

## أثر النزعة الموضوعية على مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين

ط/د . بودينار بلقاسم

أستاذ مساعد أ. جامعة غرداية

### الملخص:

هناك مواجهة أذلية بين المذهبين الشخصي والموضوعي في نظرية الالتزام وكل مذهب يحاول كسب بعض النقاط من خلال إسقاط فلسفته على محاور نظرية الالتزام ومن بين المسائل التي يظهر فيها الصراع مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين والتي لم يتفق بشأنها على مصطلح موحد وهو ما يظهر حدة المشكلة لأن المصطلح تبني أي مصطلح من المصطلحات وهو إشارة للمذهب المعتنق لفكرة الخيرة بين المسؤوليتين كانت مسرحاً لاستعراض حجج كل من الفريقين إلا أنه من خلال الاطلاع على مجموعة من القرارات والنصوص التشريعية يتضح أن هناك ارتكازاً للنزعة الموضوعية لوضوح بصمة المشرع في المسألة والقضاء سواء عن دراية أو بعفوية فالمهم أن للمبدأ أثره على ترجيح الاتجاه الموضوعي في نظرية الالتزام.

### Résumé:

Il est le visage de l'éternité entre ismes personnelle et objective dans l'engagement et toute la doctrine d'essayer de gagner quelques points en laissant tomber sa philosophie d'adhérer à la théorie des axes et les problèmes dans lesquels le principe d'un conflit bienveillant entre Almsaolitin et qui ne sont pas convenues sur une montre unifiée terme que le problème apparaît parce que le terme théorie adoptée tout terme de termes, une référence à la doctrine de la conversion, est une idée bienveillante entre Almsaolitin a été le théâtre d'un examen des arguments des deux équipes, mais grâce à l'accès à un ensemble de décisions et textes législatifs, il est clair qu'il y Artkana objectivité de tendance de la clarté du législateur d'empreintes digitales en la matière et l'élimination des deux p Ou la spontanéité qui connaissent est important que le principe de son impact sur la tendance de pondération objective dans la théorie de l'engagement.

## مقدمة

من أهم المبادئ المستقر عليها في الالتزامات المواجهة بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، هذه المواجهة يترتب عليها اختلاف في الأسس والنتائج اثر تغليب مذهب على آخر، وهذا الصراع لم تسلم منه فكرة مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين، فبعد القضاء على مشكلة ازدواج المسؤولية المدنية ورجحت كفة الازدواجية على الأحادية وأصبح هناك ما يشبه الاجماع على ذلك، ظهرت مشكلة أخرى على مستوى الفقه والقضاء وحتى التشريع تمثلت في فكرة لم يستقر بشأنها على مصطلح واحد وفي هذا دلالة على حدة الاختلاف على أساس أن تحديد المصطلح سيحدد بالضرورة التوجه المتبنى<sup>1</sup>.

لذلك سنحاول أن نركز في هذا البحث على مظاهر النزعة الموضوعية في مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين لاسيما بعد أن طغت المسألة إلى السطح وذلك من خلال الاطلاع على مجموعة من قرارات المحكمة العليا الحديثة في الجزائر والتي توحى أن الاشكال مازال قائما، وهذا من خلال الاجابة على الاشكال التالي : إلى أي مدى يمكن أن تمتد المسؤولية التقصيرية داخل نطاق المسؤولية العقدية ومدى اعتبار ذلك مؤشر على الصراع القائم بين المذهب الشخصي والموضوعي وأي كفة رجحت؟  
معالجين ذلك في الخطة التالية :

## خطة البحث

## مقدمة.

المبحث الأول : تأسيس مبدأ الخيرة كمييار لترجيح المذهب الموضوعي

المطلب الأول : تأسيس المبدأ والنزعة.

الفرع الأول : الأصول المذهبية للمبدأ.

الفرع الثاني : أسس النزعة الموضوعية.

الفرع الثالث : مضمون النظرية

أولا/ مفهوم النظرية.

ثانيا/ مبررات النظرية.

ثالثا/ الاستثناءات الواردة على النظرية.

المطلب الثاني : تأسيس نظرية الخيرة.

الفرع الأول : مضمون النظرية.

أولا/ مفهوم النظرية.

ثانيا/ الجذور التاريخية للمبدأ.

الفرع الثاني : مبررات النظرية واستثناءاتها

أولاً/ المبررات.

ثانياً/ الاستثناءات.

المبحث الثاني : المسألة في ميزان القضاء والتشريع.

المطلب الأول : مؤشرات النزاع في أروقة القضاء

الفرع الأول : في القضاء الغربي.

الفرع الثاني : في القضاء العربي.

أولاً/ القضاء الجزائري.

ثانياً/ القضاء المصري.

المطلب الثاني : المسألة في نظر التشريع.

الفرع الأول : التشريعات الغربية.

الفرع الثاني : التشريعات العربية.

خاتمة.

المبحث الأول : تأسيس مبدأ الخيرة كميّار لترجيح المذهب الموضوعي.

مهما كان المصطلح المستعمل سواء مبدأ الخيرة الذي يقصد به ترك المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية أو مصطلح المعاونة وهو الحالة التي تسد فيها طريق المسؤولية العقدية فيتم اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية أو مصطلح الجمع الذي يراد به الأخذ من كلا المسؤوليتين بالقواعد التي تكون أكثر فائدة فإن المسألة تثور متى كان الإخلال بالالتزام العقدي يشكل في حد ذاته عملاً غير مشروع يوجب المسؤولية التقصيرية وبالتالي المسألة تقتضي وجود عقد ووقوع إخلال بالتزام عقدي يشكل في نفس الوقت خطأً تقصيري، وانقسم الفقه بين منكر للخيرة ومؤيد لها كل فريق حسب الايدولوجيا الفقهية التي يستلهم منها مبادئه، ولكل حججه وأسانيده وستعرض لها بعد عرض فكرة النزعة الموضوعية وهو التوجه و المعالجة التي تخدم هذا البحث.

المطلب الأول : تأسيس المبدأ والنزعة .

الأغلبية في الفقه الفرنسي وكذلك العربي ترى عدم جواز الخيرة، وهم في الواقع أنصار فكرة ازدواج المسؤولية وأن لهذه الفكرة أصول تاريخية تعزز التوجه الموضوعي.

الفرع الأول : الأصول المذهبية للمبدأ.

تتأثر نظرية الالتزامات بالأصول التاريخية لها لاسيما القانون الروماني، وهو ما كان منطلقاً لأنصار نظرية عدم الخيرة، فقد كانت قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون الروماني لا تنطبق على العلاقات العقدية<sup>2</sup>، ففي حالة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية مثلاً لا يجوز الرجوع في حالة الإخلال بالعقد على أساس المسؤولية التقصيرية التي كان ينظمها في القانون الروماني قانون أكيليا.

وخلاصة المسألة في القانون الروماني أن قواعد المسؤولية التقصيرية لا تنطبق على العلاقات العقدية، وعليه لا يعترف هذا القانون، حسب أنصار عدم الخيرة، بإمكانية الخيرة بين نوعي المسؤولية المدنية، والجدير بالذكر هنا أن أنصار ازدواج المسؤولية هم أنفسهم أنصار نظرية عدم الخيرة، وسيوضح ذلك حين التطرق للحجج التي تقوم عليها نظرية عدم الخيرة.

### الفرع الثاني : اسس النزعة الموضوعية

يقوم هذا التوجه أولاً على التصور المادي للالتزام والذي يقوم بدوره على نظريات تساهم في هذا التصور : الأولى : تمثل في نظرتها للالتزام كهيئة مالية أو عنصر عيني .  
والثانية : تنظر للالتزام كرابطة بين ذمتين لا بين شخصين .  
والثالثة : نظرية المديونية والمسؤولية العينية.

والأساس الثاني الذي يقوم عليه هذا المذهب هو التصور الموضوعي للحق والذي وصل علوه إلى تقريبا انكار فكرة الحق تماما واستبدالها ببعض المعايير والأفكار الأخرى التي انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات أولها نظرة الفقه الغربي، الفقه الألماني الذي قام بتحليل طبيعة الحق من خلال موضوعه والغرض منه ورأى أن دور الإرادة في الحق دور ثانوي خاص فقط باستعمال الحق، ثانيا انكار ديجي لفكرة الحق رغم أنه فقيه فرنسي -أي ذا نزعة شخصية - إلا أنه تأثر وأثر في التوجه الأول للالتزام إذ قام باستبدال فكرة الحق بعنصر موضوعي أحر وهو المركز القانوني، ثالثا فكرة الموضوعية القانونية في الحق والتي يتزعمها كلسن الذي يرى أن الحق ما هو إلا تعبير يقصد به بيان أثر القاعدة القانونية، هذه التصورات الكبرى انبثقت عنها أفكار في كل عنصر من عناصر نظرية الالتزام ومبادئه، ومن بين هذه المبادئ مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين التي سيتضح مدلولها ومركزها ومدى اعتبارها مؤشرا لهذا الصراع بين التوجهات الشخصية والموضوعية في نظرية الالتزام عند التعرض لحجج كل فريق.

### الفرع الثالث : مضمون النظرية.

#### أولا/ مفهوم النظرية

يقصد بعدم الخيرة عموما استئثار المسؤولية العقدية وحدها بالعلاقة بين المتعاقدين، ولا يمكن أن تقوم إلى جانبها المسؤولية التقصيرية فلا يمكن لأحد المتعاقدين أن يتمسك في مواجهة الآخر بقواعد المسؤولية على أساس أنها أفضل له.

#### ثانيا/ مبررات النظرية

يستند أنصار نظرية عدم الخيرة إلى حجج عدة أهمها :

1. مكان تواجد النصوص القانونية المتعلقة بكل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، حيث أن جل التشريعات فصلت بين نوعي المسؤولية وجعلت لكل نوع قواعد قانونية منفصلة عن الأخرى، فنجد مثلا المشرع الجزائري تناول أحكام المسؤولية العقدية في مواطن متفرقة بين المواد المتعلقة بالعقد ( 54 إلى 123 ق مدني )، وبين المواد المتعلقة بتنفيذ الالتزام ( المادة 163 وما بعدها )، أما المسؤولية التقصيرية فنجدتها منظمة بأحكام خاصة في المواد 124 إلى 140 مكرر.

أما المشرع الفرنسي فقد تناول في المادة 1146 وما يليها الأحكام الخاصة بالمسؤولية العقدية، أما المادة 1382 وما يليها فقد تناولت قواعد المسؤولية التقصيرية.

بالإضافة إلى هذا التقسيم بم الاستناد إلى روح النص للكشف عن نية المشرع في تنظيمه للمسؤولية المدنية في وضعين مختلفين، وركز أنصار عدم الخيرة بشدة على استقلالية المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية وضرورة التمييز بينهما.

ففي نظرهم أن السماح بإعمال المسؤولية التقصيرية داخل نطاق العقد يؤدي إلى القول بأن أحكام وقواعد المسؤولية العقدية المنصوص عليها في القانون أصبحت ميتة وغير ذي جدوى.

2. الحجة الثانية التي اعتمد عليها أنصار عدم الخيرة هي مبدأ سلطان الإرادة، فإعمال المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد يؤدي إلى مخالفة بنود العقد وإهدار القوة الملزمة للعقد ويعتبر مساسا بمبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة الإخلال بالتوازن العقدي.

وأسس أنصار عدم الخيرة حجتهم هذه على أساس أن العقد يتضمن بندا ضمينا بموجبه تنازل الطرفان عن قواعد المسؤولية التقصيرية أو ما سموه بالقانون العمومي في المسؤولية، وأتخما رضا بالعقد قانونا لهما<sup>3</sup>.

ويضيقون بالقول أن مبدأ سلطان الإرادة، رغم القيود الكثيرة التي وردت عليه، لا يزال معترفا به في إنشاء العقود وفي تنفيذها.

3. الحجة الأخرى لأنصار عدم الخيرة هي أن العقد شريعة المتعاقدين، ومتى أبرم الطرفان عقدا صار بمثابة القانون الخاص بهما، ولا تجوز مخالفته وأية مخالفة لأحكام هذا القانون الخاص ترتب المسؤولية التي يتضمنها أي المسؤولية العقدية<sup>4</sup>.

4. واستند أنصار عدم الخيرة كذلك إلى السماح بالانتقال من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية فيه ظلم للمدين، مثلا في الوديعة بدون أجر ( 592 مدي المقابلة للمادة 1134 ق مدي فرنسي )، وبخروجه هذا يكون المدين قد أسقط عن نفسه الحماية التي يمنحها له العقد، لأنه خلع عن نفسه ثوب المتعاقد نظرا لإخلاله بالثقة الناشئة عن العقد بفعل غشه أو خطئه الجسيم<sup>5</sup>.

إلا أن هناك من يعترض على هذه الاستثناءات ففي حالة الجريمة هناك اختيار بين القضاء المدني والقضاء الجزائي وليس بين المسؤوليتين، وفي حالة الغش والخطأ الجسيم المشرع نظم هذه المسألة في قواعد المسؤولية العقدية ونظم الجزاء المترتب على سوء نية المدين.

### ثالثا/ الاستثناءات الواردة على النظرية

الرأي القائل بعدم الخيرة ليس مطلقا فقد أورد الكثير منهم بعض الاستثناءات على مبدئهم، بحيث قالوا بجواز الخيرة في الحالات التي يكون فيها الإخلال بالالتزام العقدي من طرف المدين يشكل جريمة أو يرجع إلى غش المدين أو خطئه الجسيم.

1. حالة الجريمة : أي حين يكون المتعاقد قد ارتكب جريمة جنائية تشكل في الوقت نفسه إخلالا بالتزام تعاقد في هذه الحالة يجوز للمتعاقد الخيار بين نوعي المسؤولية المدنية، ومثال ذلك جريمة خيانة الأمانة التي

تفترض وجود عقد من العقود الواردة على سبيل الحصر في المادة 376 ق عقوبات الجزائري، أو جريمة الحريق العمدي في عين مؤجرة، ففي هذه الحالات تقوم إلى جانب المسؤولية العقدية مسؤولية تقصيرية لارتكاب الجريمة ويكون للمتضرر الخيار بين دعوى عدم تنفيذ الالتزامات العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية.

وهذا الاستثناء اختلف في مداه إذ يرى البعض أنه يشمل الجرائم العمدية فقط، في حين يرى آخرون امتداده إلى جميع الجرائم العمدية وغير العمدية.

**2 حالة الغش والخطأ الجسيم :** في هذه الحالة يرجع عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي إلى غش منه أو خطأ جسيم، فيحوز للدائن بذلك أن يطالب المدين بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، خلافا للأصل في المسؤولية العقدية ( مادة 182 مدني جزائري ) ( 1150 مدني فرنسي )، وبذلك فإن المدين يخرج من دائرة العقد الذي يجب أن ينفذ بحسن نية وطبقا لما اشتمل عليه ( مادة 107 مدني جزائري ).

**المطلب الثاني : تأسيس نظرية الخيرة.**

من أنصار نظرية الخيرة نجد في الفقه الغربي سافاتييه، وأوبري ورو، بونكاز، وبلانيول، وفي الفقه العربي نجد السنهوري في رأيه الأول، ومصطفى مرعي، وعلي علي سليمان.

**الفرع الأول : مضمون النظرية .**

نرى في هذا الفرع مفهوم النظرية والأصول التاريخية لها.

**أولا : مفهوم النظرية :**

يقصد بالخيرة عموما أن المسؤولية التقصيرية يمكن أن تنفذ إلى نطاق المسؤولية العقدية، ولا يستطيع العقد إلا إضافة المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية ولا يمكن له ابعادها<sup>6</sup>.

فالالتزامات العقدية لا ترفع عن المدين الالتزامات القانونية، وعليه فالمسؤولية العقدية تضاف إلى المسؤولية التقصيرية ولكنها لا تمحوها، ومنه فإنه للمتعاقد الخيار بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إلا أنه لا يستطيع الجمع بينهما.

**ثانيا : الجذور التاريخية للمبدأ .**

أنصار الخيرة يعزفون أيضا على وتر التاريخ، حيث أنهم يؤيدون رأيهم من الناحية التاريخية، بالقول أن نصوص قانون أكيليا لا يوجد بها ما يمنع من الخيرة.

فبعد أن سيطرت عادات القبائل الجرمانية والتي كانت تعوض عن الضرر جزافيا، دون اعتبار للضرر الحقيقي الذي نجم عن الأفعال الضارة، ولا تميز بين الضرر الناشئ عن الإخلال بالالتزام العقدي أو ما حدث نتيجة لفعل آخر، واستمر هذا الوضع مدة من الزمن حتى تغلبت مبادئ القانون الروماني وأقرت نظرية تدرج الخطأ التي ميزت المسؤولية العقدية، لتحل محل نظام كان يقتضي أن عدم تنفيذ العقد يعد فعلا ضارا، وتلاشى مبدأ التحديد الجزائي للتعويض تاركا مكانه لقانون أكيليا.

وأشاد أنصار الخيرة بدور المسؤولية التقصيرية في كونها جزءا لمخالفة الالتزامات القانونية ومكملة للجزاءات التي يفرضها العقد والنصوص الخاصة، وأنها تعدل الكثير من الأوضاع القانونية، وبالتالي اتساع نطاق المسؤولية التقصيرية فهي غير محصورة في عمل معين بل تشمل كل عمل أضر بالغير.

**الفرع الثاني : مبررات النظرية واستثناءاتها.**

**أولا : مبررات النظرية**

**يستند أنصار الخيرة إلى الحجج التالية<sup>7</sup>:**

1. الحجة الأولى تكمن في أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان ذلك صراحة أو ضمنا فهي الأصل وما المسؤولية العقدية إلا استثناء منه، ولا يوجد ضرر في الرجوع إلى الأصل بل العكس هو الصحيح.

2. الحجة الثانية تقوم على فكرة السبق، أي أن المسؤولية التقصيرية موجودة قبل العقد ومنصوص عليها في القانون من قبل العلاقة العقدية التي لا تستطيع إلغاء المسؤولية التقصيرية.

3. الحجة الثالثة هي أن النصوص الواردة في القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ( المادة 124 وما يليها من القانون المدني الجزائري والمادة 1382 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي ) هي نصوص عامة تطبق على الجميع متعاقدين كانوا أو غير متعاقدين.

4. يستند كذلك أنصار الخيرة إلى أن الترتيب الشكلي للنصوص لا يمنع الخيرة كونه لا يرتب أي حكم موضوعي.

5. كذلك يستند أنصار الخيرة إلى القانون الروماني الذي وردت به نصوص أجازت الخيرة ومنها ما ورد في قضية الاسكافي الذي فقأ عين الصبي الممتهن عنده، والذي رفع دعوى أصيلية رغم وجود عقد بين الطرفين.

6. وأخيرا يرى أنصار الخيرة أنه يفسر من سكوت الأطراف المتعاقدة وعدم نصهم في العقد على استبعاد المسؤولية التقصيرية، اتفاقا يعني ضمنا بلخضوع لأحكامها طالما كان هذا الاتفاق جائزا.

**ثانيا : الاستثناءات الواردة على جواز الخيرة.**

هناك من يرى عدم وجود تقييد الخيرة إلا بنص قانوني ينص على استبعادها وهناك من يقيد الأخذ بالخيرة في حالة وجود شرطين<sup>8</sup>:

1. الشرط الأول يقضي باستبعاد الخيرة إذا ما كان الإخلال قد انصب على التزامات تعاقدية بحتة، فإنه لا مجال لإعمال مبدأ الخيرة، كعدم تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

2. ويقضي الشرط باستبعاد الخيرة في حالة ما إذا كان الضرر قد اقتصر على المكاسب أو المنافع التي كان المتضرر يربحها من العقد مثل الانتفاع بالعين المؤجرة، أما إذا تعداه إلى اتلاف الأثاث الموضوع في العين المؤجرة أو إصابة أحد أفراد الأسرة بضرر في جسمه أو ماله، فهنا تتحرك دعوى المسؤولية التقصيرية.

**المبحث الثاني : المسألة في ميزان القضاء والتشريع.**

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى موقف القضاء الذي لم يكن بمنأى عن الجدل الفقهي بخصوص مسألة الخيرة، ولعل الممارسة القضائية دالة على ذلك، كما نتطرق إلى موقف التشريعات المختلفة من هذه المسألة.

## المطلب الأول : مؤشرات النزاع في أروقة القضاء

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الممارسة القضائية حيث نبدأ بالقضاء الغربي ثم القضاء العربي.

## الفرع الأول : في القضاء الغربي .

يعتبر القضاء الغربي مهذا لظهور مسألة الخيرة لاسيما القضاء الفرنسي، لذلك سنفرده بالذكر أولاً ثم نتطرق إلى قضاء الدول الأخرى.

## أولاً : القضاء الفرنسي.

يسود اعتقاد لدى الفقه الفرنسي أن قضاءه مستقر على رفض الخيرة<sup>9</sup>، إلا أن الواقع لا يخلو من وجود قضايا تثبت عكس ذلك.

## 1. قضاء الخيرة :

اعترفت محكمة الاستئناف في البداية بقيام المسؤولية التقصيرية داخل نطاق العقد في قضية بائع السلاح حيث تعرض المشتري لانفجار لإحدى القطع نتيجة لرداءة المعدن، ومع ذلك لم يتم إعمال العقد رغم دفع البائع بجمله للعب الخفي. (استئناف إكس 04 جانفي 1872).

كذلك اعتبر خطأ تقصيرياً في جانب أمين النقل الذي ألزم بالتعويض رغم دفعه بخطأ في العنوان لأنه لم يتم بتسليم الطرد.

وجاء في قرار لمحكمة استئناف ييم 1934 أنه لا يوجد أي نص قانوني يمنع الدائن بالتمسك بالمسؤولية التقصيرية مجرد وجود عقد أحل العاقد الآخر بتنفيذه، أو التمسك بالمسؤولية العقدية لمجرد ارتكاب المتعاقد الآخر خطأ ضاراً<sup>10</sup>.

وفي قرار آخر بخصوص النقل الجوي جاء فيه أنه يسأل عقدياً عن وفاة المسافر بسقوط الطائرة لإخلاله بالتزامه بسلامته، فإنه يسأل تقصيرياً لخطأ الريان في قيادة الطائرة. (قرار في 27 مارس 1924).

وجاء في قرار آخر، أنه تقوم المسؤولية التقصيرية على عاتق المالك إزاء كل شخص يلحقه ضرر من انهدام بنائه دون استثناء مستأجره رغم قيام علاقة عقدية معه. (استئناف كان 16/04/1947).

كما اعتبر معلم الفروسية مسؤولاً عن إصابة تلميذه في أثناء ركوبه عقدياً طبقاً للمادة 1127 مدني فرنسي، لإخلاله بالسلامة الذي تعهد به، وتقصيرياً طبقاً للمادة 1385 مدني فرنسي عن فعل الحيوان باعتباره مستخدماً للحصان في ممارسة مهنته إذ لا يوجد نص في القانون يمنع من التمسك بمهدين النصين في وقت واحد. (استئناف باريس 22 أكتوبر 1941).

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية بأن الإخلال بالتزام عقدي يمكن أن يتصادف مع خطأ تقصيري يرتكبه المدين (نقض فرنسي 14/12/1926).

واعترفت في دعاوى أخرى بإخلال الموثق أو المهندس المعماري بالتزاماته العقدية تجاه عملائه مخالفة لواجباته المهنية تقييم مسؤوليته التقصيرية.

وأيضاً قضية عامل توفي فتم إلزام الشركة بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية بناء على الدعوى التي رفعتها أرملة العامل.

وأيضاً الودائع التي على عاتق صاحب الفندق طبقت المسؤولية التقصيرية.

## 2. قضاء عدم الخيرة:

كما سبق القول أعلاه، فإن الرأي المستقر لدى الفقه الفرنسي أن قضاءه مستقر على عدم الخيرة ويظهر ذلك من عدة قرارات قضائية نستعرضها كالتالي :

حيث جاء في إحدى قرار لمحكمة النقض الفرنسية ( نقض 1970/03/09 ) أنه : ( متى توافرت الشروط التي تعطي للمسؤولية طبيعة عقدية لا يستطيع الضحية أن يتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية ولو كانت له مصلحة في التمسك بها ).

وقضت في قرار آخر لها ( نقض 1945/03/06 ) بأن : ( ضحية الضرر الناجم عن عدم تنفيذ عقد أو سوء تنفيذه، الذي يستطيع استعمال الدعوى العقدية لا يستطيع أن يفضل استعمال الدعوى التقصيرية ).

وجاء في قرار آخر سنة 1955 أن المادة 1382 مدني فرنسي ( تقابلها المادة 124 مدني جزائري ) وما بعدها أجنبية عن العلاقات بين الأطراف المتعاقدة ولا يمكن التمسك بها لتأسيس طلب يهدف إلى التعويض عن خطأ في تنفيذ التزام ناشئ عن اتفاق لا يمكن صرف النظر عنه لتقدير المسؤولية القائمة.

كما قضت أن الالتزام لا يمكن أن يجد مصدره في وقت واحد في فعل ضار وفي عقد.

وبخصوص المحاكم الفرنسية فقد طبقت قاعدة عدم الخيرة في أحكام كثيرة، حيث كانت قد رفضت دعوى المستعير التي أسسها على قواعد المسؤولية التقصيرية، ونفس الشيء في عقود الوديعة والنقل والمقاول.

ومع ذلك نجد القضاء الفرنسي يقبل بقيام المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد إلى جانب المسؤولية العقدية إذا كان الإخلال بالالتزام التعاقدية يشكل جريمة جنائية، كمسؤولية الطبيب ومدير المصلحة وأيضاً في حالة الغش أو الخطأ الجسيم مثل خطأ المهندس المعماري.

## ثانياً : قضاء الدول الأخرى

نجد مثلاً القضاء البلجيكي يأخذ بالخيرة، حيث قضت محكمة النقض البلجيكية بمسؤولية شركة النقل لسكة الحديد عن هلاك حصان بسبب مناورات أمرت بها الشركة وأسست المسؤولية على أساس خطأ تقصيري وليس عقد النقل .

والقضاء السويسري كذلك يأخذ بالخيرة ولكن بشرط أن يكون الإخلال بالالتزام العقدي في ذات الوقت فعلاً غير مشروع مع ارتباط قانوني بين العقد والضرر.

أما القضاء البريطاني فكان تارة يأخذ بالخيرة ويرفض الأخذ بها تارة أخرى، ولم يستقر على حال.

## الفرع الثاني : في القضاء العربي.

نتطرق أولاً للقضاء في مصر ثم القضاء الجزائري.

## أولا : القضاء المصري

في البداية كان القضاء المصري يأخذ بالخيرة، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف المختلطة بمسؤولية المؤجر مسؤولية تقصيرية رغم وجود عقد للإيجار، وظل القضاء كذلك حتى بعد صدور القانون المدني الجديد لاسيما فيما يتعلق بمسؤولية الناقل<sup>11</sup>.

إلا أن هذا النهج لم يستمر طويلا، وانتهت محكمة النقض المصرية أخيرا إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولين في أحكام عديدة، حيث قضت أنه فيما يتعلق بمسؤولية المؤجر كمالك للبناء يتعين الأخذ بما نص عليه عقد الإيجار، وجاء في إحدى القرارات أن الأخذ بقواعد المسؤولية التقصيرية فيه إهدار لنصوص العقد وإخلال بقوته الملزمة.

## ثانيا : القضاء الجزائري

تجدر الملاحظة فيما يخص هذه النقطة أن قرارات المحكمة العليا لا تتطرق صراحة لمبدأ الخيرة وإنما يستنتج ذلك من خلال ما تحتويه قراراتها.

**1. القضاء بالخيرة :** جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 20/12/2006 ملف رقم 349<sup>12</sup>/762، يتعلق بمعاملة مصرفية وتقليد أوراق نقدية، وتم التعويض على أساس المادة 124 مدني والمادة 08 من قانون النقد والقرض، حيث جاء في قرار أنه لا يحول الحكم بالبراءة من جنحة تقليد أوراق نقدية دون قيام الخطأ المدني المستوجب للتعويض والمتمثل في الفعل الضار الناجم عن عرض وصرف نقود مزورة، ورغم وجود عقد بين الزبون ( ن. ي ) والقرض الشعبي الجزائري وكالة خنثلة، إلا أنه تم التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية على أساس الإخلال بالالتزام العقدي المتمثل في تسليم أوراق نقدية سليمة.

وجاء أيضا في قرار آخر بتاريخ 20/12/2004 الملف رقم 350<sup>13</sup>/137، ويتعلق بمسؤولية البنك على أساس المسؤولية عن فعل الغير بموجب المادة 136 مدني.

حيث جاء في القرار أن البنك يبقى في كل الظروف مدينا لزونه بالأموال المودعة لديه بموجب التعاقد المثبت بالدفتار المسلم للزبون، حيث نجد القرار في هذه القضية المرفوعة من السيد ( ك. ج ) ضد القرض الشعبي الجزائري وكالة سطيف لاسترجاع مبلغ 280,000 دج المودعة لديه بموجب دفتر الادخار، ولكن الوكالة دفعت بحجة أن الموظف قام بالتزوير، وبالتالي لا تقوم مسؤوليتها، ولكن بالرجوع إلى القرار نجد أنه أقيم المسؤولية على عاتق البنك على أساس المادة 136 مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مستندا في إعطائه الحق للمدعي بموجب عقد الادخار.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 30/10/1985<sup>14</sup>، والمتعلق بعقد ملزم لجانبين، وعدم وفاء أحد المتعاقدين بالتزامه وتم اعدار المدين، وجاء في القرار أن من حق المدعي أن يطالب بالتعويض على أساس المادة 124 مدني.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 11/05/1992<sup>15</sup>، حيث أقيم القرار مسؤولية مسير أحد النوادي الرياضية على أساس المادة 124 مدني رغم وجود عقد بين النادي والرياضي الذي توفي.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1988<sup>16</sup>/07/06 أنه تقوم مسؤولية طبيب المستشفى على أساس مسؤولية متولي الرقابة ( مادة 134 مدني ) جراء الاعتداء الذي حصل لأحد نزلاء المستشفى من أحد النزلاء الآخرين بالرغم من وجود عقد طبي بين المستشفى والنزيل المعتدى عليه.

أما بالنسبة للقضايا التي يشكل فيها الخطأ العقدي جريمة فهي كثيرة، وتتركز أهمها حول جريمة خيانة الأمانة، ومخالفة المنتج لقواعد النظافة، وإصدار شيك دون رصيد، ففيها تم اختيار المسؤولية التقصيرية بناء على المادة 124 مدني على الرغم من وجود عقد سابق بين الأطراف تم الإخلال به.

## 2. القضاء بعدم الخيرة : نجد قرارات كثيرة كذلك يستنتج منها رفض الخيرة.

حيث جاء في قرار بتاريخ 1996/12/17 الملف رقم 145/015<sup>17</sup>، قضت فيه برفض دعوى الشركة الجزائرية للتأمينات وشركة سونطراك على أساس أن هذه الأخيرة لم تثبت صفتها كمرسل إليه ( صفة المتعاقد ) بموجب وثيقة الشحن.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1992/05/10 الملف رقم 084/481<sup>18</sup>، بأنه ترفض دعوى المرسل إليه المرفوعة خارج الآجال المحددة في المادة 743 من القانون البحري، وأن الدعوى تتقدم بالآجل المنصوص عليه في هذه المادة، وليس وفق قواعد المسؤولية التقصيرية.

كما نجد أن المحكمة العليا في غرفتها التجارية والبحرية أصدرت عدة قرارات كرست فيها توجيهات تتعلق بالزامية معالجة قضايا المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالبضائع المنقولة بحرا في إطار العلاقات التعاقدية للأطراف المعنية بعقد النقل البحري وعقد خدمات وكيل التفريغ بالخصوص، ويتضح هذا بجلاء في القرارات التالية :

. القرار رقم 172/017 بتاريخ 1998/07/14.

. القرار رقم 163/454 بتاريخ 1998/05/26.

. القرار رقم 169/663 بتاريخ 1998/06/16.

. القرار رقم 159/275 بتاريخ 1998/04/21.

. القرار رقم 351/906 بتاريخ 2005/05/11.

وفي قرار آخر بتاريخ 2002/02/06<sup>19</sup> في قضية ( ش. ر ) ضد ( ذ. ر ) قررت المحكمة العليا أنه وعملا بالمادة 13 من القانون 35.90 المتعلق بالنقل بالسكك الحديدية فإنه تمنح تذكرة السفر لصاحبها صفة المسافر الشرعي ( أي صفة المتعاقد)، حتى يعطي الحماية اللازمة من قبل الناقل، وبانعدامها يعفى هذا الأخير من المسؤولية، ومن ثم فإن إلزام شركة النقل بالتعويض لذوي حقوق الضحية المجردة من تذكرة السفر يعد خرقا للقانون.

وجاء في قرار آخر يرفض الجمع بين المسؤوليتين بتاريخ 2003/10/22 أنه لا يحق للقاضي المدني منح تعويض ثان عن أفعال سبق الحكم بتعويض عنها من طرف القاضي الجزائري حال فصله في الدعوى المدنية التبعية.

وجاء في قرار آخر بتاريخ 1990/01/15 أنه من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين وينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

كما قررت أنه في عقد التأمين يكون التعويض على الأخطار المؤمن عليها فقط.

**المطلب الثاني : المسألة في نظر التشريع**

نرى في هذا المطلب مواقف مختلف التشريعات من المسألة وهل نصت في تشريعاتها على حل لهذه المشكلة، وعليه نتناول في العرف الأول التشريعات العربية وفي الفرع الثاني التشريعات العربية.

**الفرع الأول : التشريعات العربية**

جل الفقهاء في فرنسا يجمعون على أنه لا يوجد نص صريح في القانون المدني الفرنسي وإلا لملت المشكلة بالنسبة إليهم.

أما القانون الألماني والسويسري والإنجليزي فقد نصت صراحة على قبول الخيرة<sup>20</sup>.

**الفرع الثاني : التشريعات العربية**

بالنسبة للتشريع المصري فلا يوجد نص، أما المشرع العراقي فقد تطرق لهذه المسألة ونص صراحة على جواز إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد في حالة الغش والخطأ الجسيم ( مادة 614 مدني عراقي ) ونص على جواز الخيرة في المادة 451 مدني عراقي ليس في حالة الجريمة فقط بل حتى في حالة الغش والخطأ الجسيم. أما المشرع الجزائري فإن نص المادة 140 مكرر المتعلقة بمسؤولية المنتج يفهم منه قبول الخيرة، إذ نجد جل الكتابات المتعلقة بمسؤولية المنتج تقرر بالمسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية. بالإضافة إلى أن عرض الأسباب للقانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني جاء فيه صراحة أن التعديل يهدف إلى توسيع مصادر التعويض.

أما بالنسبة للخطأ المكون للجريمة فالأمر مفصول فيه ذلك أنه يمكن المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي كما هو الحال في جريمة خيانة الأمانة، وجريمة إصدار شيك دون رصيد.. إلخ، ويتم تأسيس هذه الأحكام والقرارات التي تقضي بالتعويض على أساس المادة 124 مدني على الرغم من أن المواد التي تنص على التعويض المترتب عن الجريمة هي المواد من 2 إلى 10 من قانون الإجراءات الجزائية.

## خاتمة

أن كان يحق لنا إبداء الرأي فإننا نرى أن مسألة الخيرة هي في الواقع نتيجة لمشكلة وليست هي المشكلة، ذلك أن المشكلة الحقيقية هي أن لدينا مسؤولية أصلية هي المسؤولية التقصيرية، ولدينا مسؤولية خاصة هي المسؤولية العقدية، ولدينا إرادة المشرع وإرادة الأطراف، وبالتالي فإن المشكلة هل هناك صراع بين هاتين الإرادتين أم هناك تكامل بينهما؟ ونجد هذا الأمر يتضح من خلال النقاط التالية :

. أن الطرف الذي يرفع دعوى المسؤولية العقدية لا يعتبر قد اختار المسؤولية العقدية وإنما هو يلتزم بإعمال العقد سواء قصد إهمال الدعوى التقصيرية أم لا.

. أن أغلب القضايا تم فيها رفع دعوى المسؤولية التقصيرية لتوافر شروطها وليس معنى ذلك اختيارها.

. أن طرح مسألة الخيرة لم يكن سببه إلا إظهار لمبدأ سلطان الإرادة، وأثيرت المسألة بالدرجة الأولى من طرف أنصار ازدواج المسؤولية المدنية.

. أن المشرع حينما ينص على مبدأ الخيرة، نجد أن ذلك حينما يكون الضرر عاما، أي يتعلق بفتنة كبيرة وتظهر فيه مسؤولية الدولة، كما في حالة مسؤولية المنتج والمسؤولية من حوادث المرور أو النقل.

كما أن إعمال مبدأ الخيرة يكون أيضا في حالة المساس بالنظام العام أي في حالة الجريمة أو الغش أو الخطأ الجسيم. وفي هذا السمي الدلائل للأخذ بالنزعة الموضوعية

. إن فتح المجال أمام المسؤولية التقصيرية هو في الواقع تشديد للمسؤولية وليس معناه اختيار، كما في حالة مسؤولية المهنيين، حيث القصد منه توسيع مجال المسؤولية المدنية.

. أن الغاية من إعمال المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية هي توسيع مجال التعويض.

. أن الخيرة تكون بين دعويين متساويتين في الطبيعة، إلا أن المسؤولية التقصيرية تختلف في طبيعتها عن المسؤولية العقدية.

. أن الأمر المختلف فيه هو عدم إعمال المسؤولية التقصيرية عند وجود المسؤولية العقدية أما العكس أي إعمال المسؤولية العقدية في وجود المسؤولية التقصيرية فهو أمر ليس مختلف فيه.

. أنه عندما يتناول المشرع أكثر من أساس للتعويض فهو بذلك يوسع من مجاله وليس معناه إعطاء الخيار للدائن وتدخل المشرع دليل الارتكان الى النزعة الموضوعية.

## المراجع:

- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة، 1976
- علي حسن الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الضرر، دار وائل للنشر، الأردن، 2006
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985
- مجموعة من مجالات المحكمة العليا، حسب الترتيب الآتي:
- سنة 1990 عدد 2
- سنة 2001 عدد خاص
- سنة 2003 عدد 3

## الهوامش

1. ففي فرنسا هناك من يستخدم مصطلح الجمع بين المسؤوليتين مثل الإخوة مازو ( هنري وليون وجان ) ويستعمل آخرون لفظ تعدد المسؤولية والأغلبية تفضل عبارة الخيرة بين المسؤوليتين ونفس الأمر نجده في الفقه العربي حيث استقر على استخدام لفظ الخيرة وفي الفقه الحديث هناك من يحتفظ بالاصطلاحين معا ( الجمع والخيرة ) وهناك من أضاف إليها مصطلح المعاونة انظر جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية ج 1 القاهرة ص 470.
2. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 476.
3. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 482.
4. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1971، ص 148.
5. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 485.
6. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 489.
7. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 146.
8. علي حسن الذنون، المبسوط المدنية، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع عمان، الأردن، 2006، ص 179، 178.
9. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 524.
10. نفسه ص 525.
11. علي حسن الذنون، المرجع السابق، ص 192.
12. مجلة المحكمة العليا 2006 العدد الثاني ص 217.
13. مجلة المحكمة العليا سنة 2006 العدد 2 ص 225.
14. مجلة المحكمة العليا سنة 1990، العدد 2 ص 44.
15. غير منشور ورد ذكره في كتاب الاجتهاد القضائي وفق أحكام القانون المدني ص 85.
16. مجلة المحكمة العليا سنة 1991 ص 120.
17. مجلة المحكمة العليا سنة 2001 عدد خاص ص 13.
18. نفسه ص 14.
19. مجلة المحكمة العليا سنة 2003 عدد 3 ص 89.
20. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 134.