو أصابته في جسمه أو في أموال أخرى مملوكة له وكان ذلك بمناسبة تنفيذ العقد.

وينتج عن ذلك أن المعيار الموضوعي للتوقع يسفر عنه حصر الضرر الواجب التعويض في ما أصاب الشيء نفسه محل الالتزام. وبتعبير آخر يصبح الضرر المتوقع هو الشيء ذاته محل الالتزام غير

المنفذ^(١). بينما يؤدي الأخذ بالمعيار الإرادي القائم على كل من الإرادة الظاهرة والباطنة للأطراف المتعاقدة إلى ضرورة تفسير المادة ١١٥. مدني فرنسي والفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدني مصري. وفقا للمعيار ذاته بما ينتج عنه قياس الضرر بالنتائج التي كانت متوقعة من وراء التنفيذ ولم تحدث بسبب عدم التنفيذ، أي أن الربط يكون بين الآثار التي تحققت من وراء واقعة عدم التنفيذ ذاتها وما يقابلها من تعويض كشكل من أشكال التنفيذ.

وهو ما يسير في اتجاه النظرة إلى التعويض بمقابل على أن الغرض منه هو تزويد الدائن بكل ما كان ينتظره من وراء التنفيذ، ويكون المعيار -بذلك- هو قياس التعويض وفقا للحالة التي عليها الأطراف لحظة عدم التنفيذ وليس بما كانوا عليه عند إبرام العقد، أي أن لحظة عدم التنفيذ تحل محل لحظة الإبرام عند تقدير التعويض، ولا شك في أن الآثار المترتبة على عدم التنفيذ قد تختلف بدرجة كبيرة عن تلك التي توقعها الأطراف عند إبرام العقد.

والأخذ في الاعتبار لما ينتج من آثار عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه أو سوءه يقدم ميزة للدائن مضمونها ثبوت حقه في التعويض ليس فقط عما تم توقعه عند الإبرام ويرتبط بالشيء محل الالتزام أو سببه وإنما أيضا عن مقدار الآثار المتحققة في لحظة عدم التنفيذ.

ومن ناحية أخرى، فإن الأخذ بالمعيار الإرادي عند تفسير المادتين السابقتين يؤدي إلى التقريب بين وضع المضرورين والتسوية بينهما، فلماذا نفرق بين المضرور من الخطأ التقصيري والمضرور من عدم تنفيذ العقد، بأن نعتزف للأول بالحق في التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، بينما نقصر حق الثاني في التعويض على الأضرار المتوقعة عند إبرام العقد.

فهذه التفرقة يمكن إزالتها بإحدى طريقتين، الأولى: بالأخذ بالتفسير الإرادي والموسع للمادتين السابقتين على النحو السابق عرضه، والثانية: قصر تطبيق هاتين المادتين على الحالات التي ينظر فيها على التعويض على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل، وما زاد عن ذلك يعامل الدائن المتعاقد معاملة الدائن

(١) REMY, Op. Cit., No. 41.

العادي، أي يخضع تقدير التعويض المستحق له عن الإضرار التي أصابته خارج واقعة عدم التنفيذ للقواعد ذاتها التي يتم بها تقدير التعويض المستحق للمضور العادي خارج إطار أية رابطة عقدية وهو ما يقودنا إلى عرض الموقف الخاص من الاتجاهين الفقهيين السابق طرحهما.

المبحث الثالث

الموقف من الاتجاهين السابقين

عرضنا من قبل للاتجاه التقليدي الذي ينظر إلى دور التعويض في إطار المسؤولية العقدية على أنه وسيلة إصلاح وجبر للأضرار التي لحقت بالمتعاقد من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية أو بسبب تنفيذها بشكل سيء أو متأخر. كما أوضحنا الاتجاه الفقهي الجديد المقابل للاتجاه التقليدي والذي يرى في التعويض وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ يمكن أن يلجأ إليها الدائن إذا رغب في عدم التمسك بالوسائل الأخرى لتنفيذ الالتزام العقدي، ورأينا حجج كل اتجاه وبيننا النتائج المترتبة على الأخذ بكل منهما.

ويلاحظ على هذا العرض الطابع الفقهي أو النظري الذي يتسم به وبخاصة الاتجاه الجديد الذي ما زال في المهد ويحتاج إلى وقت ليس بالقصير لكي يترجم إلى واقع عملي من خلال تبنيه من جانب عدد كبير من الفقهاء وأيضاً عن طريق تبني القضاء له والأخذ به في تطبيقاته، وإن كان الأمر لم يخلو من اجتهادات قضائية ظهرت متأثرة إلى حد كبير بالطرح الفقهي الجديد وقد عرضنا نماذج لها من قبل في صورة بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية يمكن أن يستشف منها ميل المحكمة إلى هذا الطرح وإذا كان لنا أن نعرض لرأي في هذا الخلاف فنراه فيما يلي:

١- أن نعامل المتعاقد الدائن بالالتزام غير المنفذ معاملة مزدوجة بالنسبة لحقه في التعويض، يتعلق الجانب الأول منها بمطالبته بالتعويض كتتنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، فهنا ينبغي -وله الحق- في الحصول على ما كان ينتظره من وراء الرابطة العقدية إذا تم تنفيذ التزاماتها من جانب المدين، أما وإن الأخير لم يقم بالتنفيذ أو قام به على نحو سيئ أو متأخر، فإن من حق الدائن أولاً أن يلجأ إلى وسائل

التنفيذ العيني له أو يطالب بالتنفيذ بمقابل (وهو التعويض) ليحصل بصورة نقدية على مقابل المزايا والمنافع التي كان يأملها في حالة تنفيذ الالتزامات^(١).

وهنا لا حاجة للخروج عن القواعد العقدية التي تحكم تنفيذ الالتزامات العقدية بصفة عامة، إذ يخضع الدائن للقواعد التي تحكم الوسيلة التي يختارها للتنفيذ، فإذا ما فضل التعويض كتنفيذ بمقابل فإن معنى ذلك أنه قبل تطبيق الأحكام القانونية المرتبطة بهذا الطريق من طرق التنفيذ ومنها خضوعه للمواد السابقة سواء كانت تلك المتعلقة بعناصر تقدير التعويض أم الخاصة بنوع الضرر الواجب التعويض.

وعلى ذلك، فإن حق الدائن يثبت له الحق في التنفيذ بمقابل من خلال التعويض عن الخسارة التي لحقت به والمكسب الذي ضاع عليه بسبب عدم أو سوء التنفيذ وتثار هنا المادة ١١٤٩ مدني فرنسي، المادة ١/٢٢١ مدني مصري، التي تشير إلى العنصرين السابقين وتشتترط فيهما أن يكونا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية التي تقوم بين عدم أو سوء التنفيذ وبين الخسارة المتحققة والمكسب الضائع، بما يعني أيضا انتفاء حق الدائن في التمسك بالتعويض (التنفيذ بمقابل) في الحالات التي يرجع فيها تحقق الخسارة أو فقد المكسب إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه ولا علاقة له بعدم التنفيذ، كما تثار - في هذا الصدد - المادة ١١٥ مدني فرنسي وتقابلها الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدني مصري. وبذلك يصبح حق الدائن في التعويض بمقابل مقصورا على ما كان يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد أو ما توقعه الطرفان فعلا عندئذ من آثار أو أضرار مترتبة على عدم التنفيذ مع إمكانية الأخذ بالمعيار الإرادي عند تفسير هاتين المادتين والذي يعتمد على الإرادة الظاهرة والضمنية للأطراف.

(١) وقد عبر عن ذلك أحد الفقهاء بالقول بأنه من الضروري الإجابة على التساؤل حول ما إذا كان المبلغ المستحق في حالات عدم تنفيذ الالتزام ذا طبيعة تعويضية أم لا؟ وتكون الإجابة بالنفي حتما لأن الأمر لا يتعلق هنا بتعويض ضرر ناشئ عن عدم التنفيذ وإنما يكون - بالأحرى - متعلقا باسترداد الدائن لما سبق وأداه أو دفعه.

CROSSER, Les remedes a l'inexecution du contrat, essai de classification, these, Paris, 1, 2....

وما سبق ينطبق بصورة أوضح عندما يتخذ التنفيذ بمقابل صورة استرداد الثمن في حالة الفسخ أو تخفيض المبلغ المقرر للمدين الذي لم ينفذ وهو ما يتوافر في الحالات التي نكون فيها أمام تنفيذ جزئي للالتزام، فهنا يستطيع القاضي أن يحقق التوازن بين المبلغ المقرر وبين ما تم تنفيذه من التزام.

ومن القواعد أيضا التي يخضع لها الدائن في هذا المجال تلك المتعلقة بتقادم دعوى التعويض كتنفيذ بمقابل، فمدة تقادم هذه الدعوى هي خمسة عشر سنة تبدأ من يوم إبرام العقد كقاعدة عامة، يوجد بجانبها حالات استثنائية تخضع فيها دعوى التعويض لمدد تقادم خاصة مثل تقادم دعوى تكملة الثمن بثلاث سنوات من يوم توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه مالك العقار المبيع، وتقدم دعوى ضمان العيب الخفي بمرور سنة ولا شك في أن تكملة الثمن هي صورة من صور التنفيذ بمقابل إذ يتخذ التعويض هنا شكل تكملة الثمن الناقص. وأيضا دعوى ضمان العيب بما تسفر عنه من حق الدائن في الحصول على تعويض مقابل عدم تنفيذ الالتزام بالضمان، ودعوى التعويض عن عدم تنفيذ عقد النقل الجوي وبخاصة عندما يتعلق الأمر بفقدان البضائع محل العقد، فهي دعوى مدة تقادمها سنتان وفقا لاتفاقية فارسوفيا.

ويجب مراعاة أن خضوع دعوى الدائن بالتعويض كتنفيذ بمقابل للقواعد العقدية يتم في إطار الطرح الفقهي الجديد وفقا للنظرة الحديثة لدور التعويض في إطار المسؤولية العقدية. بما يؤدي إلى عدم الحاجة للحديث عن ضرورة توافر شروط معينة لثبوت الحق للدائن في هذه الدعوى، بمعنى أنه لا مجال هنا للحديث عن خطأ عقدي ولا عن ضرر بالشكل الذي عرضناه من قبل. وإنما يكفي ثبوت واقعة عدم أو سوء التنفيذ (والتأخير صورة من سوء التنفيذ) ليحق للدائن -بعد ذلك- المطالبة بالتنفيذ بمقابل عن الالتزام غير المنفذ أو عما لم يتم تنفيذه منه.

والحالة الثانية: التي يمكن أن يوجد فيها الدائن المتعاقد تكون عندما يلحقه ضرر من جراء عدم التنفيذ بجانب الآثار المترتبة على واقعة عدم التنفيذ، بمعنى ألا يقتصر الأمر بالنسبة للدائن على مجرد فقدانه لما كان ينتظره من تنفيذ العقد سواء تمثل الفقدان في الخسارة المتحققة أم ظهر في المكسب الضائع، وإنما يضاف إلى ذلك ضرر يصيبه يفوق ما تقدم ويزيد عن الخسارة المتحققة والمكسب الضائع كما كان متوقعا، أو كما كان يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد، كما لو أصابه في جسمه أو في أموال مملوكة له، أو ترتب ضرر على عدم التنفيذ العقدي أصاب شخصا من الغير، وكذلك الضرر الذي يلحق

بالدائن ولم يكن نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، بمعنى أن سبب الضرر لا يرجع إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدي.

ففي كل ما تقدم، هناك ضرر يتعين تعويضه ولكن بشكل يختلف عن التعويض في الحالة الأولى. فإذا كان دور التعويض هناك هو إمداد الدائن بالترضية بمقابل عن الالتزام غير المنفذ، وهو ما يتم في إطار النظر إلى التعويض على أنه تنفيذ بمقابل، فإن التعويض هنا يقوم بدور مختلف يتمثل في جبر الأضرار التي لحقت بالدائن ولم يحصل على مقابل لها في الحالة الأولى.

فوظيفة التعويض هنا هي إصلاح وجبر ضرر، وليس فقط تزويد الدائن بالترضية اللازمة بمقابل عن الالتزام غير المنفذ، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا بقوة إلى أي قواعد أو أحكام يخضع التعويض في الحالة الثانية؟ وبتعبير آخر، إذا قلنا أن التعويض بوصفه تنفيذًا بمقابل للالتزام غير المنفذ يخضع للأحكام المتعلقة بالرابطة العقدية، لأنه يعد وسيلة من وسائل تنفيذ العقد، ولذلك يحكمه ما يحكم العقد، فهل ينطبق ذلك أيضا على التعويض في صورته الثانية، أي باعتباره أداة إصلاح وجبر للأضرار؟

في الحقيقة، أن من الصعب القول بخضوع التعويض في الحالتين لأحكام واحدة، إذ أن ذلك يؤدي إلى انتفاء الفائدة من التفرقة وعدم جدواها، ولذلك، يفرض المنطق وتطلب الناحية العملية، اختلاف الأحكام التي تحكم التعويض في الحالة الأولى عنه في الثانية، فإذا كنا قد رأينا خضوعه لقواعد العقد في الأولى، فإن السير الطبيعي للأمر يقودنا إلى القول بخضوع التعويض بوصفه أداة إصلاح وجبر لقواعد المسؤولية التقصيرية، باعتبارها الشريعة العامة في المسؤولية والتي تجد مجالها في التطبيق في جميع الحالات التي تتخلف فيها أحكام العقدية أو لا تتوافر كلها، هذا، مع الاستمرار في التمسك بالتفرقة التقليدية بين نوعي المسؤولية (العقدية والتقصيرية)، إذ لم نصل بعد إلى درجة هجر هذه التفرقة، والاستغناء عن مصطلح ما يسمى بالمسؤولية العقدية، كما ذهب إلى ذلك اتجاه فقهي بدأ يفرض نفسه ويكتسب كل فترة أنصارا جددًا، وقد تأثر هذا الاتجاه بدور العقد في القانون الإنجليزي، أو بصفة عامة في القانون الأنجلو أمريكي، وقد أشرنا على كتابات بعض أنصار هذا الاتجاه من قبل.

المهم هنا هو الإشارة إلى ضرورة استدعاء قواعد المسؤولية التقصيرية للتطبيق في الحالات التي يتمسك فيها الدائن بالتعويض لجبر ما لحقه من أضرار نتجت بمناسبة رابطة عقدية ولكنها تفوق المكسب الضائع والخسارة المتحققة من وراء مجرد عدم التنفيذ.

ولذلك، فإن حق الدائن في المطالبة بالتعويض على هذا النحو غالبا ما يظهر في الحالات التي نكون فيها أمام سوء في التنفيذ أو تأخر فيه، مما ألحق به ضررا، فلأن هناك تنفيذا حتى ولو كان معيبا، فإن الدائن يصعب عليه التمسك بالتعويض بوصفه تنفيذا بمقابل، وإنما يكون في مقدوره المطالبة به لكونه وسيلة إصلاح وجبر للأضرار التي ترتبت على التنفيذ المعيب.

كما يمكن أن يتوافر التعويض بهذا الشكل في الحالات التي يتمسك فيها الدائن بإحدى الوسائل المطروحة أمامه والتي أشرنا إليها من قبل، وبخاصة، عندما يطالب بالفسخ مع التعويض، فلا شك هنا في أن الفسخ وسيلة عقدية يواجه بها الدائن عدم تنفيذ مدينة للالتزامات العقدية، أما التعويض، فهو أداة الدائن لجبر ما لحقه من أضرار بسبب فسخ الرابطة العقدية، ويظهر ذلك بشكل أوضح عندما يكون الدائن قد نفذ معظم التزاماته، ولم يقابل بتنفيذ من جانب المدين، كما في العقود المستمرة، التي من الصعب فيها أن يكون للفسخ أثر رجعي مثل عقود الإيجار أو التوريد.

فإذا كان الفسخ يؤدي إلى انتهاء الرابطة مستقبلا، فإن حق الدائن يبقى في الحصول على التعويض اللازم عن الأضرار التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته في الفترة السابقة على الفسخ^(١)، هذه الأضرار التي لم يستطع جبرها عن طريق التمسك بأية وسيلة من وسائل التنفيذ العقدي، بما في ذلك التعويض، ولكن بوصفه تنفيذا بمقابل.

وقد ألححت إلى ذلك المادة ١١٨٤ مدني فرنسي التي أعطت الحق للدائن في التمسك بالتنفيذ الجبري للعقد أو -عندما يكون ذلك مستحيلا- المطالبة بالفسخ مع التعويض، فهذا الخيار الممنوح

(١) وهذا ما أشارت إليه المادة ١٦. من القانون المدني المصري بنصها على أن: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

للدائن بين حياة العقد عن طريق التنفيذ أو موته بالتمسك بالفسخ^(١)، يجعلنا نفسر الأخير على أنه وسيلة بيد الدائن يواجه بها عدم التنفيذ باستقلال عن الحق الثاني وهو التعويض الذي يفترض هنا أن يقوم لجبر الأضرار المترتبة على عدم التنفيذ ولا يعالجها الفسخ.

ولذلك، فإن نص المادة ١٥٧ مدني مصري قد جاء أكثر توفيقاً في هذا المجال من النص الفرنسي إذ نص في الفقرة الأولى على أن: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر، بعد إعداره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى"^(٢).

وهو ما يعني أن حق الدائن في المطالبة بالتعويض لا يثبت في جميع الحالات التي يتمسك فيها بالفسخ وإنما الأمر مقصور على تلك الحالات التي يكون فيها للتعويض مقتضى، ومقتضى التعويض هو الضرر الذي يصيب الدائن من جراء الفسخ، ولا يغطيه الأخير بوصفه وسيلة تنفيذ، ولا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض لجبر هذه الأضرار، ولكن ليس بناء على العقد المفسوخ وإنما وفقاً للقواعد العامة التي تفرض ضرورة تعويض أي ضرر وتلزم من تسبب فيه بهذا التعويض. وهذا ما يثير قواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية.

ولم يعدم الطرح المتعلق بالدور المختلف للتعويض في الحالتين وبنوع الأحكام الواجبة التطبيق، أنصاراً وبخاصة في الفقه الفرنسي، فقد أشار أحدهم إلى أنه من أجل الاحتفاظ بمفهوم المسؤولية العقدية يجب أن يقتصر دور التعويض فيها على وظيفة الأداء أو الدفع، أي بوصفه تنفيذاً بمقابل، فهذه الوظيفة تنطبق على كل الالتزامات التي تعكس المزايا المنتظرة من وراء العقد من جانب طرفيه، فالمشتري الذي لم يدفع الثمن، والبائع الذي لم يتم تسليم الشيء المبيع أو يسلم شيئاً غير مطابق، لا يعد كل منهما

(١) يشير بعض الفقه إلى أن العقد يكون قد انتهى قبل التمسك بفسخه وذلك وفقاً لمسلك أحد طرفيه ورد فعل الآخر، ولذلك، فإن دور القضاء - في معظم الحالات - يقتصر في الاعتراف بأن الطرف المضرور قد وضع نهاية للعقد بنفسه ولكن تحت رقابة القضاء".

Denis - TALLON L'inexécution ... Op. Cit., No 32.

(٢) السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص ٩٥٣ وما بعدها.

مرتكبا لفعل خاطئ نطالبه بالتعويض عنه، ولكن هم فقط مدينون يجب إجبارهم على التنفيذ وأن نطالبهم بدفع أو بأداء مقابل لما لم يتم تنفيذه^(١)، وهنا لا مجال -إطلاقاً- لأعمال القواعد المتعلقة بالتقصير أو بالفعل الضار.

وهذا التحليل يقود -بالاستنتاج- إلى أنه خارج هذا النطاق، فإن أحكام المسؤولية التقصيرية تكون هي الواجبة التطبيق. بما يتفق مع ما سبق طرحه من أن الأضرار التي تصيب الدائن وتنفوق الحد الذي يمكن معالجته بالتمسك بإحدى وسائل تنفيذ العقد، بما في ذلك التنفيذ بمقابل (التعويض)، يتم جبرها وفقاً لأحكام المسؤولية العامة، وذلك كما هو الحال بالنسبة للأضرار التي تصيب شخص المشتري المتعاقد أو أحد أمواله بسبب عيوب الشيء المبيع.

وأوضح ثان هذا الطرح بشكل صريح ودقيق بالقول بأن: "المبادئ التي تحكم التعويض العقدي لا يجب تطبيقها إلا عندما يشكو الدائن من عدم تنفيذ التزام متولد عن العقد، وفي الحالات الأخرى، فإن قانون التقصير يجد مكانه، سواء تعلق الأمر بالغير الذي يشكو ما أصابه من ضرر ناتج عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو أحد المتعاقدين الذي يتمسك بضرر لا يرتبط -بالمعنى الضيق- بعدم تنفيذ الالتزام العقدي"^(٢).

ويترتب على الأخذ بالفرقة السابقة بين دور التعويض كوسيلة تنفيذ بمقابل ودوره كأداة إصلاح وجبر للأضرار، نتائج مهمة.

أولاً: أن هذه الفرقة هي وحدها التي تبقى على القوى الملزمة للعقد وتحترم دوره في مجال تبادل الأموال والخدمات، إذ لو قلنا بأن دور التعويض هو الإصلاح والجبر في جميع الحالات، فإن هذا سيؤدي إلى فقدان دور العقد والتقليل من أهميته كأداة جبر لطرفيه على تنفيذ التزاماتهما. فالعقد وسيلة لتبادل الخدمات والأموال وأداة لضمان تبادل ودوران الثروة، ولا يمكن الاحتفاظ للعقد بهذا الدور، إلا إذا اعترفنا بوسائل قانونية جادة يستطيع من خلالها الطرفان الحصول على ما يجب أن تقدمه الرابطة العقدية

(١) REMY, Op. Cit., No 45.

(٢) SAVAUX, Op. Cit., No 24.

لكليهما، وهذا لن يتحقق إلا إذا نظرنا إلى التعويض في مجال العقد على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، أما إذا نظرنا إلى التعويض - في هذا المجال - على أن الهدف منه تعويض الضرر الذي أصاب الدائن، ضاع دور العقد وفقد قوته الملزمة⁽¹⁾، وأصبح له دور لم يكن له ألا وهو تعويض الأضرار.

ثانياً: تساعد التفرقة على التحديد الدقيق لنطاق العقد من حيث الالتزامات وما تتمتع به من قوة إلزامية، إذ أن وضوح الفرق بين دور التعويض في المجالين السابقين، يسهل من حصر نطاق الالتزامات العقدية بالمعنى الدقيق، وهي ما يقابلها التعويض كوسيلة تنفيذ، وإخراج ما عداها من نطاق العقد ليخضع للتعويض كأداة جبر وما يستلزمه ذلك من تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

وهذا التحديد يؤدي إلى التصدي للمحاولات الفقهية والقضائية لإدخال التزامات على العقد ليست منه ولم تنصرف إليها نية الطرفين ولا يفرضها الهدف الاقتصادي من العقد، وما أضيفت على العقد إلا بغرض البحث عن كيفية تعويض الأضرار المترتبة على عدم تنفيذ مثل هذه الالتزامات مع الإحلاص لفكرة المسؤولية العقدية. وقد أدى الخلط بين مجموعة الالتزامات وتردد الفقه بشأن تحديد طبيعتها القانونية وتكييف الدعوى المرتبطة بعدم تنفيذها على كثرة النزاع الحدودي بين نوعي المسؤولية (العقدية والتقصيرية)، سنعرض لأمثلة لهذه الالتزامات فيما بعد.

ثالثاً: يساعد التمييز بين دور التعويض كوسيلة تنفيذ ودوره كأداة إصلاح وجبر على احترام مبدأ عدم جواز الجمع بين نوعي المسؤولية أو الخيرة بينهما، وهو المبدأ الذي طالما دافع عنه أنصار الفقه التقليدي بإظهار الكثير من الفوارق بين العقدية والتقصيرية والتي تتعلق بعبء الإثبات وبمقدار التعويض ونوع الخطأ ومدة التقادم وأسباب الإعفاء أو التخفيف، ومع التسليم بالانتقادات التي وجهت إلى هذه الفوارق والتي أدت إلى زعزعة التفرقة وتلاشيها في بعض الأحيان وصعوبتها واختلاطها في البعض الآخر، فإننا نضيف هنا أنه إذا أردنا الإبقاء على مبدأ عدم جواز الخيرة أو الجمع بما يعنيه ضرورة الاحتفاظ بتقسيم المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية، فإن من المتعين عدم إعطاء الدور ذاته للتعويض في النوعين، بل

(1) SAVAUX, Op. Cit, No 24.

إن من الواجب أن يختلف هذا الدور بأن يصبح وسيلة من وسائل التنفيذ للالتزام غير المنفذ، أي تنفيذ بمقابل في العقدية وأداة جبر وإصلاح للضرر الناتج في إطار التقصيرية.

ولا شك في أن الأحكام التي يخضع لها في الحالتين مختلفة، كما أن حق الدائن في المطالبة به يثبت بمجرد ثبوت واقعة عدم التنفيذ في العقدية، بينما لا يقوم إلا إذا توافرت شروط الخطأ والضرر وعلاقة السببية في التقصيرية، أما إذا قلنا بأن دور التعويض واحد في النوعين وأن ما يخضع له من أحكام واحدة فيهما، فإن ذلك يقلل من التفرقة لافتقادها لأهم عناصرها ألا وهو التعويض ودوره. فالمبدأ المشار إليه يعني عدم إمكانية إثارة القواعد التقصيرية ما دمنا في إطار عدم تنفيذ رابطة عقدية وهو ما لا يتوافر إلا إذا كان هناك فرق بين قواعد النوعين وأحكامهما، وهذا ما يقوم عندما نعتزف بطبيعة مغايرة لدور التعويض في نوعي المسؤولية.

وهو ما لا يقوم ويكون من الصعب تبرير المبدأ عندما نعطي للتعويض في النوعين الموضوع ذاته والطبيعة نفسها، فإذا كان الأمر يتعلق في النوعين بإصلاح الضرر، فلماذا إذن يجب أن يخضع التعويض لمبادئ مختلفة بالنسبة للضرر نفسه طبقاً لصفة المضرور وكونه متعاقداً أم شخصاً من الغير؟ ولماذا لا يخضع التعويض في الحالات كلها لقواعد موحدة، وإذا كان يوجد نظامان، فلماذا لا يختار المضرور بينهما^(١)؟

ولهذا فإن ما يستحق أن يوجه إليه النقد الآن، هو هذا الخلط وذلك التداخل الذي يؤدي إليه تناول الفقه لأموال يراها -من ناحية- أنها ضرورية للفصل بين نوعي المسؤولية، ولكنه -من ناحية أخرى- يتناولها بشكل يصعب معه القول بوجود هذا الفصل، ومن هذه الأمور، ما يتعلق بموضوعنا هنا وهو دور التعويض في النوعين. وحتى لا يكون هناك تداخل يجب الاعتراف بأنه لا يوجد إلا نظام واحد للمسؤولية من أجل تعويض الأضرار سواء أكانت ناتجة بمناسبة عدم تنفيذ رابطة عقدية أم في غير ذلك

(١) SAVAUX, Op. Cit., No 14.

من الحالات، ألا وهي المسؤولية التقصيرية، بينما تثير المسؤولية العقدية التنفيذ بمقابل، أي الأداء وليس الجبر والإصلاح.

رابعاً: أدى الخلط بين دور التعويض في العقدية ودوره في التقصيرية إلى تخطب الفقه والقضاء واختلاف المذاهب والاتجاهات حول الطبيعة القانونية لبعض الالتزامات، والدعاوى التي تقوم بتعويض الأضرار الناتجة عنها. وهو ما أسفر - كما قلنا - عن وجود نزاعات حدودية بين نوعي المسؤولية، فهذه النزاعات تزداد عندما يكون هناك تردد واختلاف حول الطبيعة العقدية أو التقصيرية لدعوى المضرور.

فقد حاول القضاء إضافة مجموعة من الالتزامات إلى العقد ليست منه ولم تتجه إليها نية المتعاقدين، وإنما تم ذلك بطريقة مصطنعة بغية ضمان تعويض الأضرار التي لحقت بالدائن تحت مظلة الرابطة العقدية، بمعنى أن القاضي - وبغرض البقاء في إطار المسؤولية العقدية - يحاول إسباغ وصف العقدية على التزامات ثانوية أو تبعية للعقد، عندما وجد نفسه في مواجهة دعاوى للمطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات وعامل - بالتالي - هذه الدعاوى على أنها عقدية. وكانت النتيجة هذا التكلف والتصنع في تكييف بعض الالتزامات.

ولو أن القضاء قد تخلص - أولاً - من الفكرة التي سيطرت عليه ردحا من الزمن والمتعلقة بضرورة تغليب العقدية على التقصيرية وتوسيع نطاق الأولى على حساب الثانية، وتنبه - ثانياً - إلى الدور المختلف الذي يلعبه التعويض في نوعي المسؤولية لكان قد قضى على كثير من النزاعات الحدودية بين النوعين.

ويلاحظ أن القضاء - إما بدافع منه أو نتيجة اتجاهات فقهية جديدة - قد تنبه فعلاً إلى ذلك وهو ما يتضح من خلال الأحكام المتزايدة الصادرة عن القضاء الفرنسي والتي يعدل بها عن اتجاهات سابقة له بشأن تكييف بعض الالتزامات وتحديد الطبيعة القانونية لدعوى التعويض المرتبطة بها. ونعرض للأمثلة لهذه الالتزامات فيما يلي:

١- كان من أبرز وأهم الالتزامات التي حاول القضاء في البداية إدخالها في نطاق العقد بطريقة فيها كثير من التصنع، الالتزام بضمان السلامة^(١)، فقد ألقى القضاء على عاتق كل متعاقد التزاما بضمان سلامة المتعاقد الآخر في جسمه أثناء تنفيذ العقد، وقد فرضه في عقود كثيرة ومنها عقد النقل والمقاوله والبيع والإيجار والعمل^(٢). ومن أول التطبيقات القضائية في هذا المجال، ما طرحته محكمة النقض الفرنسية في ١٩١١ بشأن فكرة الالتزام بضمان السلامة واعتبرته التزاما عقديا بتحقيق نتيجة.

وقد ظهر ذلك أولا في عقد النقل^(٣)، إذ يلتزم الناقل بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول سليما معافى، وترتب على الأخذ بمفهوم واسع للنطاق العقدي، أن امتد هذا الالتزام ليشمل الحوادث التي تقع في المحطات سواء كان ذلك قبل صعود المسافر إلى القطار أو السيارة أم كان بعد نزوله وتكون النتيجة أن قواعد المسؤولية العقدية هي التي تطبق بشأن التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمسافر.

وعلى ذلك، فقد كان موقف محكمة النقض الفرنسية في البداية من الالتزام بضمان السلامة أنه التزام بنتيجة يقع على عاتق أولئك المستغلين لأماكن معدة لاستقبال الجمهور أو يستخدمون أدوات وآلات في تنفيذ عقدهم، فهؤلاء يلزمون بالحفاظ على السلامة الجسدية لعميلهم، وتكون أية إصابة لأحد من هؤلاء معناها عدم تنفيذ الالتزام بضمان السلامة" إذ لم تتحقق نتيجته المتمثلة في خروج العميل من المكان سليما.

غير أن موقف المحكمة قد تغير منذ ١٩٨٩، فالمحكمة، وإن ظلت وفيه للطبيعة العقدية للالتزام بضمان السلامة، إلا أنها رأت فيه التزاما بوسيلة وليس بنتيجة، ومن أحكامها في هذا الصدد حكمها الذي أيدت فيه محكمة الاستئناف عندما رفضت طلب مالك السفينة بالتعويض من شركة المقاولات التي التزمت أمامه بتنظيف السفينة، وأثناء ذلك انقطع حبل عارضة السفينة واصطدم بالمالك، الذي كان موجودا على ظهر السفينة، مما أدى إلى إصابته بجروح خطيرة، وقد جاء رفض طلبه على أساس أن

(١) JOUR DAIN, (P.), L'obligation de securite (Apropoes de quelques arrrets recents) Gaz. Pal, 1993, P. 1171.

(٢) انظر في هذه التطبيقات، د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، تطبيقات على بعض العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

(٣) Cass - Civ, 21-11-1911, et Cass - Civ, 27-1-1913, D, 1913 - 24..

الالتزام العقدي الرئيسي يتبعه التزام تبعية يقع على عاتق المقاول مضمونه المحافظة على السلامة الجسدية للمتعاقد، وهو التزام بوسيلة، ولذلك، لا يمكن التعويض عنه إلا إذا أثبت المالك إهمال المقاول، وهو ما لم يحدث في هذه الحالة^(١).

وقد حصرت المحكمة -فيما بعد- النطاق العقدي للالتزام بضمان السلامة في فترة التنفيذ الفعلي والمادي للعقد، أما خارج هذا النطاق، فلا مجال للحديث عن الطبيعة العقدية للالتزام بضمان السلامة، بل يمكن الاتجاه نحو اعتبار الالتزام التزاما تقصيريا. هذا وقد دعم اتجاه قوي في الفقه ما اتجهت إليه المحكمة من تجريد الالتزام من مفهومه العقدي، وبخاصة بالنسبة للتعويض عن الأضرار الناتجة عن الأشياء المسلمة إلى المتعاقد أثناء تنفيذ العقد فقد أصبح الالتزام التزاما تقصيريا يستفيد منه المتعاقد والغير على حد سواء^(٢)، وهو ما اتضح بجلاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٧/١/١٩٩٥، والذي حكمت فيه الدائرة الأولى للمحكمة بأن: "البائع المحترف يلتزم بتسليم منتجات خالية من أي عيب أو خطأ في التصنيع من شأنه أن يحمل خطرا إلى الأشخاص أو الأشياء والذي يسأل عنه سواء في مواجهة الغير أو المشتري^(٣)، ومما يدعم من الاتجاه الذي يرى في الالتزام بضمان السلامة التزاما عاما بعدم إيذاء الآخرين أو إلحاق الأذى بهم وهو واجب عام تثير مخالفته قواعد المسؤولية التقصيرية^(٤)، الأخذ بالدور

(١) Cass - Civ, Iere ch, 24-11-1993, JCP, 1994, ed. G. IV. 285.

(٢) PH. MALAURIE et L. Aynes, Droit civil, les obligations, Cujas, 7e ed, 1997, No 813.

وقد جاء فيه أن: "الضرر الجسدي لا يمكن أن يكون عقديا، حتى ولو نتج عن عدم تنفيذ العقد، لأن الالتزام بالحفاظ على سلامة الآخرين التزاما عاما ولا ينتج عن العقد، فتحدد مجاله ونطاق التعويض المستحق عند الإخلال به مسائل تخرج عن الاتفاق.

(٣) Cass. Civ. 17-1-1995, D, 1995, J, 35. note. P, Jourdain "Le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice au de tout défaut de fabrication de nature a creerun danger pour les personnes ou les biens, qu'il en est responsable tant a l'egard des tiers que de son a cuerer.

(٤) ويؤسس بعض الفقه الالتزام بضمان السلامة على وجود التزام طبيعي على عاتق أفراد المجتمع بضرورة احترام السلامة الجسدية للآخرين وهو ما يعد من الحقوق الرئيسية لحياة المجتمع، فالسلامة الجسدية هي قيمة عامة وموحدة يعترف بها في كل مكان وزمان، تجدد مصدرها في كل الحضارات المدنية، ولذلك، فإن الاعتداء عليها يجد عقابه في القانون أكثر منه في العقد، وإذا كان العقد هو قانون الأطراف، فإن ذلك لا ينفي ما يخضع له هؤلاء من التزامات أو واجبات عامة يفرضها المجتمع حتى ولو لم يشر إليها اتفاق، ولذلك لا يصلح الالتزام بضمان السلامة كمييار للفرقة بين نوعي المسؤولية العقدية والتقصيرية، أو كما يطلق عليه هذا البعض هو معيار سطحي ومصطنع والذي ينتهي إلى أن الالتزام المحدد بضمان السلامة يجد جزاءه في مسؤولية موضوعية موحدة يفترض فيها الخطأ، أي أنها غير مرتبطة بإثبات الخطأ.

Yvonne Lambert - Faivre «Fondement et regime de l'obligation de securite D, 1994, Chron, P. 81.

المختلف للتعويض في مجال العقدي عنه في مجال التقصيرية. فإذا كان الهدف من الاتجاه في البداية إلى اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاما عقديا سواء كان بنتيجة أم بوسيلة هو حماية المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد وضمان سلامتهم الجسدية وأموالهم، فإن ذلك لا يكون إلا من خلال النظر إلى التعويض على أنه أداة إصلاح وحبر وهو ما لا يوجد - كما رأينا - إلا في إطار المسؤولية التقصيرية، وهي كفيلة بتحقيق قدر كبير من الحماية للمضرورين من الإخلال بهذا الالتزام.

والقول بخضوع التعويض هنا لأحكام المسؤولية التقصيرية يؤدي إلى تجنب المحاولات القضائية السابقة لإضافة التزامات إلى العقد ليست منه ولكن يتم ذلك بطريقة مصطنعة وفيها كثير من التحايل والالتفاف على نية المتعاقدين والهدف من التعاقد.

ويحلل بعض الفقه (١) التحول الذي طرأ على القضاء الفرنسي بشأن الالتزام بضمان السلامة، بالقول بأن ذلك ليس معناه التخلي عن الطابع العقدي للالتزام من أجل أعمال النظام التقصيري، وإنما يرجع إلى تفضيل القاضي للقول بعدم وجود عقد أو أن تنفيذه لم يبدأ بعد أو أنه قد انتهى. ولا يقدم هذا التحليل جديدا في موضوعنا، فسواء أنتج الضرر الواجب تعويضه عندما لم يكن هناك عقد أم ترتب على واقعة عدم تنفيذه، فإن الأمر يتعلق بدور إصلاحي للتعويض يخرج عن مجال المسؤولية العقدية ليدخل في إطار التقصيرية.

٢- كان من ضمن المسائل التي أثارت نزاعا حدوديا بين نوعي المسؤولية، بسبب محاولة الأخذ بدور واحد للتعويض في النوعين، تلك المتعلقة بالمسؤولية العقدية عن فعل الأشياء التي تعهد إلى المتعاقد أو يستعملها في تنفيذ التزاماته. ويلاحظ أن مدى مسؤولية المتعاقد عقديا عن فعل الأشياء أمر يرتبط

ويطبق البعض الآخر الكلام السابق على عقد العمل بالقول بأن التزام رب العمل بضمان سلامة العامل ليس إلا ترجمة للواجب العام بعدم الاعتداء على حياة الآخرين بالإهمال، وليس العقد هو الذي يلزم رب العمل وإنما هو القانون، ويكون من النتيجة أن تعويض الضرر الناتج لا يرتبط بالعقد وإنما تحكمه قواعد المسؤولية العامة (التقصيرية بنوعها).

Remy, O. Cit., No 12.
(١) REMY, Op. Cit., No, 2..

بالالتزام بضمان السلامة ولذلك، فقد دار الخلاف بشأنها في فلك الخلاف الفقهي والقضائي بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الالتزام.

ونوضح في البداية أن من السهل الوصول إلى تكييف قانوني للمسئولية عن فعل الأشياء في الحالات التي تكون فيها هذه الأشياء معهودة صراحة إلى المتعاقد أو تكون هي محل التعاقد، كأن كانت محلا لعقد الحراسة، فهنا لا خلاف حول اعتبار الالتزام هنا التزاما عقديا. وأن المسؤولية التي تقوم عند الإخلال به تكون عقدية ويصبح التعويض في مجالها وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، بوصفه تنفيذا بمقابل.

بينما تكمن المشكلة الحقيقية في الفروض التي قد يكون فيها مصدر الضرر شيئا ليس معهودا إلى المتعاقد كما أنه ليس محلا للعقد، كما يتصل بهذا، أن يلحق الضرر أشياء أو أموالا مملوكة للمتعاقد الدائن ولكنها ليست في عهدة المدين، ولكن الضرر أصابها بسبب تنفيذ الالتزامات العقدية أو أثناء التنفيذ، فهنا لا يوجد التزام عقدي لا أصلي ولا ثانوي من متعاقد في مواجهة آخر بحراسة هذه الأشياء، ويصبح من الصعب إطلاق وصف العقدية على الأضرار التي تحدثها هذه الأشياء أو التي تلحق بها، بمعنى آخر، ليس من السهل الكلام عن التزام عقدي بضمان سلامة هذه الأشياء أو سلامة المتعاقد الآخر من فعلها، ويكون التكييف المقبول الأقرب إلى المنطق النظر إلى المسؤولية الناشئة عن فعل الشيء أو عن الضرر الذي أصابه مسؤولية تقصيرية، يلعب فيها التعويض دورا صلاحيا أو جابرا للأضرار.

والقول بهذا هو الذي يؤدي -فقط- إلى حل النزاعات الحدودية بين نوعي المسؤولية، وعلى ذلك، إذا تسبب المقاول -أثناء تنفيذ عقد المقاولة- بإحداث أضرار -في أموال مملوكة لرب العمل، أو إذا أصيب الأخير بسبب الآلات التي يستخدمها الأول في تنفيذه للعقد، فإن مثل هذه الأضرار تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية عند المطالبة بالتعويض عنها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى زيادة مصطنعة في مجال العقد وتوسيع لا مبرر له في النطاق المخصص للمسئولية العقدية.

وقد اعترض جانب من الفقه -فعلا- على إطلاق وصف العقدية على المسؤولية التي تقع على عاتق أحد المتعاقدين عن فعل الأشياء التي يستعملها في تنفيذ العقد^(١). وبخاصة أولئك الذين يدافعون عن وحدة المسؤولية المدنية، فلا أهمية -بالنسبة لهم- بين أن يرجع عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته إلى فعله أو فعل الشيء المملوك له، إذ ما دام أن الدائن لم يحصل على ما هو معهود به ومتفق عليه، فإن المدين يتحمل نتائج عدم التنفيذ دون حاجة للبحث في سبب ذلك، هل هو الشخص أم الشيء؟

فلا مجال للحديث عن مسؤولية عقدية عن فعل الأشياء، فالشخص لا يسأل عن النتائج إلا عن التزام غير منفذ، ولذلك فالعقد هو الذي يوجد المدين ويحدده ولا يختلف الأمر بعد ذلك بين ما إذا كان سبب عدم التنفيذ يكمن في فعل الشيء أو فعل الغير طالما أن هذه الأفعال لم تشكل بالنسبة للمدين أسبابا معفية من المسؤولية. ويخلص هذا البعض إلى القول بأننا لا نبحث في فعل الأشياء كوقائع منشئة للمسؤولية، طالما أن مصدر الضرر يظل هو العقد نفسه^(٢).

وبمناسبة الحديث عن المسؤولية عن فعل الأشياء يستحسن الإشارة إلى الوضع في القانون الأوروبي والذي تجلّى في المنشور أو التوجه الأوروبي الصادر في ١٩٨٥/٧/٢٥ والمتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة، فقد تبني هذا المنشور المسؤولية الموضوعية القائمة على الخطأ المفترض عن الأشياء المنتجة والمعيبة التي تلحق أضرارا بالأشخاص سواء أكانوا متعاقدين أم كانوا من الغير، وذلك على أساس أن الصانع والمنتج رجل مهني يفترض فيه العلم بهذه المنتجات، وقد استجاب المشرع الفرنسي لهذا التوجه، فأصدر قانوناً في ١٩٩٨/٥/١٩، متبنياً المسؤولية الموضوعية التي تتجاوز حدود نوعي المسؤولية تقوم على عاتق المنتج عند تخلف السلامة في منتجاته، ولم يفرق بين ما إذا كان المضرور متعاقدا أم من الغير، وإنما وحد في أساس المسؤولية وفي الأثر المترتب على قيامها^(٣).

(١) Denis -Tallon, L'inexécution ... OP. Cit., No 18.

(٢) REMY, Op. Cit., No 33.

(٣) GHESTIN (J.) Le nouveau titre I Vbis du livre III, l'application en face de la directive sur la responsabilité du fait des produits defectueux apres l'adoption de la loi No 98, 389, obs 19 - M -I - 1998, JCP, 1998, Doct, P. 148.

ويلاحظ -أخيراً- أن الحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء قد أثير لأول مرة في الفقه الفرنسي بمناسبة الحديث عن إمكانية تطبيق المادة ١٣٨٤/١ والمتعلقة بالمسؤولية الموضوعية عن حراسة الأشياء، بين المتعاقدين^(١)، وارتبط ذلك بالمبدأ المعروف الخاص بعدم جواز الخيرة بين نوعي المسؤولية، والذي يمنع -وفقاً لمفهومه المطلق- المتعاقد من التمسك بهذه المادة، إذ أن ذلك يعد جمعاً منه بين العقدية والتقصيرية على أساس أن هذه المادة تثير المسؤولية التقصيرية في شقها الموضوعي، فما دام المتعاقد يثير عدم تنفيذ التزامات عقدية، فلا يحل له التمسك بإعمال هذه المادة انطلاقاً من أن الطريق التقصيري يغلق أمامه، ثم حاول الفقه الوصول إلى حل بشأن المادة ١٣٨٤/١ بالقول بوجود مسؤولية عقدية عن فعل الأشياء المسلمة إلى المتعاقد أو تلك التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته^(٢).

في تطبيق حديث لمحكمة النقض الفرنسية بدائرتها الأولى المدنية ذهبت إلى مسؤولية المؤسسات التعليمية عقدياً عن سلامة التلاميذ داخل المؤسسة عن الأضرار التي تصيبهم ليس فقط بسبب خطأ المؤسسة وإنما أيضاً بسبب فعل الأشياء التي تستخدمها المؤسسة في تنفيذ التزاماتها العقدية^(٣).

٣- أما الالتزام الثالث الذي أثار نزاعاً حدودياً بين نوعي المسؤولية، فهو المتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير المتداخل في تنفيذ الالتزامات العقدية، فهل تكون مسؤولية المتعاقد عن فعل هؤلاء عقدية أم تكون تقصيرية: ولا شك في أن الإجابة على هذا التساؤل ترتبط معها الإجابة عن طبيعة التعويض ودوره بالنسبة للآثار المترتبة على قيام المسؤولية هنا.

نشير -في البداية- إلى أن أول من طرح فكرة أو مصطلح المسؤولية العقدية عن فعل الغير كان بيكيه في ١٩١٤^(١)، فقد كان أول من أدخل هذا المصطلح في الفقه الفرنسي. ويشير إلى أن القانون

وتجدر الإشارة إلى أن قانون ١٩٩٨ قد عدل الفقرة الثانية من المادة ١٣٨٦/٢ من القانون المدني ليتفق مع المنهج الجديد للمشرع الفرنسي المتمثل في تبنيه للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بحيث يصبح المنتج -كما قلنا- مسؤولاً عن الضرر الواقع بسبب عيب المنتج سواء أكان مرتبطاً بعقد مع المضرور أم لا. وتتناول المادة ١٣٨٦ مدني فرنسي مسؤولية مالك المبنى عن الأضرار التي يسببها للغير نتيجة خطأ في صيانته أو عيب في بنائه.

(١) BRUN, Rapports et domaines des responsabilite contractuelle et delictuelle, th, lyon, 1931, No 275.

(٢) VINEY, la responsabilite, conditions, No 74. et S.

(٣) Cass. Civ. 1ere 17-1-1995, D, 1995, 35. et note jourdain.

الفرنسي لم يضع مبدأ عاما حول مسؤولية المدين عن أخطاء ممثليه أو الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية، وإنما تعد المسؤولية شخصية في جميع الحالات إذا توافرت شروط معينة متعلقة بتوافر علاقة التبعية أو التمثيل القانوني بين المدين وبين الغير مرتكب الخطأ أثناء تنفيذ الرابطة العقدية.

وعلى ذلك، يمكن إجراء تفرقة في الغير عموما بين أولئك الذين يتدخلون في التنفيذ بناء على طلب من المدين ووجود رابطة قانونية بينهم وبينه. فهنا تنطبق القواعد العامة في المسؤولية، ولا يمكن أن يشكل فعل هؤلاء المتدخلين سببا أجنبيا يعفى المدين من المسؤولية إلا في حالات استثنائية يثبت تدخلهم بشكل إرادي وبدون علم المدين أو اتفاق معه. إذ يصبح هؤلاء أجنبان بالنسبة للمدين في هذه الحالات حتى ولو كانت تربطهم به في الأصل علاقة قانونية أيا كان نوعها (عمل أو وكالة) وينطبق على هؤلاء ما ينطبق على الغير بصفة عامة، أي أولئك الذين لا يرتبطون بالمدين برابطة ما، إذ لا يسأل الأخير عن تصرفاتهم ولا عن أخطائهم، حتى ولو كان ذلك بمناسبة تنفيذ عقد.

وبذلك لا يكون من المفيد الحديث عن المسؤولية عن فعل الغير لتبرير حق الدائن في التعويض كتطبيق بمقابل في حالات عدم التنفيذ، حتى ولو كان المكلف بالتنفيذ تابعو المدين. إذ أن الحق في المطالبة بالتعويض كتطبيق بمقابل يثبت للدائن من العقد بوصفه وسيلة من وسائل تنفيذه يلجأ إليها في حالات عدم التنفيذ بغية الحصول على ما كان ينتظره من وراء العقد عند تنفيذه.

وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية ذات مرة عن ذلك، بالقول: "بأنه وفقا للمادة ١١٤٧ مديني فرنسي لا يكون هناك مجال للتمييز بين ما إذا كان المدين هو الذي ينفذ بنفسه الالتزام أو يقوم بذلك عن طريق واحد أو أكثر من تابعيه" (٢).

ففي حالة الحلول في التنفيذ يكون من غير المفيد إثارة المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأن ذلك الفعل لا يعفي المدين من المسؤولية، إذ يظل مسئولا عن تنفيذ الالتزامات العقدية ومدينا بها، أما في

(١) BECAUE, De la responsabilite du fait d'autrui en mmat ???? elle. Rev. Tr. Dr. Civ, 1914, P. 5 1 .

(٢) Cass, Civ, lere 3-1.-1967, JCP, 1968, 11, 15365.

حالات الحلول الكامل أو التنازل التام من جانب المدين إلى شخص آخر الذي ارتضاه الدائن بالالتزام، فهنا يصبح أمام مدين جديد تقوم مسؤوليته الشخصية عن عدم التنفيذ^(١).

ولا مجال للحديث عن الغير هنا كما لا يمكن التمسك بتطبيق المادة ١٣٨٤/٥ من القانون الفرنسي، ويقابلها المادة ١٧٤ مدني مصري، وذلك لسبب بسيط هو أننا لا نتحدث عن خطأ هنا أيا كان نوعه (ثابت أو مفترض). فقد أشرنا من قبل إلى أن للدائن الحق في المطالبة بالتعويض (كتنفيذ بمقابل) دون حاجة لإثبات عناصر الخطأ والضرر وعلاقة السببية، إذ يكفي إثبات واقعة عدم التنفيذ لا أكثر.

وينطبق ما سبق ذكره -بطبيعة الحال- في جميع الحالات التي يقتصر فيها الأمر على واقعة عدم التنفيذ، أما إذا تعداه إلى وقوع ضرر يفوق هذه الواقعة، كأن أصاب المتعاقد في جسده أو في أموال مملوكة له أو لحق الضرر شخصا من الغير، فهنا يتغير دور التعويض الذي يتمسك به الدائن إذ يصبح جابرا للأضرار، أي أداة إصلاح لما تسبب فيه تابعوا المدين أو ممثلوه خارج نطاق عدم التنفيذ، وهنا يخرج التعويض من نطاق المسؤولية العقدية ليدخل في إطار التقصيرية التي تنقسم بدورها إلى عادية وموضوعية ويندرج تحت النوع الأخير المسؤولية التقصيرية للمتبع عن فعل التابع والتي تقوم على الخطأ المفترض.

وهنا يصبح المجال مفتوحا لاستدعاء المادتين ١٣٨٤/٥ مدني فرنسي، و ١٧٤ مدني مصري، للتطبيق دون حاجة إلى قياس أو اللجوء إلى طرق مصطنعة فيها كثير من التخيل، فهاتان المادتان، تنطبقان هنا بشكل طبيعي وأصيل لأننا أمام ضرر يجب تعويضه وفقا لقواعد وأحكام المسؤولية التقصيرية الموضوعية، حتى ولو كان ذلك بمناسبة تنفيذ رابطة عقدية أو أن المضرور هو أحد المتعاقدين.

(١) ويشير بعض الفقه إلى أن عدم التنفيذ يظل -باستمرار- مستندا إلى المدين، سواء أكان راجعا إلى فعله هو أو إلى فعل أبنائه أو تابعيه أو مساعديه. وقد تضمنت بعض التشريعات نصوصا صريحة في هذا المجال، فهذا هو نص المادة ١٠١ من قانون الالتزامات السويسري ينص على أن: "الشخص الذي يعهد -ولو بطريقة ضمنية- إلى أحد من مساعديه أو من أولئك القاطنين أو أحد عماله مهمة تنفيذ الالتزام، يظل مسؤولا في مواجهة المتعاقد الآخر عن الأضرار التي يسببها هؤلاء في إتمام عملهم".

وعلى سبيل المثال، لو قام تابع المودع لديه بسرقة الشيء المودع أو تدميره، يصبح من حق الدائن (مالك الشيء) أن يطالب بالتعويض كتتنفيذ بمقابل عن قيمة الشيء ذاته الذي لم يقم المدين برده، أما إذا ترتب على فقد الشيء أضرار أخرى تفوق قيمته، فإن للدائن هنا أن يطالب بالتعويض كأداة لجبر هذه الأضرار، ويمكنه هنا التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية الموضوعية المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أفعال التابع ولا يمكن للمدين أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا ثبت السبب الأجنبي ومن ضمن صورته فعل الغير، والذي يهمننا هنا هؤلاء الذين يتدخلون لإحداث الضرر ولكنهم لا يرتبطون بأية علاقة بالمدين أو يرتبطون ولكنهم أسأؤوا استعمال وظائفهم وخرجوا على أوامر المدين وتعليماته أو تصرفوا بدون علمه أو إرادته.

٤- وقد أثارت المسؤولية المدنية الناتجة في حالات المساعدة، والتي يظهر تطبيقها في مجال النقل المجاني، نزاعاً جديداً بين حدود نوعي المسؤولية، فقد اختلفت الآراء الفقهية وتباينت المواقف القضائية بشأن الطبيعة القانونية لدعوى التعويض التي يرفعها المضرور على من قدم له مساعدة مجانية أو الدعوى التي يرفعها من قدم المساعدة على المستفيد منها. فهل تعد هذه الدعوى عقدية، على أساس وجود عقد؟ أم أن العلاقة العقدية لا تقوم ويؤدي ذلك إلى ضرورة اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لتحكم هذه الدعوى؟

وقد اتجه القضاء الفرنسي -في البداية- إلى تفضيل المسؤولية العقدية على أساس أن هناك اتفاقاً حقيقياً بين الطرفين، ولو بطريق ضمني على المساعدة، إذ لا يؤثر في وجود هذا الاتفاق انتفاء المقابل بالنسبة لأحد المتعاقدين، يولد هذا الاتفاق التزاماً تبعياً بضمان السلامة يقع على عاتق المستفيد من المساعدة.

وهي محكمة النقض الفرنسية تؤكد -بدائرتها الأولى- على وجود اتفاق بالمساعدة مما يؤدي إلى خضوع تعويض الأضرار الناتجة عن أفعال المساعدة لقواعد المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بالالتزام التبعية بضمان السلامة⁽¹⁾، وقد ساوى القضاء -في البداية- بين الاتفاق بالمساعدة وبين غيره من العقود التبعية (الوديعة- القرض والوكالة والنقل المجاني). وقد تعرض هذا القضاء لانتقادات حادة من الفقه الذي عارض فكرة الاعتراف بوجود عقد أو بأن هناك التزاما تبعية متولدا عنه مضمونه ضمان السلامة الجسدية⁽²⁾.

ويفرق بعض الفقه⁽³⁾ بين الحالات التي يكون فيها المساعد مهنيا، أي متخصصا في حمل المساعدة إلى الآخرين، وهنا لا شك في وجود اتفاق بين الطرفين ولو بطريقة ضمنية، وبذلك تخضع دعوى التعويض الناشئة في هذه الحالات لقواعد المسؤولية العقدية، والحالات التي تقدم فيها المساعدة عرضا ومن شخص عادي، فهي تعد بمثابة خدمة يقدمها شخص إلى صديق له أو شخص محتاج، فإن حمل المساعدة هنا يكون بعيدا كل البعد عن وجود أي التزام عقدي وينتفى معه -بالتالي- وجود أي اتفاق.

(1) Cass. Civ. Iere 1.-1.-1995, Rev. Tr. Dr. Civ., 1995,432.

وفي حكم آخر للدائرة ذاتها أكدت حكم الاستئناف بأن هناك اتفاقا بالمساعدة وأن مثل هذا الاتفاق يتضمن بالضرورة التزاما على المعاون أو المساعد بضمان المساعد وبخاصة ضمان مسؤوليته التي تقوم -بدون خطأ منه- في مواجهة المضرور من الحادثة التي وقعت بصرف النظر عما إذا كان المضرور مساعدا آخر أم لا

Cass. Civ., 17-12-1996, Rev. Tr. Dr. Civ., 1997,432.

وبذلك تكون المحكمة قد أعطت مفهوما جديدا لالتزام المستفيد من المساعدة بأن وسعت من نطاقه ليشمل المسؤولية التي تقع على عاتق من يقوم بالمساعدة في مواجهة الغير طالما انتفى الخطأ من جانبه.

(2) VINEY, obs. JCP, 1993, 3727, Hocquet - Berg, Remarques sur la pretendue convention d'assistance, Gaz, Pal, 1996, Doct, 32.

(3) Jacques MESTRE, Responsabilite delictuelle et responsabilite contractuelle, Rev. Tr. Dr. Civ., 1997, P. 431.

ولا شك هنا في أن قواعد المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم دعوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، بوصفه إخلالا بواجب عام يتمثل في عدم إيذاء الآخرين في أجسامهم أو أموالهم. ولم يخلو الأمر من أحكام قضائية ذهبت إلى إنكار وجود اتفاق بالمساعدة وبخاصة في الحالات الأخيرة أي التي يقوم بها شخص عادي وليس مهنيا أو متخصصا، واستبعدت تطبيق قواعد المسؤولية العقدية وانتهت إلى ضرورة إعمال قواعد التقصيرية⁽¹⁾، ولا شك في أن القول بعدم وجود اتفاق في المساعدة هو الأقرب إلى المنطق، إذ لا يقوم على الافتراض أو التصنع والتحايل مثلما فعل الاتجاه الذي يرى في المسؤولية الناتجة في مجال المساعدة، أنها عقدية، فقد افترض هذا الاتجاه:

أولا: وجود اتفاق -ولو بشكل ضمني- يبرر تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، وهو افتراض لا يدعمه دليل في كثير من الحالات.

كما ذهب -ثانيا- إلى وجود التزام تبعي أو ثانوي متصل بهذا العقد ألا وهو الالتزام بضمان السلامة، وهو كلام لا يخلو من السطحية والتحايل. وكان يمكن الاستغناء عن كل ما سبق بالاتجاه نحو المسؤولية العامة، وهي المسؤولية التقصيرية التي تقدم مزايا عديدة إلى المضرور ولعل أهمها أن التعويض فيها يلعب دور المصلح والجايز للأضرار مما يتيح الفرصة أمام المضرور للحصول على أكبر قدر ممكن من التعويض الذي يشمل جميع الأضرار المتوقعة، وغير المتوقعة، بعكس التعويض في العقدية الذي يقتصر فقط - كما رأينا- على تزويد الدائن (المضرور) بما كان ينتظره من وراء العقد.

(1) Cass. Civ., 2ere 26-1-1994, JCP, 1994, 1, 38.9 obs G. VINEY et, 12-12- 1994, Rev. Tr. Dr. Civ, 1997, 433.

ومما يؤكد على أن الالتزام بضمان السلامة هنا هو التزام تقصيري، أنه الالتزام الوحيد والأصلي الذي يقع على عاتق المستفيد من المساعدة، فليس هناك التزامات أخرى يلتزم بها لكي يصبح الالتزام بضمان السلامة التزاماً تابعاً لها، وإنما هو لا يلتزم بشيء آخر سوى هذا الالتزام^(١).

والخلاصة: أنه لا حاجة للجوء إلى التكييف العقدي لدعوى المضرور بالتعويض في حالات المساعدة، إذ أن قواعد المسؤولية التقصيرية كفيلة بتوفير قدر كبير له من الحماية سواء أكان المضرور هو المساعد نفسه، أي الذي يقدم المساعدة، أم كان شخصاً آخر تابعاً له أو شخصاً من الغير. ففي جميع الحالات نجد تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية يتم بشكل طبيعي ليس فيه تحايل أو افتراض.

(١) VINGY, Obs. Prec, No 1.

خاتمة

الخلاصة العامة للموقف من الخلاف الفقهي والقضائي بشأن دور التعويض في المسؤولية العقدية، هي أن هذا التعويض يهدف إلى تزويد الدائن بالمزايا التي كان ينتظرها من وراء الالتزام غير المنفذ، ولذلك، ينظر إليه على أنه وسيلة تنفيذ بمقابل لهذا الالتزام. وهذا المفهوم فقط هو الذي يساعد على احترام مبدأ عدم جواز الجمع بين نوعي المسؤولية وبخاصة في الحالات التي يكون فيها من مصلحة المتعاقد المضرور التمسك بإعمال أحكام التقصيرية إذ سيختلف دور التعويض هنا.

كما سيقضي المفهوم الجديد للتعويض على النزاعات الحدودية التي أوجدها القضاء والفقهاء بين نوعي المسؤولية، في الحالات التي تنشأ فيها المسؤولية عن الإخلال بالتزامات ليست متولدة عن العقد أو تثير اختلافًا بشأن تحديد طبيعتها القانونية هل هي عقدية أم تقصيرية.

فالتمييز بين التعويض كأداة إصلاح وجبر. وبين كونه أداة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، هو فقط الذي يحترم التقابل الطبيعي بين العقد والتقصير. وربما يساعد - في وقت لاحق - على انتفاء التمييز بين نوعي المسؤولية عن طريق اختفاء المفهوم الخاطئ لمصطلح العقدية، ليحل محله تمييز آخر بين مبدأين في نطاق المسؤولية المدنية، أحدهما تنفيذ التعهدات بكافة الوسائل المتاحة بما فيها التعويض كتنفيذ بمقابل لهذه التعهدات، ثانيهما إصلاح الأضرار التي تحققت أثناء التنفيذ بصرف النظر عن صفة هؤلاء المضرورين، وكوّنهم متعاقدين أم لا ... مع ملاحظة أن هذا التصور موجود في الفقه الإنجليزي (والفقه الأنجلو أمريكي بصفة عامة) إذ يعالج وسائل تنفيذ العقد دون إشارة إلى مصطلح المسؤولية العقدية ودون حاجة إلى البحث في توافر شروطها^(١). وقد ترجم ذلك في أحد التطبيقات الخاص باتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع ١٩٨٠، التي تناولت وسائل إصلاح أو علاج عدم التنفيذ، زودت بها كل من المشتري والبائع، بما في ذلك التعويض^(٢).

(١) Remy, la responsabilite Op. Cit., No 46.

(٢) انظر في هذه الاتفاقية: د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ص ٢٢. وما بعدها؛ د. عصام أنور سليم: خصائص البيع الدولي وفقا لاتفاقية فيينا، ١٩٨٠، منشأة المعارف، ٤٠٠٢، ص ٦٣ وما بعدها.

المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- _____ : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- _____ : الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- د. عبد الرسول عبد الرضا، الوجيز في قانون العمل الكويتي، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧.
- د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، المصادر، نخضة مصر، ١٩٥٠.
- د. عصام أنور سليم: خصائص البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا، ١٩٨٠، منشأة المعارف، ٤٠٠٢.
- د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، تطبيقات على بعض العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨١.
- د. محسن شفيق: اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية.
- د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- د. نزيه المهدي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

acques MESTRE, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Rev. Tr. Dr. Civ., 1997. P. 431.

Alain Benabent, Droit civil, les obligations, 1984.

BRUN, Rapports et domaines des responsabilité contractuelle et délictuelle, th, lyon, 1931.

BECAUE, De la responsabilité du fait d'autrui en matiere contractielle, Rev. Tr. Dr. Civ, 1914. P. 51.

P.H. LET OURNEAU, La responsabilité civile, ed, 1972.

CROSSER, Les remedes à l'inexécution du contrat, essai de classification, thèse, Paris, 1,2....

COLOMBET, Propriété littéraire et artistique, ed Dalloz, 1992.

DEMOGUE, Traité des obligations en général 1933.

ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle Rapprochée de la responsabilité Délictuelle, R.T.D.C., anné 17. P. 628.

ESTAZ, "Vers un statut d'ensemble: de la promotion immobilière. Commentaire de la loi N° 71 - 579, du 16-7-1971, D, 1972, chro. P. 177.

GAURY (CH.) NOTE SOUS, Cass. Civ., 4-2-1975, D, 1975, P. 4.8.

GHESTIN (J.) Le nouveau tître I Vbis du livre III, l'application en françe de la directive sur la responsabilité du fait des produits defecteux après l'adoption de la loi N° 98,389, obs 19 - M -1 -1998, JCP, 1998, Doct. P. 148.

HUBERT de la Massue "De l'absence de novation dans la resolution de l'obligation contractuelle Rev. Tr. Dr. Civil, 1932. P. 377.

H. L. MAZEAUD, Responsabilité civile, 1939.

JOSSERAND cour de droit positif Français, T, 11, N°, 617.

Jean DIDIER "L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. Tr. Dr. Civ., 1976. P. 7...

JOUR DAIN, Note sous Cass. Civ. 13-11-1997, Re. Tr. Dr. Civ., 1998. P. 125.

JOURDAIN (P.), Responsabilité civile, Rev. Tr. Dr. Civ., 2..3, Chro, P. 713.

JOUR DAIN, (P.), L'obligation de sécurité (Apropos de quelques arrêts récents) Gaz. Pal, 1993. P. 1171.

MAZEAUD, Note sous, Cass. Civ., 18-12-1972, D, 1973, P. 273.

MARTON, Obligation de résultat, obligations de moyens, Rev. Tr. Dr. Civ., 1935. P. 119.

MALAUURIE et L. AYNES, les obligations T, 2, II^{ed} 2..1.

MAZEAUD, Responsabilité • délictuelle et responsabilité contractuelle. Rev. Tr. Dr. Civ., 1929. P. 55.

MARCA DE, Explication théorique et pratique du code civil, 7* ed, T, 5.

PETEL, LES durées d'efficacité du contrat, thés, Montpellier 1984

Ph. Le Tourneau et Cadet, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2..2.

PH. MALAUURIE et L. Aynes, Droit civil, les obligations, Cujas, T ed, 1997.

REDDEN et JULHARD, La théorie de la violation efficace, RT.D. Comparé, 1986,1.15, et S.

Remy (Ph.) La responsabilité contractuelle, hestiore d'un faux concept, Rev. Tr. Dr. Civ., 1977. P. 323.

ROUJOU de boubée “Essai sur la notion de réparation L.G.D.J., 1974.

SAVAUX, La fin de la responsabilité, contractuelle, Rev. Tr. Dr. Civ., 1999, P. 1.

SEGUR (L.) la notion de faute contractuelle en droit Français, the, BORDEAUX, 1954, P. 53.

ROUJOU de bouhée “Essai sur la notion de réparation L.G.D.J., 1974.

TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du code, 5* et. T, 6.

TALLON (D.): L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, Rev. Tr. Dr. Civil, 1994,223.

TALLON, L'inexécution du contrat: Pour une autre présentation Rev. Tr. Dr. Civ., 1994, P. 223.

VIRSAAMY, note sou? arrêt preeit, JCP, 1992,11,22164.

VINEY, Introduction de droit civil, N° 232, et S.

WIGNY, (P.) Responsabilité contractuelle et force mageure, Rev. Tr. Dr. Civ. 1935. P. 119.