كلية الحقوق

المسئولية العقدية بين الإبقـاء والإلغـاء

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث

خالد مصطفى الخطيب

المدرس المساعد في كلية الحقوق . جامعة حلب

لجنة الحكم على الرسالة:

1- أ.د.منصور مصطفى منصور رئيساً

أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق . جامعة عين شمس سابقاً

2- أ.د.حسام الدين كامل الأهواني مشرفاً وعضواً

أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق . جامعة عين شمس سابقاً

3- أ.د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمن عضواً

أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق . جامعة المنصورة سابقاً

2005

الإهداء

إلى من جعلت من نفسها شمعة تذوب كل يوم لتنير لي الطريق

أمي الحبيبة

إلى من غادرنا باكراً فحرمني عطفه وحنانه

أبي رحمه الله

إلى ريحانتي عمري وفلذتي كبدي

ولداي مصطفى ودلع

إلى رفيقة دربي ومؤنسة وحدتي

زوجتي

إلى من أشدد بهم إزري وأجد فيهم نفسي

أخي الغالي وأخواتي الحبيبات

شكر وتقدير

أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور حسام الأهواني أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق، جامعة عين شمس،السابق. الذي تفضل وقبل الإشراف على هذه الرسالة بالرغم من مشاغله الكثيرة فكان من خلال ذلك خير معين، مرشداً وناصحاً وموجهاً، كما أتاح لي أن أنهل من فيض علمه الواسع وأخلاقه الجمّة وفتح لي مكتبته على مصراعيها لأنهل منها ما أشاء وزودني بأهم مراجع البحث، وخاصةً الغير متوفرة في المكتبات المصرية وشملني بعطفه ونصحه وذلك بتواضع العلماء مما كان له بالغ الأثر في نفسي بالمضي قدماً في إعداد هذه الرسالة وخروجها على الوجه المطلوب، فكان خير مثال للأستاذ المشرف، ومهما قلت فلن أفيه بعض حقه، ففضله عليّ لا تحويه العبارة ولا تكفيه الإشارة. فجزاه الله عني خير الجزاء، وأطال الله في عمره .

كما يسعدني ويشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل العميد الدكتور منصور مصطفى منصور أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الأسبق الذي تتلمذت على يديه عندما كنت طالباً في دبلوم القانون الخاص والذي زادني شرفاً حينها عندما قبل الأشراف على حلقة البحث، والذي زادني فخراً واعتزازاً اليوم بقبوله رئاسة الحكم على هذه الرسالة .

كما أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذ الدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمن أستاذ القانون المدني وعميد كلية الحقوق، جامعة المنصورة، الأسبق على تفضله وتشريفه عضواً مشاركاً في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة. فلهما مني جزيل الشكر ومن الله الأجر والثواب.

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
مقدمة	1
مشكلة البحث	1
أهمية موضوع البحث	4
منهج البحث	5
خطة البحث	6
القسم الأول	
الوضع الحالي لنظام المسؤولية العقدية ومشكلاتها	
تمهيد وتقسيم	9
الباب الأول	
الوضع الحالي لنظام المسؤولية العقدية	
تمهيد وتقسيم	13
الفصل الأول: أساس وأركان المسؤولية العقدية	15
المبحث الأول: أساس المسئولية العقدية	15
المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية في الفقه الفرنسي	16
المطلب الثاني: أساس المسؤولية العقدية في الفقه المصري	23
أولاً . في ظل التقنين المدني القديم	23
ثانياً . في ظل التقنين المدني الحالي	24
المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية	33
المطلب الأول: الخطأ العقدي	34
ما هو الخطأ العقدي	34
إثبات الخطأ العقدي	37

المطلب الثاني: الضرر 40
وجوب تحقق الضرر وعبء إثباته 40
الشروط الواجب توافرها في الضرر 43
ما يبرر قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع 46
المطلب الثالث: علاقة السببية 51
– إثبات علاقة السببية 53
– نفي علاقة السببية 54
– السبب الأجنبي 54
القوة القاهرة 55
– شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي 55
أولاً . أن يكون الحادث غير متوقع 55
ثانياً . أن يكون مستحيل الدفع 57
ثالثاً . أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام 57
رابعاً . أن لا يكون منسوبا إلى المدين 58
فعل الدائن 61
فعل الغير 61
– أثر السبب الأجنبي 62
الفصل الثاني: المسؤولية العقدية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء 63
المبحث الأول: المسؤولية العقدية عن فعل الغير 63
المطلب الأول: المبدأ العام في المسؤولية العقدية عن فعل الغير 64
المطلب الثاني: المقصود بالغير الذي يسأل عنه المدين 71
أولاً . المساعدون 72
المساعد التابع 72
المساعد غير التابع 72

ثانياً . البدلاء 74
ثالثاً . من يمثل المتعاقد قانوناً 76
المطلب الثالث: شروط وأحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير 77
الفرع الأول: شروط المسؤولية العقدية عن فعل الغير 77
الشرط الأول . أن يكون الغير مكلفاً بتنفيذ العقد 77
الشرط الثاني . عدم تدخل الدائن في اختيار المدين 79
الشرط الثالث . أن يكون الغير قد ارتكب خطأً في تنفيذ الالتزام 80
الفرع الثاني: أحكام المسؤولية العقدية عن فعل الغير 81
المطلب الرابع: أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير 82
المبحث الثاني: المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء 87
أولاً . الضرر أصاب الدائن بفعل شيء يستخدمه المدين 87
ثانياً . الضرر أصاب الدائن بفعل شيء سلمه إليه المدين 90

الباب الثاني

مشكلات المسؤولية العقدية

تمهيد وتقسيم 103
الفصل الأول: مشكلة ازدواج ووحدة المسؤولية المدنية 105
المبحث الأول: نظرية ازدواج المسؤولية المدنية 105
المبحث الثاني: نظرية وحدة المسؤولية المدنية 110
المبحث الثالث: نظرية وحدة المسؤولية في طبيعتها وازدواجيتها في نظامها 129
الفصل الثاني: نطاق المسؤولية العقدية 137
المبحث الأول: وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور 137
المطلب الأول: في وجود العقد 137
– العلاقات المجانية 137

– المسؤولية في المدة السابقة على انعقاد العقد والمدة التالية لانقضائه 140
أ– المسؤولية في المدة السابقة على انعقاد العقد 140
– مرحلة المفاوضات 140
– العدول عن الإيجاب 144
– رفض القبول 147
ب– المسؤولية في المدة التالية لانقضاء العقد 147
المطلب الثاني: في صحة العقد 150
المطلب الثالث: قيام العقد بين المسؤول والمضرور 156
المبحث الثاني: رجوع الضرر إلى الإخلال بالعقد 162
الفصل الثالث: نطاق المسؤولية التقصيرية 175
المبحث الأول: نظرية عدم الخيرة 176
المبحث الثاني: نظرية الخيرة 185

القسم الثاني

تقدير فكرة المسؤولية العقدية

تمهيد وتقسيم : 203

الباب الأول

نشأة المسؤولية العقدية وتطورها التاريخي

تمهيد وتقسيم : 207
الفصل الأول: نشأة المسؤولية العقدية 209
المبحث الأول: طبيعة التعويضات التعاقدية 209
المطلب الأول: طبيعة التعويضات التعاقدية عند كل من دوما وبوتييه 210
المطلب الثاني: طبيعة التعويضات التعاقدية في التقنين المدني 215

الفرنسي والمصري والسوري
المطلب الثالث: التعويضات التعاقدية في الفقه التقليدي 222
المبحث الثاني: العوامل التي ساهمت في ابتداع 225
فكرة المسؤولية العقدية
المطلب الأول: المفهوم العتيق والغامض للخطأ العقدي 225
المطلب الثاني: نزاع السنوات في الفترة بين عامي 1880–1900 233
حول قبول حالة المسؤولية بدون خطأ
الفصل الثاني: التطور التاريخي للمسؤولية العقدية 253
المبحث الأول: الالتزام بالسلامة 253
المبحث الثاني: التمييز بين الالتزامات بوسيلة والالتزامات بنتيجة 273
أولاً . إن معيار التمييز بين الالتزامات بوسيلة والالتزامات بنتيجة 274
غامض وغير متوقع
ثانياً . إن هذا التمييز ينتج عنه عدم مساواة في المعاملة 274
بين المضرورين
أ– نطاق الالتزام بالسلامة بوسيلة 276
ب– ضعف معيار التمييز 277
ثالثاً . إن هذا المعيار يمثل التفافاً منطقياً عديم الفائدة 282

الباب الثاني

الانعكاسات السلبية لفكرة المسؤولية العقدية وسبل مواجهتها

تمهيد وتقسيم: 295
الفصل الأول: الانعكاسات السلبية لفكرة المسؤولية العقدية 297
المبحث الأول: الانعكاسات السلبية لفكرة المسؤولية العقدية على 297
نظام العقد
أولاً . فكرة المسؤولية العقدية أدت إلى تقديم مبعثر 298

لعدم تنفيذ الالتزام
أ- إخفاء بعض المسائل الجوهرية 303
ب- طغيان التقصيري على العقدي وإفقاده خصوصيته 303
1- بالنسبة للعناصر المكونة للمسؤولية 304
2- ابتداع مسؤولية عقدية عن فعل الغير ومسؤولية عقدية عن فعل الأشياء 307
3- حجب وإخفاء خصوصية التعاقدي 310
ثانيا . فكرة المسؤولية العقدية أفسدت تقدير التعويضات 311
ثالثاً . فكرة المسؤولية العقدية ساهمت في توجيه التنفيذ العيني الجبري للعقد إلى طريق الاندماج داخل التعويض 314
رابعاً . فكرة المسؤولية العقدية جعلت العقد يلعب دوراً ليس بدوره 315
المبحث الثاني: الانعكاسات السلبية لفكرة المسؤولية العقدية على نظام المسؤولية التقصيرية 316
أولاً . ضاعفت النزاع على الحدود الفاصلة بين نظامي المسؤولية 317
1- في الميدان الطبي 318
2- في مجال الخدمات المجانية 319
3- حوادث المحلات التجارية 320
أ- الأضرار البدنية للمتعاقد مع هيئة النقل بالسكك الحديدية 327
ب- الأضرار البدنية للمريض المرتبط بعقد طبي 328
ثانياً . أفقدت مبدأ عدم الجمع منطقيته 333
ثالثاً . تحرم بعض المضرورين بتصعيب تعويضهم 335
رابعاً . نسبية الخطأ التعاقدي 336
الفصل الثاني: العلاجات المقترحة من أجل إعادة ترتيب قانون المسؤولية 341

المبحث الأول: العلاجات المقترحة في القضاء والفقه 341
المطلب الأول: العلاجات القضائية 342
أ- اتجاه القضاء نحو توسيع المسؤولية التقصيرية 342
ب- اتجاه القضاء نحو توحيد نظامي المسؤولية 345
ج- تقليد مبادئ المسؤولية التقصيرية في المجال العقدي 347
المطلب الثاني: المقترحات الفقهية 348
الفرع الأول: العلاجات المستبعدة 349
أ- إزالة الصفة التعاقدية عن السلامة 349
1- إزالة الصفة التعاقدية عن فئة الالتزام بالسلامة بوسيلة 349
2- إزالة الصفة التعاقدية عن الالتزام بالسلامة بالكامل 353
ب- إعداد مسؤوليات قانونية 356
ج- توحيد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية 357
الفرع الثاني: إلغاء المسؤولية العقدية 359
المبحث الثاني: مدى الحاجة إلى فكرة المسؤولية العقدية من حيث المبدأ 364
المطلب الأول: تحديد نطاق الالتزام العقدي 370
المطلب الثاني: عدم الحاجة لنظام المسؤولية العقدية 377
لفرع الأول: عدم الحاجة لنظام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي وأثره على تقدير التعويض 378
الغصن الأول: عدم الحاجة لنظام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي 379
أ- عدم الحاجة لركن الخطأ العقدي 379
ب- عدم الحاجة لركن الضرر 386
ج- عدم الحاجة لركن علاقة السببية 392

الغصن الثاني: أثر التخلي عن فكرة المسؤولية العقدية على تقدير التعويضات 393
أولاً . التقدير الاتفاقي للتعويضات التعاقدية (الشرط الجزائي) 393
ثانياً . التقدير القضائي للتعويض 407
الفرع الثاني: عدم الحاجة للمسؤولية العقدية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء 409
– الفوائد المنتظرة من مثل هذه العودة إلى نقاء المفاهيم 415
الخاتمة 419
قائمة المراجع 427
أولاً . باللغة العربية 427
ثانياً . باللغة الفرنسية 437
ثالثاً . باللغة الإنكليزية 448
الفهرس 449

مقدمة

إذا نشأ عقد صحيح بين طرفين، فإنه يكون واجب التنفيذ، بحيث يتعين على المدين به أن ينفذ الالتزامات الناشئة عنه على الوجه المتفق عليه، فإذا لم ينفذ التزامه باختياره نفذ جبراً عليه. والأصل أن التنفيذ الجبري يكون بعين ما التزم به المدين وبالشروط التي نشأ به التزامه، أي أن يكون تنفيذاً عينياً. أما إذا استحال على المدين تنفيذ الالتزام عيناً لغير سبب أجنبي فإنه يجبر على تنفيذ الالتزام بمقابل، عن طريق دفع تعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه. وينظر الفقه المعاصر إلى هذه التعويضات العقدية على أنها حالة مسؤولية، تسمى « المسؤولية العقدية » .

مشكلة البحث:

تعنى هذه الرسالة كما يتضح من عنوانها بدراسة « المسؤولية العقدية» . وإذا كانت هذه العبارة قد صارت كثيرة الاستخدام في وقتنا الحالي، فإن فكرة «المسؤولية العقدية» كانت ولا تزال إلى يومنا هذا مثار جدل يتعلق بميدانها ونظامها ووجودها على حد السواء .

إن المشكلة التي تعالجها هذه الرسالة، إنما تنحصر في الإجابة على تساؤلات محددة كانت تفرض نفسها عليّ عندما اخترت موضوع هذه الرسالة، وتتلخص هذه التساؤلات في النقاط التالية:

1- هل توجد مسؤولية عقدية؟! حتى سنوات قليلة مضت كان هذا السؤال سيبدو غريباً. ومع ذلك، فإنه ليس بالجديد. حيث سبق أن قام "شارل سانكتليت" في رسالته المنشورة عام 1884 بانتقاد عبارة « المسؤولية العقدية» التي اعتبرها غير ملائمة واقترح استبدالها بعبارة « الضمان » . وكان يهدف من هذا إلى تأكيد الاستقلالية التامة لنتائج عدم تنفيذ العقد بالنسبة لنظام المسؤولية التقصيرية، فالالتزام الأصلي المتولد من العقد لم يكن، كما قال هو، ليتحول بعدم التنفيذ الذي يجعله فقط مستحقاً في شكل تعويضات .

إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد، بعد بضعة سنوات، من طرف مؤلف رسالة أخرى وهو "جان جرانمولان" الذي دافع في عام 1892 عن « وحدة المسؤولية » واقترح أن نعترف « بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات العقدية » . في الحقيقة، عدم تنفيذ العقد يكون، كما قال، خطأ منشئ للالتزام بالتعويض، مستقل عن الالتزام العقدي الأصلي ومن نفس طبيعة ذلك الناتج من ارتكاب جنحة أو شبه جنحة[1] .

فيما بعد اتفق الفقه بصورة موسعة على موقف وسطي وتصالحي: تكون المسؤولية واحدة في طبيعتها وازدواجية في نظامها. إن وجود واستقلالية المسؤولية العقدية كانت مؤكدة بقيمة هوية متماثلة في الطبيعة مع المسؤولية التقصيرية .

هكذا تعودنا على تمثيل بسيط للمسؤولية المدنية مقسمة إلى فرعين: فبينما تتركز المسؤولية التقصيرية على تعويض الضرر الناتج عن الإخلال بواجب عام، يقع على عاتق الكافة، بعدم الإضرار بالغير، فإن المسؤولية العقدية تهدف إلى تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ للالتزام العقدي. هذا التمييز في مصادر المسؤولية يحمل بطبيعة الحال بعض الاختلافات في نظاميهما تقود الطبيعة الواحدة للمسؤولية المدنية إلى عدم المغالاة فيها، بل حتى إلى تقليصها. هذه الأفكار لاقت ترحيباً في القضاء الذي أعطاها كل حدودها .

انطلاقاً من هذا المخطط التوضيحي، تركزت الصعوبات في تحديد الاختلافات بين هذين النظامين وعلى رسم الحدود بينهما .

مع ذلك، نجد أن هناك رياح اعتراض تهب، منذ عشر سنوات تقريباً، في الفقه الفرنسي، والتي تهدف إلى إعادة النظر في فكرة المسؤولية العقدية .

في أشكاله الأكثر لطفاً، نجد أن النقد قد توجه فقط إلى ميدان ونظام المسؤولية العقدية. حيث أنه أخذ عليها في نفس الوقت امتداد مفرط خارج نطاق

---

[1] Viney, La responsabilité contractuelle en question, in Le contrat au début du XXI siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, L.G.D.J., 2001, P.921 et s.

حدودها الطبيعية وفقدان خصوصيتها بسبب طغيان النموذج التقصيري على النظام العقدي .

لكن الهجمات لم تتوقف عند هذا الحد، حيث أن المفهوم ذاته للمسؤولية العقدية قد أصبح اليوم محل انتقادات عنيفة. وهكذا نرى أبرز المفكرين يرددون العبارة التي تقول بعدم وجود مسؤولية عقدية. ولكي يقلل أكثر من عدد أنصارها، دأب هذا الفقه الممتاز إلى اعتبار المسؤولية العقدية مجرد بناء فقهي بحت. وثمرة خطأ تاريخي. ولا يوجد شيء في نصوص القانون المدني يسمح بتصور المسؤولية العقدية على نسق النموذج التقصيري. بل على العكس، نجد أن « المسؤولية العقدية» المزعومة ما هي إلا تعبير عن تنفيذ بمقابل للالتزام العقدي وبالتالي هي جزء من « وسائل علاج » عدم التنفيذ. إن استقبال هذه « الفكرة الخاطئة » من قبل القانون الحديث للالتزامات تسبب في فوضى عارمة انعكست سلباً على قانون العقد وقانون المسؤولية التقصيرية في آن واحد، وإعادة الترتيب التي تفرض نفسها لا يمكن أن تتم إلا بإلغائها. إلا أن هذا الاقتراح على الرغم من أنه مارس تأثيراً كبيراً على الفقه، حيث قام العديد من المؤلفين بتناول نفس الفكرة وأعربوا عن تأييدهم لها[1]، فإنه لم يحز بعد على الموافقة الكاملة، حيث أن المقاومة تنظم صفوفها. مع ذلك، فإن هذا الاقتراح جاد بما فيه الكفاية لأن يجعلنا نتساءل:

2- ما هو مصير المسؤولية العقدية ؟ وهل من الواجب أن نوافق على موتها القريب، أو على العكس، أن نرجو بقاءها على قيد الحياة ؟ . كذلك يليق أن نحدد فوراً معنى التساؤل حتى نتجنب أي غموض. إن الأمر بطبيعة الحال لا يتعلق، إذا تخلينا عن المسؤولية العقدية، بالسماح للمدين بالتحلل من التزاماته كلياً دون جزاء. فلن يستطيع أي مجتمع أن يتحمل انعدام الأمن الذي سوف ينشأ من

---

[1] Leturmy, La responsabilité délictuelle du contrant, R.T.D. civ., 1998, P. 839 et s. ; H. Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français du contrat, Thèse, Paris IX, 2000(cité par Viney, La responsabilité contractuelle en question, op. cit., n.3, note 16) .

وانظر الموقف الأكثر تحفظاً لسافو:

(La fin de la responsabilité contractuelle ?, R.T.D. civ., 1999, P.1 et s.) .

حرية الإخلال بالالتزامات. حتى الفقه الأنجلو سكسوني الأكثر تحرراً لم يتصور مثل هذا الحل. فباستبعاده لأية إمكانية تنفيذ عيني جبري، اقترح الاعتراف للمدين باختيار « تنفيذ الالتزام أو دفع تعويضات للدائن » .

في كل الأنظمة القانونية، يمكن إذاً للمدين الذي يخل بالتزاماته (على الأقل) أن يجبر على دفع تعويض للدائن. إن السؤال الحقيقي يتعلق بطبيعة ذلك التعويض تحديداً .

3- هل يتعلق الأمر، كما يراه الفقه السائد منذ قرابة قرن، بتعويض الضرر: ذلك الذي وقع على الدائن نتيجة عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ الالتزام ؟ أو على العكس، يتعلق الأمر، كما يشير المؤلفون الذين يتوقعون نهاية المسؤولية العقدية، بحصول الدائن، بمقابل، على الرضا الذي كان ينتظره من تنفيذ الالتزام؟ .

4- وإذا كانت التعويضات المدفوعة للدائن في حالة عدم تنفيذ التزام عقدي لا يكون هدفها تعويض الضرر وإنما جعل الدائن يحصل، بمقابل، على المنفعة التي كان يرجوها من العقد والتي لم يحصل عليها. فما مدى الحاجة لنظام المسؤولية العقدية من حيث المبدأ ؟ .

أهمية موضوع البحث:

اخترنا « المسؤولية العقدية بين الإبقاء والإلغاء » موضوعا لهذه الرسالة، وذلك للأسباب التالية:

1- الأهمية العملية للمسؤولية العقدية كونها تكفل للعقد قوته الملزمة، وبالتالي فإن لأحكامها أهميتها الكبرى لتوفير الاستقرار اللازم للمعاملات .

2- الجدل الدائر في الفقه الفرنسي، في السنوات الأخيرة، حول وجود المسؤولية العقدية ذاتها. فقد رأينا، عند تحديد مشكلة البحث، كيف أن الفقه الفرنسي يقف اليوم على عتبة تحول تاريخي، ففي حين أنه منذ ما يقرب من القرن كان ينظر إلى عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على أنه مصدر للمسؤولية، تعالت أصوات مسموح فيها، و متزايدة العدد، تقترح التخلي عن فكرة المسؤولية