جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق

المسؤولية العقدية عن فعل الغير

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق
فرع القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

علي فيلالي

إعداد الطالب

بن حالة حاتم

أعضاء اللجنة

الأستاذة الدكتورة : حامق ذهبية رئيسا.

الأستاذ الدكتور : فيلالي علي مقرا.

الأستاذ الدكتور : بعجي محمد عضوا.

الدكتورة : بشير سهام عضوا.

السنة الجامعية 2018/2017

مقدمة

لا شك أن المسؤولية المدنية تثار أصالة عند صدور فعل ضار من المرء، و يكون هذا الفعل سببا في إلحاق الضرر بالغير، فالأصل في المسؤولية المدنية كقاعدة عامة هو المسؤولية عن الفعل الشخصي، أي أن المرء لا يسأل مدنيا إلا عن فعله الشخصي ولا يتحمل تبعه فعل غيره، وهذه القاعدة يمتد نطاقها ليشمل كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية على السواء، إلا أن المسؤولية المدنية للمرء في المجال التقصيري قد تقوم استثناء و خروجا عن القاعدة العامة بسبب الأفعال غير المشروعة التي تقع من الأشخاص المشمولين برعايته، وبعبارة أخرى فإن المرء كما يسأل مدنيا عن فعله الشخصي في حالة إضراره بالغير، قد يسأل أيضا عن فعل غيره إذا صدر الفعل الضار ممن هو مسؤولا عنهم.

وإذا كانت المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير قد توطدت أركانها، من خلال إقرار غالبية التشريعات المدنية لها، وحسم الفقهاء في أمرها، منذ وقت ليس بالقصير، حيث تتجلى تطبيقاتها التشريعية من خلال مسؤولية المكلف بالرقابة عن الفعل الضار الصادر من الخاضع للرقابة مادة 134 القانون المدني، ومسؤولية المتبوع عن الفعل الضار الصادر من تابعه مادة 136 القانون المدني، فإن الأمر بالنسبة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير لم يكن كذلك، إذ أن أغلب القوانين المدنية¹ ومنها القانون المدني الجزائري- لم تنص على هذه المسؤولية بصورة مباشرة وصريحة، على النحو الذي سارت عليه في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، ماجعل موقفها غير واضح حيال هذا النوع من المسؤولية، ومن مدى الاعتراف بها كمبدأ عام، مما أثار جدلا فقهيًا ونقاشا علميا بين

1- أقول أغلب القوانين المدنية لأن المشرع المدني في بعض الدول قام بإيراد نصوص تقرر صراحة مسؤولية المدين بالالتزام العقدي عن فعل الغير الذي استعان به في تنفيذ التزاماته العقدية، على غرار ما فعل المشرع الألماني في المادة 27-8 من القانون المدني، و المشرع البولندي في المادة 241 من القانون المدني، و المشرع الإيطالي في المادة 1228 من القانون المدني، وكذا المشرع السويسري في المادة 101 من قانون الالتزامات، والمشرع السوداني في المادة 200 من قانون المعاملات المدنية .

فقهاء القانون المدني، حول مدى تبني المشرع للمسؤولية العقدية عن فعل الغير كمبدأ عام من عدمه في هذه القوانين.

وإذا كانت القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقود، هي أن المدين يتولى تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد بنفسه، فأثر العقد لا يتناول - بوجه عام - إلا المتعاقدان، وواجب الالتزام العقدي يقع عليهما دون سواهما، فإنه استجابة لمتطلبات معينة أملتها الظروف الاقتصادية، والاعتبارات الاجتماعية، يجد المدين نفسه ملزماً على الاستعانة بأشخاص آخرين لتنفيذ التزاماته التعاقدية، فقد أضحى من الصعب في عصرنا الحاضر على الملتزمين عقدياً، أفراداً كانوا أو مؤسسات، أن يكتفوا بقدراتهم الخاصة في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية دون الاستعانة بجهود و خبرات الآخرين، لاسيما أمام ما تفرضه ظاهرة التخصص المهني والتكنولوجي من حاجة لمهارات فنية و تقنية، قد لا تتوافر لدى المدين، مما يحتم عليه اللجوء لأهل الاختصاص والخبرة أثناء عملية تنفيذ العقد، و سواء انحسر دور هذه الاستعانة في المساعدة التي ينلقاها المدين من طرف أعوانه ومساعديه والذين يعملون تحت إشرافه وسلطته، وفي ظل أوامره وتوجيهاته، كما في حالة عماله ومستخدميه، الذين تربطهم به في الغالب علاقة عمل، أو اتسع دور هذه الاستعانة إلي إيكال العمل الذي التزم به المدين في جملة أو في جزء منه إلى الغير، ليتولى هذا الأخير تنفيذه بصفة مستقلة عن المدين كما في حالة البدلاء، الذين تربطهم بالمدين في الغالب عقود فرعية (التعاقد من الباطن)، وأياً ما كانت الصورة، فإن المدين بالالتزام العقدي الناشئ عن العلاقة التعاقدية يقوم بإدخال الغير بإرادته من أجل مساعدته في تنفيذ التزاماته، فإذا ما صدر عن هذا الغير فعل أو خطأ أدى إلى الإخلال بالالتزام العقدي المنوط بزمة المدين، فهنا تتحقق مسؤولية هذا الأخير، على اعتبار أنه المدين بهذا الالتزام في مواجهة الدائن، وهذا على الرغم من أن عدم تنفيذ الالتزام أو التنفيذ السيئ له لا يرجع في هذه الحالة إلى خطئه الشخصي، وإنما إلى فعل أو خطأ الغير، ولكن لما كان هذا الغير أجنبياً عن العقد الذي أضطلع بمهمة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، لم يكن من الممكن مساءلته عن هذا الإخلال بموجب العقد، على اعتبار أن الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا ذمم

أطرافه، أو من كان في حكمهم وفق ما يقرره مبدأ نسبية العقد، بيد أن هذا الغير وعلى الرغم من مشاركته في تنفيذ العقد يبقى محتفظاً بمركزه القانوني حيال العلاقة العقدية القائمة بين الدائن والمدين، فيحتفظ دائماً بوصف (الغير الأجنبي)، مما يجعله بمنأى عن كل دعوى مسؤولية يرفعها الدائن بموجب العقد، وإلا كان في القول بخلاف ذلك إهدار لمبدأ نسبية العقد الذي أشرت إليه آنفاً.

هذا، ولقد واجه المشرع المدني بمناسبة تنظيم أحكام بعض العقود تلك الحالة التي يكون فيها عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو الإخلال به غير راجع إلى فعل أو خطأ المدين وإنما إلى فعل الغير الذي أوكل إليه المدين تنفيذ الالتزامات التي تحملها بموجب العقد، كما في حالة إخلال المتعاقد من الباطن (الغير) ببعض التزامات المتعاقد الأصلي (المدين) في العقد الأصلي الذي يربطه بالدائن، كما في عقد المقاول الفرعي المادة 564 من القانون المدني والمقابلة للمادة 1797 من القانون المدني الفرنسي، وعقد الوكالة من الباطن المادة 580 من القانون المدني والمقابلة للمادة 1994 من القانون المدني الفرنسي، وعقد الإيجار من الباطن المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي، ولا مقابل لها في القانون المدني، فوفق ماتقضي به هذه النصوص فإنه عندما يعهد المتعاقد الأصلي (المدين) إلى المتعاقد الفرعي (الغير) أمر تنفيذ بعض التزاماته العقدية، فإن مسؤولية المتعاقد الأصلي (المدين) تقوم في هذه الحالة عن تلك الأخطاء التي ارتكبتها المتعاقد الفرعي أثناء عملية تنفيذ العقد مما يخول للدائن الحق في الرجوع عليه بالتعويض، وهذه المسؤولية عقدية بلا ريب كون الدائنيستند فيها على العقد الذي يجمعه بالمدين، وهي في نفس الوقت مسؤولية عن فعل الغير كون المدين لم يرتكب أي خطأ يدعو لقيام مسؤوليته عن فعله الشخصي، وكذلك من الحالات التي تعرض المشرع المدني لمعالجتها بهذا الصدد، تلك الحالة التي يستعين فيها المدين ببعض أتباعه ومعاونيه في تنفيذ التزاماته العقدية، فيصدر من أحدهم خطأ يؤدي إلى الإخلال بالالتزام العقدي للمدين كما في حالة الأضرار التي يسببها أتباع المؤجر للمستأجر المادة 483 من القانون المدني وتقابلها المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي، وكما في حالة السرقات والأضرار التي تلحق أمتعة المسافرين والنزلاء بسبب أتباع صاحب الفندق أو الأشخاص الذين يترددون على الفندق المادة 599 من القانون

المدني وتقابلها المادة 1953 من القانون المدني الفرنسي ففي هذه الحالات ووفق ما تقضي به هذه النصوص فإن المدين كذلك هو من يتحمل عبء المساءلة المدنية في مواجهة الدائن عن أفعال هؤلاء الأتباع والأعوان، وهذا أيضا بموجب المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

إلا أن النقاش الذي أثارته النصوص القانونية السالف ذكرها بين فقهاء القانون المدني، يتعلق بمدى إمكانية التمسك بها، والاعتماد عليها - أي هذه النصوص - كأساس قانوني، يتيح الفرصة للقول بأن المشرع قرر مبدأ عاما، يقضي بقيام المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته، كلما تحققت أوضاع محددة، وتوافرت شروط معينة؟ لاسيما في ظل التشريعات التي أوردت بجانب هذه التطبيقات التشريعية المذكورة أنفا نصا عاما- قد يفهم منه ولو بدلالة الإشارة، أن الأصل هو مسؤولية المدين عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته - كما هو صنيع المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني، والتي جاء فيها (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه) أم أن هذه النصوص تبقى مجرد حالات استثنائية، لا يمكن القياس عليها، ولا يجوز التوسع فيها، مما يفضي إلى القول بعدم وجود مبدأ عاما يقرر هذا النوع من المسؤولية في هذه القوانين.

نتناول الإجابة على هذه الإشكالية من خلال خطة تتكون من فصلين:

الفصل الأول: تقرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير كقاعدة عامة .

الفصل الثاني: النظام القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير.

الفصل الأول

تقرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير كقاعدة عامة

لقد أدى عدم تنصيب أغلب التشريعات المدنية على المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل صريح، وبصورة مباشرة، إلى حجب أنظار رجال الفقه و القانون عن رسم تصور خاص لهذه المسؤولية ردحا من الزمن¹، فقد كان شراح القانون المدني و فقهاؤه لا يعرفون في مجال المسؤولية عن فعل الغير، غير المسؤولية التقصيرية، كما أن رجال القضاء الفرنسي درجوا على عدم التمييز في أحكامهم بين حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، و حالات المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، إذ كانوا يخضعون حالات المسؤولية الأولى لنص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، و المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن فعل تابعيه، وقد بقي الأمر على هذا الوضع إلى أن نشر الأستاذ Bècque مقالا في المجلة الفصلية للقانون المدني تحت عنوان: المسؤولية عن فعل الغير في المجال العقدي²، دعا من خلاله إلى ضرورة التمييز بين نوعي المسؤولية في دائرة المسؤولية عن فعل الغير، و تحديد ما هو منها عقدي، و ما هو منها تقصيري، كما نبه إلى الفرق القائم بين هاتين المسؤوليتين من حيث نطاق أشخاص كل منهما، و عليه فقد ذهب هذا الفقيه من خلال مقاله المذكور إلى ضرورة إخضاع حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير الى أحكام المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي، بدلا من المادة 1384 من نفس القانون³، على اعتبار أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير في النطاق العقدي يجب أن تؤسس على النصوص القانونية المتعلقة بعدم تنفيذ الاتفاقات، و عليها فقط .

وقد أيد الأستاذ Bècque غالبية الفقه الفرنسي في ما ذهب إليه، و بذلك بدأت تظهر هذه المسؤولية الفتية في كتب الفقهاء، و مؤلفاتهم، و بدأ معها ظهور محاولات رجال الفقه رسم تصور خاص لها يشمل كافة جوانبها، و يسلط الضوء على أهم معالمها، و هذا من خلال الكشف عن موقف التشريعات المدنية من المسؤولية العقدية عن فعل الغير (مبحث أول)، و تحديد مفهوم المسؤولية العقدية عن فعل الغير، (مبحث ثاني)

¹ - د. عبد الباقي محمود سوادى ، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ، ط 2010 ص 212.

² - J. Bècque : De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle , RTD Civ.1914 p 250.

³ - د. محمد جعفر حنون ، مسؤولية المفاوض العقدية عن فعل الغير ، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان ، ط 2011 ، ص 205.

المبحث الأول موقف التشريع من المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لم يكن مسلك القوانين المدنية موحدًا في تعاطيها مع المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير في جميع الدول، ففي حين اقتضت بعض هذه القوانين على إيراد بعض التطبيقات التشريعية لحالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وذلك بمناسبة صياغتها للقواعد التي تنظم أحكام بعض العقود كما هو صنيع القانون المدني الفرنسي، نجد بعض هذه القوانين قررت المبدأ العام لمسؤولية المدين عقديًا عن فعل من استعان بهم في تنفيذ التزاماته بشكل صريح ومباشر، كما هو صنيع القانون المدني الألماني، والقانون المدني السويسري، في حين أن القوانين المدنية لبعض الدول، كالجزائر، ومصر، قررت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير بصورة ضمنية وغير مباشرة في بعض النصوص العامة، هذا مع إيرادها لبعض التطبيقات التشريعية لهذا النوع من المسؤولية.

بناءً على هذا سوف أتعرض فيما يلي لمواقف هذه التشريعات من خلال مطلبين اثنين، أخصص الأول منهما للقوانين التي اكتفت بإيراد بعض التطبيقات التشريعية للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، فيما أخصص الثاني منهما للتشريعات التي أقرت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

المطلب الأول: التشريعات التي اقتضت على بعض تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير

تميز صنيع المشرع في هذه التشريعات عما سواها باقتصاره على إيراد جملة من النصوص المتفرقة بمناسبة معالجته لبعض الحالات التي يكون عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية فيها، أو الإخلال به، لا يرجع إلى فعل المدين، ولكن يرجع إلى فعل الشخص الذي أحله محله في التنفيذ، أو إلى فعل الشخص الذي استعان به في التنفيذ، كمعاون أو مساعد، وأهم هذه التشريعات التي سلك فيها المشرع هذا المسلك، التشريع المدني الفرنسي، الصادر سنة 1804م والمعروف بقانون نابليون، والذي واجه واضعوه عند صياغتهم للقواعد التي تنظم أحكام بعض العقود، تلك الحالة التي يكون عدم تنفيذ الالتزام العقدي

الذي التزم به المدين، أو التنفيذ المعيب له، لا ينسب إلى شخص المدين، وإنما إلى الغير الذي أدخله المدين في تنفيذ العقد بمحض إرادته¹، ومن الأمثلة عن هذه الحالة ما جاءت به المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي والمتعلقة بعقد الإيجار والتي تقرر مسؤولية المستأجر قبل المؤجر، عن كل ضرر يلحق العين المؤجرة بفعله أو بفعل أفراد منزله، أو بفعل المستأجر من الباطن²، ويذهب القضاء الفرنسي إلى التوسع في فهم تعبير أفراد المنزل الذي جاء به المشرع في هذه المادة، فيجعله يمتد ليشمل كل شخص تكون صلته بالمستأجر هي التي مكنته من التواجد بالعين المؤجرة، ومشاركته في الانتفاع بها³، وعلى هذا فإنه يعد من أفراد المنزل كل من الزوجة، والأولاد، والأحفاد، كما يعد وفقا للمفهوم الواسع لهذا النص كل من أصدقاء المستأجر، وضيوفه، وخدمه، عماله ومستخدميه⁴، بل أن قضاء محكمة النقض الفرنسية يذهب إلى تحميل المستأجر المسؤولية حتى عن السرقة التي وقعت من جانب خليلته، على اعتبار أنها داخلة في مفهوم أفراد المنزل الوارد في المادة 1735، وهذا متى ما كانت تشاركه الإقامة بالعين المؤجرة، ولو كانت هذه الإقامة إقامة عارضة وغير دائمة⁵، وكذلك من التطبيقات التشريعية لحالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ما جاءت به المادة 1797 من نفس القانون والمتعلقة بعقد المقولة، والتي نصت على مسؤولية المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل عن أفعال الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ أعمال المقولة⁶، وأيضا ما جاء في المادة 1994 من هذا القانون والتي تقضي بمسؤولية الوكيل إزاء الموكل عن فعل الشخص الذي أحله محله في تنفيذ

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 100 .

² - وتنص المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires ».

³ - Rêq. 28 juil. 1925, D.H. 1925.553, Gaz. Pal. 1925.2.654.

⁴ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 54 .

⁵ - Civ. 13 déc . 1927, D. 1928.1.99, Gaz. Pal . 1928.1.142.

⁶ - وتنص المادة 1797 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« L' entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie » :

أعمال الوكالة إذا لم يكن مأذونا له بتوكيل غيره¹، وما جاء في المادة 1953 التي تحمل أصحاب الفنادق عبء المسؤولية عن سرقة أمتعة النازلين بها، أو تلفها، ولو كانت السرقة، أو التلف، من فعل أحد الأتباع، أو الغرباء الذين يترددون على الفندق²، وكذلك ما جاءت به المادة 1782 التي نصت على مسؤولية الناقل البري والبحري عن فعل من يستعين بهم في تنفيذ التزاماته³، وما جاء في المادة 99 من القانون التجاري الفرنسي من مسؤولية الناقل برا أو بحرا عما يصيب البضاعة المنقولة من تلف بفعل من كلفهم بالنقل⁴. إلا أن النقاش الذي أثارته هذه النصوص بين الفقهاء، كان حول مدى إمكانية الاعتماد عليها كأساس قانوني للقول بوجود مبدأ عام يقرر المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي؟

أشرت سابقا إلى أن الفقه في فرنسا لم يكن يفرق في مجال المسؤولية عن فعل الغير، بين المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، على غرار تفرقه بين المسئوليتين في مجال المسؤولية عن الخطأ الشخصي، بل أن الخلط بين أحكام هاتين المسئوليتين كان السمة السائدة في هذا البلد فقها، وقضاء⁵، إذ درج فقهاؤه، يؤيدهم في ذلك القضاء على تأسيس المسؤولية عن فعل الغير، حتى ولو تعلقت بالنطاق العقدي على أساس الفقرة الخامسة من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، والمتعلقة أصالة بالنطاق

¹ - وتنص المادة 1994 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Le mandataire répond de celui qu' il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de substituer quelqu'un.... »

² - وتنص المادة 1953 من القانون المدني الفرنسي :

« Ils sont responsables du vol ou du dommage de ses effets, soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par leur préposé, ou par des tiers allant et venant dans l'hôtel »

³ - وتنص المادة 1782 من القانون المدني الفرنسي:

« Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre dépôt et du séquestre »

⁴ - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 76 وما يليها. وتنص المادة 99 من القانون التجاري الفرنسي على ما يلي:

« Le commissionnaire de transport est garant du fait des commissionnaires intermédiaires aux quels il adresse les marchandises . »

⁵ - ما جعل الأستاذ هوجيني (Hugeni) يقول: "يجب أن نعترف بأن الفقه في فرنسا قد وقع في تناقض. حيث خلط في مجال المسؤولية عن فعل الغير بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. في حين أنه في مجال المسؤولية عن الخطأ الشخصي لم يقع في هذا الخلط، و من ثم أقر ازدواج المسؤولية" ترجمة و نقلا عن د. علاء الدين خميس العبيدو، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، دكتوراه، جامعة المنوفية، مصر 1996 ص 239.

التقصيري¹، (مسؤولية المتبوع عن فعل التابع) ويرجع الشراح سبب هذا اللبس إلى عدم تضمين القانون المدني الفرنسي نص يقرر المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، على غرار النص المذكور أنفاً و المقرر للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير كمبدأ عام²، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن بعض الفقهاء يرجع سبب هذا اللبس إلى احتواء القانون الخاص على مبدأ أساس، مشترك بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وهو مبدأ مسؤولية الرئيس³، والذي يقضي أن من يقبل أن يكون رئيساً يقبل أن يغطي أخطاء مرؤوسيه، فطبقاً لهذا المبدأ يكون أساس المسؤوليتين واحداً، وبالتالي القول بوجود مسؤولية واحدة عن فعل الغير تقوم على أساس نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي⁴.

غير أن الفقه في فرنسا ما لبث أن عدل عن هذا المنحى بعدما كتب بعض الفقهاء مقالاً يدعو فيه إلى ضرورة الفصل بين هاتين المسؤوليتين، لما يوجد بينهما من تمايز واختلاف، مؤكداً على أن نص المادة 1384 يختص بالمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، دون المسؤولية العقدية عن فعل الغير، والتي يجب أن تؤسس على النصوص القانونية المتعلقة بعدم تنفيذ الاتفاقات والعقود، على اعتبار أن شخص المضرور تربطه علاقة تعاقدية مع المسؤول عن الضرر، وهذا على خلاف المضرور الذي لا يربطه بالمسؤول عن الضرر أية علاقة. كما هو الشأن في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، كما لفت هذا الفقيه الأنظار إلى مسألة مهمة، وهي أن الأشخاص التي تقوم مسؤولية المرء

¹ - د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير - المسؤولية عن فعل الأشياء - التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1989، ص 75 و ما بعدها، د. ريس محمد، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها، دار هومة، الجزائر، ط 2012، ص 121 و ما بعدها.

² - د. عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص 212، د. علي حسن الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل للنشر، عمان، ط 2006، ص 8.

³ - « Il y a par conséquent en droit privé un principe directeur commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle du fait d'autrui, celui de responsabilité du chef, c'est sans doute, cette unité de fondement, clairement ou confusément ressentie, qui a conduit la doctrine et la jurisprudence à ne voir ; pendant longtemps, qu' une seule responsabilité de fait d'autrui et la baser sur l'article 1384 du code civil » J.Ambialet, *La responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, LGDJ, 1965, p 27.

⁴ - د. ريس محمد، مرجع سابق، ص 124.

عنهم مسؤولية تقصيرية، والذين وردوا في المادة 1384، وردوا على سبيل الحصر، في حين أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين عقدياً لم يردوا على سبيل الحصر¹.

هذا المسلك تلقاه الفقه الفرنسي بالقبول والتأييد، فأقر في عمومته بوجود مسؤولية عقدية عن فعل الغير²، قائمة وبصفة مستقلة إلى جانب كل من المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، والمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، واستدلوا على ذلك بما احتواه قانون نابليون من تطبيقات تشريعية لهذه المسؤولية عبر مواد المذكورة آنفاً، كالمادة 1375 والتي تقضي بمسؤولية المستأجر قبل المؤجر عما يحدثه من يعيشون معه، أو ما يحدثه مستأجره من الباطن، من تلف في العين المؤجرة، وما جاء في المادة 1797 والتي تقضي بمسؤولية المقاول عن مستخدميهم في تشييد البناء، وما جاء في المادة 1994 من مسؤولية الوكيل إزاء الموكل عن فعل من أحله محله في تنفيذ الوكالة..... إلخ³.

كما استدل الفقه المؤيد لهذا المسلك على وجود هذه المسؤولية من خلال رجوعه إلى دراسة نصوص القانون الروماني، والزرع بأن هذا القانون عرف هو الآخر بعض الحالات للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذ كان يسأل المدين عن الضياع أو السرقة أو التلف التي تلحق بالأشياء التي سلمها له الزبائن جراء فعل عبيده و مستخدميه⁴، وأن القانون الروماني عالج هذا النوع من المسؤولية في دعوى Receptum ودعوى Couponum ودعوى NoturimReceptumStabulorium و تتعلق الدعوى الأولى بمسؤولية أصحاب الفنادق، وأما الدعوى الثانية فتتعلق بمسؤولية أرباب السفن، أما الدعوى الثالثة فتتعلق بمسؤولية أرباب الإسطبلات، وذلك حال تلف أو خراب الأمتعة الموضوعة في عهدتهم بفعل تابعيهم⁵.

غير أن هذا القول الذي جاء به الأستاذ Becque، والقاضي بازدواجية المسؤولية في دائرة المسؤولية عن فعل الغير، ووجود مبدأ عام في القانون المدني الفرنسي يقرر

¹ - د. عبد الباقي سوادى، مرجع سابق، ص 211 وما يليها، د. ريس محمد، مرجع سابق، ص 121، د. علي سليمان، مرجع سابق، ص 76.

² - Y. Buffelan- Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil*, SIREY, 11^{éd}t, p 754.

³ - د. علي سليمان، مرجع سابق، ص 76 وما يليها.

⁴ - H & L MAZEAUD et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T1, 6^{éd}t, p1141.

⁵ - A.SOAREC, *la responsabilité contractuelle pour autrui*, Thèse, Paris, 1932, p35.

مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير بشكل مستقل، إلى جانب المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير- وعلى الرغم من أنغالبية الفقه¹ انتصر له، وأيده، لموافقته القواعد العامة التي يقرها القانون المدني الفرنسي، فإنجانبا من الفقه قام بإنكار شديد لهذا المسلك، معتبرا أن القول بوجود هذا النوع من المسؤولية لا يعدو أن يكون مجرد فكرة خيالية لا وجود لها في الواقع، وحامل لواء هذا المسلك هو الفقيه الفرنسي René Rodiere الذي ذهب إلى القول بأنه لا وجود لأي شيء اسمه المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وأن هذه الفكرة التي يجهد الفقهاء أنفسهم، وعقولهم، لإيجاد سنداً قانونياً لها ليست إلا فكرة خيالية، لا وجود لها في الواقع، وقد عبر الأستاذ Rodiere عن موقفه هذا من خلال مقال له نشره عام 1952 في مجلة دالوز تحت عنوان (هل توجد مسؤولية عقدية عن فعل الغير)²، ادعى فيه أن الخطأ الشخصي للمدين فقط هو الذي يمكن أن يبرر مسؤوليته عندما لا يقوم بتنفيذ الالتزام نتيجة لفعل الغير الذي استعان به في التنفيذ³، وعليه فإنه "بدلاً من أن نبحث عن فعل الغير علينا أن نبحث عن فعل المدين الذي يكون موجوداً في جميع الفرضيات التي تطلق في الفقه للقول بقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير"⁴.

وفي سبيل إبرازه صور الخطأ الشخصي الذي يدعيه ذهب إلى القول " ...أن الخطأ الشخصي يتألف أحيانا من واقعة أن المدين أحل شخصا آخر محله في تنفيذ التزامه العقدي، ويتألف أحيانا أخرى من أن هذا المدين طلب من شخص آخر مساعدته في تنفيذ الالتزام، في الوقت الذي كان واجبه أن يقوم هو شخصياً بتنفيذ هذا الالتزام، كما يوجد الخطأ الشخصي إذا كانت عملية إقامة شخص مقام المدين صحيحة في ذاتها، لكن المدين أساء اختيار المساعد أو البديل، أو أساء الإشراف عليه، أو قصر في تزويده بالإرشادات والتعليمات اللازمة ..."⁵، ويرى هذا الفقيه أن ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1994

¹- من هؤلاء الفقهاء :

A.SOAREC : op.cit.p36

M.PLANIOL et G.RIPERT : Traité pratique de droit français ,T.VI. obligations,1932,p. 885.

B.STARK : Droit civil, obligations, 1972, p. 219

²- Rodière (R) : Y-a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? D.1952, p. 79.

³- د. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، مصر، ط 1986، ص 66 وما يليها .

⁴- د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 77.

⁵- د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 19 .

من القانون المدني الفرنسي فيه إشارة، ولو من بعيد، إلى هذا الرأي الذي يذهب إليه، إذ تقضي هذه المادة بمسائلة الوكيل عن أحله محله في تنفيذ أعمال الوكالة إذا لم يكن الوكيل مأذونا له في إنابة غيره، أو إذا أذن له في توكيل الغير، لكن كان النائب الذي اختاره معروفا بعدم الأهلية أو بالإعسار، فإذا ما قام الوكيل بتوكيل غيره دون أن يكون مأذونا له بذلك أو قام بتوكيل من عرف بالإعسار، أو عدم الأهلية، فإنه يكون مخطئا، مسئولا مسؤولية عقدية مباشرة عن خطئه¹، على هذا فإنه "إذا قام أحد العاملين لدى المدين بتخريب العمل فإن الخطأ الشخصي هو الذي يمكن التمسك به في مواجهة المدين، لأنه قد استأجر عاملا سينا لكي يقوم بتنفيذ الالتزام، ونفس الشيء في حالة حدوث سرقة من جانب المساعد على الأشياء التي تعهد المدين بتصديرها أو نقلها، فالخطأ هنا عالق بالمدين سواء في اختياره السيئ، أو في عدم قيامه بالرقابة على العامل"².

كما يرى هذا الفقيه من جهة أخرى، أن المدين قد يلزم أحيانا بالتعويض على الرغم من أن الضرر الذي أصاب الدائن لا ينسب إليه، وفي هذه الحالة يكون أساس التزام المدين ليس الخطأ، ولكن يكون الخطر الذي حمله به المشرع، فالأمر في هذا الوضع لا يتعلق بالمسؤولية ولكن بالضمان، ونفس الشيء بالنسبة لفعل الغير، فقد ينص المشرع في بعض الحالات على ضمان المدين لفعل الغير، ومن المتفق عليه أن هذا الأمر غير مقبول إلا في حالة النص الصريح من المشرع على ذلك، كما هو الحال بالنسبة لصنيع المشرع في المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي، فهذه القواعد خاصة بنوع معين من العقود، ولا تعطي ضمانا لكل الآثار الضارة لتصرفات أولئك الذين لم ينفذوا العقود على الوجه الصحيح، وإنما تغطي فقط الأضرار المسببة بواسطة بعض الأشخاص في بعض العقود³، وهكذا انتهى هذا الفقيه إلى نفي أي احتمال للاعتقاد بوجود مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي، معتبرا أن التطبيقات التشريعية الواردة في هذا القانون، و المتعلقة بهذا النوع من المسؤولية، لا تعدوا أن تكون مجرد استثناء، لا يرقى

¹ - د. علي حسن الذنون، المرجع نفسه، ص 2 .

² - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 68 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 69 وما يليها .

لتأسيس مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، و أن المسؤولية الناشئة بموجبها مسؤولية عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي للمدين¹.

ولم أجد من الفقهاء والشراح من ساند الأستاذ روديير فيما ذهب إليه - لاسيما بالنسبة لفقها العربي- غير الأستاذ محمود جمال الدين زكيالذي يقول في كتابه مشكلات المسؤولية المدنية " ... أما مسؤولية المدين في عدم تنفيذ الالتزام العقدي، ولو كان يرجع إلى خطأ من استخدمهم أو استعان بهم في تنفيذه، فهي مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن فعل الغير بحيث يتساوى في دائرة العلاقة العقدية فعل المدين وفعل من استخدمهم، فيكون خطئهم في تنفيذ العقد خطأ من المدين و تكون مسؤولية المدين عن الإخلال بالالتزامات العقدية في كل الأحوال مسؤولية شخصية، سواء عمد إلى تنفيذها بنفسه أو استعان في تنفيذها بغيره ... ولا توجد تبعاً لهذا مسؤولية عقدية عن فعل الغير² ".

غير أن هذا الموقف الذي روج له الأستاذ روديير بقي معزولاً، خاصة وأنه في إنكار هذا النوع من المسؤولية إعطاء فرصة للمدين للتملص من التزاماته الناشئة بموجب العقد عن طريق تكليف الغير بتنفيذها³.

و مهما يكن من الأمر، فإن جمهور الفقهاء في فرنسا - وعلى الرغم من عدم وجود نص يقرر المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل صريح - يذهبون إلى القول بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية⁴، إلا أن هذا لا ينفي اختلافهم في النص التشريعي الذي يمكن الاعتماد عليه لتأسيس هذا النوع من المسؤولية.

حيث ذهبت طائفة من أهل الفقه في فرنسا إلى القول بإمكانية استخلاص المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، في القانون المدني الفرنسي، ولو بصفة ضمنية، من مجموع التطبيقات التشريعية الواردة فيه، والتي تصلح للاستناد عليها كأساس قانوني

¹ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 18.

² - أ. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ط 1978، ص 47.

³ - P.JOURDAIN , *Les principes de la responsabilité civile*, 5 éd , D. 2000, p129.

⁴ - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 216.

لتقرير هذا المبدأ¹، على اعتبار أن هذه التطبيقات جميعها تشترك في تحميل المدين المسؤولية عن فعل الغير متى توفرت شروط هذه المسؤولية، والتي هي (وجود التزام عقدي في ذمة المدين، واستعانتها بالغير في تنفيذه، ما أدى إلى إخلال هذا الأخير بالتنفيذ)، مما يتيح القول بقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير في جميع الحالات التي تتوافر فيها هذه الشروط، دون قصرها على تلك التطبيقات التشريعية الواردة في القانون، لاسيما أنه بجانب هذه النصوص التي ينطبق كل واحد منها على عقد معين، ووفق حالات معينة، أورد المشرع المدني الفرنسي نصا عاما يذهب البعض من الفقهاء إلى إمكانية الاعتماد عليه كأساس لاستخلاص المبدأ العام لهذه المسؤولية، وهو نص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي. التي نصت على أن المدين بتسليم عين معينة بالذات مسؤول عن عدم تنفيذ التزامه بالمحافظة على الشيء قبل تسليمه، ليس فقط إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى خطئه هو بل كذلك إذا كان يرجع إلى خطأ من هو مسؤول عنهم²، فحكم هذا النص يمكن أن يتسع ليشمل جميع الحالات التي يتعهد فيها المدين بحفظ شيء معين وتسليمه لدائنه³.

أما الأستاذ بكييه فقد حاول أن يبرهن على وجود المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي، من خلال التفسير الواسع لنص المادة 1147 والتي تقضي بمسؤولية المدين عن عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر في تنفيذه، ما لم يثبت أن ذلك ناجم عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه⁴، فإدخال المدين للغير في تنفيذ الالتزام لا يمكن عده من قبيل السبب الأجنبي، وبالتالي فإن المدين مسؤول عن عدم التنفيذ الراجع إلى فعل البدلاء والمساعدين الذين استعان بهم في تنفيذ ما تعهد به للدائن.

¹ - د. عبد الباقي محمود سوادى، مرجع سابق، ص 212، د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 78.

² - تنص المادة 1245 من القانون المدني الفرنسي على مايلي:

« Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état ou elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celles des personnes dont il est responsable ... »

³ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 34 وما يليها، د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 78.

⁴ - وتنص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي على مايلي:

« Le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages, et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison de retard dans l'exécution toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ... »

هذا، وقد تبنى القضاء الفرنسي بعد صولات، وجولات، هو الآخر هذا المسلك فقضى في العديد من القضايا بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل مساعديه وبدلائه، فقضى مثلاً بمسؤولية مقاول البناء عن فعل مقاوليه من الباطن قبل رب العمل عن أخطاء هذا المقاول من الباطن¹، وقضى بمسؤولية صاحب المستودع في مواجهة العميل عن العيوب التي ارتكبها مقاول من الباطن مختص في إصلاح المركبة، وقضى أيضاً بمسؤولية مصنع السفن عن الخسارة التي سببها بديل حل محله في تنفيذ عقد إصلاح السفينة²، كما حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية وكالة السياحة والأسفار عن أفعال مقدمي الخدمات التي تعهد إليهم تنفيذ كل أو جزء من عقد السياحة التي يربطها بالزبون، فأثبتت مثلاً مسؤولية وكالة السياحة عن سقوط سائح من مصعد ألي في فندق³، وكذلك عن سقوط سائحة في سلم الفندق من دون أن تستطيع وكالة السياحة أن تثبت خطأ الضحية، أو خطأ الغير، أو القوة القاهرة⁴، كما ألزم هذا القضاء وكالة السياحة بالتعويض عن عدم قدرة شركة الطيران نقل السياح إلى مكان الصيد بسبب عطل الطائرة، و بسبب الضرر الذي لحق بالسائح جراء عضة سمك كان يجدر بصاحب المركب أن يمنعه من اصطيادها⁵، وقد امتدت يد القضاء الفرنسي إلى تطبيق أحكامه المسؤولية حتى في مجال المنازعات الطبية، فقضى بمسؤولية الطبيب قبل المريض عن الأضرار التي لحقت هذا الأخير نتيجة أعمال و تصرفات من أناط به الطبيب تنفيذ التزاماته⁶.

¹ - Civ. 8 mai 1961, Bull, 1961, I, n, 424, p 335 .

² - د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2001 ص 79.

³ - Civ. 1^{er}, 3 mai 2000, D. 2001. 670.

⁴ - Civ. 1^{er}, 02 nov . 2005, Juris-Data n° 2005-030520 .

⁵ - د. دلال يزيد، الحماية القانونية للسائح في ضوء عقد السياحة، دفاتر السياسة والقانون، العدد 11 جوان 2014، ص 142 .

⁶ - Cass, Civ. 20 mai 1936, D.1936.1.88

المطلب الثاني: التشريعات التي أقرت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير

وتنقسم هذه التشريعات بدورها إلى قسمين، تشريعات أقر المشرع فيها مبدأ مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بجهدهم في تنفيذ التزاماته بصفة صريحة ومباشرة، وتشريعات اقتصر المشرع فيها على الإشارة إلى هذا المبدأ بصورة ضمنية وغير مباشرة، وعلى هذا فسأعمل على تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، التشريعات التي أقرت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل مباشر وصريح (فرع أول)، التشريعات التي أقرت المسؤولية العقدية عن فعل الغير بدلالة الإشارة (فرع ثاني).

الفرع الأول: التشريعات التي أقرت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل مباشر وصريح

لقد كان التشريع المدني السويسري أول التشريعات المدنية اعترافاً بالمبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذ نص بصورة واضحة ومباشرة في المادة 115 من قانون الالتزامات الصادر عام 1881م عن هذا النوع من المسؤولية بصفة مستقلة ومتميزة عن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير¹، وقد تم تأكيد هذا المسلك في هذا البلد بصدور قانون الالتزامات السويسري عام 1911م، والذي نص في المادة 101 منه على أن "كل من عهد ولو بصفة مشروعة إلى مساعدين يعملون معه، أو مستخدميه أمر تنفيذ التزام، أو ممارسة حق مشتق من التزام يكون مسؤولاً قبل الطرف الآخر عما قد يقع منهم من ضرر أثناء تأدية وظائفهم"²، فهذا النص واضح في جعله الأضرار التي تصدر من الغير بصدور تنفيذ التزامات المدين سبباً موجباً لقيام مسؤولية المدين في مواجهة دائنه عن أفعال هذا الغير، سواء اتخذ تدخله في تنفيذ الالتزام صورة البديل، أو صورة المستخدم، أو صورة المشارك للمدين في الانتفاع بحق من حقوقه الناشئة عن العقد.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 23 وما يليها .

² - تنص المادة 101 من قانون الالتزامات السويسري على ما يلي:

« Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. »

وعلى مثل هذا المسلك سار المشرع المدني في ألمانيا، إذ نجد التفريق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في مجال المسؤولية عن فعل الغير يظهر بشكل واضح في نصوص القانون المدني الألماني¹، والذي خص كل مسؤولية منها بنص خاص، يقرر من خلاله المبدأ العام المتعلق بها، فكما قرر هذا القانون المبدأ العام لمسؤولية المتبوع تقصيرياً عن فعل تابعه في المادة 831 من القانون المدني الألماني - و التي نصت على أن الشخص الذي يكلف شخصاً آخر بعمل معين يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه للغير خلال قيامه بهذا العمل² - قرر بجانبه المبدأ العام لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره، فنص في المادة 278 من نفس القانون على "مسؤولية المدين عن خطأ نائبه القانوني وعن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، كما لو كان ذلك ناتج عن خطئه الشخصي"³، فهذا النص يؤسس بوضوح لمبدأ عام يقضي بمسائلة المدين عقدياً عن أخطاء وكلائه القانونيين وأخطاء مساعديه الناجمة عن الإخلال بقانون العقد، حتى وإن لم يصدر منه أي خطأ شخصي⁴، وأيضاً من التشريعات المدنية الغربية التي نص المشرع فيها بصورة مباشرة وصريحة على هذا المبدأ، قانون الالتزامات البولندي الصادر عام 1934م، - والذي جعل الفعل أو الامتناع الذي يصدر عن الأشخاص الذين يوكل لهم المدين مهمة تنفيذ التزاماته بمثابة الفعل أو الامتناع الذي يصدر من المدين نفسه، كما تبين ذلك المادة 241⁵ من هذا القانون- ومن بين هذه التشريعات نجد أيضاً، القانون المدني الإيطالي الذي لم يهمل واضعوه هو الآخر النص

¹ - لقد تم وضع هذا القانون سنة 1896م وبدأ العمل به سنة 1901م .

² - تنص المادة 831 من القانون المدني الألماني على ما يلي: « Celui qui emploie une autre personne pour une fonction est tenu de réparer le dommage que celle-ci a causé de façon illicite dans l'exercice de ses fonctions »

³ - تنص المادة 278 من القانون المدني الألماني على ما يلي :

« Le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celle des personnes dont il se sert pour l' exécution de son engagement, dans la même mesure que s' il s' agissait de sa faute personnelle. »

⁴ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 97 ، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 19.

⁵ - تنص المادة 241 من قانون الالتزامات البولندي على ما يلي: « Le débiteur ne peut pas se prévaloir du fait qu' une autre personne a été chargée de l'exécution de l'obligation même d'une manière licite même du fait que l'obligation contractée en son nom devait être exécutée par son représentant légal. répond des actions et abstentions de ces personnes comme de ses propres actions et abstentions »

على مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يوكل لهم مهمة تنفيذ التزاماته، إذ يقرر هذا المبدأ بكل وضوح من خلال المادة 1227 التي تنص على مسؤولية المدين عن فعل الغير الذي استعان به في تنفيذ التزاماته ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك¹.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، فقد ذهب المشرع في بعض دول عالمنا العربي هو الآخر إلى تبني هذا المسلك من خلال نصه بصفة صريحة ومباشرة على المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، في القوانين المدنية لهذه الدول، فهذا المشرع السوداني ينص في الفقرة الأولى من المادة 200 من قانون المعاملات المدنية على أن "يكون المدين مسؤولاً عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدية"²، فهذا النص في غاية الصراحة والوضوح في تحميل المدين بالالتزام العقدي المسؤولية متى ما كان الإخلال بأحد الالتزامات التي يربتها العقد في ذمته يرجع إلى أخطاء من استخدمهم في تنفيذ تعهداته اتجاه دائئه، ومن القوانين العربية التي اقتفى المشرع فيها هذا المسلك أيضاً، نجد القانون المدني لما كان يسمى بجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية، إذا نص المشرع فيه عن المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير من خلال المادة 667 من القانون المدني التي جاء فيها "يسأل المدين أيضاً عن خطأ ممثله القانوني، وكذلك عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه ولو لم يكونوا تابعين له يأترون بأوامره، مسؤوليته عن أخطائه الشخصية، متى صدر خطأ هؤلاء أثناء تأدية وظيفتهم أو بمناسبةها"³.

غير أن ما يمكن تسجيله في هذا الصدد هو ذلك الاختلاف الكائن بين كل من القانون الألماني والقانون الإيطالي وكذا القانون السوداني والقانون اليمني من جهة، و القانون السويسري من جهة أخرى، من حيث الاعتداد بخطأ الغير كشرط ضروري لقيام مسؤولية المدين، أم أن مجرد فعل الإخلال الصادر من الغير وإن لم يشكل خطأ يكفي لقيام هذه المسؤولية، ففي حين يقرر النص الألماني والقوانين التي نحت منحاه، أن مساءلة المدين

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 26. تنص المادة 1227 من القانون المدني الإيطالي على مايلي:

« Sauf volonté contraire des parties, le débiteur qui dons l'accomplissement de l'obligation se sert du travail d'un tiers, répond aussi des faits frauduleux ou coupables de celui-ci »

² - د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 508 .

³ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 42 .

لا تثور إلا إذا كان فعل الإخلال الصادر من الغير يشكل خطأ، نجد النص السويسري يقرر أن المدين بالالتزام العقدي يساءل في مواجهة دائنه عن فعل الإخلال الصادر من الغير دون الالتفات إلى سلوك هذا الغير هل يشكل خطأ أم لا.

الفرع الثاني: التشريعات التي أقرت المسؤولية العقدية عن فعل الغير بدلالة الإشارة
إذا كان المشرع المدني في بعض الدول نص صراحة على المبدأ العام لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل من استعان بهم في تنفيذ ما التزم به، و في بعض الدول اقتصر فقط على إيراد بعض التطبيقات التشريعية لهذا النوع من المسؤولية بمناسبة تنظيمه لبعض العقود كما بينا ذلك آنفاً، فإن المشرع المدني في دول أخرى سلك مسلكاً مغايراً، إذ أنه إضافة لإيراده بعض التطبيقات التشريعية لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره، أورد نصاً عاماً يقرر من خلاله المبدأ العام لهذه المسؤولية، ولكن بصورة ضمنية وغير مباشرة، وعلى رأس التشريعات المدنية التي سلك المشرع فيها هذا المسلك، نجد القانون المدني المصري و القانون المدني الجزائري، والذي سنعرض لمواقفهما من المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير فيما يلي :

1- التطبيقات التشريعية لمسؤولية المدين عن فعل الغير في هذه القوانين:

أورد المشرع المدني الجزائري، وكذا المشرع المدني المصري، عدة نصوص تشريعية، تمثل حالات تطبيقية لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير، أوجزها فيما يلي:
عقد الوكالة: نصت المادة 580 ف01 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 708 ف01 من القانون المدني المصري، على ما يلي (إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة، دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل صدر منه هو، ويكون الوكيل والنائب في هذه الحالة متضامنين في

المسؤولية)¹، فهذا النص يقرر بصراحة مسؤولية الوكيل إزاء الموكل عن الخطأ الصادر من النائب إذا لم يكن للوكيل سلطة إحلال غيره في تنفيذ الوكالة، وهذه المسؤولية التي أناطها المشرع بذمة الوكيل مسؤولية عقدية عن فعل الغير من دون أدنى شك²، كما يذهب إلى ذلك أغلب الفقه³.

عقد المقاولة: وقد نصت المادة 564 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 661 من القانون المدني المصري، على أنه (يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملمته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعه من ذلك شرطا في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي اتجاه رب العمل). فنص هذه المادة صريح في الدلالة عن قيام مسؤولية المقاول الأصلي نحو رب العمل عن أفعال المقاول الفرعي⁴، متى ما صدر من هذا الأخير إخلال بأحد الالتزامات التي رتبها عقد المقاولة، وهذا على أساس أن الافتراض قائم على أن كل الأخطاء الصادرة من المقاول الفرعي تعتبر في نظر رب العمل صادرة من المقاول الأصلي، وبالتالي يكون مسؤولا عنها تجاهه⁵، ولا يختلف شراح القانون المدني ودارسوه في الجزائر، على أن هذه المسؤولية المنوط بذمة المقاول

¹ - أما بالنسبة لعقد الوكالة في بعض القوانين العربية، فإنها تمنع الوكيل من توكيل غيره من الباطن إلا بإذن خاص من الموكل، وعلى هذا فإنه لا يمكن تصور قيام مسؤولية عقدية عن فعل الغير بالنسبة لعقد الوكالة في هذا النوع من القوانين، من هذه القوانين، القانون المدني العراقي الذي نص في المادة 339 منه على أنه (ليس للوكيل أن يوكل غيره إلا أن يكون قد أذن له الموكل في ذلك أو فوض الأمر لرأيه) .

² - أعراب بلقاسم، شروط الإعفاء من المسؤولية المدنية، مذكرة ما جستير، الجزائر 1984، ص 58، د. رايس محمد، مرجع سابق، ص 128، د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 78، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 669، د. عامر عاشور البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2013 ص 178، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 163.

³ - يذهب بعض الفقه المصري إلى عد المسؤولية الناشئة عن إحلال الوكيل لغيره في تنفيذ عقد الوكالة من دون ترخيص الموكل، مسؤولية عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي. انظر المستشار أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 230.

⁴ - يرى الأستاذ محمد رايس أن نص المادة 564 من القانون المدني كما تصلح للاستدلال بها لتقرير جواز استعانة المقاول الأصلي بمقاول فرعي، كذلك تصلح للاستدلال بها على جواز استعانتها بأيا كان من المساعدين الآخرين، وفي كل الأحيان يبقى مسؤولا عن الأخطاء التي تصدر منهم في مواجهة رب العمل، وهذا طبعاً على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص 129.

⁵ - د. بجاوي مدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة نقدية وتحليلية، دار هومه، الجزائر، ط 2008، ص 145، برجم صليحة، عقد المقاولة الفرعية، ماجستير، الجزائر 2009، ص 101 وما يليها .

الأصلي تدخل ضمن نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير¹، لا ضمن نطاق مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، ذلك أن المقاول الفرعي لا يمكن عده تابعا للمقاول الأصلي، على اعتبار أنه يقوم بتنفيذ أعمال المقاولة الفرعية بصورة مستقلة عن المقاول الأصلي، أي من دون أن يخضع للإشراف والتوجيه المباشر لهذا الأخير، ما يعني انتفاء شرط التبعية الذي يعتبر أحد الأسس والمقومات الضرورية لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل التابع²، وعلى هذا فإن العلاقة التي تربط أحدهم بالأخر، أي المقاول الأصلي بالمقاول الفرعي، هي علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة الفرعي³.

عقد الإيجار: نصت المادة 483 ف 02 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 517 ف 02 من القانون المدني المصري، على أنه (..... لا يقتصر ضمان المؤجر عن الأفعال التي تصدر منه ومن تابعيه، بل تمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق من المؤجر...) فهذه الفقرة من هذه المادة تحيلنا إلى نوعين من أنواع المسؤولية المنوط بذمة المؤجر، الأولى وهي مسؤولية عقدية عن الفعل الشخصي، وتكون في حالة التعرض القانوني الصادر من مستأجر آخر، أو ممن تلقى الحق من المؤجر، أما الثانية فهي مسؤولية عقدية عن فعل الغير وتختص بضمان المؤجر للأفعال التي تصدر من تابعيه⁴، كما في حالة رفض البواب تسليم المستأجر الرسائل الخاصة به، أو الخاصة بالأشخاص الذين يقيمون عادة معه، أو كما في حالة تفوه البواب بالسب والإهانة للمستأجر، أو حالة الامتناع عن فتح باب العمارة له، غير أن ما يجب التنبيه عليه في هذا المقام، هو أن مفهوم التبعية الوارد في المادة أعلاه لا يؤخذ من مفهوم التبعية المعروفة في مسؤولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه، إذ أن مناط التبعية

¹ - زروقي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، ماجستير، الجزائر 1978، ص 30، د. علي علي سليمان مرجع سابق ص 77، أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 58، أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 2014، ص 844، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 668، د. ريس محمد، مرجع سابق، ص 129.

² - د. حسن حسين البراوي، مرجع سابق، ص 180.

³ - كركوري مباركة حنان و د. هميسي رضا، المسؤولية المدنية المزدوجة لوكالة السياحة والأسفار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 17، ص 12.

⁴ - زروقي الطيب، مرجع سابق، ص 30، ويلاحظ بهذا الصدد أن الغرض الأساسي من إيراد المشرع لهذه المادة، لم يكن النص على مسؤولية المؤجر عن الأفعال التي تصدر من تابعيه، بل أن الغرض الأساسي الذي كان يرمي إليه المشرع، هو التنصيص على مسؤولية المؤجر عن التعرض الذي يصدر من مستأجر آخر، أو ممن تلقى الحق من المؤجر، وهذا راجع والله أعلم، كون مسؤولية المؤجر عن تابعيه ثابتة من خلال القواعد العامة للمسؤولية العقدية خصوصا نص المادة 178 ف 02.

هنا لا يتحدد على أساس خضوع التابع لإشراف وتوجيه المؤجر، و إنما يتحدد من خلال الصلة التي تربطه بالمؤجر، بحيث لولا وجود هذه الصلة لما أتيحت الفرصة للتابع أن يأتي الفعل الذي أخل بانتفاع المستأجر¹.

مسؤولية أصحاب الفنادق: جاء في المادة 599 ف02 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 727 ف02 من القانون المدني المصري، ما يلي (... وكذلك يكونوا مسئولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين عن الفندق...)، وهذه المادة تشير إلى مسؤولية صاحب الفندق عن السرقات أو الأضرار التي تلحق أمتعة النزلاء بواسطة تابعيه، أو بواسطة أشخاص يترددون عن الفندق، وهيتعد إحدى التطبيقات التشريعية لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير²، غير أن مايلزم الإشارة إليه في هذا المقام أيضاً، هو ذلك الفرق الكائن بين كل من مسؤولية صاحب الفندق عن تابعيه، والتي هي تطبيق عادي للمبدأ العام القاضي بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، وبين مسؤوليته عن الأشخاص المترددين عن الفندق، والذين تعد أفعالهم في الأصل من قبيل فعل الغير الذي من شأنه نفي المسؤولية عن صاحب الفندق، غير أن المشرع نص استثناء على مسؤولية صاحب الفندق في هذه الحالة³.

ومن التطبيقات التشريعية لمبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير الواردة في غير القانون المدني الجزائري، ما جاء في المادة 21 من القانون رقم 06/99 الذي يحدد القواعد العامة التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار، والتي نصت على أن (تكون وكالة السياحة والأسفار مسؤولة عن كل ضرر يتعرض له الزبون مترتب على عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي لالتزاماتها، وكذا كل ضرر آخر ناتج عن أي مقدم خدمات تلجأ إليه الوكالة عند انجاز الخدمات المتفق عليها)، فمن خلال نص هذه المادة، يتضح لنا أن مسؤولية وكالات

¹ - د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام عقد الإيجار، شركة الزهراء، بغداد، ط2002، ص 100.

² - د. عليعلي سليمان، مرجع سابق، ص 77. د. عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص 148.

³ - د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 771، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 148، يجدر التنبيه أن بعض أهل الفقه يرى أن مسؤولية صاحب الفندق عن الأشخاص المترددين عن الفندق هي مسؤولية شخصية، ترجع إلى خطأ صاحب الفندق في المراقبة، انظر د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 84.

السياحة والأسفار لا تقف عند أخطائها الشخصية فقط، بل تتعداها إلى أخطاء الغير الذي تستعين به في تنفيذ عقد السياحة والأسفار، إذ غالبا ما تعهد هذه الوكالات بتنفيذ بعض التزاماتها إلى أشخاص آخرين، ليحلوا محلها في أداء كل أو بعض الخدمات السياحية التي تضمنها عقد السياحة، (كالمرشد السياحي، أو الفندق، أو الناقل، أو المترجم)، فإذا ما صدر عن أحد هؤلاء خطأ أثناء أداء المهام الموكلة إليه، وألحق ضررا بالزبون قامت مسؤولية الوكالة السياحية قبل هذا الزبون عن هذه الأضرار، وإن لم يصدر منها أي خطأ شخصي¹.

2- النص العام:

اختصت هذه القوانين عما سواها من القوانين المدنية بإيراد المشرع المدني لنص عام قد يستخلص منه المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، ولو بدلالة الإشارة، هذا النص هو ما ورد في المادة 178 ف 02 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 217 من القانون المدني المصري، وقد جاء فيها (..... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا ما كان ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه ...)، فعلى الرغم من أن هذه المادة تتعلق أصلا بحالات الإعفاء و التحديد من المسؤولية العقدية²، إلا أن دارسوا القانون المدني وشراحه في الجزائر، و في مصر يكادون يجمعون على أن المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير يمكن استخلاصه مما جاء في الفقرة الثانية منها، و التي أشارت ضمنا وبصورة غير مباشرة لهذا المبدأ عن طريق مفهوم المخالفة، فيرى الشراح أنه مادام أن المشرع أجاز للمدين أن يشترط على الدائن إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، و الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص استعان بهم في تنفيذ التزاماته، فإن معنى هذا أن

¹ - كركور مباركة حنان، هميسي رضا، مرجع سابق، ص 8 ومايليها .

² - د. عادل علي المقدادي، مسؤولية الناقل البري في نقل الأشخاص، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ط 1997 ص 146، زروقي الطيب، مرجع سابق، ص 28 .

الأصل هو مسؤولية المدين قبل الدائن عن جميع أخطاء هؤلاء الأشخاص، وإلا لما كان للسماح له اشتراط إعفاء نفسه من المسؤولية عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع منهم أي معنى¹، وهذا الرأي هو الذي نميل إليه، بل أننا نذهب إلى ما يذهب إليه بعض الشراح، والذي يرى أن المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير مفترض ضمن المبدأ العام لمسؤولية المدين العقدية عن الإخلال بالالتزام العقدي المنصوص عليه في المادة 176 من القانون المدني والتي تقابلها المادة 215 من القانون المدني المصري، والتي تقرر أن المدين بالالتزام العقدي يتحمل مسؤولية تعويض الضرر في جميع الحالات التي يثبت فيها عدم تنفيذه للالتزام، ما لم يكن ذلك راجعا لسبب أجنبي لا يد له فيه، بمعنى أننا إذا عكسنا المفهوم الوارد في هذه المادة لكان المعنى كالتالي، ما لم يكن عدم تنفيذ الالتزام المنوط بذمة المدين راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإن المدين يكون مسؤول قبل الدائن عن أي إخلال بهذا الالتزام، وبصرف النظر عما إذا كان هذا الإخلال راجع إلى خطئه الشخصي، أو إلى خطأ الغير الذي استعان به في تنفيذ الالتزام².

¹ - د. رايس محمد، مرجع سابق، ص 127، د.علي علي سليمان ، مرجع سابق، ص 78. بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 57، زروقي الطيب، مرجع سابق ص 28. حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي في القانون المدني الجزائري واجتهادات المحكمة العليا الجزائرية، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد 2013/3 متاح على الموقع الإلكتروني www.majalah.new.ma ، بتاريخ 06 يناير 2013، برحم صليحة، مرجع سابق، ص 101 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 108.

المبحث الثاني مفهوم مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير

إن الحديث عن مفهوم مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته، يدعونا إلى الاعتناء بأمرين اثنين، أولهما هو تحديد مضمون هذه المسؤولية عند فقهاء القانون المدني، والذي لا يكون إلا من خلال استظهار شروط قيامها، وبيان معايير تميزها عما شابهها من المسؤوليات، كالمسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، والمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، وثانيهما هو تحديد نطاق هذه المسؤولية، والذي لا يكون هو أيضاً إلا من خلال رسم الإطار الذي تثار ضمنه، والحدود التي تنتهي إليها، وعلى هذا ساقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين، أخصص الأول منهما لتحديد مضمون المسؤولية العقدية عن فعل الغير، في حين أخصص الثاني منهما لبيان نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

المطلب الأول: مضمون مسؤولية المدين عن فعل الغير

إن تحديد مضمون مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ ما التزم به في مواجهة دائنه، لا يتأتى إلا من خلال استظهار جملة الشروط التي عددها الفقهاء لقيام هذا النوع من المسؤولية، (فرع أول)، وكذا تميز هذه المسؤولية عما شبهها من الأوضاع، (فرع ثاني) .

الفرع الأول: شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير

إن الوقوف على جملة الشروط التي تنعقد بها مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لا يتأتى إلا عبر فحص التطبيقات التشريعية الواردة في القانون المدني، والتي نص فيها المشرع صراحة على تحميل المدين بالالتزام العقدي المسؤولية قبل الدائن جراء فعل الإخلال الصادر عن هؤلاء الأشخاص، ومقارنة بعضها ببعض، في محاولة لاستخلاص ما اشترك من شروط بين هذه التطبيقات، مما يتيح لنا بعد ذلك القول بأن الإرادة التشريعية تتجه لتحميل المدين المسؤولية العقدية عن فعل الغير الذي استعان به، كلما تحققت مجموعة معينة من

الشروط، وعلى هذا فسأعرض أولاً لبيان تلك النصوص التي أوردتها المشرع والتي حمل من خلالها المدين المسؤولية عن فعل الإخلال الصادر ممن استعان بجهودهم في تنفيذ التزاماته العقدية، ومن ثم محاولة استخلاص الشروط المشتركة بين هذه النصوص.

أبدأ استعرض النصوص التي أوردتها المشرع وحمل المدين بمقتضاها المسؤولية جراء الأخطاء التي يرتكبها الغير بمناسبة تنفيذ العقد بما جاءت به المادة 564 من القانون المدني والمتعلقة بعقد المقاوله من الباطن التي تنص على أنه (يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرطاً في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل) تفترض هذه المادة قيام عقد صحيح بين رب العمل والمقاول (عقد مقاوله) يتحمل هذا الأخير بموجبه تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا ما أوكل المقاول أمر تنفيذ هذه الالتزامات إلى مقاول فرعي كان مسؤولاً قبل الدائن عما يرتكبه هذا المقاول الفرعي من أخطاء أثناء عملية التنفيذ، وأيضاً من هذه النصوص ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 580 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي (إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له في ذلك كان مسؤولاً عما فعل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية.....) فهذه المادة تفترض هي الأخرى قيام علاقة عقدية بين الوكيل والموكل (عقد وكالة) يلتزم من خلالها الوكيل بإبرام تصرف قانوني نيابة عن الموكل، فإذا ما أناب هذا الوكيل غيره لتنفيذ هذا التصرف من غير أن يملك سلطة إحلال الغير، أي من غير أن يكون مرخصاً له في تنفيذ أعمال الوكالة، قامت مسؤولية هذا الوكيل إزاء الموكل عن الخطأ الصادر من النائب، وكذلك من التطبيقات التي جاء بها المشرع في هذا المضمار ما قضت به المادة 599 من القانون المدني والمتعلقة بعقد الفندقية، والتي جاء فيها (يكون أصحاب الفنادق والنزل ومن يمثّلهم من الأشخاص مسئولين عن الأشياء التي يودعها عندهم المسافرون والنزلاء الذين ينزلون عندهم مع وجوب المحافظة عليها، إلا إذا أثبتوا أن أسباب الضياع كانت طارئة، أو حصلت في ظروف قاهرة أو بسبب خطأ المودع، أو لعيب في الشيء المودع، وكذلك

يكونون مسئولين سواء عن السرقة أو الضرر الذي لحق أمتعة المسافرين والنزلاء أو السرقة التي تقع بسبب تابعيهم أو بسبب المترددين على الفندق.....) فهذه المادة تشير إلى مسؤولية صاحب الفندق قبل الزبائن الذين ارتبط معهم عقدياً عن السرقات والأضرار التي تلحق أمتعهم بسبب تابعيه، أو بسبب الأشخاص الذين يترددون عن الفندق، ومن هذه التطبيقات ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 483 من القانون المدني، المتعلقة بعقد الإيجار والتي جاء فيها(.....ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر) فدلالة هذه المادة على تحميل المسؤولية للمؤجر عن أفعال تابعيه متى ما صدر من أحدهم تعرض للمستأجر حال دون انتفاعه بالعين المؤجرة لا تحتاج إلى بيان.

تمكن الفقهاء من خلال النظر و الاستقراء لهذه النصوص من ملاحظة أن هذه التطبيقات التشريعية تشترك جميعها في ترتيب قيام مسؤولية المدين بالالتزام العقدي قبل دائنه عن فعل الإخلال الصادر من الغير الذي استعان به في تنفيذ التزاماته متى ما توفرت شروط ثلاث، هي كالاتي:

1- وجود عقد صحيح يربط الدائن بالمدين :

من خلال مراجعة وفحص التطبيقات التشريعية الانفة الذكر يمكن وبسهولة ملاحظة أن السمة السائدة بين جميع هذه التطبيقات هي قيام رابطة عقدية تجمع بين كل من شخص المسؤول عن فعل الغير (المدين) وشخص المضرور (الدائن)، فالمقاول الأصلي يرتبط عقدياً مع رب العمل بمقتضى عقد مقاوله، والوكيل يرتبط عقدياً مع موكله بموجب عقد وكالة، و صاحب الفندق يرتبط عقدياً مع الزبون بموجب عقد فندقية (عقد وديعة)، وكذلك هو الشأن بالنسبة للمؤجر مع مستأجره، الذي يربطه به عقد إيجار، ما يعني اشتراك جميع هذه النصوص التي أوردها المشرع - كتطبيق لحالة قيام مسؤولية المدين عن أخطاء من استعان بهم في تنفيذ التزاماته - في اشتراطها لوجود عقد قائم يربط و ينظم العلاقة بين المدين و دائنه، ما يسوغ لنا معه القول بأن مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير لا تجد

السبيل لقيامها إلا بوجود عقد صحيح يربط بين المدين المسؤول عن فعل الغير والدائن المضرور.

و الحقيقة أن هذا الاستنتاج تستدعيه قواعد المنطق، إذ لما كانت هذه المسؤولية متفرعة عن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي¹، كان من البديهي اشتراط وجود رابطة عقدية تجمع الدائن بالمدين لقيامها، فمن دون تحقق هذه الرابطة لا يمكن الحديث عن المسؤولية العقدية أصلاً²، سواء ما قام منها على أساس الخطأ الشخصي، أو ما قام منها على أساس خطأ الغير، وفي هذا المعنى يقول الأستاذ علي فيلاي " لا مجال للمسؤولية العقدية إلا إذا قامت في إطار العلاقة العقدية، وبعبارة أخرى يجب أن يكون المتعاقد المدين أو الغير إذا كان تابعا له هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام، أي هو الذي أخل بالالتزامات التي تحملها بموجب العقد من جهة، وأن يكون المتضرر هو المتعاقد معه أي الدائن من جهة أخرى"³، وعلى هذا فإنه لقيام مسؤولية المدين عن فعل من يستعين به، أو يحله محله في تنفيذ الالتزامات التي تحملها بموجب العقد، لا بد من وجود رابطة عقدية مسبقة تجمععه - أي المدين - بالدائن المضرور⁴، إذ أن المجال الطبيعي لإثارة هذا النوع من المسؤولية هو المجال العقدي فقط، وهذه الرابطة التي تجمع المدين بالدائن تعد العنصر الرئيس للتمييز بين نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير ونطاق المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير (مسؤولية المتبوع عن فعل التابع)، هذه الأخيرة التي تجد السبيل لقيامها بين شخص المضرور وشخص المسئول عن فعل الغير، من دون أي حاجة لأن تجمع بينهما علاقة

¹ - د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية العربية و الأجنبية معززة بأراء الفقه و أحكام القضاء، دار تاراس، كردستان العراق، ط2006 ص 229 .

² - د. أكرم محمود حسين، مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد 10، 2001، ص82، بن محاد لحضيري وردية، مسؤولية الموثق المدنية عن أفعال تابعيه، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، العدد 2، 2011، ص47 .

³ - أ. علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موقم للنشر، الجزائر، طبعة 2012 ص26.

⁴ - د. حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي في القانون الجزائري و اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية، بحث منشور في مجلة الفقه و القانون، العدد 3 / 2013، موقع www.magelah.new.ma بتاريخ 06 يناير 2013.

عقدية مسبقة¹، بل أنها لا تجد السبيل لقيامها إلا في حالة انعدام الرابطة العقدية بين شخص المضرور والمسئول عن فعل الغير.

هذا، وإذا كان الفقه يشترط لقيام مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير وجود رابطة عقدية صحيحة تربط الدائن بالمدين، فإن مثل هذه الرابطة لا ضرورة لوجودها بين المدين والغير الذي تدخل في تنفيذ الالتزام لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بل أن وجود مثل هذه الرابطة أو انعدامها لا أثر له على تحديد طبيعة هذه المسؤولية أو على قيامها، فالمدين يساءل عن فعل البديل الذي أوكل له تنفيذ التزاماته، ويساءل عن فعل المساعد الذي وقف إلى جانبه في تنفيذ الالتزام، بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تجمعها بينهما، أكانت علاقة عقدية، كما في حالة المقاول مع المقاول الفرعي، أو المستأجر مع المستأجر الفرعي، أو المقاول مع عماله، أو كانت علاقة غير عقدية، كما في حالة مسؤولية المستأجر عن أفعال أفراد منزله، فقيام مثل هذه الرابطة أو انعدامها بين المدين والغير الذي استعان به، لا يلعب أي دور في إثارة المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بل قد تتوافر مثل هذه الرابطة بين المسئول عن فعل الضرر و الغير، وتكون على الرغم من ذلك المسؤولية مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير (مسؤولية المتبوع عن فعل التابع) مما يستدعي إثارة المادة 136 من القانون المدني، و على هذا فالذي أركز عليه هو أن الأمر الذي يجب الوقوف عنده للقول بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو التأكد من قيام علاقة عقدية صحيحة تجمع المدين المسئول عن فعل غيره بالدائن المتضرر من فعل الغير.²

فإثارة هذا النوع من المسؤولية يستدعي إذن وجود عقد، ما يعني توافق كل من إرادة الدائن والمدين على إحداث أثر قانوني، كما يستدعي صحة هذا العقد، ما يعني أيضاً أن هذا العقد تحققت شروطه وتكاملت أركانه، وعليه فإن الحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يسوغ، لا في المرحلة التي تسبق التعاقد (مرحلة التفاوض) ولا في المرحلة

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 65 .

² - د. علي حسن الذنون ، مرجع سابق، ص 49 وما يليها .

التي تعقب تنفيذ العقد، وكذلك لا يسوغ الحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا كان العقد باطلاً أو قابل للإبطال وتقرر إبطاله.

2- استعانة المدين بالغير لتنفيذ التزاماته العقدية:

بالرجوع مرة أخرى إلى التطبيقات التشريعية التي سبق الوقوف عليها، ومن خلال أعمال النظر فيها، يظهر بوضوح اشتراك هذه التطبيقات في مقوم آخر من المقومات التي يعدها الفقهاء كشروط لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، والذي هو استعانة المدين بغيره في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، فالمقاول في عقد المقاولة من الباطن يوكل إلى المقاول الفرعي أمر تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاولة، والوكيل ينيب الوكيل الفرعي عنه (النائب) في تنفيذ أعمال الوكالة التي حددها عقد الوكالة، وصاحب الفندق يستعين بالاتباع في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد الذي يجمعه بالزبون، والمؤجر يستعين هو أيضا بتابعيه في تنفيذ ما تمخض عن عقد الإيجار من التزامات وهكذا، مما ينبئك أن مسؤولية المدين لا تثور إلا إذا كان تدخل الغير في تنفيذ الالتزام بناء على تكليف المدين، إذ من دون أن يعهد المدين إلى الغير أمر تنفيذ ما التزم به، أو على الأقل مساعدته في تنفيذه، لا يمكن الحديث عن هذا النوع من المسؤولية، ما يعني أنه في كل العقود التي يلتزم المدين فيها بإنجاز ما التزم به بنفسه لا يسوغ الحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير،¹ ذلك أن مثل هذه المسؤولية إنما تقام على أساس إدخال الغير في تنفيذ الالتزام الذي تحمله المدين بموجب العقد، ودراسة هذا الشرط تقتضي التعرض لنقطتين أساسيتين:

2.1- دور إرادة المدين في إدخال الغير:

يعتبر هذا الشرط من هذا الجانب أساس التمييز بين حالة السبب الأجنبي الذي يعفى المدين بموجب تحققه من المساءلة عن فعل الغير (المتدخل)، وبين حالة قيام مسؤوليته عن هذا الغير، إذ أن تدخل الغير لتنفيذ ما تحمل المدين من التزامات بموجب العقد لا بد أن يكون بناء على طلب المدين وبموافقته²، حتى يرتب مسؤولية هذا الأخير عن الضرر

¹ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 48 .

² - د. ريس محمد، مرجع سابق، ص 125 .

الحاصل للدائن جراء فعل الإخلال الصادر من الغير، أما إذا كان تدخل الغير من تلقاء نفسه، و من دون تكليف المدين له، عد هذا التدخل من قبيل السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى إعفاء المدين من المساءلة العقدية عن الإخلال بالالتزام العقدي الذي أناطه العقد بذمته، وبالتالي لم يكن للدائن الحق في الرجوع عليه بالتعويض، وهذا ما تقرره المادة 176 من القانون المدني والتي جاء فيها (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزاماته، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدل فيه.....)، وقد عدت كل من المادة 127 والمادة 138 من القانون المدني فعل الغير كصورة من صور السبب الأجنبي إذ جاء في الأولى منهما (إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لايد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صادر من المضرور أو خطأ من الغير كانغير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك)، وجاء في الثانية منهما (ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عما الضحية أو عمل الغير...) والمقصود بالغير في هذا الصدد هو الشخص الأجنبي على العقد الذي لا يكون المدين مسؤولا عنه¹.

فبالنتيجة أنه كلما كان تدخل الغير لتنفيذ التزامات المدين راجع لإرادة هذا الأخير وبتكليف منه، كنا أمام مسؤولية عقدية عن فعل الغير، إذا توافرت بقية شروطها، أما إذا كان تدخل الغير بدون أي تكليف من المدين، بمعنى أنه لم يكن لإرادة المدين أي دور في إدخال هذا الغير، أمكن إضفاء وصف السبب الأجنبي عن هذا التدخل، وبالتالي تنتفي مسؤولية المدين عن هذا الإخلال بالالتزام العقدي².

¹ - أ. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 870 .

² - د. عامر غانم علوان، مسؤولية المؤجر و المستأجر عن أفعال تابعيهم، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق، المجلد 10 العدد

2008/18، ص 171 .

2.2- صحة استعانة المدين بالغير في تنفيذ التزاماته العقدية:

تتعلق هذه النقطة بمدى صحة إحلال المدين للغير في تنفيذ ما التزمه في مواجهة الدائن، إذ أن هذا الإحلال لا يكون صحيحا، إلا إذا كان معتدا به قانونا، وحتى يعتد به قانونا، لا بد أن يكون مأدونا به، سواء كان هذا الإذن حاصلًا بالاتفاق - كما إذا لم تمنع شروط العقد على المقاول أن يقاول من الباطن¹ - أو كان حاصلًا بنص القانون - كما في حالة النيابة القانونية² - أما إذا كان إحلال المدين للغير مخالفا للاتفاق، أو ممنوع بنص القانون، فإن مسؤوليته عن فعل الإخلال الصادر من الغير لا تكون مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وإنما تكون مسؤولية عقدية قائمة على أساس خطئه الشخصي³، على اعتبار أن الخطأ العقدي الصادر من المدين يتمثل وفق هذه الحالة في مخالفته لشروط العقد الذي أبرمه مع الدائن، أو لنصوص القانون التي تحظر عليه الاستعانة بالغير في تنفيذ العقد⁴.

كما تجدر الإشارة أيضا، أنه كلما كان العقد من العقود القائمة على أساس الاعتبار الشخصي - أي أن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمدين - وأوكل هذا الأخير التنفيذ إلى الغير خرجنا من مجال المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى مجال المسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي، كما لو تعهد رساما برسم لوحة معينة للمتعاقد الآخر، وكانت شخصية هذا الرسام محل اعتبار لدى هذا المتعاقد، فإن إيكال رسم هذه اللوحة إلى رسام آخر بدلا من الرسام المتعاقد معه، يمثل خطأ شخصيا من هذا الرسام، يستدعي قيام مسؤوليته العقدية تجاه الدائن لكن على أساس خطئه الشخصي لا على أساس فعل الغير⁵.

خلاصة القول أن إحلال المدين لغيره في تنفيذ ما التزم به، لكي يكون صحيحا، لا بد أن لا يكون المدين ممنوعا منه، لا بمقتضى الاتفاق مع الدائن، ولا بحكم طبيعة العمل التي

¹ - انظر المادة 564 من القانون المدني الجزائري

² - المستشار أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني، الأركان، الجمع بينهما و التعويض، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 2004، ص 328 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 64 وما يليها، المستشار أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 328 .

⁴ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 45 ما يليها .

⁵ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 225 .

تفرض الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمدين، ولا بمقتضى القانون، فمتى كان ممنوعاً من ذلك وخالفه، فإن أساس قيام مسؤوليته ترجع إلى خطئه الشخصي لا إلى خطأ الغير¹.

3- إخلال الغير بالالتزام العقدي:

ترجع أهمية هذا الشرط إلى كونه يمثل الفيصل بين المسؤولية العقدية المباشرة والمسؤولية العقدية عن فعل الغير والتعرض لهذا الشرط يقتضي مني التعرض للمسائل التالية:

3.1- صدور فعل الإخلال من الغير:

لكي تثور مسؤولية المدين عن فعل غيره، لا بد أن يكون فعل الإخلال صادر من الغير الذي يسأل المدين عن أفعاله، بمعنى أنه لا بد أن يكون الضرر الحاصل للدائن، ناتجاً عن فعل الإخلال الصادر من البديل الذي أوكل له المدين تنفيذ التزامه العقدي، أو ناتجاً عن فعل المساعد الذي استعان به المدين في تنفيذ التزاماته العقدية، أو الغير الذي سمح له المدين مشاركته في الانتفاع بحقوقه الناتجة عن العقد، أما إذا كان الضرر الحاصل للدائن لا ينسب إلى أحد هؤلاء الأغيار، فلا يحق للدائن حينئذ مساءلة المدين عن أفعاله، كما لو كان المتسبب في الضرر غيراً أجنبياً تماماً عن العقد، كذلك لا يسأل المدين عقدياً عن فعل هؤلاء الأغيار إذا ما كان فعل الإخلال صادر منه هو شخصياً، فإن مسؤوليته وإن كانت قائمة في هذه الحالة، إلا أنها قائمة على أساس خطئه الشخصي²، لا على أساس خطأ الغير، وكذلك يكون الحكم حال اشتراك المدين مع الغير المكلف بتنفيذ الالتزام في الخطأ الذي أضر بالدائن³، غير أن السؤال الذي يثور بهذا الصدد، هو هل يشترط في فعل الإخلال هذا، أن يوصف بأنه فعل خاطئ لينجم عنه قيام مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، أم أن مسؤولية المدين قائمة لا محالة حتى وإن لم يوصف فعل الإخلال هذا بأنه فعل خاطئ؟

¹ - د. عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 167 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 68 و 288 .

³ - د. عامر غانم علوان، مرجع سابق، ص 184 .

لقد انقسم الفقه أمام هذا التساؤل إلى اتجاهين اثنين، الأول ويذهب إلى عدم اشتراط الخطأ في فعل الغير لقيام مسؤولية المدين، أم الثاني فيذهب إلى اشتراط كون فعل الغير خاطئ لقيام مسؤولية المدين، وفيما يلي سأعرض لهذين الاتجاهين بشيء من التفصيل:

الاتجاه الأول: ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بقيام مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الإخلال الصادر من الغير سواء عد هذا الفعل فعلاً خاطئاً أو لا، ويمثل هذا الاتجاه في فرنسا جملة من الفقهاء كالأستاذ بكيه، والأستاذ رينو، والأستاذ ساورك¹، أما بالنسبة للفقه العربي فيمثل هذا الاتجاه كل من الأستاذ سليمان مرقس²، والأستاذ عبد الرشيد مأمون³.

ويورد أصحاب هذا الاتجاه مجموعة من الحجج والأدلة أبرزها:

- أن مجرد عدم تنفيذ الالتزام المتولد عن العقد يمثل خطأ عقدياً في ذاته، يوجب مساءلة المدين، سواء كان عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين نفسه، أو إلى فعل الغير الذي استعان به المدين، وعلى هذا فإنه لا حاجة للبحث، هل أن فعل الإخلال الصادر من الغير، والذي أدى إلى الإخلال بالالتزام العقدي يوصف بأنه فعل خاطئ أم لا⁴.

- أن التساؤل الذي ينبغي طرحه عند حدوث ضرر للدائن جراء فعل الغير الذي أوكل إليه المدين تنفيذ الالتزام، هو إذا ما كان هذا الفعل الصادر عن الغير يمثل سبباً أجنبياً يمكن للمدين الاحتجاج به لإعفاء نفسه من المساءلة المدنية، أو لا يمكن له ذلك، وليس فيما إذا كان هذا الفعل يعد فعلاً خاطئاً أم لا، فإن فعل الغير سواء شكل خطأً أو لا، فإنه لا يمكن عده من قبيل السبب الأجنبي الذي يمكن للمدين أن يتخذه كوسيلة للتخلص من المسؤولية المدنية⁵، ما يعني أن المدين يسأل عن فعل الغير الذي استعان به سواء كان الفعل الصادر منه فعلاً خاطئاً أو غير خاطئ⁶.

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 198 .

² - د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، دار الإ اعتماد، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 416 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 171 وما يليها .

⁴ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 172 .

⁵ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 174، و ينقل هذا المعنى عن الأستاذ بكيه الذي يقول:

La question de savoir si le dommage causé au créancier implique une faute de l'auxiliaire en effet indifférente, tout ce qu'il importe de décider c'est si le fait non fautif de l'auxiliaire constitue cas fortuit

⁶ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 232 .

- أن القول بضرورة صدور خطأ من جانب الغير حتى تقوم مسؤولية المدين قبل الدائن، يترتب عليه التفريق بين حالة قيام المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه وحالة تنفيذه بواسطة الغير، ففي الحالة الأولى تقوم مسؤولية المدين سواء وصف فعل المدين بأنه فعل خاطئ أو لا، في حين أنه في الحالة الثانية لا تقوم مسؤولية المدين إلا إذا حاز فعل الغير لوصف الخطأ، فكأن استعانة المدين بالغير في تنفيذ التزاماته تؤدي إلى إنقاص حقوق الدائن¹.

- أن ما يسمح بقيام المدين عقدياً عن فعل الغير، في رأي القائلين بنظرية الضمان، هو أن المدين يعد ضامناً لفعل الغير في مواجهة الدائن، سواء كان مصدر هذا الضمان راجع لاتفاق الأطراف، أو إلى نص القانون، لذلك فإن المدين يسأل عن فعل الغير سواء شكل هذا الفعل خطأ أم لا².

- أن أساس مسؤولية المدين عن فعل الغير عند القائلين بنظرية تحمل التبعة تقوم على تحمل التبعة، وعليه فإن المدين يتحمل نتائج عدم قيام الغير بتنفيذ الالتزام سواء شكل الفعل الصادر عن الغير خطأ أو لا³.

- كما اتخذ أصحاب هذا الاتجاه من بعض النصوص الواردة كتطبيق لحالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير سنداً لدعم ما ذهبوا إليه، من هذه النصوص ما ورد في المادة 1735 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على مسؤولية المستأجر عن الخسائر والتلف الناجمة عن فعل أهل المنزل أو المستأجر من الباطن، وأيضاً ما جاء في المادة 1797 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنص على مسؤولية المقاول عن أفعال الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد المقاول، وكذلك ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 571 من القانون المدني المصري والتي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 483 من القانون المدني والتي تنص (...ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبني على سبب قانوني يصدر من مستأجر آخر أو من أي شخص تلقى الحق من

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، المرجع نفسه، ص 172 .

² - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 199 .

³ - د. عباس حسن الصراف، المرجع نفسه، ص 199 .

المؤجر)، فهذه النصوص تتكلم على مجرد الفعل البسيط الذي يصدر من الغير الذي استعان به المدين، مما ينبئ أن نية المشرع لم تتجه إلى قصر مسؤولية المدين عن فعل الغير على الحالة التي يشكل فيها هذا الفعل خطأ عقدياً¹.

الاتجاه الثاني: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن مساءلة المدين عقدياً عن فعل الغير لا تقوم إلا إذا ثبت صدور فعل خاطئ من هذا الأخير، ويوردون في سبيل تأيد وجهة نظرهم هذه جملة من الأدلة نراها فيما يلي:

- أن القول بقيام مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير بغض النظر فيما إذا كان فعل هذا الأخير يشكل خطأ عقدياً أو لا، يؤدي إلى التشديد في مسؤولية المدين بصورة غير مبررة، فمسؤولية المدين العقدية لا تنهض إذا ما قام بتنفيذ الالتزام بنفسه إلا إذا كان فعل الإخلال الصادر منه يشكل فعلاً خاطئاً، بين أن مسؤولية المدين العقدية تجد السبيل لقيامها إذا ما قام بتنفيذ الالتزام بواسطة الغير، سواء شكل فعل الإخلال الصادر من الغير خاطئاً أو لا، و هذا لاشك تشديد لمسؤولية المدين تشديداً غير مبرر، بحيث تنقلب عملية الاستعانة بالغير من التخفيف عن كاهل المدين، و المساعدة له، إلى التشديد من مسؤوليته من دون مبرر.²

- أن القول بأن مجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يمثل خطأ عقدياً، يستوجب أن مساءلة المدين عن فعل الغير، لا يكون صحيحاً إلا إذا كان التزام المدين التزاماً بتحقيق نتيجة، أما إذا كان الالتزام الذي تحمله المدين التزام ببذل عناية فلا يكفي الدائن في هذه الحالة إثباته عدم تنفيذ الالتزام لإثبات الخطأ العقدي، بل عليه أن يثبت عدم بذل العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام حتى يثبت الخطأ العقدي،³ زيادة على ما سبق فإن القول بأن مجرد عدم تنفيذ الالتزام يمثل خطأ عقدياً، يجعل من مسؤولية المدين مسؤولية عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي للمدين لا على أساس فعل الغير، إذ أنه أخطئ بمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي .

¹ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 79، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 173 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 234 .

³ - د. محمد حنون جعفر، المرجع نفسه، ص 234، أ. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 841 .

- أن القوانين المدنية التي نصت على المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بشكل صريح ومباشر، نصت في مجملها على ضرورة صدور فعل خاطئ من الغير لقيام مسؤولية المدين، فهذا القانون المدني الألماني ينص على أنه (يجب أن يسأل المرء عن أخطاء ممثله القانوني وعن أخطاء أولئك الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المشرع المدني استعمل وهذا في جميع النصوص التي أوردها كحالات تطبيقية لمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير اصطلاح خطأ الغير أو اصطلاح فعل الغير، وقد قصد معنى واحداً وهو الفعل الخاطئ الذي يقع من الغير، وهذا كون اشتراط الخطأ في فعل الغير يعتبر عند المشرع تحصيل حاصل.¹

- أن القول بأن مسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره ممن استعان بهم في تنفيذ التزاماته العقدية تقوم على أساس فكرة الضمان، أو على أساس فكرة تحمل التبعة، مما لا يستلزم معه تحقق وصف الخطأ في أفعالهم لا يمكن التسليم به، لاسيما بعد ثبوت القصور الذي يعتري نظرية تحمل التبعة، ونظرية الضمان الضمني²، أما فيما يخص نظرية الضمان القانوني فإن النصوص التي استندنا عليها لتبرير القول بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير تشترط الخطأ في فعل الغير الذي استخدمه المدين في تنفيذ التزامه، وهذا واضح من نص الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون المدني والتي تدل بكل وضوح على أن مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير لا تنهض إلا إذا كان فعل الغير يشكل خطأ عقدياً.

- أن اشتراط كون فعل الإخلال لصادر من الغير لا بد أن يشكل خطأ، هو ما يبرر منح المدين الحق في الرجوع على الغير بما دفعه إلى الدائن.

3.2- أن ينصب فعل الإخلال على التزام عقدي:

لكي يتحمل المدين مسؤولية فعل الإخلال الصادر عن الأشخاص الذين يستفيد من جهدهم في تنفيذ التزامه (بدلاء، مساعدين) لا بد أن ينصب فعل الإخلال على أحد الالتزامات التي ولدها العقد³ الذي يربطه بالدائن، كما لو خالف المقول من الباطن

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 200.

² - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 283.

³ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 77 وما يليها.

الشروط التي تم الاتفاق عليها بين المقاول الأصلي ورب العمل في عقد المقاول، أو خالف المستأجر من الباطن الشروط التي تم الاتفاق عليها بين المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار، أما إذا كان فعل الإخلال الصادر من الغير لا ينصب على أحد الالتزامات الناشئة عن العقد، فإن المدين لا يمكن مساءلته عن هذا الإخلال مسؤولية عقدية عن فعل الغير، بل أن المسؤولية في هذه الحالة قد يتحملها الغير نفسه (كما لو قام المستأجر من الباطن على سبيل المثال بسرقة سيارة المؤجر الأصلي فلا تعتبر هذه السرقة إخلال بالالتزامات المتولدة عن عقد الإيجار الأصلي الذي يربط المؤجر بالمستأجر الأصلي.

على كل حال، فإنه لتحديد من المسئول عن فعل الإخلال الصادر من الغير وطبيعة المسؤولية القائمة، لابد من تحديد نطاق الالتزامات المتولدة عن العقد الذي يربط الدائن بالمدين، ثم ننظر إلى فعل الإخلال، فإذا وجد أنه وقع على أحد هذه الالتزامات، فإن المسؤولية في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وبالتالي يتحمل المدين عبئها، أما إذا وجد أن فعل الإخلال لم ينصب على أحد هذه الالتزامات، فإننا نكون بصدد مسؤولية مدنية تحدد طبيعتها تبعاً لطبيعة الالتزام الذي أخل به الغير، وكذا العلاقة التي تربط المدين بالغير.

الفرع الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن الأوضاع المشابهة لها

نسعى من خلال هذا الفرع إلى التعرض لأهم الفوارق التي تتميز بها المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن بعض الأوضاع المشابهة لها، كمسؤولية المدين عقدياً عن فعله الشخصي، ومسؤولية المتبوع تقصيرياً عن فعل تابعه.

1- تمييز المسؤولية عن فعل الغير عن المسؤولية عن الفعل الشخصي:

على الرغم من أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تتفق مع المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي في نقاط كثيرة، حتى يبدو من الوهلة الأولى أنه ليس بينهما ثم تمايز أو اختلاف، لاسيما إذا علمنا أن المسؤولية الأولى ليست إلا فرع من المسؤولية الثانية، ما يعني خضوعها في الجملة لأغلب الأحكام المقررة بشأن هذه الأخيرة، سواء تعلق الأمر بأركان قيامها، كتحقق الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، أو تعلق الأمر بالآثار

المرتتبة عن اكتمال أركانها، وتوافر شروطها، كتحمل المدين لعبء المسألة المدنية في مواجهة الدائن، أو كخضوع الدعوى المرفوعة بشأنها لنفس الإجراءات، أو حتى فيما يخص معايير تقدير التعويض المستحق للدائن على إثر تحققها¹.

أقول فعلى الرغم من نقاط التشابه المذكورة آنفاً بين المسؤوليتين، إلا أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تنفرد عن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي بالخصائص التالية:

1.1- من حيث إثبات الخطأ العقدي:

يعرف فقهاء القانون المدني الخطأ العقدي بأنه (عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد)² فالخطأ العقدي وفقاً لعبارة (عدم التنفيذ) الواردة في التعريف، يشمل عدم التنفيذ الكلي، أو عدم التنفيذ الجزئي، أو التأخر في التنفيذ، وكذا التنفيذ غير المطابق لما تم الاتفاق عليه³.

وصورة الخطأ تختلف تبعاً لاختلاف نوع الالتزام الذي تعهد المدين بأدائه، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة، والذي يعرفه الفقهاء على أنه (الالتزام الذي لا يتم تنفيذه إلا إذا تحققت الغاية المقصودة)⁴، فإن الخطأ العقدي⁵ يكمن في عدم تحقق هذه الغاية⁶، وبالتالي فإن مسؤولية المدين تقوم بمجرد أن الغاية محل الالتزام لم تتحقق من دون النظر إلى

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 253.

² - د. نبيل إبراهيم سعد، محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2010، ص 104.

³ - د. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2009، ص 147.

⁴ - أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 53.

⁵ - يرى بعض الفقهاء أنه لا يمكن وصف الإخلال بالالتزام العقدي إذا كان التزاماً بنتيجة بوصف الخطأ فيقول في هذا (إن تأسيس المسؤولية العقدية على الخطأ يتناقض مع مضمون الالتزام بنتيجة، ويظهر هذا التناقض جلياً عند تطبيق أحكام هذا الالتزام، لأن التوصل إلى الخطأ يستلزم البحث في سلوك المتعاقد، وفيما إذا كان قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد، فيكون قد أخطأ، أو لم ينحرف عن هذا السلوك، ومن ثم ينتفي عن سلوكه وصف الخطأ، فهل يمكن التوصل إلى ذلك في نطاق الالتزام بنتيجة؟

الواقع إن تحديد الإخلال بالعقد في نطاق هذا الالتزام لا يتعلق بسلوك المتعاقد، فإذا لم تتحقق النتيجة فإن المتعاقد لا يستطيع التخلص من المسؤولية بإثارة فكرة السلوك كأن يثبت أنه تصرف على وفق سلوك الشخص المعتاد في سبيل تحقيق تلك النتيجة، بل لا يتخلص من المسؤولية حتى ولو ثبت أنه سلك بما هو أسمى من سلوك هذا الشخص، والعلة في ذلك واضحة وهي أن تحقق النتيجة أو عدمها لا يتعلق بالسلوك، ومن هنا لا يمكن القول أن الإخلال بالالتزام العقدي إذا كان التزاماً بنتيجة هو خطأ.....) د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام

المسؤولية العقدية، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2010، ص 65 ويليها.

⁶ - د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 313.

سبب عدم التنفيذ، أهو راجع إلى خطأ المدين، أم يرجع إلى خطأ أحد الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ التزامه العقدي، أما في الالتزام ببذل عناية فإن المدين يتعهد ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض سواء أتحقق هذا الغرض أم لم يتحقق¹، وعليه فإن الخطأ العقدي في هذا النوع من الالتزامات يكون في عدم بذل المدين للعناية المطلوبة منه²، وبالتالي فإنه لقيام مسؤولية المدين لابد للدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل العناية المطلوبة منه في تنفيذ التزاماته³.

لكن هذا الإثبات يختلف باختلاف الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية، حيث أنه إذا كنا أمام مسؤولية قائمة على أساس الخطأ الشخصي، فإنه على الدائن أن يثبت أن المدين هو الذي لم يبذل العناية المطلوبة في تنفيذ التزامه العقدي، أما إذا كنا أمام مسؤولية قائمة على أساس فعل الغير، فإنه على الدائن أن يثبت أن هذا الغير الذي استعان به المدين في التنفيذ، هو من لم يبذل العناية المطلوبة لتنفيذ الالتزام الذي عهد به إليه من طرف المدين⁴. الذي أخلص إليه هو أنه في الالتزام ببذل عناية، إثبات الخطأ العقدي يختلف في المسؤولية العقدية عن فعل الغير عنه في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي من حيث إسناده ونسبته إلى شخص المدين أو إلى شخص الغير.

1.2- الإعفاء من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم:

أجازت المادة 178 من القانون المدني لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، بحيث إذا اشتمل العقد على بند يعفي المدين من المسؤولية عن الإخلال بالالتزام العقدي، لم يكن للدائن مطالبته بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ ما التزم به، غير أن هذه الحرية في الاتفاقات والمشاركات يرد عليها استثناء مهم، أورده المشرع في المادة 178 نفسها، هذا

¹ - أ.علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط 2001 ص 28 .

² - د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 314 .

³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 659 .

⁴ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 74 .

الاستثناء يقضى بتقييد حرية الأطراف في الاتفاق على التخفيف من المسؤولية إلى حد الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم¹.

فالمشرع أراد بمقتضى هذا الاستثناء الوارد في المادة المذكورة أعلاه أن يمنع الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية، إذا كان عدم تنفيذ التزامات المدين راجعا لغشه، أو خطئه الجسيم، على اعتبار أن الإخلال الصادر من المدين والذي انطوى على غش، أو خطئ جسيم، قد تجاوز حدود الخطأ العقدي، وانصب على الواجب العام المتعلق بعدم الإضرار بالغير، وغني عن الذكر أن هذا النوع من الأخطاء لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها لمخالفتها للنظام العام².

ولكن ما يجب ملاحظته أن هذا المنع خاص بالغش و الخطأ الجسيم الصادر من المدين نفسه، أي أنه يختص بمسؤولية المدين القائمة على أساس فعله الشخصي، أما بالنسبة للمسؤولية العقدية القائمة على أساس فعل الغير، فإن المشرع أجاز بخصوصها للمدين أن يعفي نفسه من المسؤولية عن فعل الغير، حتى ولو كان هذا الإعفاء يتعلق بالغش، أو الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية، من هنا تظهر وبشكل واضح صورة الاختلاف والتمييز بين أحكام القانون التي تنظم المسؤولية، حيث أجاز في المسؤولية العقدية القائمة على أساس فعل الغير الاتفاق على الإعفاء من جميع صور الإخلال بالالتزام العقدي، بما فيها تلك المتعلقة بالغش والخطأ الجسيم، بينما منع في المسؤولية القائمة على أساس الفعل الشخصي الاتفاق على الإعفاء إذا كان فعل الإخلال يتعلق بخطأ جسيم أو راجع لغش المدين³.

1.3- من حيث الأشخاص:

لا تعرف المسؤولية العقدية القائمة على أساس الفعل الشخصيا لشخص الدائن و شخص المدين، حيث يمثل الأول، الطرف المضرور، بينما يمثل الثاني الطرف المسئول عن الضرر و المتسبب فيه، في حين أن أشخاص المسؤولية القائمة على أساس

¹ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 673.

² - زروقي الطيب، مرجع سابق، ص 28.

³ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 77.

فعل الغير هم ثلاثة، الأول وهو الدائن، ويكون هو المتضرر من فعل الإخلال الصادر من الغير، أما الثاني فهو المدين، ويكون هو المسؤول عن فعل الغير، أما الثالث فهو الغير الذي عهد إليه المدين تنفيذ الالتزام، والذي كان فعله أو خطؤه السبب في الإخلال بالالتزام العقدي الذي أدى إلى قيام مسؤولية المدين قبل الدائن¹.

مما سبق بيانه يظهر حجم التمايز بين كل من المسؤوليتين، مما يؤكد أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، صورة متميزة عن المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، وأنها مسؤولية قائمة إلى جانبها، ولا يمكن عد المسؤولية في كلتا الحالتين مسؤولية قائمة على أساس الخطأ الشخصي، كما ذهب إلى ذلك جانب من الفقه².

2- تمييز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير :

على الرغم من التشابه القائم بين المسؤولية العقدية عن فعل الغير و المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير - لاسيما مسؤولية المتبوع عن فعل التابع - من حيث قيام كل منهما على أساس فعل الإخلال الصادر من الغير³، إلا أن حجم التمايز و الاختلاف بينهما واضح، سواء من حيث طبيعة كل مسؤولية، أو من حيث الأحكام المقررة لكل منهما، أو من حيث الشروط التي يقررها الفقهاء بشأن كل منهما، هذا إلى جانب اختلاف نطاق كلتا المسؤوليتين، و يظهر هذا من خلال وضع هاتين المسؤوليتين تحت مجهر المقارنة :

2.1- من حيث الطبيعة و الأحكام :

لما كانت كل من المسؤوليتين أي المسؤولية العقدية عن فعل الغير و المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لا تمثل في الحقيقة إلا استثناء من أصل، أي أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير ماهي إلا استثناء من المسؤولية العقدية المباشرة، و أن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير ماهي إلا استثناء من المسؤولية التقصيرية المباشرة، كان من

¹ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 665 .

² - سنتعرض لهذا الرأي عند تناولنا لموقف الفقه من هذه المسؤولية .

³ - هذا التشابه هو الذي جعل القضاء الفرنسي يخضع حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير لأحكام المقررة بمقتضى المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي و التي تختص في الحقيقة بحالات المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، و ستولى بيان ذلك بالتفصيل عند حديثنا عن موقف الفقه و القضاء من هذا النوع من المسؤولية .

البديهي أن يقوم بين المسؤوليتين الاستثنائيتين، من الاختلاف، و التمايز، من حيث الطبيعة ماهو قائم بين المسؤوليتين الأصليتين¹.

ما يعني أنه بالنسبة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، لا بد لقيامها أن يكون فعل الإخلال الصادر من الغير منصب على أحد الالتزامات المتولدة عن العقد الذي يربط الدائن بالمدين، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، فإن الإخلال الصادر من الغير لا يتعلق بالتزام عقدي، و إنما يتعلق بالواجب القانوني العام، و الذي يقضي عدم الإضرار بالآخرين، هذا من حيث الطبيعة، أما من حيث الأحكام، فمعلوم أن القائلين بازدواجية المسؤولية المدنية يستندون تدعيما لرأيهم إلى الفروق الموجودة بين المسؤوليتين في أحكام عدة، كالأحكام المتعلقة بالأهلية، و الأعذار، و الإثبات، و التضامن، و التعويض، و التقادم، و الإعفاء²، و لا ريب أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تنطبق عليها الأحكام المقررة بشأن المسؤولية العقدية بصفة عامة، في حين أن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير تخضع للأحكام المقررة بشأن المسؤولية التقصيرية بصفة عامة³.

2.2- من حيث الشروط :

لا شك أن استعراض الشروط التي قررها الفقهاء بشأن كل نوع من نوعي المسؤولية يفضي بنا إلى استظهار أوجه الاختلاف و التمايز بينهما، و على هذا أذكر أنه سبق و أن تعرضت لشروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير، و ذكرت حينها أن قيامها يستدعي توافر عقد صحيح يربط بين الدائن و المدين، هذا إلى جانب إخلال الغير الذي استعان به المدين في تنفيذ التزاماته ببعض هذه الالتزامات المتولدة عن العقد، أما بالنسبة لشروط مسؤولية المتبوع عن فعل التابع فإن الفقهاء يذكرون ثلاثة شروط لقيامها وهي،

¹ - انظر في التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية من حيث الطبيعة . د عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 749 .

² - انظر تفاصيل هذه الحجج في ظل أحكام القانون المدني الجزائري . أ. علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 20 .

³ - د. رايس محمد، مرجع سابق، ص 125 .

كل من وجود رابطة تبعية بين المتبوع و تابعه، إحداث فعل ضار من قبل التابع، وجود صلة بين الفعل الضار للتابع ووظيفته¹.

ومن خلال مقابلة شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير بشرط مسؤولية المتبوع التصيرية عن فعل تابعه، يمكن لنا استظهار الاختلاف الكائن بينهما و هذا من خلال معالجة النقطتين التاليتين:

2.2.1- العلاقة بين المضرور و المسئول عن جبر الضرر:

كما سبق و أن ذكرت فان المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا تقوم إلا بوجود عقد صحيح يربط الدائن (المضرور) بالمدين (المسئول عن جبر الضرر)، و حصول إخلال من الغير بالتزام متولد عن هذه العلاقة العقدية²، ما يعني أنه من خصائص هذه المسؤولية و التي تميزها عن مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، أن يكون بين الدائن و المدين علاقة عقدية سابقة تجمعهما، فالدائن و المدين في المسؤولية العقدية عن فعل الغير كانا قد ارتباطا بعقد قبل قيام مسؤولية المدين في مواجهة الدائن، أما في مسؤولية المتبوع عن فعل التابع فان المسئول عن جبر الضرر لا تربطه بشخص المضرور أية علاقة عقدية سابقة، بل أن المضرور قد يكون أجنبيا تماما عن المسئول عن جبر الضرر³ قبل صدور فعل الإخلال من الغير الذي يعمل تحت إمرته و إشرافه.

2.2.2- العلاقة بين المدين و الغير المتسبب في الضرر :

ذكرنا أنه لقيام مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه لا بد من تحقق رابطة التبعية بين التابع و المتبوع (المسئول عن جبر الضرر)، و تتحقق هذه الرابطة متى كان التابع يخضع لإشراف المتبوع و رقابته و توجيهاته في تنفيذ العمل⁴، بينما في المسؤولية العقدية

¹ - أ. علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ص 129 .

² - د. عامر غانم علوان ، مرجع سابق، ص 179 .

³ - د. محمد حنون جعفر ، مرجع سابق، ص 84 .

⁴ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني بمقتضى قانون 10/05، أورد معيار جديدا تتحقق بمقتضاه رابطة التبعية، وهذا ما يظهر من خلال الصياغة الجديدة للمادة 136 من القانون المدني حيث جاء فيها ".... و لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع" في حين أن الصياغة الأصلية للمادة 136 من القانون المدني الجزائري كانت على النحو التالي ".... و لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته و توجيهه" ما يعني أن المعيار القديم الذي اعتمده المشرع المدني وقت وضعه لهذا القانون هو تمتع المتبوع بسلطة التوجيه و الرقابة للتابع، أ. علي فيلاي، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 129 .

عن فعل الغير لا نكون بحاجة لرابطة التبعية بين المدين بالالتزام العقدي و الغير، الذي استعان به لتنفيذ الالتزام حتى تقوم مسؤولية المدين عن هذا الغير، بل أن مسؤولية المدين في هذا النوع من المسؤولية قائمة لا محالة، سواء كان هذا الغير الذي أخل بالالتزام العقدي خاضعا لإشراف المدين، و يعمل في ظل توجيهاته كما هو الشأن بالنسبة لفئة الأعدان و المساعدين، أو كان هذا الغير لا يعمل تحت الإشراف المباشر للمدين كما هو الشأن بالنسبة لفئة البدلاء¹.

2.3- من حيث النطاق:

مما سبق استعراضه من اختلاف و تمايز في الشروط بين كل من المسؤولية العقدية عن فعل الغير و المسؤولية التصويرية للمتبوع عن فعل تابعه، لاسيما بالنسبة للعنصر الثاني، أقصد العلاقة بين المدين المسئول عن جبر الضرر و الغير المتسبب في الضرر، يبدو واضحا أن نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير أوسع من نطاق المسؤولية التصويرية للمتبوع عن فعل تابعه²، إذ أن المتبوع لا يسأل مدنيا في هذا النوع من المسؤولية إلا على الأشخاص الذين تربطهم به علاقة تبعية، في حين أن المدين في المسؤولية العقدية عن فعل غيره يسأل عن كل الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته، بغض النظر عن إمكانية إضفاء وصف التابع عليهم، كما هو الحال بالنسبة لعمال المقاول الذين يعملون تحت إشرافه وإمرته، أو عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليهم، كما هو الشأن بالنسبة للمقاول من الباطن والمستأجر من الباطن، والذين يقومون بعملية التنفيذ من غير أن تكون للمدين عليهم سلطة مباشرة، يخضعون بموجبها لإشرافه وإمرته.

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 84 وما يليها.

² - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 242.

المطلب الثاني : نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير

للوقوف على نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الأغيار الذين يستعين بهم المدين في تنفيذ ما التزم به في مواجهة دائنه، لا بد من رسم الحدود التي تنتهي إليها هذه المسؤولية، و هذا عبر تحديد صفات الأغيار الذي يسأل عنهم المدين و حصر دائرة أشخاصهم، هذا من جهة ، و من جهة أخرى، لا بد من تحديد مضمون الالتزام الذي يجب أن يقع الإخلال به من قبل هؤلاء الأغيار المستعان بهم، حتى تقوم المساءلة في حق المدين .

قصد الوقوف على هذا، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول نطاق مسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير من حيث الأشخاص، فيما نتناول في الفرع الثاني مسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير من حيث المضمون.

الفرع الأول: نطاق مسؤولية المدين من حيث الأشخاص

إن دراسة نطاق هذه المسؤولية من حيث أشخاصها، يقتضي منا التعرض بالبيان أولا لمفهوم مصطلح الغير في إطار هذه المسؤولية، و الوقوف على دلالاته، وهذا من خلال تمييزه عن سائر الدلالات الأخرى التي أوردها المشرع لهذا المصطلح في غير موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لاسيما و أن فكرة الغير فكرة فضفاضة و غير منضبطة المعنى، هذا من جهة، و من جهة أخرى يقتضي بحث نطاق هذه المسؤولية من حيث أشخاصها، حصر هؤلاء الأشخاص - الذي يؤدي فعل الإخلال الصادر عنهم إلى قيام مسؤولية المدين عقديا - ضمن طوائف و فئات محددة تجمعها قواسم مشتركة و سمات معينة، كما يقتضي ذلك استبعاد بعض الحالات التي تكون المسؤولية فيها مسؤولية شخصية رغم ارتكاب الغير للإخلال بالالتزام العقدي و على هذا أقسم هذا الفرع إلى فقرات ثلاث:

1- الغير الذي يسأل عنه المدين:

لما و أن تقرر لدينا أن تحديد نوع المسؤولية العقدية فيما إذا كانت قائمة على أساس فعل الغير، أو على أساس الفعل الشخصي للمدين، لا يتم إلا تبعا لتحديد الجهة التي صدر عنها الفعل الذي نتج عنه الإخلال بالالتزام العقدي، حيث توصف المسؤولية بأنها شخصية

كلما ثبت أن فعل الإخلال صادر من المدين المتعاقد نفسه، في حين توصف المسؤولية بأنها مسؤولية عن فعل الغير كلما ثبت أن فعل الإخلال صادر من أحد الأغيار الذين استعان بهم المدين في تنفيذ التزاماته، قلت لما و أن تقرر لدينا هذا، كان من الأهمية بمكان تحديد مفهوم الغير في نطاق هذا النوع من المسؤولية، و تميزه عن غيره من المعاني، و الدلالات التي ترد على هذا المصطلح، و التي تختلف من موضوع إلى آخر، لاسيما و أن فكرة الغير كما سبق و أن أشرت فكرة غير منضبطة المعنى، وذات دلالات مختلفة، أوردها المشرع بمناسبة العديد من موضوعات القانون المدني، وبمدلولات مختلفة، تختلف باختلاف الاعتبارات التي ينظر من خلالها لهذا الغير¹.

أمام هذا الوضع -أعني تعدد المعاني التي ترد على مصطلح الغير- و استبعادا لكل ما من شأنه أن يكون مثارا للخلط بين مفهوم الغير في المسؤولية العقدية عن فعل الغير -موضوع بحثنا- والمفاهيم الأخرى له في غيرها من المواضيع، ارتأيت أن أتناول بالبحث بعض مدلولات هذه الفكرة في فقه القانون المدني، و أخص بالبحث تلك المدلولات التي قد تكون مظنة الاختلاط بفكرة الغير في موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير، و ذلك لما لها من شبه به، لأخلص في آخر الأمر إلى استنتاج نقاط الاختلاف والتمايز بين فكرة الغير في نطاق المسؤولية موضوع الدراسة، وفكرة الغير في نطاق المواضيع الأخرى، وأول مدلولات الغير التي أود الوقوف عليها في هذا المضمرة:

1.1- مدلول الغير في إطار قاعدة الأثر الملزم للعقد:

وهذا للعلاقة الوطيدة التي تربط بين هذا المبدأ من جهة، و بين موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير من جهة أخرى، و التي لا تعدو أن تكون إلا مظهرا من مظاهر هذا المبدأ و تطبيق من تطبيقاته، و طبعا قبل التعرض بالبيان لمدلول الغير في إطار مبدأ نسبية آثار العقد أتعرض ابتداء لبيان مدلول هذا المبدأ عند فقهاء القانون المدني و التعريف به.

¹ - د. سامي مصطفى عمار الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الجبل الغربي، ليبيا، 2015 ص 43.

يعني مبدأ الأثر الملزم للعقد من حيث الأشخاص، أن أثار العقد لا تنصرف كقاعدة عامة إلا لإطرافه، أو من كان في حكم الطرف، دون أن تتعدى إلى الغير، فالعقد لا يلزم و لا يقيد بوجه عام إلا المتعاقدين، أو من كان في حكمهم، كالخلف العام، و الخلف الخاص¹، ما يعني أن كل ما ينشأ و يترتب عن العقد من حقوق و التزامات تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما²، أما الغير فيبقى بمنأى عن تحمل أي التزام أو الإفادة من أي حق تولد بموجب علاقة عقدية لم يشارك في قيامها، و لا كان لإرادته دورا في إيجادها³، و هذا لكون الأثر الملزم للعقد لا يطال إلا ذمم أولئك الأشخاص الذين ارتضوا صراحة أو ضمنا، و بمحض إرادتهم أن يصبحوا في مركز الدائن أو في مركز المدين بموجب الاتفاق المبرم بينهم، أما ما عدا هؤلاء الأشخاص فلا.

وهذا المبدأ مقرر لا شك في قانوننا المدني من خلال المادتين 108 و 113⁴، حيث تنص المادة الأولى منهما على أنه (ينصرف العقد الى المتعاقدين و الخلف العام ...) في حين تنص المادة الثانية على أنه (لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير.....) فوفقا لمفهوم المخالفة لنص المادة 108 المذكورة أعلاه، فإن أثار العقد لا تنصرف إلى الغير⁵، هذا من جهة، و من جهة أخرى، فإن النص يشير إلى أن من لم تنصرف إليه أثار العقد فهو ليس بمتعاقدا، و لا في حكم المتعاقدا أي أنه من الغير، أما المادة 113 فهي تشير إلى أنه لا يمكن شغل ذمة الغير بالتزام ناشئ عن عقد لم يشارك في تكوينه .

بعد أن تجلى لنا أن مضمون هذا المبدأ يقضي بإلزام المتعاقدين بما ينتج عن العقد من أثار، دون أن تسري هذه الآثار في مواجهة أشخاص وصفوا بأنهم غير⁶، كان من الضروري الإحاطة بمفهوم الغير في نطاق هذا المبدأ، و على هذا أقول، تورّد كتب الفقه

¹ - د. قيدار عبد الحق صالح، قاعدة نسبية أثر العقد و مدى سريانها على العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، عدد 32 2007 ص 173، د. محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 320 .

² - د. فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 137 .

³ - طبعاً هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات في شقها السليبي .

⁴ - أ. علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص 397 .

⁵ - د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس المسؤولية العقدية، مرجع سابق، ص 15 .

⁶ - د. عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد، بحث مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق، العراق، ع03، 2014 ص 10 .

المدني عدة تعارف لفكرة الغير عن العقد، و تعتمد هذه التعاريف في مجملها على ما يسميه الفقهاء بطريقة الاستبعاد فيعرفون الغير بأنه (كل من لم يكن طرفا في العقد و لا خلفا عاما أو خاصا للمتعاقدين)¹، كما يعرفونه (بأنه الشخص الأجنبي تماما عن العقد، بمعنى آخر الشخص الذي لم يكن طرفا في العقد، و لا خلفا عاما، أو خاصا لا حد المتعاقدين، أو دائنا لأي منهم)².

غير أن هذه التعاريف يشكل عليها أن كل من الخلف العام و الخلف الخاص لا تتصرف إليهما أثار العقد في جميع الأحوال، بل إن ذلك لا يكون إلا بتحقيق شروط معينة، و في ظل أوضاع خاصة³، أما حال تخلف هذه الشروط و الأوضاع، فإن أثار العقد لا تتصرف إليهما، و بالتالي سيعدان من الغير، ما يفيدنا أن مركز هذه الفئة متغير إذ تعد تارة من الغير، و هذا كلما كان تأثرها بالعقد غير وارد. بينما لا تعد تارة أخرى من الغير و هذا كلما طالها العقد بأثره⁴.

هذا ما جعل بعض الشراح يعتمد في تحديده لمفهوم الغير على مبدأ نسبية أثر العقد نفسه، معللا ذلك أن هذا المبدأ يتضمن وجهين، الأول منهما إيجابي يقضي بانصراف أثر العقد إلى المتعاقدين، و الثاني سلبي يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير، ما يفيد أن الشخص يكون حيال العقد إما متعاقدا، أو في حكم المتعاقد، و هذا متى ما تأثر بالعقد، وإما غيرا و هذا متى لم يتأثر بالعقد، و عليه فإنه يمكن تعريف الغير عن العقد بأنه "كل من لم يكن طرفا في العقد و لا ممثلا فيه و لم يكن خلفا عاما أو خاصا للمتعاقد إذا كانت أثار العقد تسري في مواجهتهما"⁵.

¹ - د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2003 ص 9.

² - د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 25.

³ - د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 554.

⁴ - د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج 1، مصادر الحقوق الشخصية، نظرية العقد، دار وائل للنشر، عمان، ط 2002 ص 71.

⁵ - د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 26.

1.2- فعل الغير باعتباره سببا أجنبيا:

من المقرر لدى فقهاء القانون المدني و شراحه أن مسؤولية المدين عقديا لا تثور إلا بتحقق أركان المسؤولية العقدية الثلاث، وهي كل من الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما، فمتى ثبت أن الضرر الذي أصاب الدائن ناتج عن خطأ المدين (و الذي هو إخلال المدين بأحد الالتزامات التي رتبها العقد) حق للدائن الانتقال من عنصر المديونية في هذا الالتزام إلى عنصر المسؤولية، و هذا من خلال الدفع بالمسؤولية العقدية للمدين، غير أن هذا الأخير يمكنه التخلص من هذه المساءلة، متى ما استطع نفي العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، وذلك بإثباته أن الضرر الذي أصاب الدائن يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه¹، وهذا ما أشارت إليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا. حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزاماته مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه)، وفعل الغير معدود بلا ريب كصورة من صور السبب الأجنبي المفضي بالإلغاء من المساءلة المدنية، فقد جاء في المادة 127 من القانون المدني أنه (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو فعل الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ...)².

فالغير المقصود في هذا النص و الذي يكون فعله سبب من أسباب انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر و بالتالي انتفاء مسؤولية المدين عقديا عن الإخلال بالالتزام العقدي المعلق بذمته هو (الشخص الذي لا تربطه بالمدين صلة قانونية أو تعاقدية)³.
الغاية التي أنتهي إليها من خلال هذه الفقرة، أنه كلما تبين أن الغير الذي أخل بالالتزام العقدي شخص أجنبي عن المتعاقدين، اعتبر فعله من قبيل السبب الأجنبي المعفى من المسؤولية العقدية للمدين عن فعل غيره، وهذا من دون أدنى شك على النقيض تماما

¹ - د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، ط 2009، ص 174 .

² - تجدر الإشارة إلى وحدة الأحكام التي تنظم السبب الأجنبي، سواء في المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية العقدية.

³ - د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1983 ص

121، عشوش كريم، العقد الطي، دار هومو للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 2007 ص 206 .

من الغير المقصود من خلال هذه الدراسة، و الذي يعد فعل الإخلال بالالتزام العقدي الصادر منه سببا لقيام مسؤولية المدين عقديا .

1.3- الغير في نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير:

قبل أن أتعرض لمفهوم فكرة الغير في عرف المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وأعد مقارنة بينها وبين مفهوم فكرة الغير في إطار قاعدة نسبية الأثر الملزم للعقد، وبينها وبين مفهوم فكرة الغير، باعتبار فعله سببا أجنبيا معفي من المساءلة المدنية، أود أن أذكر أن نظام المسؤولية العقدية عن فعل الغير يقوم على أساس الفرضية التالية: قامت علاقة عقدية صحيحة بين متعاقدين، فعهد أحد المتعاقدين (المتعاقدين) إلى شخص آخر تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد، فلم يقم هذا الأخير بالتنفيذ، أو جاء التنفيذ معيبا، ما أدى إلى قيام مسؤولية المدين قبل الدائن عن عدم تنفيذ الالتزام.

انطلاقا من ها هنا يتضح لنا أن الغير في عرف المسؤولية العقدية عن فعله، يراد به ذلك (الشخص الذي كان المدين سببا في إيجاده من خلال الاستعانة به لتنفيذ التزامه العقدي)¹، و على هذا فإن مفهوم الغير في هذا المضمرة يختلف عن مفهوم الغير الذي يعد فعله من قبيل السبب الأجنبي، والذي ينجم عن تحققه إعفاء المدين من المساءلة المدنية، إذالغير في هذا الإطار هو الشخص الأجنبي المنقطع الصلة بشخص المدين، بحيث لا يكون لإرادة المدين دخل في إيجاده²، مما سبق يمكننا القول أن أساس التفريق بين مفهوم فكرة الغير في عرف المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، ومفهوم فكرة الغير باعتباره سببا أجنبيا، يرجع إلى الدور الذي لعبته إرادة المدين في إدخال هذا الغير في تنفيذ العقد.

كما أن مفهوم الغير المقصود في المسؤولية العقدية عن فعل الغير، يختلف عن مفهوم الغير الذي بينه في إطار مبدأ الأثر الملزم للعقد من حيث أشخاصه، على اعتبار أن مفهوم الغير في إطار المسؤولية موضوع الدراسة، أوسع منه في موضوع الأثر الملزم للعقد من حيث الأشخاص، حيث نجده في الحالة الأولى يتسع ليشمل جميع الأشخاص عدا أطراف العلاقة العقدية، فيدخل في مضمون الغير في هذا الإطار الخلف العام و الخلف

¹ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 10.

² - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 10.

الخاص، بينما أنه طبقاً لمفهوم فكرة الغير في نطاق الأثر الملزم للعقد فإن الخلف العام و الخلف الخاص لا يعدان من الغير إذا ما طالهم العقد بأثره،¹ كما سبق و أن بينا ذلك.

2- صور الغير التي يسأل عنه المدين:

كنا قد ذكرنا عند تعرضنا لشروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا في حالة الإخلال بأحد الالتزامات التي يولدها العقد، و أن يكون فعل الإخلال صادر من أحد الأغيار المستعان بهم من قبل المدين في تنفيذ ما التزم به، إلا أن التساؤل الذي يطرح نفسه بهذا الصدد هو مدى إمكانية حصر هؤلاء الأغيار ضمن طوائف و فئات معينة على أساس خصائص مشتركة تجمعهم؟

يذهب بعض الفقه إلى التمييز بين فئات الأشخاص الذين يستعين بهم المدين في تنفيذ التزاماته اعتماداً على الصورة التي يظهر بها هذا الغير في تنفيذ الالتزام، فإذا ما اقتصر دور هذا الغير على مجرد إعانة المدين في القيام بعملية التنفيذ كان هذا الغير من فئة المساعدين والأعوان، أما إذا اتسع دور هذا الغير إلى الاضطلاع بالقيام بعملية التنفيذ كاملة، أو في جزء منها، كان هذا الغير من فئة البدلاء.²

وسنعرض بالتفصيل فيما يلي لهاتين الفئتين:

2.1- فئة البدلاء :

يعرف بعض الفقهاء البديل فيقول (هو الشخص المستقل الذي عهد إليه المدين تنفيذ بعض التزاماته الناشئة عن العقد أو كلها من غير أن تتجه نيته (المدين) إلى حد إخراج نفسه من العلاقة العقدية التي تربطه بالدائن و إحلال المدين محله)³.

من خلال هذا التعرف يمكننا أن نستشف الخصائص التي يتميز بها البديل عن سواه من الأشخاص الذين يتدخلون في تنفيذ العقد، وأول هذه الخصائص تتعلق بطريقة تنفيذ العمل الموكل إليه، إذ يلاحظ أن البدلاء و عند تنفيذهم للعمل الموكل إليهم لا يخضعون لإدارة المدين المباشرة كما هو الشأن بالنسبة لمساعد المدين و أعوانه، بل يكونوا في

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 143 .

² - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 48 .

³ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 288 .

مركز مستقل عن المدين¹، فيكتفون منه في علاقتهم به بتحديد العمل الذي عهد به إليهم، و الشروط الواجب مراعاتها عند تنفيذ هذا العمل من غير أن تكون له سلطة مباشرة عليهم، فالبديل كما سبق و أن أشرت لا تفتقر العلاقة بينه و بين المدين لرابطة التبعية².

أما الخاصية الثانية التي يمكن ملاحظتها هي أن البديل المقصود في إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير، هو البديل الذي يقتصر دوره فقط في مساعدة المدين في تنفيذ ما التزم به، من دون أن يبلغ تدخله حد الحلول محل المدين في العلاقة العقدية التي تربطه بالدائن، أي أن تدخل المدين في تنفيذ الالتزام لا يرقى إلى درجة تخلي المدين عن مركزه العقدي، كما في حالة التنازل الكلي عن العقد، و الذي بمقتضاه يتنازل المتنازل إلى المتنازل له عن مركزه التعاقدية بكل مشتملاته من حقوق و التزامات و كافة الآثار القانونية³، إذ أنه في هذا الوضع تصبح العلاقة بين الدائن (المتنازل لديه) و الغير (المتنازل له) علاقة عقدية مباشرة تحكمها بنود العقد المتنازل عنه، أي أن الشروط الواردة في العقد الذي ينظم العلاقة بين المدين (المتنازل) و الدائن (المتنازل لديه) هي ذاتها التي تنظم العلاقة العقدية بين المتنازل له و المتنازل لديه، لان التنازل عن العقد لا يؤدي في الأخير إلا لتغيير أطراف العلاقة العقدية من غير أن يحدث أي تغيير في الحقوق و الالتزامات المتولدة عنها⁴، و بالتالي فإن المتنازل يصير أجنبيا عن هذا العقد⁵، و لا شأن له بتنفيذه، بينما يصير المتنازل له طرفا فيه⁶. و على هذا فانه لا مجال للحديث عن مسؤولية المتنازل عقديا عن فعل المتنازل له⁷، لان المتنازل كما سبق و أن ذكرت، صار خارج العلاقة التعاقدية⁸، في حين أن البديل الذي نقصد إليه في نطاق مسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير، لا يؤدي إدخاله إلى أي تغيير في المركز القانوني للمدين المتعاقد،

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 49 وما يليها .

² - د. عباس الصراف، مرجع سابق، ص 288 .

³ - د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ط 1985، ص 66 .

⁴ - د. عامر عاشور عبد اله البياتي، مرجع سابق، ص 65 و ما يليها .

⁵ - د. عماد محمد ثابت الملا حوش، النزول عن العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بغداد 1992 ص 22 .

⁶ - د. محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر 2003، ص 69 .

⁷ - الا في الحالات التي يقرر القانون هذه مسؤولية كما في حالة التنازل عن الايجار: المادة 506 من القانون المدني الجزائري .

⁸ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 54 .

إذ يبقى هذا الأخير ملتزما في مواجهة الدائن بتنفيذ ما التزم به هذا من جهة، و من جهة أخرى فان إدخاله لا يؤدي إلى قيام أي علاقة مباشرة بينه و بين الدائن، بل يضل أجنبيا عنه، و بالتالي لا يحظى الدائن في مواجهته بأي حق مباشر¹.

فالبديل في إطار هذه المسؤولية يقتصر دوره فقط في التنفيذ الجزئي أو الكلي للالتزام مع بقاءه خارج العلاقة العقدية التي تربط الدائن بالمدين².

و في الأخير تجدر الإشارة إلى مسألة مهمة تتعلق بمدى جواز استعانة المدين ببديل في تنفيذ ما التزم به، إذ يذهب بعض الفقه إلى منع المدين من الاستعانة بالبديل في تنفيذ ما التزم به إلا بعد حصوله على موافقة الدائن على هذه الاستعانة، على اعتبار أن نية الدائن اتجهت عند إبرامه للعقد مع مدينه، إلى وجوب تنفيذ الالتزام من قبل هذا الأخير شخصيا، و لا شك أن إيكال التنفيذ لأحد البديل يعد إهدارا لهذه النية، مما يستدعي القول بالزام المدين بتحصيل موافقة الدائن على إحلال غيره في التنفيذ³.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز استعانة المدين بالبديل في تنفيذ ما التزم مطلقا من غير حاجة إلى إذن سابق، ولا إقرار لاحق من الدائن، على اعتبار أن القاعدة العامة هي جواز الاستعانة بالغير كيفما كانت صورة إدخاله في التنفيذ، لان الغاية التي يسعى إليها الدائن من خلال دخوله في علاقة عقدية مع المدين هي تنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه، و حسب الشروط المنصوص عليها في العقد، من غير أن يولي أي اهتمام للشخص المنفذ، أكان المدين نفسه، أو شخص آخر، ممن يستفيد المدين من جهودهم في تنفيذ التزاماته⁴، ويستند أنصار هذا الرأي في تبرير وجهة نظرهم هذه إلى الحجج التالية :

- أن استعانة المدين بالبديل في تنفيذ التزاماته العقدية ينسجم تماما مع ما تقرره القواعد العامة للقانون المدني، وهذا ما يمكن استنتاجه من مفهوم المخالفة للمادة 169 من القانون

¹- الا في الحالات التي يقرها المشرع كما في المادة 507 من القانون المدني الجزائري .

²- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 54 .

³ -B.Starck, op cit.p.38.

نقلا عن د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 152 .

⁴- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 54 .

المدني¹، والتي جاء فيها (في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين)، ما يفهم منه انه ليس للدائن حق الاعتراض و الرفض، إذا أوكل المدين تنفيذ الالتزام الى الغير، ما لم يكون هناك اتفاق بينهما يمنع من ذلك، أو ما لم تكن طبيعة الدين تستوجب تنفيذ المدين الالتزام بنفسه، و لاشك أن الاستعانة بالبدلاء لا تشكل إلا صورة من صور تنفيذ الالتزام من قبل الغير².

- إذا كان يحق للمدين اللجوء إلى الاستعانة بالمساعدين و الأعوان في تنفيذ التزاماته العقدية التي تعهد بها للدائن فان الأمر لا يختلف عند استعانته بالبدلاء مالم تشكل هذه الاستعانة مخالفة لما تم الاتفاق عليه، أو تعارضا مع طبيعة الالتزام، كأن تكون شخصية المدين محل اعتبار لدى الدائن³.

- كما يمكن تبرير مشروعية استعانة المدين بالبدلاء في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و من دون حاجة لموافقة الدائن، إلى ما جاء من تطبيقات تشريعية للتعاقد من الباطن في القانون المدني، كالنصوص التي أجازت المقاوله من الباطن⁴، الوكالة من الباطن⁵، الإيجار من

¹ - و يقابلها المادة 208 مدني مصري، 209 مدني سوري، 211 مدني ليبي، 249 مدني عراقي، 205 موجبات و عقود لبناني، 1237 مدني فرنسي.

² - د. عامر عاشور البياتي، مرجع سابق، ص 32، د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 153 و ما يليها.

³ - د. عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص 55، د. عامر عاشور البياتي، مرجع سابق، ص 32 و ما يليها.

⁴ - انظر المادة 564 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها "يجوز للمقاول تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه الى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية" يتضح من نص المادة أن القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري هي جواز المقاوله من الباطن و الاستثناء هو المنع . و عليه فان المقاول الأصلي لا يمنع من ذلك إلا في حالة تضمين العقد الذي يربط بينه و بين رب العمل شرط يقضي منعه من أن يكمل تنفيذ المقاوله إلى مقاوله من الباطن، أو إذا كانت طبيعة العمل تفرض الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمقاول الأصلي كأن تكون شخصية المقاول الأصلي محل اعتبار لدى رب العمل.

⁵ - انظر المادة 580 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها " إذا أتاب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولاً عما فعل النائب، كما لو كان هذا الفعل قد صدر منه هو، و يكون الوكيل و نائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية...".

فللوكيل الأصلي كقاعدة عامة حق توكيل الغير من الباطن ما لم يمنعه الموكل من ذلك، يقول الأستاذ جمال مرسي بدر "... و ظاهر من هذا النص أن للنائب الاتفاقي - ولو كان غير مرخص له في ذلك - أن ينيب غيره في إجراء التصرف الذي تقع آثاره مباشرة في ذمة الأصيل، وكل ما هنالك من فوق بين حالة وجود الترخيص بالإناابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو في المسؤولية التي تقع على الوكيل، فهو في حالة الترخيص بالإناابة عن نفسه لا يسأل إلا عن خطئه في اختيار النائب، أما في حالة إناابة غيره عنه من دون ترخيص فيكون مسئولاً عن عمل ذلك النائب

الباطن¹، على عد هذه التطبيقات لا تمثل إلا صورة من صور استعانة المدين بالبديء في تنفيذ التزاماته العقدية.

فالذي أخلص إليه من خلال هذا الاستطراد النسبي هو حرية المدين مطلقا في الاستعانة بالبديء لتنفيذ الالتزام المتعلق بذمته من دون حاجة لتحصيله موافقة الدائن، اللهم في حالة توافق إرادتي المتعاقدين على المنع من ذلك، أو في الحالة التي تكون طبيعة الالتزام تقضي الركون إلى الكفاءة الشخصية للمدين.

2.2- فئة المساعدين و الأعوان:

قد سبق و أن أشرت عند تعرضي لفئة البديء إلى فئة أخرى قد يحتاج المدين للاستعانة بها في تنفيذ التزاماته، هذه الفئة اصطلاح الفقهاء على تسميتها بفئة المساعدين و الأعوان، و التي يقتصر دورها في معاونة المدين، و مساعدته في تنفيذ ما التزم به، من دون أن يرقى هذا الدور إلى حد إيكال العمل في جملته أو في جزء منه إليهم، كما رأينا مع البديء فمن هم هؤلاء المساعدون و الأعوان ؟

يعرف بعض الفقهاء المساعدون و الأعوان فيقول (بأنهم كل من يلجأ إليه المدين بغرض مساعدته في تنفيذ الالتزام العقدي الملقى على عاتقه، كالعامل، و المستخدم، و الموظف، و كل من تربطه بالمدين علاقة التابع بالمتبوع في أثناء تنفيذ التزاماته العقدية)² فمن خلال ما جاء في هذا التعريف يمكننا أن نلاحظ الخصائص التي تمتاز بها هذه الفئة عن سواها من الفئات التي يستعين المدين بجهدهم في تنفيذ ما تعلق بذمته من التزام،

كمسؤوليته عن عمله" النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها أحكامها و تنازع القوانين فيها، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط1980 ص 217.

¹ - انظر المادة 593 مصري، 560 سوري، 592 لبي، 775 عراقي، أما بالنسبة لقانوننا المدني فقد جاء في المادة 505 منه ما يلي " لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو أن يجري إيجار من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك" يقول الأستاذ هلال شعوة عند تعليقه على نص هذه المادة " يتضح من خلال النص أن القاعدة في القانون المدني الجزائري هي عدم جواز أن يتنازل المستأجر عن حقه في الإيجار أو أن يبرم إيجارا من الباطن و الاستثناء هو جواز ذلك. على أن يتم بحصول المستأجر على موافقة كتابية من المؤجر تجيز له أن يتنازل عن الإيجار أو أن يبرم إيجار من الباطن، و جدير بالذكر أن المشرع بنصه على هذه القاعدة يكون قد أحال الاستثناء قاعدة و القاعدة استثناء، ذلك أن أكثر التشريعات المقارنة جعلت من حق المستأجر التنازل عن الإيجار أو إبرام إيجار من الباطن هو الأصل، و لا يمنعه أو يقيد من ذلك إلا اتفاق المستأجر و المؤجر على عدم جوازه.....". عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري، جسر للنشر، ط2010 ص 209 وما يليها.

² - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 69 .

وأول هذه الخصائص هي الصورة التي تظهر بها هذه الفئة في عملية تنفيذ الالتزام، إذ يقتصر دورها على تقديم المساعدة، و العون، للمدين الذي يباشر تنفيذ الالتزام بنفسه، فهي تعمل إلى جانب المدين، و تحت إمرته، و في ظل إدارته، و يقتصر تدخلها في مجرد مساعدة و معاونة المدين الذي يتولى عملية التنفيذ شخصيا، و هذا بلا شك يختلف عما رأيناه في صورة تدخل البدلاء في تنفيذ الالتزام، إذ يوكل لهم المدين تنفيذ جزء من التزاماته أو كلها¹.

أما الخاصية الثانية التي يمكن أن نلاحظها من خلال التعريف، هي طبيعة العلاقة التي تربط المدين بالمساعد، فغالبا ما يكون المساعد خاضعا لرقابة المدين و توجيهاته، و غالبا ما ينفذ الالتزام تحت الإشراف المباشر للمدين، ما يعني وجود علاقة تبعية بينه و بين المدين، أي أن المساعد في تنفيذ الالتزام ينطبق عليه وصف التابع للمدين، على عكس الأمر بالنسبة للبدل الذي يبقى يتمتع بنوع من الاستقلالية أثناء قيامه بعملية التنفيذ².

هذا بالنسبة لخصائص هذه الفئة، و التي تميزها عن غيرها من الفئات، أما عن مدى أحقية المدين اللجوء إلى المساعدين و الأعوان في تنفيذ ما التزم به في مواجهة دائنه، و الاستعانة بهم في ذلك، فان القاعدة العامة عند غالبية الفقهاء هي جواز استعانة المدين بفئة المساعدين و الأعوان في تنفيذ ما التزم به، مادام أن دور هؤلاء الأعوان اقتصر على مجرد المساعدة و المعاونة من دون أن يبلغ حد إيكال العمل في جملته، أو في جزء منه إليهم كما، هو الشأن بالنسبة للبدلاء³.

بل أن بعض الشراح يذهب الى أبعد من ذلك، حيث يقرر أن المدين من حقه الاستعانة بالمساعدين و الأعوان بصورة مطلقة، أي حتى و إن تضمن العقد شرط يقضي بضرورة قيام المدين شخصا بتنفيذ الالتزام العقدي، و هذا على اعتبار أن نية المتعاقدين اتجهت عند إبرام العقد إلى منع المدين من إيكال العمل إلى الغير (البدل)، لا منعه من

¹ - د. عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص 52 ، د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 166 .

² - يقول الأستاذ بيكيه في ذلك :

(le premier est dans une situation subordonnée. Il agit à côté du débiteur . le second est dans une situation indépendante il agit à la place du débiteur) . 52 . عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص 52 .

³ - د. عبد الرشيد مامون، مرجع سابق، ص 52 .

الاستعانة بالغير كمعاون أو مساعد، و يضرب لذلك مثال العميل الذي اتفق مع الخياط على أن يقوم شخصيا بخياطة البدلة، فان مثل هذا الاتفاق لا يمنع الخياط من الاستعانة بأحد عماله، أو مستخدمه في خياطة البدلة طالما اقتصر دور هذا المساعد على مجرد المعاونة، من دون أن يبلغ حد الحلول محله في انجاز العمل، كما لو اقتصر دور هذا المساعد على كي البدلة أو تثبيت الأزرار.

غير أن بعض الدارسين يرى أن القول المتقدم لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، مبررا ذلك بأنه هناك أنواع من الالتزامات التي تكون فيها شخصية المدين محل اعتبار، بحيث لا يتصور أن يستعين في تنفيذها بمساعد أو معاون، كذلك الالتزامات التي تقوم على الجهد الذهني للمدين كالتأليف و التلحين¹.

3- حالات استبعاد مسؤولية المدين عن فعل الغير

مما سبق ذكره أصبح جليا انه لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير لابد من وجود عقد صحيح يربط الدائن بالمدين، ثم استعانة المدين بالغير في عملية التنفيذ، هذا إلى جانب إخلال الغير بالالتزام الذي عهد إليه المدين تنفيذه، و لكن الذي يجب التنبيه عليه، أنه لا يلزم من هذا أن مسؤولية المدين عقديا عن فعل غيره تجد السبيل لقيامها في كل مرة يرجع عدم التنفيذ لفعل الغير المستعان به، فهذا التعميم غير صحيح²، إذ قد تكون مسؤولية المدين مسؤولية شخصية على الرغم من صدور فعل الإخلال من أحد الأشخاص الذين استعان بهم المدين في تنفيذ التزاماته، كما في حالة ضمان المدين لخطأ الغير، أو في حالة ارتكاب المدين خطأ شخصي من جانبه، و هذا الذي سنعمل على توضيحه فيما يلي :

3.1 حالة صدور خطأ شخصي من المدين :

تستبعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير كلما كان بالإمكان إثبات خطأ شخصي من جانب المدين، أي كلما كان المدين نفسه هو المتسبب في عدم قيام الغير بتنفيذ الالتزام

¹ - صباح الطريفي ، مرجع الكتروني سابق .

² - د. عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق، ص 42 .

الموكل إليه، كما لو ثبت أنه أساء اختيار الغير الذي استعان به في التنفيذ، كأن يختار شخص ناقص الأهلية، أو شخص مشهور بالإهمال، أو ظاهر العجز، أو ثبت أنه قصر في إعطائه التعليمات اللازمة، كما في حالة إصدار تعليمات غامضة، أو غير كافية، أو ثبت تقصيره في الإشراف على هذا الغير و رقابته، ففي كل هذه الحالات يستبعد تأسيس المسؤولية العقدية على أساس فعل الغير، ويتم تأسيسها على أساس الفعل الشخصي للمدين¹، كذلك تؤسس المسؤولية العقدية على أساس الخطأ الشخصي للمدين كلما تبين أن المدين خالف ما تم الاتفاق عليه، عندما عهد إلى الغير بتنفيذ الالتزام بدلا عنه، أو تبين من خلال طبيعة الالتزام أن شخصية المدين كانت محل اعتبار لدى الدائن عند إبرامه للعقد، و مع ذلك أوكل المدين تنفيذ الالتزام إلى الغير، فالمقصود أنه متى ما كان إحلال المدين لغيره يمثل خطأ من جانبه، قامت مسؤولية التعاقدية على أساس خطئه الشخصي، لا على أساس خطأ الغير، إذ أن المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير لا تثور كما سبق و أن ذكرنا إلا إذا أحل المدين غيره في تنفيذ العقد، و كان هذا الإحلال صحيحا، لا يمثل خطأ من جانبه².

3.2- حالة الضمان الصريح:

و يكون في الحالة التي يتعهد المدين فيها صراحة بضمان فعل الإخلال الصادرة عن الأشخاص الذين استعان بجهدهم في تنفيذ التزاماته العقدية، فيتحمل المدين بموجب هذا الضمان الاتفاقي مسؤولية تعويض الدائن عن كل ضرر ناتج عن أي إخلال أو تقصير يصدر من هؤلاء الأشخاص عند تنفيذهم للعقد، و تكون مسؤولية المدين في هذه الحالة مسؤولية عقدية شخصية، لا مسؤولية عقدية عن فعل الغير³، إذ أن الدائن يستند في رجوعه بالمسؤولية على المدين إلى التزاماته بالضمان لفعل الغير، لا إلى فعل الإخلال الصادر عن الغير⁴.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق، ص 44 وما يليها. د. محمد حنون جعفر ، مرجع سابق، ص 146.

² - المستشار أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 328 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق، ص 53 .

⁴ - د. محمد حنون جعفر ، مرجع سابق، ص 147 .

الفرع الثاني: نطاق مسؤولية المدين من حيث المضمون

قد رأينا فيما سبق أن قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير يستدعي وجود عقد يربط بين الدائن و المدين، يتحمل على إثره هذا الأخير التزامات في مواجهة دائئه، ثم يخل المدين بتنفيذ بعض هذه الالتزامات التي تعهد بها، جراء فعل أحد الأشخاص الذين استعان بهم في عملية التنفيذ، ما يعني أن قيام هذا النوع من المسؤولية منوط بوجود عقد صحيح يربط بين الدائن والمدين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى صدور فعل الإخلال من الغير أثناء تنفيذ العقد، مما يوضح أن نطاق هذه المسؤولية يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد.

لكن قد يحدث و أن يستعين أحد أطراف العقد بالغير في المرحلة السابقة عن التعاقد (مرحلة تكوين العقد)، فإذا ما صدر عن هذا الغير فعل خاطئ سبب ضررا للطرف الآخر، فهل يمكن لهذا الطرف الإدعاء بالمسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير؟ وكذلك قد يحدث وأن يصدر فعل خاطئ من أحد الأشخاص الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته بعد عملية تنفيذ العقد، فهل يمكن للدائن الإدعاء بالمسؤولية العقدية ضد المدين عن فعل هؤلاء الأشخاص؟ بعبارة أخرى هل توجد فرصة لإثارة مسؤولية المدين عن فعل الغير في مرحلة تكوين العقد أو في المرحلة التي تعقب تنفيذ العقد؟

أعتقد أنه للإجابة عن هذا السؤال لابد من تقسيم هذا الفرع إلى فترتين أساسيتين، الأولى وتتعلق بمدى مسؤولية المدين عن فعل الغير في المرحلة السابقة عن التعاقد (مرحلة تكوين العقد)، والثانية وتتعلق بمدى مسؤولية المدين عن فعل الغير في المرحلة التي تعقب تنفيذ العقد.

1- مرحلة تكوين العقد:

ونقصد بهذه المرحلة، المرحلة السابقة عن التعاقد، أي المرحلة التي يتبادل أثناءها أطراف التفاوض المعلومات والآراء والاقتراحات والمناقشات قصد رسم صورة متكاملة لدى الطرفين عن كافة جوانب العقد المزمع إبرامه¹، أو هي كما يقول الأستاذ بلحاج

¹ - أ. بلحاج العربي : الجوانب القانونية لمرحلة قبل التعاقدية دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 2014 ص 17.

العربي (كل الأعمال التمهيدية والتحضيرية بين طرفي العقد، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين)¹.

وتستمد هذه المرحلة أهميتها من أهمية العقود التي يحتاج إبرامها إلى عقد أشواط طويلة، وشاقة، من المفاوضات والمساومات، قبل الوصول إلى صياغة مشتركة للإيجاب، كعقود التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا..... إلخ.

وإذا كان لأطراف العلاقة التعاقدية في مرحلة تنفيذ العقد مطلق الحرية في الاتفاق على مباشرة التنفيذ بواسطة الغير، فكذلك هو الشأن بالنسبة لأطراف التفاوض، يمكنهم الاتفاق على مباشرة هذه المفاوضات بواسطة الغير، والذي يظهر في هذه المرحلة على صورة نائب للمدين، أو رسول له، وعلى هذا ما سأتناول بيان مدى مسؤولية كل من الأصيل عن النائب، و المتعاقد عن الرسول، في مرحلة التفاوض.

1.2- مسؤولية الأصيل عن النائب :

إذا كانت النيابة هي حلول لإرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني، مع إضافة أثاره إلى شخص الأصيل²، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المضمار يكون حول مدى مسؤولية الأصيل عن الأفعال الخاطئة أو الغش الصادر عن النائب الذي حل محله في إبرام العقد؟ و عن طبيعة هذه المسؤولية إذا ثبتت المساءلة؟ يذهب جانب من الفقه إلى التمييز في هذا المجال بين حالتين :

الحالة الأولى: وهي الحالة التي يتجاوز فيها النائب حدود النيابة

إذا تجاوز النائب حدود السلطة المخولة له من قبل الأصيل، فإن هذا الأخير لا يسأل في مواجهة الشخص المتعاقد معه عن الأضرار التي يسببها النائب له نتيجة الغش، أو

¹ - أ. بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 25 .

² - د. أنور سلطان ، مصادر الإلتزام ، الموجز في النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية، لبنان، ط 1983 ، ص 26 .

الخطأ الذي يقع منه، بل أن عبء المسؤولية في هذه الحالة يتحملها النائب و حده¹، اللهم إذا ثبت خطأ شخصي من جانب الأصيل، كأن تصدر منه أفعال توحى للطرف المتعاقد معه أن النائب ملتزم بحدود النيابة، أو أن يترك للنائب توكيلا على بياض لم يحدد فيه محل النيابة، فهاهنا تقوم مسؤولية الأصيل في مواجهة الشخص المتعاقد معه، إلا أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة هي مسؤولية تقصيرية عن فعله الشخصي².

الحالة الثانية : و هي حالة إساءة النائب استعمال السلطة

إذا لم يتجاوز النائب حدود النيابة، و لكنه استعملها استعمالا سيئا، فنتج عن هذا الاستعمال خطأ سبب ضررا للشخص المتعاقد معه، فإن الأصيل يسأل في مواجهة المتعاقد معه، وهذا كون النائب يتصرف في إطار السلطة المخولة له من قبل الأصيل، إلا أن هذه المسؤولية لا تدخل في مجال المسؤولية عن فعل الغير، بل هي مسؤولية شخصية على اعتبار أن الخطأ الصادر عن النائب يعتبر خطأ صادر عن الأصيل نفسه، و هذا يرجع رأسا للأساس الذي تقوم عليه فكرة النيابة، و التي تقضي بأنه في حال إنابة شخص عن غيره، فإنه يحل محله، وبالتالي فإن فعل النائب يعتبر كأنه صدر عن الأصيل، فشخص النائب في هذه الحالة لا يمكن اعتباره غيرا بالنسبة للأصيل³.

وعلى هذا أخلص إلى أنه لا فرصة لقيام المسؤولية العقدية للأصيل عن فعل نائبه أثناء مرحلة تكوين العقد، وذلك أن المسؤولية التي قد تلحق الأصيل في هذه المرحلة لا تخرج عن كونها مسؤولية قائمة على أساس الخطأ الشخصي⁴، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لا يمكن عد هذا النوع من المسؤولية مسؤولية عقدية، كما ذهب إلى ذلك طرفا من الفقه في فرنسا، مجاراة منه للفقه الألماني، لاسيما أن نصوص القانون الفرنسي لا تساعد على القول بنظرية الخطأ في تكوين العقد⁵، التي جاء بها الفقيه الألماني إيرنج.

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 178، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 32، د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق ص 184 و أ. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 286، و الذي ذكر قرار مجلس قضاء مستغنام غ.م 1966/11/03 م.ج 1968 العدد 4 ص 1200.

² - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 33.

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 34، د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 45.

⁴ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 185.

⁵ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 185.

1.3- مسؤولية المتعاقد عن الرسول :

قد رأينا في الفقرة السابقة أن استعانة المتعاقد بنائبه في إنشاء التصرف القانوني يجعل إرادة النائب تحل محل إرادة المتعاقد في التعبير عن الإرادة، بحيث تكون العبرة بإرادة النائب لا بإرادة من أنابه، بين أن الوضع يختلف بالنسبة للرسول، الذي يقتصر دوره في مجرد نقل إرادة المرسل إلى المرسل إليه¹، شأنه في ذلك شأن الرسالة المكتوبة²، فإذا ما حدث و أن أخطأ هذا الرسول في نقل إرادة المرسل، أو أقدم على تحريفها، حق لهذا الأخير إلغاء العقد، إلا أن السؤال الذي يثور هو من المسؤول عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر، و ما طبيعة المسؤولية القائمة ؟

يميز الفقه بهذا الصدد بين حالتين :

الحالة الأولى: حالة صدور خطأ من المتعاقد كأن يكون حمل الرسول رسالة غامضة العبارات، أو زوده بمعلومات خاطئة، أو وقع اختياره على شخص غير كامل الأهلية، أو شخص غير موثوق به، ففي هذه الحالة تستبعد المسؤولية عن فعل الغير، وتكون المسؤولية مسؤولية قائمة على أساس الخطأ الشخصي للمتعاقد³.

الحالة الثانية: الحالة الثانية التي يذكرها الفقهاء بهذا الصدد، هي الحالة التي يكون الضرر الذي لحق بالطرف الآخر، لا يرجع إلى خطأ صادر عن المتعاقد، بل إلى خطأ صادر عن الرسول، كأن يقدم هذا الرسول على تحريف أو تشويه للإرادة التي كلف بنقلها، سواء تعمد ذلك، أو كان ذلك عن غير عمد، في هذه الحالة تقوم مسؤولية المرسل عن فعل الرسول، وهذا على أساس المسؤولية عن فعل الغير لا على أساس المسؤولية عن الفعل الشخصي⁴.

إلا أن التساؤل الذي يثور هنا يتعلق بتحديد طبيعة هذه المسؤولية سواء بالنسبة للحالة الأولى أو بالنسبة الحالة الثانية ؟ فهل هي مسؤولية عقدية أم هي مسؤولية تقصيرية ؟

¹ - د. نبيل إبراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 41 .

² - د. محمد حسنين، مرجع سابق، ص 37 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون ، مرجع سابق ، ص 3 و 36 .

⁴ - د. عبد الرشيد مأمون ، المرجع نفسه، ص 36 .

طبقاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي جاء بها الفقيه الألماني اهرنج والتي تقضي بأنه إذا تقارب شخصان وقاما بمفاوضات لإبرام عقد، فيفتضي هذا قيام عقد ضمنى بينهما، يستلزم إبرام العقد النهائي، أو بعبارة أخرى مقدمة عقد، فإذا أخل أحد الطرفين بهذا العقد ترتبت عليه مسؤولية عقدية¹، إذ أن "العناية التي من المفروض أن يبذلها المتعاقد، تحتم عليه أن يضمن صحة إعلان الإرادة من جانبه، كما أن استعمال الوسائل الوسيطة في التعاقد لا يكون أمراً مؤكداً بصفة دائمة، سواء كانت هذه الوسائل مكتوبة أو شفوية، فإذا لجأ إليها المتعاقد فعليه أن يضمن النقل السليم للإرادة من خلالها"².

و يذهب الفقه الألماني في عمومته إلى عد مسؤولية المدين عن فعل أتباعه خلال مرحلة تكوين العقد مسؤولية عقدية³، وهذا خلافاً لما سار عليه اجتهاد الفقه والقضاء في فرنسا، إذ لا يصح عندهم اعتبار الخطأ في تكوين العقد موجباً للمسؤولية العقدية⁴، فالمسؤولية العقدية عندهم لا يمكن إثارتها إلا بمناسبة قيام عقد صحيح، أما إذا تضرر أحد الأطراف في مرحلة المفاوضات (تكوين العقد) فلا مسوغ لقيام المسؤولية العقدية، كون أن العقد لم يتم بعد، وعلى هذا فإنه لا فرصة للإدعاء بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير إذا ما صدر عن رسول المتعاقد أي خطأ في مرحلة تكوين العقد، أدى إلى الإضرار بالطرف الآخر، وإنما تكون المسؤولية الناشئة مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير.

2- مرحلة ما بعد تنفيذ العقد:

القاعدة عند أغلب الفقهاء أن قيام المسؤولية العقدية بصفة عامة يستلزم قيام العقد وبقاؤه، مع حدوث الإخلال به أثناء سريانه⁵، ما يعني أن الإدعاء بالمسؤولية بعد انتهاء العلاقة العقدية بين الدائن والمدين لا يكون إلا وفق ما تقرره القواعد العامة في نطاق المسؤولية عن الفعل الضار، أي وفق ما تقرره قواعد المسؤولية التقصيرية، غير أنه من الفقهاء من يرى بأن هناك حالات من المسؤولية على الرغم من قيامها بعد انتهاء العقد، إلا

¹ - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 120 .

² - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 38 .

³ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 166 .

⁴ - أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 205 .

⁵ - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 121 .

أنها تعد امتدادا له، وبالتالي يطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية بدلا من قواعد المسؤولية التقصيرية، وهذا الامتداد قد يكون راجعا لما اتفق عليه أطراف العلاقة العقدية، كأن يدرجا في العقد الذي يجمع بينهما بند يقضي بأن ما يترتب عليه من آثار بعد انقضائه تحكمه قواعد المسؤولية العقدية، وقد يكون راجعا لطبيعة الالتزام التي يفرضها العقد¹، كأن تكون الالتزامات التي تم الإخلال بها من مخلفات العقد، أي نشئت عنه وتراخى تنفيذها إلى ما بعد تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية القائمة على أساس الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية، سواء كان الإخلال بها من فعل المدين أو من فعل الغير².

¹ - د. سامي مصطفى عمار الفرحاني، مرجع سابق، ص 3 .

² - د. عبد الباقي سواي، مرجع سابق، ص 229 .

الفصل الثاني

النظام القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير

بعد أن تعرضنا في الفصل الأول لمفهوم مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأشخاص الذين يستعين بهم لمساعدته في تنفيذ التزاماته العقدية، وموقف كل من الفقه والتشريعات المدنية من الاعتراف بها كمبدأ عام، كان لابد من الإشارة في هذا الفصل إلى بعض المسائل التي أثارها القول بإقرار هذا النوع من المسؤولية، ومن ثم الجواب عليها، ومن أهم هذه المسائل التي أثيرت، مسألة الأحكام القانونية التي ينبغي الرجوع إليها حال تحقق هذا الضرب من ضروب المسؤولية، وكذا مسألة الأساس القانوني الذي يبرر القول بمسؤولية المدين عقدياً عن فعل الأغيار الذين يستعين بمساعدتهم في تنفيذ التزاماته العقدية .

بغرض الإجابة عن هذه التساؤلات سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين أتناول في المبحث الأول، حكم تحقق شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فيما أتناول في المبحث الثاني، الأساس القانوني لمسؤولية المدين عن فعل الغير.

المبحث الأول

حكم تحقق شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير

يثور فيما يتعلق بحكم تحقق شروط مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير الذي أوكل له تنفيذ التزاماته العقدية العديد من المواضيع ونقاط البحث، منها ما يتعلق بالقواعد القانونية التي يجب على القاضي إتباعها عند مساءلة المدين ، ومنها ما يتعلق بالمسؤولية المشتركة لكل من المدين والغير قبل الدائن، ومنها أيضاً ما يتعلق بحق المدين في الرجوع بما دفعه من تعويض للدائن، على الغير الذي تسبب بفعله في قيام مسؤوليته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، تخضع مسؤولية المدين عن فعل الغير في مجمل أحكامها للقواعد المقررة في نطاق المسؤولية العقدية، والتي من هذه الأحكام ما يتعلق بحق اشتراط المدين على الدائن إعفائه من المسؤولية الناجمة عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك راجعاً إلى خطأ الأشخاص الذين استفاد من جهدهم في تنفيذ التزاماته العقدية، مما يستلزم معه بحث شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير.

بغية تسليط الضوء على هذه النقاط سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين ، أخصص الأول لدراسة حكم قيام مسؤولية المدين والغير قبل الدائن، بينما أخصص الثاني، لدراسة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

المطلب الأول: قيام مسؤولية المدين و الغير قبل الدائن

إذا ما تحققت شروط قيام مسؤولية المدين قبل الدائن عن فعل الغير، فإنه يحق للدائن قصد استيفاء التعويض على الأضرار التي لحقته جراء الإخلال بالالتزام العقدي، الرجوع بالمسؤولية على المدين كما يحق له كذلك الرجوع بالمسؤولية على كل من المدين والغير معاً، وعلى هذا ساقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، أتناول في الأول، قيام مسؤولية المدين قبل الدائن، فيما أتناول في الثاني، قيام المسؤولية المشتركة للمدين والغير قبل الدائن، أما ثالث هذه الفروع فسأتناول فيه، حق المدين في الرجوع على الغير.

الفرع الأول: قيام مسؤولية المدين قبل الدائن

سأتناول في هذا الفرع مسألتين، الأولى وتتعلق بطبيعة مسؤولية المدين قبل الدائن جراء فعل الإخلال الصادر عن الغير، أما الثانية فتتعلق بأثر جسامه خطأ الغير على مسؤولية المدين قبل الدائن، وهذا سيكون على النحو التالي:

1- طبيعة مسؤولية المدين عن فعل الغير قبل الدائن:

أشرنا سابقاً إلى أن مسؤولية المدين عن فعل الأشخاص الذين يستعين بجهودهم لتنفيذ تعهداته تجد السبيل لقيامها وإن لم يصدر من المدين أي خطأ، مما يبرز ابتداء كونها مسؤولية عن فعل الغير، إلا أن هذا لا ينفي كونها أيضاً مسؤولية عقدية، فمادام أن العلاقة التي تربط الدائن بالمدين موجبها العقد، و مادام أن فعل الإخلال قد انصب على أحد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد فلا مهرب من القول بذلك، على هذا فإن رجوع الدائن بالمسؤولية عن المدين يكون في هذه الحالة طبقاً لما تقرره قواعد المسؤولية العقدية بصفة عامة، إذ يطبق في هذا الوضع جميع الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني والتي تعنى بتنظيم المسؤولية العقدية، ويأتي في مقدمة هذه الأحكام إلزامية توافر أركان المسؤولية العقدية والتي هي كل من الخطأ العقدي، الضرر، والعلاقة السببية بينهما¹.

1 - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 238.

إلا أن ما يجب التنبيه عليه في هذا المقام هو تلك الخصوصية التي يختص بها ركن الخطأ في المسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث الإثبات عنه في المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، إذ ينبغي على الدائن في دعوى رجوعه بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير على مدينه، إثبات أن الخطأ الذي أدى إلى الإضرار به ناجم عن خطأ الغير الذي أوكل له المدين تنفيذ التزاماته العقدية، لا عن الخطأ الشخصي للمدين، إذ لو أثبت الدائن أن الخطأ الذي أضر به يرجع إلى فعل المدين، فلا شك أنه في هذه الحالة تكون المسؤولية التي يتحملها المدين مسؤولية عقدية عن الفعل الشخصي لا عن فعل الغير¹.

فلقيام مسؤولية المدين عن فعل الغير يكفي - على ما رأينا - أن يثبت الدائن صدور خطأ من الغير الذي استعان به المدين في عملية تنفيذ العقد، من غير حاجة لإثباته صدور خطأ من جانب المدين، وهذا لأن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم على أساس خطأ الغير، لا على أساس خطأ المدين، وهي تتوافق في هذه الجانب مع مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، وفق ما يقرره القانون المدني الجزائري، الذي لا يحتاج فيه المضرور للرجوع بالمسؤولية على المتبوع إثبات خطأ هذا الأخير، وإنما يكفيه إثبات صدور الفعل الضار من التابع².

ويترتب على هذا - أقصد أن مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير قائمة على أساس خطأ الغير، لا على أساس خطأ المدين - أن هذا الأخير لا يمكنه دفع المسؤولية القائمة في حقه ولو أمكنه أن يثبت أنه لم يصدر أي خطأ من جانبه، ومع هذا فإنه يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثباته عدم صدور أي خطأ من جانب الغير الذي أدخله في عملية التنفيذ³.

بناء على ما سبق فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن يدور حول كيفية إثبات الدائن لخطأ الغير الذي يسأل عن فعله المدين؟ وبعبارة أخر ما هو المعيار الذي يمكن به اعتبار أن فعل الغير يشكل خطأ عقديا تقوم على إثره مسؤولية المدين؟

1- د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 47 .

2- أ. علي فيلاي، العمل غير المشروع، مرجع سابق، ص 163 .

3- د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 239 .

للإجابة على هذا السؤال أقول أن كيفية إثبات خطأ الغير الذي نتج عنه الإخلال بالالتزام العقدي يتم تبعا لتحديد طبيعة الالتزام الذي تحمله المدين، بحيث إذا كان التزام المدين التزاما بتحقيق نتيجة أمكن الدائن إثبات خطأ الغير بمجرد إثباته عدم تحقق النتيجة التي كان يرمي إليها من وراء ارتباطه بالمدين عقديا، إذ يكفي في هذا النوع من الالتزامات عدم تحقق الغاية المقصودة للدائن من تعاقدته مع المدين- بغض النظر عما إذا كان سبب ذلك راجع لخطأ المدين أو لخطأ الغير الذي استعان به - لثبوت المساءلة المدنية في حق المدين،¹ أما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المدين التزاما ببذل عناية دون أن يكون مطالبا بادراك النتيجة التي يسعى الدائن لتحقيقها من وراء تعاقدته مع المدين، فلا يكفي الدائن في هذه الحالة لإثبات خطأ الغير، إثباته عدم تنفيذ الالتزام فقط، بل لابد عليه لإثبات خطأ الغير الذي عهد إليه المدين أمر بتنفيذ الالتزام، من أن يثبت أن هذا الغير لم يبذل العناية المطلوبة منه، ما أدى إلى الإخلال بالالتزام العقدي للمدين، وله في سبيل ذلك إتباع جميع الوسائل و الأساليب التي كان يمكنه الاعتماد عليها لإثبات عدم بذل المدين للعناية المطلوبة منه، لو كان هذا الأخير هو القائم بتنفيذ التزاماته الناشئة بموجب العقد².

كما لا يفوتني أن أذكر مرة أخرى في هذا المقام، أن الدائن لا يمكنه الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية على المدين بسبب فعل الغير، إلا إذا أثبت أن خطأ الغير الذي أدى إلى الإضرار به قد انصب على أحد الالتزامات العقدية التي تحملها المدين بموجب العقد الذي يربطه بالدائن، أما إذا كان خطأ الغير قد انصب على التزام تولد عن عقد آخر يربط بينه وبين المدين، كما لو كان هذا العقد عقد مقاوله فرعي، يربط بين المقاول المتعامل والمقاول الفرعي، فإن رب العمل لا يمكنه في هذه الحالة أن يرجع بالمسؤولية العقدية على المقاول المتعامل، مادام أن فعل الإخلال الصادر من المقاول الفرعي لا يتعلق بأحد الالتزامات التي يرتبها عقد المقاوله في ذمة المقاول الأصلي تجاه رب العمل.

1- أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 838.

2- د. محمدحون جعفر، مرجع سابق، ص 240.

2- أثر جسامه خطأ الغير في المسؤولية العقدية للمدين:

إذا كان القانون يتشدد في مسؤولية المدين العقدية كلما ثبت أن فعل الإخلال بالالتزام العقدي راجع لصدور غش أو خطأ جسيم من جانبه -وهذا ما تشير إليه المادة 178 من القانون المدني و التي جاء فيها (... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم)- فإن التساؤل الذي يثور يتعلق بمقدار تأثير خطأ الغير في مسؤولية المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم؟

يذهب بعض الشراح إلى تحديد مدى تأثير مسؤولية المدين العقدية بالغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه من يستعين بهم في تنفيذ التزاماته، يكون بحسب النظرة التي ينظر بها إلى الخطأ الصادر عن الغير، هل هو امتداد لخطأ المدين أو أنه منفصلا عنه، هذا من جهة، ومن وجهة أخرى، يكون بحسب الدافع من تشديد المشرع لمسؤولية المدين في حالة الغش و الخطأ الجسيم الذي يصدر منه هو شخصيا، وهذا ما سنراه فيما يلي:

2.1- بحسب النظرة إلى الخطأ الصادر من الغير :

فمن نظر الفقهاء إلى الخطأ الصادر من الغير على أنه خطأ صادر من المدين نفسه، كما يذهب إلى ذلك أنصار نظرية النيابة فإنه يرى أن مسؤولية المدين تتأثر في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الغير، شأنها في ذلك شأن مسؤولية المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عنه¹.

أما من نظر من الفقهاء إلى الخطأ الصادر من الغير على أنه خطأ مستقل ومنفصل عن شخص المدين فإنه يذهب إلى عدم تأثير مسؤولية المدين في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الغير².

¹- د. علي حسن الذنون، مرجع سابق ص 81.

²- د. محمد جعفر حنون، مرجع سابق ص 24.

2.2- بحسب الدافع من تشديد المشرع لمسؤولية المدين:

يذهب بعض الفقهاء إلى أن مقدار أثر خطأ الغير على مسؤولية المدين يتحدد تبعا لتحديد الغاية أو الدافع الذي جعل المشرع يقرر أحكام خاصة لحالة الغش و الخطأ الجسيم الصادر بحيث إذا كانت الغاية التي قصد إليها المشرع من تشديد مسؤولية المدين في حالة الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر منه، هي محاربة هذه الأنواع من الأخطاء، وفرض جزاء مدني على من يقترفها، ففي هذه الحالة لا تطبق هذه الأحكام الخاصة إلا إذا كان الخطأ صادر من المدين نفسه، أو كان المدين مشاركا في هذا الخطأ، على اعتبار أن الجزاء ولو كان مدنيا فإنه يبقى ذو صفة فردية، ذاتية، لا تتعدى إلى غير الفاعل¹، أما إذا كانت الغاية التي قصد إليها المشرع من وراء تقرير هذه الأحكام الخاصة في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من المدين، هي محاربة هذا النوع من الأخطاء بغض النظر عن شخص الفاعل، أي إذا كانت الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من وراء هذه الأحكام، هي حماية الدائن، لا عقاب المدين، فإن مسؤولية المدين في هذه الحالة تتأثر بالغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الغير، كما تتأثر بالغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه هو شخصيا².

الفرع الثاني: قيام المسؤولية المشتركة للمدين والغير قبل الدائن

إذا كان للدائن - كما سبق وأن رأينا - الحق في الرجوع على المدين بالمسؤولية العقدية بسبب الإخلال بأحد الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، وهذا لمطالبتة بدفع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء فعل أحد مساعديه أو بدلائه، فإن هذا لا يمنع من إمكانية رجوعه بالمسؤولية على المساعد، أو البديل الذي تسبب بفعله الضرر في الإخلال بالالتزام العقدي للمدين، غير أن انعدام العلاقة العقدية المباشرة بين الدائن وهذا المساعد، أو البديل، يحول دون تأسيس هذا الرجوع على أساس قواعد المسؤولية العقدية، فمبدأ الأثر النسبي للعقد يأبى ذلك، مما لا يبقى معه إلا القول بتأسيس هذا الرجوع على أساس

¹ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق ص 81.

² - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق ص 81، محمد جعفر حنون، مرجع سابق ص 246.

قواعد المسؤولية التقصيرية، ما يفيد أن للدائن قصد استيفاء حقه في التعويض الحق في الرجوع على شخصين: الأول وهو المدين الذي ارتبط معه عقدياً، ويكون الرجوع عليه وفق ما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، والثاني هو الغير الذي استعان به المدين في تنفيذ الالتزام وتسبب بفعله في الإخلال به، ويكون الرجوع عليه وفق ما تقضي به قواعد المسؤولية التقصيرية.

يفهم من هذا الذي سبق أن تحقق المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير يثير معه مسؤولية مشتركة لطرفين اثنين، الأولى هي مسؤولية المدين العقدية، والثانية هي مسؤولية الغير التقصيرية، مما يجرننا للتساؤل عن طبيعة هذه المسؤولية المشتركة ما بين المدين والغير، وكذا الآثار والنتائج المترتبة عليها.

1- طبيعة المسؤولية المشتركة للمدين والغير تجاه الدائن:

اختلفت أقوال الفقهاء والشراح حول تحديد طبيعة المسؤولية المشتركة للمدين والغير، هل هي مسؤولية تضامنية أم هي مسؤولية تضاممية؟

1.1- الاتجاه الأول:

يذهب هذا الاتجاه إلى أن تطبيق القواعد العامة على المسؤولية العقدية عن فعل الغير يفضي إلى القول، بأن كلا من المدين والغير يكون مسئولاً قبل الدائن بالتضام، لا بالتضامن، وهذا لاختلاف مصدر التزام المدين عن مصدر التزام الغير، إذ أن مسؤولية المدين قبل الدائن مسؤولية عقدية، قائمة على أساس الإخلال بالالتزام العقدي الذي يفرضه عليه العقد، في حين أن مسؤولية الغير قبل الدائن هي مسؤولية تقصيرية، قائمة على أساس الإخلال بالواجب العام الذي يفرضه القانون على الكافة، والمتضمن عدم الإضرار بالآخرين¹.

فاختلاف مصدر التزام المدين عن مصدر التزام الغير ينسجم مع مفهوم المسؤولية التضاممية التي تعرف بأنها "تلك المسؤولية التي تحصل في حالة تعدد المدينين بالالتزام

¹ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج7، مجلد1، العقود الواردة على عمل، المقابلة الوكالة الوديعة الحراسة، ط 2000 ص489 وما يليها، د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص82.

بتعويض المضرور مع تعدد مصدر التزام كل واحد منهم، كما لو كان التزام أحدهما عقدياً والأخر تقصيرياً¹، كما أن خصائص المسؤولية المشتركة للمدين والغير تنسجم هي الأخرى تماماً مع خصائص المسؤولية التضاممية، سواء من حيث تعدد المدينين أو من حيث وحدة الدائن، و وحدة محل الالتزام، أو من حيث تعدد مصادر التزام المدينين، فبالنسبة لتعدد المدينين نجد أن الدائن في هذا النوع من المسؤولية يستطيع الرجوع بالتعويض على كل من المدين بالالتزام العقدي، والغير الذي تسبب بفعله الضرر في الإخلال بالالتزام العقدي للمدين، أما بالنسبة لوحدة الدائن فنلاحظ أيضاً في هذا النوع من المسؤولية، أن حق الرجوع بالتعويض على كل من المدين والغير، لا يثبت إلا للدائن أو من يقوم مقامه، هذا بالإضافة إلى تحقق شرط وحدة محل التزام المدينين، إذ أن كل من المدين والغير تتعلق مسؤوليتها بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه جراء عدم تنفيذ الالتزام العقدي، كما أن شرط تعدد مصدر التزام كل من المدين والغير متحقق هو أيضاً في هذا النوع من المسؤولية، فمسؤولية المدين تجاه الدائن هي مسؤولية عقدية، فيحين أن مسؤولية الغير تجاه الدائن هي مسؤولية تقصيرية².

1.2- الاتجاه الثاني:

ويذهب هذا الاتجاه³، إلى القول بأن كل من مسؤولية الغير والمدين قبل الدائن يدخل ضمن المسؤولية التضاممية، وهذا استناداً لما تقرره المادة 126 من القانون المدني التي جاء فيها (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.....). غير أن القائلين بأن المسؤولية المشتركة للمدين والغير هي مسؤولية تضاممية ردوا على ما استدل به أصحاب هذا الاتجاه بالقول أن ما جاءت به المادة 126 من القانون المدني التي يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه يتعلق نطاق تطبيقها بالعمل الغير

¹ - د. محمد جاد محمد جاد، أحكام الالتزام التضاممي في القانونين المدني الفرنسي والمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2003، ص 87 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 249 وما يليها .

³ - د. سعيد عبد الكريم مبارك، مرجع سابق، ص 92 .

المشروع، أي بمجال المسؤولية التقصيرية، أما في مجال المسؤولية العقدية فإن التضامن بين المدينين لا يفترض¹، بل لابد للقول به من وجود اتفاق أو نص قانوني².
تجدر الإشارة في آخر هذه الفقرة إلى أن المشرع المدني اعتبر مسؤولية الوكيل الأصلي عن الوكيل من الباطن قبل الموكل في الحالة التي يكون فيها الوكيل الأصلي غير مرخص له في إنابة غيره من الباطن، مسؤولية تضامنية، فقد جاء في المادة 580 من القانون المدني (إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك كان مسئولا عما يفعله النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية)، وقد اعتبر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ما ذهب إليه المشرع مخالفا لما تقضي به القواعد العامة، وهذا على أساس أن مسؤولية الوكيل قبل موكله مسؤولية عقدية، في حين أن مسؤولية الوكيل من الباطن مسؤولية تقصيرية، فكان مقتضى ذلك أن لا يكون بينهما تضامن بل تضامم³.

2- الآثار المترتبة على قيام المسؤولية التضامنية بين المدين والغير:

يترتب على قيام المسؤولية التضامنية للمدين والغير قبل الدائن مسألتين أساسيتين وهما:

2.1- أن كل من المدين والغير مسئول عن دفع التعويض كاملا للدائن:

فالقاعدة في المسؤولية التضامنية أن للدائن الحق في أن يرجع على أي من المدينين ليطالبه بالدين كله⁴ وعلى هذا، فإذا ما كان رجوع الدائن على المدين، كان هذا الأخير ملزما بدفع كل التعويض، وإذا ما اختار الدائن أن يرجع على الغير كان هذا الأخير أيضا مسئول عن دفع التعويض كاملا، من غير أن يستطيع كلاهما الدفع بإعسار الآخر، غير أنه على الرغم من أن كل من المدين والغير ملزم طبقا للمسؤولية التضامنية بدفع التعويض كاملا للدائن، إذا ما اثر هذا الأخير الرجوع على أحدهما دون الآخر، فإن

¹ - انظر المادة 217 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها (التضامن بين الدائنين والمدينين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص قانوني) .

² - د. عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 169 .

³ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2000، ص 274 .

⁴ - د. نبيل إبراهيم سعد، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط 2007، ص 36 .

المدين المتضام - سواء كان المدين أو الغير- لا يلتزم إلا بدفع القدر المترتب في ذمته الشخصية، بمعنى أنه لما كان موجب رجوع الدائن بالمسؤولية على المدين هو العقد، ولما كان التعويض وفقا للمسؤولية العقدية يقتصر على الضرر المتوقع فقط¹، فإن الدائن لا يستطيع أن يطالب المدين إلا بتعويض الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع، أما إذا كان رجوع الدائن بالتعويض على الغير، فإنه يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، على اعتبار أن رجوع الدائن على الغير يكون وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، والتي يكون التعويض فيها شاملا للضرر المتوقع وغير المتوقع²، وهذا كله على أساس أن القاعدة في المسؤولية التضاممية أن كل مدين مسئول فقط على مقدار التعويض الذي حدده مصدر الالتزام الخاص به³.

2.2- أن قيام أحد المدينين بدفع التعويض يؤدي إلى إبراء ذمة الآخر:

إذا تم الوفاء للدائن بكامل التعويض من أحد المدينين (المدين أو الغير) فإن هذا يؤدي إلى براءة ذمة المدين الآخر اتجاه الدائن، وهذا استنادا للقاعدة التي تقضي بأنه لا دعوى بغير مصلحة⁴ إذ أن الدائن إذا استوفى كامل حقه من أحد المدينين فإنه لا يبقى لديه أي مصلحة في مقاضاة المدين الآخر، و الرجوع عليه⁵، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن حصول الدائن على التعويض مرة ثانية من المدين الآخر، يعتبر صورة من صور الكسب غير المشروع، غير أن هذا لا ينفي حق الدائن في الرجوع على المدين الآخر إذا كان ما استوفاه من المدين الأول لا يكفي لسداد مبلغ التعويض كاملا، فمن حق الدائن في هذه الحالة الرجوع على المدين الآخر لاستيفاء ما بقي له من مبلغ التعويض من غير أن يعتبر ذلك صورة من صور الكسب غير المشروع⁶.

¹ - انظر الفقرة 2 من المادة 182 من القانون المدني .

² - انظر الفقرة 1 من المادة 182 من القانون المدني .

³ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 252 .

⁴ - انظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

⁵ - د. عامر عاشور عبد الله البياتي، مرجع سابق، ص 170 .

⁶ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 252 .

الفرع الثالث: رجوع المدين بالمسؤولية على الغير

مما سبق تقريره تبين أن تحميل المدين المسؤولية العقدية عن فعل الغير ينتج عن تلك الحالة التي يكون فيها الإخلال بالالتزام العقدي ناجم عن فعل أحد مساعديه، أو بدلائه، من دون أن ينسب إلى شخصه أي خطأ يذكر، غير أن تحميل المدين بموجب المسؤولية عن فعل الغير عبء تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام العقدي الذي يرجع إلى فعل أحد هؤلاء المساعدين أو البدلاء، لا ينفى واقع أن المسئول الحقيقي عن هذا الإخلال، هو ذلك الشخص الذي أوكل له المدين مهمة تنفيذ الالتزام فأخل به، مما يخول المدين الذي دفع التعويض للدائن الحق في الرجوع على هذا الغير بالمسؤولية، قصد مطالبته باسترداد ما دفعه للدائن من تعويض¹، غير أن القول بحق المدين في الرجوع على الغير الذي استعان به في تنفيذ التزاماته يثير التساؤل حول ثلاث مسائل، الأولى وتتعلق بالسند القانوني للقول بحق المدين في الرجوع على الغير بما دفعه للدائن من تعويض، أما الثانية فيتعلق بتحديد طبيعة الدعوى التي يستند إليها المدين في رجوعه على الغير، أما الثالثة فتتعلق بمقدار التعويض الذي يحق للمدين مطالبة الغير به.

فبالنسبة للمسألة الأولى، والتي هي مسألة حق المدين في الرجوع على الغير، فإنها لم تكن مثار للخلاف بين فقهاء القانون المدني، إذ الإجماع بخصوص حق المدين في مطالبة الغير بمقدار التعويض الذي دفعه للدائن منعقد بين أهل الفقه²، شأنه في ذلك شأن حق المتبوع في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الرجوع على تابعه³، ومع هذا فإن بعض الفقه يذهب في تقرير القول بحق المدين في الرجوع على الغير المتسبب بفعله في الإخلال بالالتزام العقدي إلى ما جاءت به المادة 124 من القانون المدني والتي تنص على أن (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) فالغير الذي أدى فعله إلى عدم تنفيذ الالتزام قد أضر بالمدين سواء من

¹-(H et L) Mazeaud et (A) Tunc. op.cit, p. 1063.

²- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 78 .

³- Mazeaud (H et L) et Tunc. op. cit, p. 1063.

جانب كونه السبب في قيام مسؤوليته اتجاه الدائن، أو من جانب رجوع الدائن عليه بالتعويض¹.

لكن يجب القول أن حق المدين في الرجوع على الغير لا يجري على إطلاقه، وبالتالي فلا يمكن أن يتمسك المدين بحقه في الرجوع على الغير في كل الحالات، وعلى هذا إذا كان الغير ممن تربطه بالمدين علاقة التابع بالمتبوع (كما في حالة عمال المدين الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته العقدية)، فلا يحق للمدين الرجوع على الغير إلا في حالة ارتكابه لخطئ جسيم، وهذا الحكم يمكن استفادته من نص المادة 137 من القانون المدني، والتي جاء فيها (للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً).

أما بخصوص المسألة الثانية، والتي تتعلق بتحديد طبيعة الدعوى التي يستند إليها المدين في رجوعه على الغير الذي تسبب بفعله في الإخلال بالالتزام المنوط بزمة المدين، فإن ذلك يتوقف على تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المدين بالغير، بحيث إذا كان موجب هذه العلاقة هو الاتفاق، كما في حالة الوكيل مع نائبه، أو المقاول مع المقاول الفرعي، أو المقاول مع عماله، فإن رجوع المدين على الغير يكون على أساس دعوى المسؤولية العقدية، أما إذا كان موجب العلاقة بين المدين و الغير لا يرجع إلى الاتفاق، كما في حالة المستأجر مع أحد ضيوفه أو أصدقائه، أو حالة صاحب الفندق مع من يرتاد الفندق، وأيضا حالة القاصر مع نائبه القانوني، فإن رجوع المدين على الغير في هذه الحالة يكون على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية².

أما بخصوص المسألة الثالثة و المتعلقة بمقدار التعويض الذي يحق للمدين مطالبة الغير به، فإنه يكون في حدود مبلغ التعويض الذي دفعه لدائنه، غير أنه إذا وجد بين المدين والغير الذي استعان به في تنفيذ التزاماته اتفاق يقضي بإعفاء هذا الأخير من رجوع المدين عليه لاسترداد ما دفعه للدائن، فإن مفعول هذا الاتفاق يسري بينهما، كما لو قام المقاول

1- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 192.

2- المستشار أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 331، د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 83، أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 845.

الفرعي بالاتفاق مع المقاول الأصلي على إعفائه من المسؤولية التي تنشأ عن إخلاله بأحد الالتزامات المتولدة عن عقد المقاول الفرعي¹.

المطلب الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير

يجدر بنا في إطار دراستنا لمسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، بحث شروط الإعفاء من هذه المسؤولية، بحيث يثور في هذا المقام التساؤل عن مدى إمكانية المدين تضمين العقد الذي يربطه بالدائن شرط يقضي بعدم مسؤوليته عن عدم التنفيذ الراجع إلى فعل الغير الذي استعان به، سواء كان هذا الغير بديلا عن المدين أو مساعدا له. لمعالجة هذا الموضوع، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أخصص الأول لمدى صحة شرط إعفاء المدين من المسؤولية العقدية عن فعل الغير. في حين أخصص الثاني لبحث نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

الفرع الأول: مدى صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير

قبل الحديث عن مدى صحة اشتراط المدين إعفاء نفسه من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لابد من التنويه أولا، إلى أن مسألة جواز تضمين العقد شرطا يقضي بإعفاء المدين من المسؤولية العقدية عموما ليست من الأمور المسلم بها على صعيد الفقه المدني، سواء تعلق شرط الإعفاء بالأخطاء الشخصية التي يرتكبها المدين أو تعلق هذا الشرط بتلك الأخطاء التي يرتكبها من يستعين به المدين في تنفيذ التزاماته العقدية، إذ يذهب جانب من الفقهاء إلى رفض تضمين العقد لأي شرط يقضي بإعفاء المدين بالالتزام العقدي من المسؤولية الناجمة عن عدم وفائه بالتزاماته المتولدة عن العقد، مستندين في ذلك لمبررات عدة، منها: أن مثل هذه الشرط يؤدي إلى انتفاء الحرية التعاقدية، إذ أن الدائن عندما يبدي القبول بهذا الشرط إنما يكون مدفوعا أو مضطرا لذلك أو غير منتبها، كما يذهبون في تبرير رفضهم لهذا النوع من الشروط بإدعائهم أن شرط الإعفاء يعطي للمدين سلطة مطلقة في أن ينفذ ما التزم به للدائن أولا ينفذ، مما يجعل تنفيذ الالتزام العقدي المنوط بذمة المدين قائم على محض إرادة هذا الأخير، مما يعني أن التزام المدين بتنفيذ مقتضيات العقد

¹ محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 255.

يصبح التزاماً اختيارياً¹، كما يحتج أنصار هذا الاتجاه في رفضهم لمثل هذا الشرط بالقول أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يشجع المدين الذي تقرر الإعفاء لمصلحته على التخازل في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، والإهمال لها، طالما كان بإمكانه تقديم التبريرات المختلفة للتملص من المساءلة المدنية عن فعل الإخلال²، هذا بالإضافة إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية يخالف النظام العام ويهدم فكرة المسؤولية، على اعتبار أن القانون هو الذي يقرر التعويض كجزاء لحالات قيام المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن اتفاق الدائن مع المدين على مخالفة هذا الجزاء يؤدي إلى مخالفة النظام العام³، كما يذهب أنصار هذا الاتجاه، إلى أن القول بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ينسف فكرة السبب في العقد، وهذا على عد أنه إذا كان الالتزام سبباً للالتزام المقابل له فإن عدم مسؤولية المدين عن تنفيذ التزاماته يعني في واقع الأمر غياب سبب الالتزام المقابل⁴.

غير أن عموم الفقه المدني يذهب إلى جواز تضمين العقد شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين في حالة عدم تنفيذ ما التزم به عقدياً لدائنه، وهذا استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث إذا كان العقد يرجع في منشئه إلى إرادة طرفيه، فإن هذا يعني أن الإرادة هي التي حددت آثار هذا العقد، والمسؤولية العقدية هي أحد آثار هذا العقد، وبالتالي فإن الإرادة التي تملك سلطة إنشاء المسؤولية تملك أيضاً سلطة التعديل من أحكام هذه المسؤولية⁵، كما أكد القائلون بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية على أنه ليس في إباحة اشتراط المدين لمثل هذا الشرط، أي خروج عن القواعد التي يقرها النظام العام، فطالما أن طرفاً العلاقة العقدية اتفقا على الإعفاء من المسؤولية العقدية فلا يوجد شيء من

¹- د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2011، ص 65.

²- أحمد سليم نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، ماجستير، فلسطين 2006، ص 63.

³- د. أحمد مفلح خوالدة، مرجع سابق، ص 66.

⁴- أحمد سليم فريز نصره، مرجع سابق، ص 63.

⁵- أ. بلحاج العربي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 850، د. عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص 512.

عدم المشروعية في هذا الشرط، لاسيما و أن المصالح التي يتعرض لها هذا الشرط هي المصالح الاقتصادية لطرفي هذه العلاقة.¹

كما استند القائلون بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية إلى ما جاء في أغلب التشريعات المدنية - و التي منها القانون المدني الجزائري - من النص الصريح على جواز اتفاق المتعاقدين على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، فقد نصت المادة 178 من القانون المدني (... وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم...)، فوفق ما تقضي به هذه المادة فإن للمتعاقدين مطلق الحرية في إدراج شرط يعفي المدين بالالتزام العقدي من أية مسؤولية تنجم عن إخلاله بالالتزامات التي يترتبها العقد، بشرط أن لا يكون هذا الإخلال راجع إلى غشه، أو خطئه الجسيم.

هذا فيما يتعلق بصحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية بصفة عامة، أما فيما يخص صحة اشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ تعهداته العقدية فإنه قد جاء في المادة 178 التي سبق الإشارة إليها (... غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته) فأقرار هذا النص لحق المدين في تضمين العقد شرط يعفي بمقتضاه نفسه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، يستفاد منه إقرار المشرع لصحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الأشخاص الذين يستعين بجهودهم في تنفيذ التزاماته العقدية بصفة عامة،² وبعبارة أخرى فإن المشرع لما أباح للمدين اشتراط إعفاء نفسه من المسؤولية الناجمة عن أفعال الغير، حتى وإن كانت هذه الأفعال من قبيل الغش والخطأ الجسيم، فإنه من باب أولى أن يبيح للمدين اشتراط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الأخطاء اليسيرة والتافهة التي تقع من هؤلاء الأشخاص.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 184 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 278 .

كما أن صحة اشتراط المدين إعفائه من المسؤولية العقدية عن فعل الغير يمكن استفادته كما يرى ذلك بعض الشراح، من إقرار المشرع للمدين حق اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن خطئه الشخصي، إذ أن مثل هذا الحكم يحتم من باب الأولى جواز اشتراطه الإغفاء من المسؤولية الناجمة عن فعل مساعديه وبدلته¹.

وهذا الاتجاه الأخير هو الذي تبنته أغلب التشريعات المدنية الحديثة²، التي اعتبرت أن مبدأ المسؤولية العقدية للمدين عن أفعال من يستعين بمساعدتهم في تنفيذ التزاماته التعاقدية لا يعتبر من قبيل القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي فإن إرادة الأفراد يمكنها استبعاد هذه القواعد والخروج عليها³.

الفرع الثاني: نطاق شرط الإغفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير

لما وأن تبين لنا أن المشرع من حيث المبدأ منح المدين الحق في تضمين العقد شرط يعفي بمقتضاه نفسه من المسؤولية الناجمة عن أفعال من استعان بهم في تنفيذ الالتزام التي يفرضها عليه العقد، كمنحه الحق في تضمين العقد شرط يقضي بإعفائه من المسؤولية التي تنجم عن أخطائه الشخصية، فإن السؤال الذي يمكن أن يثور بهذا الصدد هو: هل الحدود التي تحكم صحة اتفاقات الإغفاء من المسؤولية العقدية واحدة، سواء كان عدم تنفيذ الالتزام راجعاً لفعل المدين أو كان راجعاً لفعل الغير الذي استعان به المدين؟ وبعبارة أخرى هل يحق للمدين بالالتزام العقدي أن يشترط إعفاء نفسه من المسؤولية العقدية الناجمة عن فعل الغير الذي أخل بالالتزام العقدي، أي كانت درجة الخطأ الذي ارتكبه هذا الغير، أم أن ذلك يخضع لنفس القيود التي تحكم شرط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن فعل الإخلال الصادر عنه هو شخصياً؟

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 278 .

² - انظر المواد، 278 القانون المدني الألماني، 110 من قانون الالتزامات السويسري، و هذا الذي تقرره كل القوانين العربية .

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 186 .

للإجابة عن هذا السؤال سوف أتناول حالة اشتراط المدين إعفائه من الخطأ اليسير الصادر من الغير، وحالة اشتراطه الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم الصادر من الغير.

1- الإعفاء من الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها الغير:

لا يختلف حكم شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الأخطاء اليسيرة بين وضعية المدين وهو ينفذ الالتزام العقدي بنفسه، وبين وضعيته وهو ينفذ التزامه العقدي بواسطة الغير، فكما أذن المشرع للمدين أن يشترط على دائنه عدم مسؤوليته عن الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته العقدية، أذن له أيضا أن يشترط على الدائن عدم مسؤوليته عن الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ العقد، والتي ينجم عنها الإخلال بالالتزام العقدي للمدين.

هذا الحكم تتفق عليه الكثير من التشريعات المدنية، بما فيها التشريع المدني الجزائري، والذي كما يقرر من خلال المادة 178 التي سبق الإشارة إليها، صحة اشتراط المدين إعفاء نفسه من المسؤولية عن أخطائه اليسيرة، التي يرتكبها عند تنفيذ التزاماته العقدية¹، يقرر كذلك من خلال نفس المادة صحة اشتراط المدين الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها من يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية، فحكم هذه المادة بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه من يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته، يستفاد منه من باب أولى الحكم بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها هؤلاء الأشخاص.

2- الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه الغير:

إذا كان كل من الفقه والتشريع لا يختلفان من حيث التسوية في الحكم بين حالتي الخطأ اليسير الذي يصدر من المدين و الخطأ اليسير الذي يصدر من الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته العقدية، فيبيحان للمدين اشتراط إعفائه من المسؤولية عن كافة الأخطاء اليسيرة، سواء كانت صادرة من المدين أو ممن يستعين بهم في تنفيذ التزاماته

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 48 وما يليها .

العقدية، فإن الأمر بالنسبة لحالة الغش والخطأ الجسيم لم يكن كذلك، إذ أن الخلاف حاصل فقها وتشريعا في مدى أحقية المدين اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش والخطأ الجسيم الصادر عن الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته العقدية، وهذا على خلاف ما عليه الأمر بالنسبة لحالة الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين و التي يعد حظرها محل اتفاق فقهي وتشريعي.

على هذا سأعرض فيما يأتي للخلاف الواقع في مسألة اشتراط المدين إعفائه من المسؤولية العقدية في حالة الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من مساعديه وبدلائه.

2.1- الاتجاه الرافض لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة الغش أو الخطأ الجسيم:

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن المدين بالالتزام العقدي لا يجوز له الاتفاق مع المدين على إعفاء نفسه من الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، وهذا على اعتبار أن الحدود التي تحكم صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية واحدة، لا تتغير بتغير الجهة التي أسند إليها فعل الإخلال بالالتزام العقدي، فسواء أسند فعل الإخلال بالالتزام العقدي إلى المدين أو إلى الغير الذي استعان به في عملية التنفيذ، فإن الحدود التي تقف عندها صحة اتفاقات الإعفاء من المسؤولية العقدية تبقى دوما واحدة، إذ "يجب أن لا يختلف النظام القانوني لفعل المساعدين عن النظام القانوني لفعل المدين، فيتعين في دائرة المسؤولية العقدية أن تطبق على النظاميين قواعد واحدة، بحيث يتخلص المدين من خلال اتفاقات الإعفاء من المسؤولية عن نتائج أخطاء مساعديه في الحدود التي يتخلص فيها من نتائج أخطائه"¹، فليس للمدين إذن في إطار المسؤولية العقدية، وفق هذا الاتجاه، أن يدفع عن نفسه المسؤولية عن أخطاء مساعديه وبدلائه، إلا ضمن تلك الحدود التي يجوز فيها أن يتخلص من المسؤولية عن أخطائه الشخصية²، وفي هذا المعنى يقول بعض الأساتذة أيضا (.....) ...وعليه فإنه يجب أن يعامل شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير بنفس

¹ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 282 .

² - د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 74 .

المعاملة التي يعامل بها شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، بمعنى أنه يجب أن ينظر إلى الأخطاء الصادرة من الغير كأنها صادرة من المتبوع ذاته، وبذلك يكون الشرط الرامي إلى الإعفاء من المسؤولية عن أخطاء الغير صحيحا في الحدود التي يصح فيها شرط الإعفاء من الأخطاء الشخصية، فيكون صحيحا بالنسبة للأخطاء اليسيرة، وباطلا بالنسبة للغش والخطأ الجسيم¹، ويعد أنصار نظرية النيابة من أكثر المتحمسين لهذا الرأي، إذ يعتبرون الغير الذي استعان به المدين في تنفيذ التزاماته العقدية بمثابة نائب عن المدين، وبالتالي فإن الأخطاء الصادرة عن هذا النائب هي بمثابة الأخطاء الصادرة عن المدين نفسه (الأصيل)، ما يعني أن المدين لا يستطيع إعفاء نفسه من المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إلا إذا كانت الأخطاء التي ارتكبها الغير أخطاء يسيرة.

على مثل هذا الرأي استقر اجتهاد القضاء في فرنسا،² والذي يذهب إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يغطي إلا تلك الأخطاء التي يحق للمدين اشتراط إعفاء نفسه منها في حالة المسؤولية عن الخطأ الشخصي، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه (لا يجوز للإنسان أن يعفي نفسه عن طريق الشرط أو الاتفاق من المسؤولية المترتبة عن الأخطاء التي تصدر من تابعيه إلا بمقدار ما يجوز له الاتفاق على إعفاء نفسه منها)³.

2.2- الاتجاه المؤيد لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة الغش والخطأ الجسيم:

ويذهب هذا الاتجاه إلى القول بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين عن سائر أخطاء الغير بما في ذلك حالة ارتكابه غشا أو خطأ جسيما، مبررين ذلك بأن الواقع يفرض علينا أن نلاحظ أن الغير قد يرتكب غشا أو خطأ جسيما من جانبه دون أن ينطوي هذا الفعل عن خطأ جسيم أو غش من جانب المدين،⁴ ويمثل هذا الاتجاه في الفقه

¹ - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 64 .

² - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80، وانظر أحمد سليم فريز نصره، مرجع سابق، ص 80 .

³ - أشار إليه د. علي حسن الذنون، (الرابطة السببية)، مرجع سابق، ص 245 .

⁴ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 81 .

الفرنسي كل من الأستاذ سافاتييه، والأستاذ بلانيول، و كذا الأستاذ ربيير، والذين يعتبرون أن ما يذهب إليه القضاء الفرنسي من التسوية في الحكم بين حالة الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من المدين وبين حالة الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من الغير - كما سبق وأن رأينا - مسألة فيها نظر (إذ يجوز في حالة مسؤولية الإنسان عن فعل الغير أن يمتد الإعفاء منها إلى أبعد مما يذهب إليه هذا القضاء، بحيث يصل إلى حد جواز الإعفاء من المسؤولية حتى ولو نشأت عن خطأ جسيم، لأن ما يعتبر خطأ جسيماً بالنسبة للتابع أو المساعد، قد لا يعتبر خطأ جسيماً من جانب المتبوع (المدين) بل قد لا ينسب إلى المتبوع أي خطأ حتى ولو كان يسيراً)¹.

كما أن بعض الفقه يذهب إلى القول أنه قبل الحكم بعدم صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة الغش والخطأ الجسيم بحجة أن القانون منع المدين من اشتراط إعفائه من المسؤولية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر عنه شخصياً، يجب البحث أولاً عن السبب أو الدافع الذي دفع المشرع إلى الحكم بمنع المدين من اشتراط إعفاء نفسه من المسؤولية العقدية عن الغش والخطأ الجسيم الصادر عنه، فإذا وجد أن السبب ذاته متحقق في حالة اشتراط الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم الذي يرتكبه الغير تقرر المنع في الحالتين، أم إذ وجد أن السبب الذي تقرر المنع لأجله غير متحقق، فإن المنع يختص بالحالة الأولى دون الحالة الثانية، ولما كان السبب الذي دفع المشرع إلى منع المدين من إعفاء نفسه من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عنه هو مخالفة ذلك للنظام العام، ولأصل فكرة الالتزام العقدي، فإن مثل هذه المخالفة غير متحققة في حالة اشتراط الإعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه الغير، الذي يشارك المدين في تنفيذ التزاماته العقدية، ما يفضي إلى القول بأن الحدود التي ينتهي إليها شرط الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير تمتد لتشمل كل الأوضاع بما فيها حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وهذا على خلاف شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي الذي لا يتجاوز نطاقه حدود الخطأ اليسير على كل حال².

¹ - د. علي حسن الذنون، (الرابطة السببية)، مرجع سابق، ص 246 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 283، د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 81 وما يليها .

هذا، ويذهب بعض الشراح في تعليل سبب الاختلاف بين أصحاب الاتجاه الأول و أصحاب الاتجاه الثاني، إلى اختلافهم في النظر إلى طبيعة فعل الغير، بحيث أنه من نظر إلى فعل الغير على أنه امتداد لفعل المدين، فقد ذهب إلى القول بإبطال شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير متى ما تعلق فعل الإخلال بصدور غش أو خطأ جسيم من طرف الغير، أما من نظر إلى فعل الغير على أنه فعل مستقل عن فعل المدين فقد ذهب إلى تصحيح شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير حتى ولو كان من قبيل الغش أو الخطأ الجسيم، إذ لا يعد الغش والخطأ الجسيم في هذا الوضع صادرا من المدين¹.

هذا، وقد انحاز المشرع في جميع الدول العربية إلى الاتجاه الثاني، القاضي بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير حتى ولو كانت الأخطاء التي ارتكبتها هذا الأخير من قبيل الغش أو الخطأ الجسيم، إلا ما كان من صنيع المشرع المدني السوداني الذي ذهب إلى إبطال صحة هذا النوع من الشروط متى ما تعلقت بحالة الغش أو الخطأ الجسيم²، أما فيما المشرع المدني الجزائري فقد ذهب هو الآخر إلى ما ذهب إليه المشرع في سائر البلاد العربية، فقضى بصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن سائر أفعال الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية بما فيها الغش والخطأ الجسيم، فنص في المادة 178 من القانون المدني (.... غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه) فوفق ما جاء في هذه المادة، فإن المدين لا يسأل عن عدم وفائه بالتزاماته العقدية متى ما كان ذلك راجعا إلى الغش أو الخطأ الجسيم الذي يرتكبه أحد الأشخاص الذين استعان بهم في عملية التنفيذ، إذا كان قد سبق وأن اشترط على دائنه مثل هذا الشرط .

¹ - د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 74 .

² - د. عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 514 ، وقد جاء في المادة 200 الفقرة الثانية من قانون المعاملات المدنية السوداني (لا يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أولئك الأشخاص في تنفيذ التزاماته).

و في ختام هذا المبحث أود الإشارة إلى الخلاف الذي يذكره بعض الشراح في تحديد نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير من حيث الأشخاص، حيث يذهب بعض هؤلاء الشراح إلى قصر نطاق شرط الإعفاء هذا، على الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه العقدي، يعني (فئة المساعدين) دون غيرهم من الأشخاص الذين يسأل المدين عنهم مسؤولية عقدية، و هذا استنادا لنص المادة 217 من القانون المدني المصري والتي تقابلها المادة 178 من القانون المدني، والتي حصرت الإعفاء من المسؤولية عن فعل الغير على المستخدمين فقط، ويذهبون في تبرير مسلكهم هذا إلى القول بأن الأصل كما يظهر من المادة 178 المذكورة هو عدم جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم، وعندما جاء المشرع بالاستثناء المتعلق بمن يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته، وجب عدم التوسع فيه، كما وجب عدم القياس عليه، وبالتالي فإنه لا يجوز تحميل النص فوق ما يتحمل .

بيد أن أغلب الفقهاء والشراح يرون أن نص المادة 178 يشمل كل الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته، سواء كانوا من فئة المساعدين والأعوان، أو من فئة البدلاء من دون ذكر لهذا التفريق الذي يذهب إليه أصحاب الفريق الأول، وبدورنا نرى أنه لا يوجد ما يسوغ التفرقة بين أفعال المساعدين وأفعال البدلاء، إذ أن العلة التي لأجلها سمح المشرع للمدين اشتراط إعفائه من المسؤولية عن فعل المساعدين متحققة أيضا في حالة الإعفاء من المسؤولية عن أفعال البدلاء .

المبحث الثاني

الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير

إن بحث موضوع الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير هو في الحقيقة محاولة للوقوف على الأسباب، و المسوغات، التي لأجلها اتجهت الإرادة التشريعية إلى تحميل المدين عبء تعويض الضرر الذي أصاب الدائن، على الرغم من أن فعل الإخلال لم يصدر منه، و إنما صدر من الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته، خصوصا إذا تأكد لدينا أن هذه المسؤولية تمثل خلافا للأصل العام، الذي يقضي بأن المدين بالالتزام العقدي لا يسأل إلا عن فعل الإخلال الصادر منه¹، (مبدأ شخصية الخطأ)، فعلى هذا فإن الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير بهذا المعنى، ليس هو الأساس القانوني الذي رأيناه عند تعرضنا لموقف التشريعات المدنية من المبدأ العام لهذه المسؤولية، إذ يقصد بهذا الأخير، النص القانوني الذي يستند إليه رجال الفقه، و القانون، للقول بوجود مبدأ عام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير في قانون ما، بيد أن الأساس القانوني بالمعنى الذي نريد الوقوف عليه هو " أقرب إلى المسوغ المنطقي و الأخلاقي منه إلى البحث القانوني و يتم الاستدلال (في نطاقه) على وجود هذا الأساس من عدمه من خلال إخضاع مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير للقواعد الأخلاقية و المنطقية، كمبادئ العدالة والإنصاف، أو لبعض المبادئ القانونية المعروفة كمبدأ استقرار المعاملات وتحقيق المصلحة العامة، و من ثم التأكد من مدى انسجام هذه المسؤولية مع هذه القواعد أو المبادئ من عدمه...."².

على كل حال فإن آراء الفقهاء و الشراح اختلفت اختلافا شديدا في تحديد الأساس القانوني السليم الذي يسوغ معه تحميل المدين المسؤولية العقدية عن فعل الغير ، فتعددت بذلك النظريات التي وضعها الفقهاء وتشعبت، مما يجعل الوقوف عليها جميعا يخرجنا عن المقصد الذي نحن بصددده، لهذا سأقتصر على ذكر أهم وأشهر هذه النظريات و التي يمكن ردها عند التحقيق إلى اتجاهين، الاتجاه الذي يقيم مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير

1- د. ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص77، وانظر د. عبد الباقي محمود سوادى، مرجع سابق، ص 214 .

2- د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 216 .

على أساس صدور خطأ شخصي من المدين (مطلب أول)، الاتجاه الذي يقيم مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير على أسس أخرى غير الخطأ الشخصي للمدين (مطلب ثاني).

المطلب الأول: النظريات القائمة على أساس الخطأ الشخصي للمدين

القاسم المشترك بين هذه النظريات، هو اعتمادها في تسوية مسؤولية المدين عقدياً عن فعل من استعان بجهدهم في تنفيذ التزامه العقدي على وجود خطأ شخصي صادر من جانبه هو¹، غير أن المسلك الذي سلكه أصحاب هذه النظريات في تحديد خطأ المدين يختلف من نظرية إلى أخرى، ففي حين أن خطأ المدين يكمن في إخفاقه في تحقيق النتيجة التي يقصد إليها الدائن من وراء ارتباطه عقدياً مع المدين، كما يرى أنصار نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن الخطأ الذي يتحمل بموجبه المدين المسؤولية عن فعل الغير وفقاً لأنصار نظرية النيابة، يكمن في عد شخصية الغير الذي صدر عنه الخطأ امتداداً لشخصية المدين، أما أنصار نظرية انتفاء القوة فيردون ذلك إلى انتفاء وصف السبب الأجنبي عن فعل الشخص الذي استعان به المدين في تنفيذ العقد.

بغية الوقوف على ما جاء في هذه النظريات، سأقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فروع ثلاث أخصص أولها لبحث نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة، في حين أخصص ثانيها لنظرية النيابة، بينما أتناول في الثالث منها نظرية انتفاء القوة القاهرة.

الفرع الأول: نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة

سأتناول في هذا الفرع مضمون نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم تقييم هذه النظرية في ضوء المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

1- مضمون نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن أساس مسؤولية المدين عقدياً عن أفعال من استعان بهم في تنفيذ التزاماته يرجع إلى عدم تحقق النتيجة التي قصد إليها الدائن من وراء

1- د.عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 75، وانظر د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 59.

ارتباطه عقدياً مع المدين، ذلك أن المدين حسب رأيهم يلتزم في مواجهة دائته دائماً بتحقيق نتيجة، لا ببذل عناية¹، فإذا لم تتحقق هذه النتيجة فإن هذا يعني أن المدين لم ينفذ التزاماته وبالتالي تتحقق مسؤوليته، ويستوي في ذلك أن يرجع عدم تحقق النتيجة إلى خطأ المدين أو إلى خطأ من استعان بهم في التنفيذ وفشلوا في ذلك،² فالدائن لا يهتم بأمر الوسائل التي استعملها المدين من أجل تحقيق النتيجة، بل أن اهتمامه لا ينصب إلا على أمر واحد، وهو التنفيذ الكامل للالتزام، ومنه تحقيق النتيجة التي قصدتها من وراء إبرامه للعقد³، ويبرر أنصار هذه النظرية مسلكهم هذا بالقول أن محل الالتزام الذي تعهد به المدين للدائن لا يكمن في نشاطه الشخصي، وإنما يكمن في تحقيق نتيجة هذا النشاط،⁴ وعليه فمتى تخلفت نتيجة هذا النشاط سواء بفعل المدين نفسه، أو بفعل الغير الذي تمت الاستعانة به، فإن هذا يعني أن المدين لم يقم بتنفيذ ما التزم به لدائنه، وفي هذا المعنى يقول بعض الفقهاء الفرنسيين " إذا سئل المدين عن خطأ تابعه في تنفيذ الالتزام، فلأن المدين تعهد بالتنفيذ إما بنفسه شخصياً أو بواسطة هؤلاء الذين يساعده، أو يقومون مقامه في التنفيذ، وخطأ هؤلاء في التنفيذ هو إذن خطأ المدين، ويعد هذا إخلالاً بالتزامه العقدي ويسأل عنه المدين، لأنه أدى إلى عدم تحقق نتيجة ما قصده الدائن من إبرام العقد"⁵.

2- تقييم نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة:

على الرغم من أن نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة تظهر وكأنها نظرية متكاملة، ومتماسكة، غير أنها في واقع الأمر نظرية واهية في حقيقتها، ويرجع هذا للأسباب الآتية:

- أنها قائمة على افتراض مخالف للواقع، إذ تجعل محل التزام المدين منصباً دائماً على تحقيق نتيجة، وهذا بلا شك لا يمثل الحقيقة، فكما قد يكون التزام المدين بالتزام بتحقيق

1- د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 219 .

2- د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 80 .

3- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 61 .

4- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 61 .

5- د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 79 .

نتيجة قد يكون التزامه التزام ببذل عناية، مع ما في هذا الافتراض من مصادرة لإرادة أطراف العلاقة التعاقدية، بل وتشويه لهذه الإرادة كما يقول بعض الشراح¹.

- أن هذه النظرية لا تتصف بالسعة و الشمول، فهي تقف عاجزة على استيعاب بعض حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، كالحالات التي يكون التزام المدين فيها التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، كحالة الطبيب الذي لا يتعهد لمريضه بالشفاء أو بنجاح العلاج، وإنما يتعهد ببذل العناية اللازمة لذلك²، فلو استعان هذا الطبيب بمساعده و ارتكب المساعد خطأ أدى إلى الإضرار بالمريض، فلا شك في مسؤولية الطبيب عن فعل مساعده، ولكن السؤال المطروح، هل يمكن اعتبار أساس هذه المسؤولية هو عدم تحقق النتيجة، كما هو مقتضى نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة، على الرغم من أن محل التزام الطبيب لا يتعلق بتحقيق نتيجة إطلاقاً، وإنما هو مجرد بذل عناية؟ الجواب لا طبعاً³.

- أن الأخذ بهذه النظرية يفضي بنا إلى عد هذا النوع من المسؤولية مسؤولية عقدية قائمة على أساس الخطأ الشخصي للمدين، لا على أساس فعل الغير، ذلك أن هذه النظرية ترى أن عدم تنفيذ الالتزام يمثل خطأ شخصياً صادر من المدين، وإن رجع عدم التنفيذ لفعل الغير⁴، وهذا بلا ريب يناقض ما نسعى لتأصيله، وهو القول بقيام هذا النوع من المسؤولية على أساس خطأ الغير، لا على أساس خطأ المدين، ويقول بعض الشراح معلقاً على ذلك: "أن نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة تجعل إثارة المسؤولية العقدية عن فعل الغير جعجة فارغة، فما هي الأهمية المتبقية لدراسة مشكلة هذه المسؤولية، طالما أنها و المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي سواء"⁵.

1- د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 62 .

2- أ. بلحاج العري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 858 .

3- د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 200 وما يليها .

4- د. علي حسن الذنون، مرجع، سابق، ص 60 .

5- د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 80 .

الفرع الثاني: نظرية النيابة

إن إيضاح مفهوم هذه النظرية و الوقوف على حقيقتها يقتضي مني أن أتناول في هذا الفرع أمرين، أولهما هو مضمون هذه النظرية، أما ثانيهما فهو تقييم هذه النظرية، و هذا ما سنراه فيما يلي:

1- مضمون نظرية النيابة:

تقوم هذه النظرية على فكرة مضمونها أن الغير الذي استعان به المدين لتنفيذ التزامه العقدي، لا يقوم بالعمل باسمه ولا لحسابه، و إنما باسم المدين ولحسابه، وهو بهذا يحوز وصف النائب، ومن ثم فإن العلاقة التي تربطه بالمدين هي علاقة نيابة، يكون هذا الأخير بمقتضاها مسؤولاً عن الأضرار التي يتسبب فيها الغير للدائن متى لم يتم بتنفيذ الالتزام، أو نفذته تنفيذاً مخالفاً لما تم الاتفاق عليه، كل هذا على أساس أن الأعمال التي يقوم بها النائب (وهو هنا الغير) ترجع أثارها إلى الأصيل (وهو هنا المدين) فالدائن الذي كان تعامله مع الغير (النائب) يعتبر كأنه تعامل مع الأصيل، ومتى ما صدر فعل إخلال من النائب فإنه يعتبر كأنه صادر عن المدين نفسه (الأصيل)، فالمدين هو الذي اختار هذا الغير ومنحه الثقة في الوقت الذي لا يعرف الدائن عنه شيء¹، ومعنى هذا أن الأساس الذي يستند إليه أنصار هذه النظرية في تبرير مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، يرجع إلى فكرة النيابة رأساً، فكما أن الضرر الذي يصدر من النائب يستوجب قيام مسؤولية الأصيل، فكذلك الضرر الذي يصدر من الغير الذي استعان به المدين يستوجب قيام مسؤولية هذا الأخير².

هذا، وقد تعددت آراء أنصار هذه النظرية في بيان فكرة النيابة في إطار نظام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فذهب بعضهم إلى القول بأن الغير الذي استعان به المدين في تنفيذ التزاماته هو بمثابة عضو من أعضاء المدين، وبالتالي فإن ما يصدر عنه من أخطاء تكون بمثابة الخطأ الصادر من المدين نفسه، وعليه فإنه من الموافق لمقتضيات العدالة أن يسأل المدين عن هذه الأخطاء، كما ذهب البعض الآخر من أنصار هذه النظرية

¹ د.علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 63، وانظر د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 84.

² د.عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 91.

في بيانهم لفكرة النيابة في إطار هذه المسؤولية، إلى اعتبار المساعد الذي يستعين به المدين في تنفيذ التزاماته، بمثابة الآلة التي تكون في يد المدين، ومن الطبيعي أن يسأل المدين عن الوسائل، و الأدوات، و الأشخاص، الذين يستعملهم في تنفيذ التزاماته¹.

ويذهب الأستاذان هنري و ليون مازو- اللذان يعتبران من أكثر المتحمسين لنظرية النيابة- إلى أن أساس مسؤولية المدين عن فعل الغير يرتكز على الإتحاد و الدمج بين شخصيتي المدين و الغير إما عن طريق النيابة Représentation وإما عن طريق إتحاد الذمة Confusion².

2- تقييم نظرية النيابة:

على الرغم من أن نظرية النيابة قد تبدو مقنعة لأول وهلة في تبرير أساس مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير، إلا أن الفقه وجه لها انتقادات شديدة، كشف من خلالها الحجب على ما تتضمنه هذه النظرية من مغالطات، ومن أهم هذه الانتقادات ما يلي:

- أن النيابة ينحصر مجالها في التصرفات القانونية، ولا علاقة لها بمجال الأعمال المادية المتعلقة بتنفيذ العقود³، ولا شك أن الغير الذي يستعين به المدين في التنفيذ، يقتصر تدخله في الغالب على تنفيذ الأعمال المادية دون التصرفات القانونية، مما يعني أنه لا مجال للاعتقاد بحلول إرادة محل أخرى، كما هو الحال في مسألة النيابة⁴.

- أن النائب في تنفيذه للأعمال بالنيابة يتمتع بقدر من الحرية و الاستقلال، فلا يكون خاضعاً لإشراف الأصيل، بينما أن هذه الحرية و الاستقلال تتوافر لفئة الأعوان و المساعدين، الذين يعملون دائماً على تنفيذ التزام المدين تحت إشرافه وتوجيهه المباشر، مما يمتنع معه عدهم نواب عنه⁵.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 87 وما يليها .

² - د.علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 80، و انظر د.عبد الباقي سوادي، مرجع سابق، ص 219 .

³ - د.جمال مرسي بدر، مرجع سابق، ص 333 .

⁴ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 87 .

⁵ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 203 .

- أن النائب في أعمال النيابة يعمل باسم الأصيل ولحسابه،¹ بين أن بعض الفئات في نظام المسؤولية العقدية عن فعل الغير تعمل باسمها ولحسابها، لا باسم المدين ولا لحسابه كما هو ملاحظ بالنسبة لفئة البدلاء.

- كما أن بعض الفقه يرى عدم جدوى الاعتماد على فكرة النيابة كأساس قانوني يسوغ المسؤولية العقدية عن فعل الغير، على اعتبار أن هذه الفكرة نفسها تعاني من مشكلة تحديد الأساس القانوني لمساءلة الأصيل عن فعل نائبه،² فقد تعددت آراء الفقهاء بخصوصها على نحو يربو على ما جاء في بحث الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، مما يعني أن الفكرة التي يحاول بعض الفقه الاستناد إليها كأساس لمسؤولية المدين عن فعل غيره، هي أصلا في حاجة لإيجاد أساس قانوني تستند إليه.³

وعلى هذا يمكن القول، أن نظرية النيابة لا يمكن الاعتماد عليها هي الأخرى كأساس سليم يبرر قيام مسؤولية المدين عن فعل غيره، لاسيما و أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي في الأخير إلى القول بأن مسؤولية المدين عن فعل الغير، هي مسؤولية عن خطئه الشخصي، و هذا ما لا يتلاءم مع ما نحاول التأسيس له من تحميل المدين المسؤولية عن فعل غيره من دون صدور أي خطأ من جانبه.

الفرع الثالث: نظرية انتفاء القوة القاهرة

سنعالج في هذا الفرع مضمون نظرية انتفاء القوة القاهرة التي جاء بها الأستاذ بيكيه، ومن ثم ننتقل إلى تقييم هذه النظرية:

1- مضمون نظرية انتفاء القوة القاهرة:

يذهب الأستاذ بيكيه في التأسيس لنظريته هذه إلى الاعتماد على ما جاء في نص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 176 من القانون المدني الجزائري، و التي تقضي بمساءلة المدين عن عدم تنفيذ التزامه العقدي، ما لم يثبت أن

¹ - د. نبيل سعد إبراهيم، و د. محمد حسنقاسم، مرجع سابق، ص 43.

² - د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، مجلس النشر العلمي، الكويت، ط 1999، ص 208.

³ - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 204.

سبب ذلك يرجع إلى القوة القاهرة أو إلى حادث فجائي¹، فانطلاقاً من هذا النص يرى الأستاذ بيكيه أن أساس مسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره، يجد تبريره في انتفاء وصف القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، عن فعل الغير الذي استعان به المدين في تنفيذ العقد، إذ أن لجوء المدين بإرادته إلى الغير للاستفادة من جهده في تنفيذ الالتزام لا يمكن معه عد فعل هذا الغير من قبيل القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، إذ يتطلب تحقيق هذان الأخيران توافر عنصرين أساسيين وهما عدم وجود خطأ من طرف المدين، وأن يكون فعل الغير خارج نشاط المدين، أي لا دخل لإرادة المدين في إيجاده²، و لا ريب أن فعل الأشخاص الذين استعان بهم المدين في تنفيذ ما التزم به للدائن لا تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ المشار إليها آنفاً، مما يستدعي القول بمسؤولية المدين عن أخطاءهم³، فمعلوم أن المدين في نظام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، هو من سمح للغير بأن يتدخل في تنفيذ العقد، وبالتالي إذا لم يتم التنفيذ نتيجة لفعل الغير المستعان به، فإن الالتزام المنوط بذمة المدين يبقى دون تنفيذ، ولا يوجد في هذه الحالة قوة القاهرة أو حادث مفاجئ " ذلك أن السبب في عدم التنفيذ ليس أمراً خارجياً عن المدين، فلو لا استعانة المدين بالمساعدين ما حدث عدم التنفيذ"⁴ و عليه لا يمكن له الاحتجاج بفعل الغير ليتخلص من المسؤولية⁵.

2- تقييم نظرية انتفاء القوة القاهرة:

على الرغم من تلقي جمع من الفقهاء و الشراح لهذه النظرية بالرضا و القبول، إلا أنها هي الأخرى لم تسلم من الانتقاد، إذ وجه لها الفقه عدة انتقادات أوجزها فيما يلي:

- أول ما يلاحظ الفقه على هذه النظرية أنها تنسف المبدأ العام للمسؤولية العقدية عن فعل الغير كلية، من خلال عد هذا النوع من المسؤولية مجرد صورة من صور المسؤولية

¹ - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 219. وهذا نص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي (le débiteur est condamné il y a lieu au paiement de dommage, et intérêt, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution. Toute les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée).

² - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، 92، د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 411.

³ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 93.

⁴ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، 93.

⁵ - د. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 81.

العقدية عن الفعل الشخصي، فهي قائمة على أساس الدمج بين فعل الغير وفعل المدين، واعتبار هذا الفعل بمثابة الفعل الصادر من المدين نفسه،¹ مما يجعلها تنتهي إلى ما انتهت إليه نظرية النيابة².

- أن صاحبها يقيّمها على افتراض أن التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة دائماً، مما لا يسوغ معه إعفاء المدين من المسؤولية عند عدم تحقق النتيجة، إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ما يجعل هذه النظرية عاجزة على تبرير مسؤولية المدين عقدياً عن فعل غيره، إذا كان التزامه التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة،³ و على هذا خلص بعض الفقهاء إلى القول بأن نظرية انتفاء القوة القاهرة التي جاء بها الأستاذ بيكيه Becqué ترجع في محصلتها النهائية إلى نفس النظرية التي جعلت أساس مسؤولية المدين عن فعل غيره هو عدم تحقق النتيجة⁴.

- كما ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الأخذ بهذه النظرية كأساس للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، يجعلنا ندور داخل حلقة مفرغة، فكلما طرح السؤال لماذا يسأل المدين عن فعل تابعيه ومعاونيه؟ كان الجواب لأنه لا يمكن اعتبارهم سبباً أجنبياً، وإذا سألنا مرة أخرى ولماذا لا يعد فعلهم سبباً أجنبياً؟ كان الجواب لأنهم من أتباعه ومعاونيه وهكذا⁵.

¹ - د. محمدحنون جعفر، مرجع سابق، ص 207 .

² - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 65 .

³ - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 65 وما يليها .

⁴ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق ص 89 .

⁵ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق ص 89 .

المطلب الثاني: النظريات القائمة على أساس استبعاد الخطأ الشخصي للمدين

إذا كانت النظريات التي تعرضت لها في المطلب الأول، تشترك في تسوغها مسؤولية المدين عقدياً عن فعل الغير، على أساس وجود خطأ شخصي صادر من المدين نفسه، فإن النظريات التي نسعى من خلال هذا المطلب لبيانها على العكس من ذلك تماماً، إذ تشترك في استبعادها لفكرة خطأ المدين كسبب يسوغ مسؤولية المدين عقدياً عن فعل من استعان بهم في تنفيذ الالتزام، وإذا كانت هذه النظريات تشترك في هذا القدر فإنها تختلف في صياغتها للأسس الذي يبرر قيام هذا النوع من المسؤولية لاختلاف المنطق، و المنطلق الذي تعتمده كل نظرية من هذه النظريات، فمن هذه النظريات من أسست مسؤولية المدين عن فعل غيره على أساس النفع الذي يعود عليه جراء استعانتها بالغير في تنفيذ العقد، ما يتحتم معه تحميله تبعه الأفعال الضارة التي تصدر عن هذا الغير، وتدعى هذه النظرية بنظرية تحمل التبعة، ومن هذه النظريات من أسست مسؤولية المدين عن فعل الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ العقد، على فكرة الاتفاق الضمني بين المتعاقدين، الذي تحمل بموجبه المدين نتائج الأفعال الضارة التي تصدر من الأشخاص الذين استعملهم في عملية التنفيذ، وتدعى هذه النظرية بنظرية الضمان الضمني، ومن هذه النظريات أيضاً، من أقامت مسؤولية المدين عن فعل الغير على أساس الضمان، إلا أنها اعتبرت أن مصدر هذا الضمان يكمن في نص القانون، وتدعى هذه النظرية بنظرية الضمان القانوني، وليبيان موقف أصحاب هذه النظريات، سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، أجعل الأول منها، لنظرية تحمل التبعة، في حين أجعل الثاني، لنظرية الضمان الضمني، بينما أخصص الثالث، لنظرية الضمان القانوني.

الفرع الأول: نظرية تحمل التبعة

ستكون معالجة هذه النظرية من خلال الوقوف على مضمونها، أولاً، ثم الانتقال إلى تقييمها في ضوء المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

1- مضمون نظرية تحمل التبعة:

ظهرت هذه النظرية على يد الفقهاء الألمان، الذين اعتمدوا في تأسيس بنيانها على المبدأ الذي يقول، أن من يجني المنافع عليه أن يتحمل المخاطر¹، و بالتالي لما كانا للمدينهو المستفيد من نشاط الأشخاص الذين يقومون مقامه في تنفيذ الالتزام، فإنه من مقتضيات المنطق السليم، أن مقابل هذه الاستفادة التي يجنيها من أعمال هؤلاء الأشخاص أن يتحمل عبء المسؤولية عن الأفعال الضارة التي تصدر منهم، و التي ينجر عنها عدم تنفيذ الالتزام، أو التنفيذ المعيب له، ولو لم يصدر منه أي خطأ شخصي²، و في تأيده لهذه الفكرة يقول الأستاذ (بلانيول)، وهو أحد الفقهاء الفرنسيين المتأثرين بنظرية تحمل التبعة"ولأجل الحصول على الربح غالبا ما يتعهد شخص بأن يقوم بعمل قد يخرج عن قدرته، واستطاعته القيام به بنفسه، فيستعين بعدة أشخاص آخرين قلوبا أو كثروا، بصفة عمال، أو مساعدين له، فيظهر في هذه الحالة أنه من العدل، و الإنصاف، أن يتحمل الخسارة والأضرار وحده، لأنه هو الذي سيحصل على الربح من العمل، وأرى أنه لا يمكن إعطاء أي تعليل آخر لتحمل المسؤولية عن عمل الأشخاص الآخرين"³.

كما يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول، بأنه في حال تنازع المصالح بين الدائن و المدين، من أجل تحديد المسئول عن تبعية الضرر الناجم عن نشاط المساعد في تنفيذ العقد، الذي لم يرتكب فيه المدين أي خطأ، فإن ميزان الترجيح تميل كفته إلى جانب الدائن⁴، لاسيما وأن هذا الأخير لم يكن له أي دور في اختيار هذا المساعد، كما أن الموازنة و التقدير بين المصالح المتأتية عن نشاط المساعد، يدفع إلى القول بتحمل المدين المسؤولية جراء نشاط من أدخلهم بمحض إرادته لتحقيق مصالحه⁵، إذ أنه هو من اختار المساعد، وهو من استعمله في التنفيذ للوفاء بما تعهد به لدائنه⁶.

1 - د. علي حسن الذنون، مرجع سابق، ص 62، د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 76 وما يليها .

2 - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 208 .

3 - نقلا عند. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، مطبعة حداد البصرة، بلا سنة طبع، ص 206 وما يليها .

4 - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 76.

5 - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 220 .

6 - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 223 .

2- تقييم نظرية تحمل التبعة:

على الرغم من ارتكاز هذه النظرية في تفسيرها لأساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير على فكرة واضحة وبسيطة، إلا أنها هي الأخرى لم تسلم من سهام النقد، فقد وجه إليها الفقه عدة انتقادات أوجزها في النقاط التالية:

- أن الأخذ بهذه النظرية يحول بين المدين وحقه في الرجوع على الغير الذي تسبب بفعله الخاطئ في عدم تنفيذ الالتزام، إذ فكرة تحمل التبعة التي تقوم عليها هذه النظرية لا تتيح للمدين الحق في الرجوع على الغير لاسترداد ما دفعه من تعويض للدائن، باعتبار أن ما دفعه المدين للدائن، هو مقابل ما يجنيه من فائدة جراء استعانتة بنشاط الغير، وهذا مناقض لما يقرره إجماع الفقه، و القضاء من حق المدين في الرجوع على الغير الذي حال بفعله الخاطئ دون تنفيذ العقد.

- أن الاستعانة بالغير لتنفيذ الالتزام لا يقتصر نفعها فقط على شخص المدين دون الدائن، كما يدعي أنصار هذه النظرية، بل قد يتعد نفعها إلى الدائن في كثير من الأحيان، فالدائن يهمله أن يكون تنفيذ الالتزام مطابق لما تم الاتفاق عليه، وفي الآجال المحددة، ومن ثم فإن استعانة المدين بالغير يرجع نفعها إلى كل من الدائن والمدين معاً¹.

- أن نظرية تحمل التبعة تقف عاجزة على تبرير أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير في بعض صورها، كمسؤولية المستأجر عن فعل أصدقائه وضيوفه الذين يلحقون بأفعالهم ضرراً بالعين المؤجرة، إذ ما هو النفع أو المصلحة التي يجنيها المستأجر في مثل هذه الحالة حتى يتحمل غرم أفعال هؤلاء الأشخاص².

- ويضيف بعض الفقه انتقاداً آخر فيقول "إذا كان الأمر كما يدعي أنصار نظرية تحملاً لتبعة، فإن المدين يجب أن يساءل ليس عن أفعال أو أخطاء التابعين، و البدلاء فحسب، ولكن عن كل النتائج الضارة، حتى تلك التي تحصل نتيجة القوة القاهرة، و الحدث المفاجئ"³.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 78، د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 210 .

² - صباح الطريقي، مسؤولية المؤجر والمستأجر عن أفعال أتباعهم، مقال -159/m- alatarih/low.uokerbala.edu.iq/index.php

11-message1490-a بتاريخ 23 فيفري 2015 .

³ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الثاني: نظرية الضمان الضمني

سوف نعالج في هذا الفرع نظرية الضمان الضمني، باعتبارها إحدى النظريات التي جاءت لتبرير مسؤولية المدين العقدية عن فعل غيره، وهذا من خلال إيضاح مفهوم هذه النظرية، ومن ثم تقييمها في ظل المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

1- مضمون نظرية الضمان الضمني:

يذهب أنصار هذه النظرية في تبريرهم لمسؤولية المدين عن فعل غيره، إلى القول بأن المدين الذي استعان في تنفيذ التزاماته بالغير يتعهد ضمناً للطرف الآخر بضمان الأفعال الضارة التي تصدر من هذا الغير، وينجم عنها إلحاق الضرر به،¹ فالمدين تبعاً لما يراه أنصار هذه النظرية "يكون قد أخذ على عاتقه مسؤولية تعويض الدائن عن كل إخلال أو تقصير يقترفه هؤلاء الأشخاص لأنه ضامن لفعلهم، وعليه تنفيذ ضمانه في حالة تحقق سببه"²، أما بخصوص البند الذي يقضي بتحميل المدين المسؤولية عن أفعال الأشخاص الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته، فيمكن فهمه ضمناً من الاتفاق المبرم بين الدائن و المدين، وإن لم يظهر صراحة في العقد، وهذا اعتماداً على الإرادة الضمنية للمدين، إذ أن عدم الضمان وفقاً لما تقرر هذه النظرية لا يمثل إلا استثناءً، فالأصل هو ضمان المدين لأفعال الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ التزاماته، ما يعني أن عدم الضمان هو الذي يحتاج إلى النص عليه صراحة في العقد، أما في حالة عدم النص عليه، فإن ذلك يعني أن المدين قد تعهد ضمناً بتحمل تبعه الفعل الضار الصادر عن أتباعه، وبدلائه³.

2- تقييم نظرية الضمان الضمني:

بعد توضيح مفهوم نظرية الضمان الضمني، نأتي الآن إلى النظر في تقييمها من خلال التعرّيج على انتقادات الفقهاء والشراح لها:

¹ - د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 220 .

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 211 .

³ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 82 .

- أول هذه الانتقادات التي وجهت لنظرية الضمان الضمني، هو قيامها على الخيال المحض، حيث أن القائلين بها يفترضون وجود إرادة غير موجودة أصلاً، إذ كيف يمكن التسليم بأن المدين الذي يستعمل سلطة خولت له بمقتضى القانون، وهي حرية الاستعانة بالأعوان، و البدلاء في تنفيذ تعهداته، يرغب في شغل ذمته بالتزام إضافي يجري على عكس مصالحه، بحيث يتحمل مسؤولية الأعمال الضارة عن هؤلاء الأعوان، والبدلاء لصالح المتعاقد الآخر، وبطريقة تضر بمصالحه¹.

- كما يضيف الفقه انتقاداً آخر فيقول، أن الكشف عن إرادة المتعاقد الضمنية ليست بهذه السهولة التي تفترضها هذه النظرية، فإذا كانت استنباط نية المتعاقدين الحقيقية ممكناً في بعض الحالات، مما يسهل معه القول بوجود مثل هذا الضمان، إلا أنه من المتعذر التأكيد على وجود هذا الضمان في جميع الحالات، لأن في ذلك تحميل للإرادة الطرفين خصوصاً المدين أكثر مما تحتمل².

- يضاف إلى ما سبق أن نظرية الضمان الضمني، تنطلق في تسوغها لمسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير من افتراض أن التزام المدين هو التزام بتحقيق نتيجة، لذلك يلقي عليه هذا الضمان، وفي هذا لاشك رجوع إلى نظرية الالتزام بنتيجة، التي سبق وأن رأينا ما فيها.

- يضيف بعض الشراح انتقاداً آخر، فيذهب إلى تناقض هذه النظرية مع ما تقرره القواعد العامة الواردة في القانون المدني لاسيما نص المادة 112 من القانون المدني و التي جاء فيها (يؤول الشك لمصلحة المدين) فعدم تضمين العقد لشرط الضمان يثير الشك حول ضمان المدين لفعل الغير أم لا، وعليه فإنه يجب تفسير هذا الشك لصالح المدين، وبالتالي القول بعدم وجود مثل هذا الشرط، بين أن تفسير هذا الشك بمقتضى ما تقرره نظرية الضمان الضمني، هو تفسير لمصلحة الدائن، لا لمصلحة المدين³.

¹ - د. عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق ص 82، د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 211.

² - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص 212.

³ - صباح الطريفي مرجع سابق.

الفرع الثالث: نظرية الضمان القانوني

سنعمد أولاً لبيان مفهوم هذه النظرية في فقرة أولى، ثم ننتقل بعد ذلك لتقييمها في ضوء المسؤولية العقدية عن فعل الغير في فقرة ثانية:

1- مضمون نظرية الضمان القانوني :

ترجع هذه النظرية أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى وجود ضمان يلزم المدين بمقتضاه تحمل كافة الأفعال الضارة التي يكون مصدرها الأشخاص الذين استعملهم في تنفيذ التزاماته العقدية، إلا أن مصدر هذا الضمان ليس هو الإرادة الضمنية لأطراف العقد، كما تقرر ذلك نظرية الضمان الضمني، إنما مصدر هذا الضمان المفروض على المدين يرجع إلى القانون لا غير، فالقانون وحده هو الذي يمكن أن يقرر ضمان أفعال الغير، ويلقها على عاتق المدين،¹ وفي هذا المعنى يقول الأستاذ بيكيه "الحقيقة أن القانون، والقانون وحده هو الذي يفرض على المدين ضمان أفعال الغير، أراد ذلك المدين أم لم يرد، وإذا كان من الممكن للمرء أن يتحدث عن الضمان، فإن هذا الضمان ليس إلا ضماناً قانونياً"²، فالمشرع إذن، يتدخل كما فعل في بعض الدول، يفرض على المدين ضمان أفعال بعض الأشخاص الذين تربطه بهم علاقة معينة، مراعاة منه لبعض الاعتبارات، وحتى في قوانين تلك الدول التي لم يتدخل المشرع فيقرر مثل هذا الضمان، فإن اعتبارات المصلحة العامة، ومقتضيات العدالة، تكفي للقول بوجود مثل هذا الضمان، كونها اعتبارات قوية ومنتينة، وكذلك مهمة في نظر المشرع المدني³.

2- تقييم نظرية الضمان القانوني :

على الرغم من تبني العديد من الفقهاء و الشراح لهذه النظرية، لاسيما من جانب الفقه الذي احتوت قوانينه على نصوص تقرر المسؤولية العقدية عن فعل الغير كمبدأ عام، قلت على الرغم من ذلك، فإنها هي الآخر لم تسلم من الانتقاد، لاسيما من جانب الفقه الذي لم

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 109 .

² - نقلا عن د. عبد الباقي محمود سوادي، مرجع سابق، ص 224 .

³ - د. ياسين الجبوري، مرجع سابق، ص 78 .

تحتو قوانينه على نصوص تقرر المبدأ العام لهذه المسؤولية، ومن أهم هذه الانتقادات مايلي:

- أن هذه النظرية لا تصلح لتبرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير في ظل القوانين التي لا تحتوي على نص يقرر المبدأ العام لهذه المسؤولية، مما يجعلها قائمة على مجرد الخيال، و الافتراض البعيد عن الواقع، شأنها في ذلك شأن نظرية الضمان الضمني، أما بخصوص إدعاء أنصار هذه النظرية أن اعتبارات المصلحة العامة، و مقتضيات العدالة، كافية للقول بوجود هذا النوع من الضمان في القوانين التي لا تنص على هذه المسؤولية، فإنه لا يعدوان يكون مجرد مصادرة لإرادة المشرع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه الاعتبارات الاجتماعية، و الاقتصادية، مهما كانت قوية ومؤثرة فإنها لا ترقى لخلق القاعدة القانونية، مما يستبعد معه الاعتماد عليها لوحدها لتأسيس المبدأ العام لمسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير¹.

- يضاف إلى ما سبق أن هذه النظرية وإن كانت تصلح لأن تكون أساسا اقتصاديا فإنها لا تصلح لاعتبارها أساسا قانونيا كما يذهب إلى ذلك جملة من أهل الفقه².

- وأضيف فأقول إذا كان المقصود من بحث موضوع الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير، هو الوقوف على الأسباب والمسوغات المنطقية، والأخلاقية، التي دفعت المشرع المدني إلى تبني مثل هذه المسؤولية، وتقريرها عبر مواد القانون المدني، فإن القول بتبرير مسؤولية المدين عن فعل أعوانه، وبدلائه على أساس نظرية الضمان القانوني، يضعنا في حلقة مفرغة، إذ كلما جاء التساؤل: لماذا يسأل المدين عن أفعال أعوانه، وبدلائه، كان الجواب: لأن القانون يقرر في حقه هذا الضمان، وإذا سألنا مرة أخرى، ولماذا يقرر القانون في حقه هذا الضمان، كان الجواب: لأنه مسئول عن أفعال أعوانه وبدلائه وهكذا، و على هذا يمكن أن نقرر أن نظرية الضمان القانوني هي الأخرى، لا يمكن الاعتماد عليها كأساس لتسوغ مسؤولية المدين عقديا عن فعل الأشخاص الذين يستعين بجهدهم لتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها لدائنه.

¹ - د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 111 .

² - د. عبد الباقي محمود سوادى، مرجع سابق، ص 224 .

و في الأخير أقول لعل أوفق هذه النظريات، وأصلحها، هي نظرية الضمان الضمني، التي تقوم على أساس الإرادة الضمنية للمدين - فهذا الأخير وفق ما تقرره هذه النظرية يلتزم للدائن ضمنيا بالتعويض عن مختلف الأضرار التي يحدثها الأشخاص الذين يستعين بهم في عملية التنفيذ - لاسيما وأن التنفيذ المنتظم للالتزام أصبح في اقتصاديات العصر الحديث ضرورة ملحة تفرض نفسها بنفسها (مبدأ تقسيم العمل) هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن طبيعة الالتزامات كثيرا ما صارت تتطلب الاستعانة بالغير، خاصة بعد التطور الهائل الذي عرفه هذا العصر في المجال الصناعي والتجاري وظهور التنظيمات الصناعية والاقتصادية الضخمة، فلم يعد هناك عمل يمكن للشخص أن يقوم به بمفرده، ما يعني أنه كان متوقعا لدى المتعاقدين منذ البداية استحالة أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بمفرده، وعلى هذا، فإن الدائن يكون قد وافق ضمنيا على لجوء المدين للاستعانة بالغير، ويكون المدين هو الآخر قد وافق ضمنيا على تحمله عبء المسؤولية عن فعل الأشخاص الذين استفاد من الاستعانة بهم في عملية التنفيذ.

الخاتمة:

بعد تقلبنا في مختلف الأفكار القانونية التي عرضها فقهاء القانون المدني بمناسبة بحثهم لموضوع مسؤولية المدين بالالتزام العقدي، عن أفعال الأشخاص الذين استفاد من جهدهم في تنفيذ التزاماته العقدية، وبعد استعراضنا لمختلف جوانب هذه المسؤولية في ضوء ما تقرره النصوص القانونية الواردة بخصوصها في مختلف التشريعات المدنية، و ما تقضي به القواعد العامة المقررة في نطاق هذه التشريعات، كان من الأهمية بمكان أن أشير إلى أهم النتائج التي انتهت إليها هذه الدراسة مضافا إليها مجموعة من التوصيات العلمية المبنية عن تلك النتائج مقدمة في شكل اقتراحات.

وعلى هذا أبدأ بالنتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة، و التي يمكن إجمالها فيما يلي:

1- لقد تأكد لدينا القول بازواجية المسؤولية المدنية عن فعل الغير، شأنها في ذلك شأن المسؤولية عن الفعل الشخصي، فبالإضافة إلى وجود مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير متفرعة من المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي، يوجد كذلك مسؤولية عقدية عن فعل الغير متفرعة هي الأخرى من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي.

2- تبين لنا أنه بالإضافة إلى وجود مسؤولية المتبوع عن فعل التابع في المجال التقصيري، والذي تثار على إثر إخلال التابع بالواجب العام الذي يفرضه القانون على الكافة، يوجد بجانبها مسؤولية المتبوع عن فعل التابع في المجال العقدي، وتثار جراء إخلال التابع بأحد الالتزامات التي رتبها العقد بزمه المتبوع، ويكون إصلاح الضرر الحاصل بموجب هذا الإخلال واقع على عاتق المتبوع (المدين).

3- لاحظنا وجود إجماع ضمني من طرف الفقهاء - سواء المؤيدين لوجود المسؤولية العقدية عن فعل الغير أو المعارضين لوجود هذا الضرب من المسؤولية - على أن إخضاع التطبيقات التشريعية الواردة في القانون المدني بخصوص هذا النوع من المسؤولية لأحكام الفقرة الخامسة من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي بجانب للصواب، و هذا على اعتبار أن محصلة المذهبين تخلص في آخر الأمر إلى أن هذه التطبيقات تدخل في نطاق المجال العقدي، إذ أن أساس الخلاف القائم بين المذهبين يكمن في هل هذا النوع من المسؤولية هو مسؤولية عقدية قائمة على أساس الفعل الشخصي للمدين، أو أنه مسؤولية عقدية قائمة على أساس فعل الغير.

4- لاحظنا أن هذه المسؤولية تتميز بعدة خصائص، من أهمها أنها مسؤولية متفرعة عن المسؤولية العقدية المباشرة، وبالتالي فهي تخضع في الجملة لنفس الأحكام المقررة في نطاق المسؤولية العقدية المباشرة، ماعدا في الحالة التي ينص المشرع على خلاف ذلك، كما هو الأمر بالنسبة لإعفاء المدين من المسؤولية في حالة الغش، أو الخطأ الجسيم، الذي يرتكبه الغير.

5- توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أنه لا سبيل لقيام مسؤولية المدين بالالتزام العقدي عن فعل الغير في المرحلة السابقة للتعاقد، أو ما يسمى بمرحلة المفاوضات، ولا المرحلة التي تعقب تنفيذ العقد، على اعتبار أن العلاقة العقدية بالنسبة لمرحلة التفاوض تكون لم تنشأ بعد، أما بالنسبة لمرحلة ما بعد تنفيذ العقد فإن العلاقة العقدية تكون منقضية.

6- لاحظنا كذلك التباين في المواقف ما بين التشريعات المدنية حيال النص على هذا النوع من المسؤولية كمبدأ عام بشكل مباشر وصريح، ففي حين تقرر بعض التشريعات المدنية هذا المبدأ، عبر نص عام و بشكل واضح وصريح، على غرار ما فعل المشرع الألماني، نجد بعض التشريعات اقتصرت على إيراد بعض التطبيقات التشريعية لحالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير، من دون إيراد نص عام تقرر من خلاله المبدأ العام لهذه المسؤولية، لا بشكل مباشر وصريح، ولا حتى بشكل ضمني غير مباشر.

7- لا يشترط في الغير الذي يسأل عن فعله المدين أن يمارس عمله تحت إشراف ورقابة المدين، ولا أن يكون عمله هذا لحساب الأخير، على غرار ما عليه الأمر في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير - مسؤولية المتبوع عن فعل التابع - بل في كثير من الأحيان نلاحظ أنه لا توجد أي علاقة تبعية تجمع المدين بالغير في إطار هذا النوع من المسؤولية، كما هو الشأن بالنسبة لبديل المدين أو نائبه القانوني، لهذا أتخفظ على استعمال مصطلح التابع للدلالة عن الغير الذي يسأل عنه المدين في مجال المسؤولية العقدية عن فعل الغير، وأحبذ استعمال (الغير الذي يسأل عنه المدين) وهذا بغرض استبعاد أي خلط بين الغير في إطار مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، والغير في إطار المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

8- لاحظنا أيضا، وجود نوع من الخصوصية لبعض حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير التي أوردتها المشرع كتطبيق لهذا النوع من المسؤولية، من حيث تمرداها على بعض الشروط التي قررها الفقهاء لقيام هذا النوع من المسؤولية، لاسيما فيما يتعلق بشرط

استعانة المدين بالغير في تنفيذ الالتزام العقدي المنوط بذمته، إذ نلاحظ أنه في بعض التطبيقات التشريعية التي جاء فيها النص صريح بتحميل المدين المسؤولية جراء فعل الغير، عدم توافر هذا الشرط، كما هو الحال بالنسبة لمسؤولية صاحب الفندق عن أفعال الأشخاص الذين يترددون عن الفندق، أو كما في حالة مسؤولية المستأجر عن فعل بعض فئات أفراد المنزل، لاسيما مع الفهم الواسع الذي جاء به الاجتهاد القضائي في فرنسا لتعبير- أفراد المنزل- مما يجعلنا نتحفظ شيئاً ما على هذا الشرط، و أحبذ لو كانت صياغته كالتالي – تدخل الغير في تنفيذ الالتزام العقدي للمدين أو مشاركته الانتفاع بحقوقه المتولدة عن العقد بما له من صلة بهذا المدين.

9- ذكرنا أنه لقيام هذه المسؤولية لابد أن يكون إدخال الغير مشروعاً وحتى يكون مشروعاً لابد أن يكون مأذوناً فيه، سواء كان هذا الإذن حاصل بموجب الاتفاق أو بموجب القانون، وعلى هذا فإنه متى كان في إدخال الغير مخالفة لما تمالاتفاق عليه، أو مخالفة لما نص عليه القانون، فلا وجه للكلام في هذه الحالة عن مسؤولية عقدية عن فعل الغير، إذ أن مخالفة المدين لما تم عليه الاتفاق، أو نص عليه القانون، يمثل خطأ شخصياً يستدعي قيام مسؤوليتها الشخصية عن هذا الخطأ لا عن فعل الغير، ما يعني بصفة عامة، أن الخطأ الذي تثور معه مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، هو الخطأ الذي يرتكبه أحد الأشخاص الذين استعان بهم المدين في تنفيذ الالتزام لا خطأ المدين، وعلى هذا فإنه متى ثبت وجود خطأ من جانب المدين - ومهما كانت درجة هذا الخطأ - فإنه لامجال حينئذ للحديث عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بل أن مساءلة المدين تكون حينها قائمة على أساس خطئه الشخصي، وبالتالي تكون مسؤوليته هذه، مسؤولية عقدية مباشرة.

10- أن مصطلح الغير المقصود في موضوع المسؤولية العقدية عن فعل الغير يختلف عن سائر الدلالات التي يدل عليها هذا المصطلح في غيره من مواضع القانون المدني، كمصطلح الغير في إطار قاعدة الأثر النسبي للعقد، أو في إطار السبب الأجنبي، وأن الصورة التي يظهر بها هذا الغير في تنفيذ الالتزام العقدي تأخذ إما شكل مساعد للمدين، والذي يقتصر دوره على مجرد إعانة هذا الأخير في تنفيذ العقد، و تحت إشرافه ورقابته، وإما تأخذ شكل بديل عن المدين، و الذي يتسع دوره لحد إيكال تنفيذ العمل في جملته إليه وبصفة مستقلة عن الإشراف و الرقابة المباشرة للمدين.

11- تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين عن فعل الغير، أوسع من نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية للمدين عن خطئه الشخصي، إذ يحق للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية العقدية الناجمة عن فعل الغير، وأن حق الإعفاء هذا، يمتد ليشمل كل أنواع الخطأ التي يمكن أن تصدر من الغير بما فيها الغش و الخطأ الجسيم، في حين أن حق المدين في اشتراط إعفائه من المسؤولية عن فعل الشخصي مقيد بعدم صدور غش، أو خطأ جسيم منه، أي أن حق المدين في اشتراط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعله الشخصي لا يتجاوز عتبة الخطأ اليسير على كل حال.

-الاقتراحات :

1- بما أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير قد صارت حقيقة قانونية مسلم بها، وأن موضوع الإقرار بها لم تعد مسألة جدلية فإننا نعتقد أن الاكتفاء بالنص عليها بطريقة غير مباشرة، يعد نقصا تشريعيا على المشرع تداركه، وهذا من خلال تضمين القانون المدني نص يقرر المبدأ العام لمسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير الذي يستعين به لتنفيذ التزاماته بشكل صريح ومباشر، على غرار ما فعل المشرع المدني الألماني، والمشرع المدني السويسري.

2- كما نقترح إعادة صياغة المادة 178 من القانون المدني التي تشير إلى حق المدين في اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش، و الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية على اعتبار أن عبارة (الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه) الواردة في النص، كانت محلا لجدل فقهي، أدى ببعض الفقهاء إلى القول بأن دلالة هذه العبارة تقصر حكم هذه المادة على فئة المساعدين، دون بقية الأشخاص التي يسأل المدين عنها عقديا، وهذا على أساس أن هذه الفئة هي التي تنطبق عليها عبارة- يستخدمهم في تنفيذ التزاماته - الواردة في المادة المذكورة أعلاه، ونقترح أن تكون الصياغة على النحو التالي: (يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية

الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم، الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه أو يحلهم محله في تنفيذ الالتزام). فصياغة النص بهذه الصفة لا شك أنها تكون حاسمة لمادة الخلاف بشمولها لجميع الفئات التي يسأل عنها المدين بالالتزام العقدي.

3- لم ينص المشرع المدني الجزائري على حق المدين في الرجوع بما دفعه للدائن على الغير الذي كان فعله سببا في الإخلال بالتزامه العقدي، لا في نص عام، و لا حتى في النصوص الواردة كتطبيقات لحالة المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لهذا أقترح أن يحسم المشرع هذا الموضوع بتضمين القانون المدني نص يقرر هذا الحق للمدين بكل صراحة، على غرار ما فعل في المادة 136 من القانون المدني بالنسبة لحق المتبوع في الرجوع على تابعه بما دفعه للمضرور، وأرى أن يقيد هذا الحق بصدور خطأ جسيم من الغير الذي يسأل عنه المدين، إذا كان هذا الغير من فئة الأعوان و المساعدين.

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

1-كتب :

- 1- أبو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2000 .
- 2- أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011 .
- 3- إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي، مجلس النشر، الكويت 1999 .
- 4- أنور العمروسي، المسؤولية التصويرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني، الأركان، الجمع بينهما والتعويض، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2004 .
- 5- أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة، لبنان 1983 .
- 6- بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاوله، دراسة تحليلية نقدية، دار هومه، الجزائر 2008 .
- 7- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية قضائية في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر 2014 .
- 8- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة ، دار هومه، الجزائر 2016/2015 .
- 9- جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار، المقاوله، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997 .
- 10- جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة، مصر 1980 .

- 11- حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية العقدية و التقصيرية، مطبعة حداد، البصرة (بدون سنة نشر).
- 12- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية،(المسؤولية عن فعل الغير)، دار وائل للنشر، عمان 2006 .
- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية،(الرابطة السببية)، دار وائل للنشر، عمان 2006 .
- 13- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومه، الجزائر 2012.
- 14- زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العربية، بيروت (بدون سنة نشر).
- 15- سليمان مرقس، نظرية دفع المسؤولية المدنية، مطبعة الاعتماد، القاهرة (بدون سنة نشر).
- 17- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2009 .
- 18- صبري حمد خاطر، الغير في العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية الدولية، عمان 2001 .
- 19- صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نطاق المسؤولية العقدية، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر 2010 .
- 20- عامر عاشور البياتي، التعاقد من الباطن، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر 2013 .
- 21- عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار الكتب العربية، (بدون سنة نشر).
- 22- عبد الباقي محمود سوادي،مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2010 .
- 23- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (بدون سنة نشر) .

- 24- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، العقود الواردة على عمل، المقاول، الوكالة، الوديعة، الحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000 .
- 25- عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، دار النهضة العربية، مصر 1986 .
- 26- عبد القادر الفأر، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996 .
- 27- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت 1974 .
- 28- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر 2011 .
- 29- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989 .
- 30- علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003 .
- 31- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر 2012 .
- 32- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2010 .
- 33- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2009 .
- 34- محمد ثابت الملاحوش، النزول عن العقد، دراسة مقارنة، جامعة بغداد 1992 .
- 35- محمد جاد محمد جاد، أحكام الالتزامات التضاممي في القانون المدني الفرنسي والمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003 .
- 36- محمد جعفر حنون، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2011 .
- 37- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1983 .

38- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر 2012 .

39- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج1، مطبعة جامعة القاهرة 1978 .

40- مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، دار النهضة العربية، مصر 1988 .

41- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات ناراس، أربيل، كردستان العراق 2006 .

42- نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010 .

43- نبيل إبراهيم سعد، التزام ومبدأ عدم التضامن، دار الجامعة الجديدة للنشر 2007.

44- نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية 1985.

2- أطروحات ومذكرات :

1- أحمد سليم فريد نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري ماجستير، فلسطين 2006 .

2- أعراب بلقاسم، شرط الإعفاء من المسؤولية المدنية، ماجستير، الجزائر 1984.

3- بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، تلمسان، 2012.

4- زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة – دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و المصري و الفرنسي، ماجستير، الجزائر 1978.

5- علاء الدين خميس العبيدو، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه، القاهرة 1996.

6- محمدي سليمان، نفاذ العقد، رسالة دكتوراه، الجزائر 2003 .

3- مقالات:

- 1- أكرم محمود حسين، مسؤولية المدين العقدية عن فعل الغير، مجلة الرافدين، جامعة الموصل العدد 10، 2000، ص 189.
- 2- دلال يزيد، الحماية القانونية للسائح في ضوء عقد السياحة، دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة العدد 11، 2014، ص 152 .
- 3- سامي مصطفى عمار الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، جامعة الجبل الغربي ليبيا 2015 ، ص 86 .
- 4- عامر غانم علوان ، مسؤولية المؤجر و المستأجر عن أفعال تابعهم، مجلة كلية الحقوق جامعة النهريين، العدد 18، 2000، ص 172 .
- 5- عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترفة بالعقد، بحث مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء العدد 03، 2014، ص 210 .
- 6- قيدار عبد الحق صالح، قاعدة نسبية أثر العقد ومدى سريانها على العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل العدد 32، 2007، ص 132 .
- 7- كركوري حنان وهميسي رضا، المسؤولية المزدوجة لوكالة السياحة الأسفار، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة ورقلة العدد 17، 2017، ص 12.
- 8- محاد حضيرى وردية، مسؤولية الموثق عن فعل الغير، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، العدد 02، 2011، ص 34 .

4- المراجع الالكترونية:

- 1- حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي في القانون المدني الجزائري واجتهاد المحكمة العليا الجزائرية، www.majlah.new.ma بتاريخ 06 يناير 2013.
- 2- صباح الطريفي، مسؤولية المؤجر والمستأجر عن أفعال أتباعهم، low.uokerbala.edu.iq/index.php بتاريخ 23 فيفري 2015.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

- 1- Y.Buffelan-Lanore et V.Larribau-Terneyre, Droit civil, Sirey, 11 éd, 2008.
- 2- J.Ambialet, La Responsabilité du fait d'autrui en droit médical, LGDJ, Paris 1965.

3- H & L. Mazeaud et A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T1, Montchresties, 6 éd, 1965.

4- G. Patric, Les Principes de la responsabilité civil, Dalloz, 5 éd, 2000.

فهرس

مقدمة

- 2..... الفصل الأول: تقرير المسؤولية العقدية عن فعل الغير كقاعدة عامة
- 4..... المبحث الأول: موقف التشريعات المدنية من المسؤولية العقدية عن فعل الغير
- المطلب الأول: التشريعات المدنية التي اقتصررت على بعض تطبيقات المسؤولية العقدية عن فعل الغير.....4
- المطلب الثاني: التشريعات المدنية التي أقرت مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير.....14
- الفرع الأول: التشريعات التي أقرت المسؤولية العقدية عن فعل الغير كمبدأ عام بشكل مباشر وصريح.....14
- الفرع الثاني: التشريعات التي أقرت المسؤولية العقدية عن فعل الغير بدلالة الإشارة.....17
1. التطبيقات التشريعية لمسؤولية المدين عن فعل الغير في هذالقوانين17
2. النص العام.....21
- المبحث الثاني: مفهوم مسؤولية المدين عقديا عن فعل الغير.....22
- المطلب الأول: مضمون مسؤولية المدين عن فعل الغير.....22
- الفرع الأول: شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير.....22
1. وجود عقد صحيح يربط الدائن بالمدين.....25
2. استعانة المدين بالغير لتنفيذ التزاماته العقدية28
- 1.2. دور إرادة المدين في إدخال الغير.....28
- 2.2. صحة استعانة المدين بالغير في تنفيذ التزاماته.....29
3. إخلال الغير بالالتزام العقدي.....31
- 3.1. صدور فعل الإخلال من الغير31
- 3.2. أن ينصب فعل الإخلال على التزام عقدي.....35
- الفرع الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن الأوضاع المشابهة.....36
1. تمييز المسؤولية عن فعل الغير عن المسؤولية عن الفعل الشخصي.....36
- 1.1. من حيث إثبات الخطأ العقدي.....37

- 1.2. من حيث الإعفاء من المسؤولية عن الغش و الخطأ الجسيم.....38
- 1.3. من حيث الأشخاص.....39
2. تمييز المسؤولية العقدية عن فعل الغير عن المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير.....40
- 1.2. من حيث للطبيعة والأحكام.....40
- 2.2. من حيث الشروط.....41
- 2.2.1. العلاقة بين المضرور و المسئول عن جبر الضرر.....41
- 2.2.2. العلاقة بين المدين والغير المتسبب في الضرر.....42
- 2.3. من حيث النطاق.....43
- المطلب الثاني: نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير.....44
- الفرع الأول: نطاق مسؤولية المدين من حيث الأشخاص.....44
1. الغير الذي يسأل عنه المدين.....44
- 1.1. مدلول الغير في إطار قاعدة الأثر الملزم للعقد.....45
- 1.2. فعل الغير باعتباره سببا أجنبيا.....48
- 1.3. الغير في نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير.....49
2. صور الغير التي يسأل عنه المدين.....50
- 2.1. فئة البدلاء.....50
- 2.2. فئة المساعدين و الأعوان.....54
3. حالات استبعاد مسؤولية المدين عن فعل الغير.....56
- 3.1. حالة صدور خطأ شخصي من المدين.....57
- 3.2. حالة الضمان الصريح.....57
- الفرع الثاني: نطاق مسؤولية المدين من حيث المضمون.....58
1. مسؤولية المدين في مرحلة تكوين العقد.....59
- 1.1. مسؤولية الأصيل عن النائب.....60
- 1.2. مسؤولية المتعاقد عن الرسول.....61
2. مسؤولية المدين بعد مرحلة تنفيذ العقد.....63

- 65.....الفصل الثاني: النظام القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير
- 66.....المبحث الأول: حكم تحقق شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير
- 66.....المطلب الأول: قيام مسؤولية المدين و الغير اتجاه الدائن
- 67.....الفرع الأول: قيام مسؤولية المدين اتجاه الدائن
- 67.....1. طبيعة مسؤولية المدين عن فعل الغير اتجاه الدائن
- 70.....2. أثر جسامه خطأ الغير في المسؤولية العقدية للمدين
- 71.....الفرع الثاني: قيام المسؤولية المشتركة للمدين و الغير اتجاه الدائن
- 72.....1. طبيعة المسؤولية المشتركة للمدين و الغير اتجاه الدائن
- 72.....1.1.الاتجاهالأول
- 73.....1.2.الاتجاهالثاني
- 74.....2. الآثار المترتبة على قيام المسؤولية التضاممية بين المدين والغير
- 74.....2.1. أن كل من المدين و الغير مسئول عن دفع التعويض كاملاً للدائن
- 75.....2.2. قيام أحد المدينين بدفع التعويض يبرئ ذمة الآخر
- 76.....الفرع الثالث: رجوع المدين بالمسؤولية على الغير
- 78.....المطلب الثاني: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير
- 78.....الفرع الأول: مدى صحة شرط إعفاء المدين من المسؤولية عن فعل الغير
- 81.....الفرع الثاني: نطاق شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير
- 82.....1. حالة الخطأ اليسير
- 82.....2. حالة الغش والخطأ الجسيم
- 82.....2.1.الاتجاه الرافض لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة الغش أو الخطأ الجسيم
- 83.....2.2.الاتجاه المؤيد لصحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية عن فعل الغير في حالة الغش و الخطأ الجسيم
- 84.....المبحث الثاني: الأساس القانوني للمسؤولية العقدية عن فعل الغير
- 88.....المطلب الأول: الخطأ الشخصي للمدين
- 89.....الفرع الأول: نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة

89	1.مضمون نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة
90	2. تقييم نظرية الالتزام بتحقيق نتيجة
92	الفرع الثاني: نظرية النيابة
92	1.مضمون نظرية النيابة
93	2. تقييم نظرية النيابة
94	الفرع الثالث: نظرية انتفاء القوة القاهرة
94	1.مضمون نظرية انتفاء القوة القاهرة
95	2. تقييم نظرية انتفاء القوة القاهرة
97	المطلب الثاني: استبعاد الخطأ الشخصي للمدين
98	الفرع الأول: نظرية تحمل التبعة
98	1.مضمون نظرية تحمل التبعة
99	2. تقييم نظرية تحمل التبعة
100	الفرع الثاني: نظرية الضمان الضمني
100	1.مضمون نظرية الضمان الضمني
101	2. تقييم نظرية الضمان الضمني
102	الفرع الثالث: نظرية الضمان القانوني
102	1. مضمون نظرية الضمان القانوني
103	2. تقييم نظرية الضمان القانوني
106	الخاتمة
112	المراجع
118	الفهرس