

January 2022

The overlapping between the contractual responsibility and the tortious responsibility in the contemporary systems

Prof. Tarik Kazem Ajeel

rofessor of Civil Law, Dean of the College of Law University of Thi Qar – Iraq, tark1980_2005@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

Ajeel, Prof. Tarik Kazem (2022) "The overlapping between the contractual responsibility and the tortious responsibility in the contemporary systems," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2022: No. 90, Article 4.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2022/iss90/4

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in *Journal Sharia and Law* by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The overlapping between the contractual responsibility and the tortious responsibility in the contemporary systems

Cover Page Footnote

Prof. Tariq Kazem Ajeel Professor of Civil Law, Dean of the College of Law University of Thi Qar – Iraq
tark1980_2005@yahoo.com

The overlapping between the contractual responsibility and the tortious responsibility in the contemporary systems*

Prof. Tariq Kazem Ajeel

Professor of Civil Law, Dean of the College of Law

University of Thi Qar – Iraq

tark1980_2005@yahoo.com

Abstract:

This research deals with the problem of overlapping between rules of contractual liability and those ones of tortious liability when the breach of contract represents at the same time illegitimate act. This problem had been named in jurisprudence as the permissibility of option between the two responsibilities.

We will revisit this problem with novelty through the study of contemporary legal systems point of view from this problem. We will discuss in detail the German, English and French legal laws, comparing them with the Iraqi law to point out the most suitable solutions and the justest ones. May god make our efforts prosperous.

keywords, the responsibilities, breach of contract, the fault, the damage, the negligence.

* Received on October 31, 2020 and authorized for publication on December 29, 2020

تداخل المسؤولية التعاقدية والتقصيرية في النظم القانونية المعاصرة*

أ.د. طارق كاظم عجيل

أستاذ القانون المدني ، عميد كلية القانون- جامعة ذي قار – العراق

tark1980_2005@yahoo.com

ملخص البحث

يعالج هذا البحث مشكلة التداخل الذي يحصل بين قواعد المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية عندما يشكل الإخلال بالعقد في ذات الوقت عملاً غير مشروع؛ هذه المشكلة التي عاجلها الفقه تحت مسمى "مدى جواز الخيرة بين المؤوليتين"، نعيد طرحها بأسلوب جديد عن طريق استعراض موقف النظم القانونية المعاصرة من هذه المشكلة، وما هي الحلول التي تبنتها هذه النظم، حيث سنستعرض - بعد تحديد المشكلة بصورة دقيقة - موقف القانون الألماني والإنكليزي والفرنسي، وأخيراً موقف نظامنا القانوني، للتعرف على أنجع الحلول وأكثرها عدالة، ومن الله التوفيق.

كلمات مفتاحية: مسؤولية تعاقدية، مسؤولية تقصيرية، خيرة بين المؤوليتين، الإخلال بالعقد، الخطأ، الضرر، الإهمال.

مقدمة

تُعرّف المسؤولية التعاقدية بأنها عبارة عن جزاء إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، بينما تعرف المسؤولية التقصيرية بأنها عبارة عن جزاء الإخلال بالتزام فرضه القانون. ويتحدد نطاق المسؤولية التعاقدية بالعلاقات الناشئة عن عقد صحيح بين المؤول

* استلم بتاريخ 2020/10/31 وأجيز للنشر بتاريخ 2020/12/29.

والمتضرر، حيث يلزم لقيامها أن يوجد عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته، من ناحية، وأن ينشأ الضرر عن عدم تنفيذ العقد القائم بينهما، من ناحية أخرى.

وإذا أمكننا بهذه – البساطة المجردة – تحديد نطاق المسؤولية التعاقدية، فإننا نكون أيضاً قد حددنا – عن طريق مفهوم المخالفة – نطاق المسؤولية التقصيرية، لأن نطاق هذه الأخيرة يتحدد خارج نطاق الأولى. ففي كل مرة لا تتوافر شروط المسؤولية التعاقدية، يكون للدائن (الضحية) أن يتمسك بمبادئ المسؤولية التقصيرية، التي يتحدد نطاقها خارج العلاقات التعاقدية، ويخضع لها من لا تقوم بينهم هذه العلاقات.

ولكن هل يقتصر تطبيق المسؤولية التقصيرية على هؤلاء الأخيرين، بحيث لا يستطيع المتعاقد، الذي أصابه ضرر من إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه الناشئ عن العقد، إلا التمسك بقواعد المسؤولية التعاقدية، أم يمتد نطاقها إلى العلاقات التعاقدية، ويخضع لقواعدها أطراف العقد كما يخضع غير المتعاقدين لأحكامها، بحيث يكون للمتعاقد أن يختار بين المؤسوليتين وفقاً لمصلحته، فيترك دعوى المسؤولية التعاقدية، ليرفع دعوى المسؤولية التقصيرية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل مهمة جداً، لأن دعوى التعويض المرفوعة أمام القضاء تختلف من حيث قبولها ونتيجتها بحسب ما إذا كان طالب التعويض يستند في مطالبته على أساس الإخلال بالعقد أو على أساس الإخلال بالواجب العام بعدم الأضرار بالغير.

وتختلف الإجابة عن هذا التساؤل باختلاف النظام القانوني الذي يحكم الدعوى، لذلك ارتأينا في هذا البحث عرض موقف النظم القانونية الأوربية وتحليل تطورها التاريخي وشرح نقاط الاختلاف بينها من خلال النظر في الهيكل الأساسي لهذه النظم من القانون الخاص.

لقد وجدنا مجموعة من الدراسات القانونية المقارنة حول الموضوع، لكنها إما غير مكتوبة باللغة العربية، أو أنها قديمة إلى حد ما، أو أنها توفر تقييماً شاملاً للقانون كما هو بدلاً من دراسة تطوره.

إن الهدف من بحث الموضوع هو إضافة دراسة قانونية مقارنة ومعاصرة لهذه النظم، كما يوفر البحث فرصة لدراسة آخر التطورات على مستوى التشريع والفقه والقضاء.

لقد تم اختيار القانون الفرنسي والألماني والانجليزي باعتبارها أهم أنظمة القانون الخاص في أوروبا المعاصرة؛ وهي تمثل تقاليد القانون المدني والقانون العام، للمقارنة بينها من جهة وبين موقف القانون المدني العراقي من جهة أخرى.

ومن نافلة القول: أن نوضح بادئ ذي بدء، ثلاث مسائل اصطلاحية لغرض البحث، الأولى: أننا سنتناول في هذا البحث المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية دون أن نخوض بالالتزامات الناشئة عن العقد. ثانياً: سوف نركز في بحثنا على العلاقات القائمة بين أشخاص القانون الخاص دون العلاقات القائمة بين الأشخاص المعنوية العامة، لأن مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة هي من موضوعات القانون الإداري أو تحكمها قوانين خاصة متأثرة بالقواعد والمبادئ الادارية. ثالثاً: سنستخدم في هذا البحث مصطلح القانون الخاص "الخطأ" بدلاً من مصطلح القانون العام "الضرر".

ومن أجل فهم طبيعة المشكلة ونطاقها بشكل كامل ، سوف نقسم البحث على مبحثين نتناول في المبحث الأول تحديد نطاق الخيرة بين المسؤوليتين، ونستعرض في المبحث الثاني تجارب النظم القانونية المقارنة في التعاطي مع المشكلة موضوع البحث.

المبحث الأول

تحديد نطاق الخيرة بين المسؤوليتين

يقتضي تحديد نطاق الخيرة بين المسؤوليتين، تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نعالج في المطلب الأول التداخل الحاصل بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، وتتناول في المطلب الثاني الاختلاف بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية.

المطلب الأول

التداخل بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية

يحدث في بعض الأحيان، أن الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، لا يشكل إخلالاً بتنفيذ التزاماته التعاقدية فحسب، وإنما يشكل أيضاً انتهاكاً للواجب القانوني العام بعدم الأضرار بالغير؛ مثال ذلك: قد يؤدي التنفيذ المعيب للعقد إلى إصابة المتعاقد بأضرار صحية أو

جسدية أو أضرار مادية تلحق بأمواله. وعادة ما تكون هذه الحقوق أو المصالح محمية بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية^(١).

هنا يثور التساؤل فيما إذا كانت الدعوى تندرج ضمن قوانين العقد و المسؤولية التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية؟

إن الإجابة على ما تقدم تعتمد على نطاق كلا النظامين (التعاقدية والتقصيري) في ظل نظام قانوني يفصل بينهما.

ففي نطاق المسؤولية التعاقدية لا يمكن اثبات المسؤولية عن الإخلال بالعقد إلا إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته (الصريحة أو الضمنية) الناشئة عن العقد؛ وهذا يعني ابتداء وجود عقد صحيح بين الطرفين. ووجود عقد بين الطرفين يعتمد أولاً وقبل كل شيء على تعريف فكرة العقد. فبعض الاتفاقات لا تندرج ضمن قانون العقد في بعض النظم القانونية.

كما يقتضي وجود عقد بين الطرفين التعرف على القواعد التي تحكم تكوين العقد^(٢) وشكله^(٣)، كما أن هناك أسباباً – يجب أخذها بنظر الاعتبار – لأنها تؤدي إلى بطلان العقد الذي يبدو للوهلة الأولى أنه قائم بين الطرفين (على سبيل المثال، غلط في ماهية العقد، أو مخالفة العقد للنظام العام أو الآداب)، أو عند إلغاء العقد بأثر رجعي (على سبيل المثال، الإلغاء بسبب عيوب الإرادة).

(١) هذا لا يعني أن نوع الضرر هو أمر حاسم فيما يتعلق بالسؤال عما إذا كان يمكن إثبات المسؤولية عن الخطأ (في بعض النظم القانونية ليس حاسماً، على سبيل المثال في فرنسا والعراق باستثناء الضرر الأدبي).

(٢) قد لا يكون الإيجاب والقبول كافيين لإبرام العقد، فالقانون الإنكليزي يشترط توافر (الاعتبار) من أجل إبرام العقد؛ والقانون الفرنسي كان يتطلب السبب (م ١١٠٨ مدني) قبل أن يتم إلغاء هذا الشرط (السبب) في المادة (١١٢٨ مدني) بموجب مرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ المؤرخ في ١٠ فبراير ٢٠١٦ بشأن إصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، والقانون العراقي يشترط توافر ركن السبب لقيام العقد صحيحاً (م ١٣٢ مدني).

(٣) في جميع النظم القانونية هناك إجراءات محددة لأنواع معينة من العقود مثل اشتراط أن تكون عقود بيع الأراضي مكتوبة في القانون الإنكليزي، أو مسجلة في دائرة التسجيل العقاري في القانون العراقي.

علاوة على ذلك، يجب أن يلتزم الطرفان بالعقد الذي تم بطريق النيابة (الوكالة) أو رتب حقوقاً للغير بمقتضى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير^(٤).

كما يجب ملاحظة، أن العقد الصحيح لا ينشئ سوى حقوق والتزامات بين أطرافه خلال الفترة التي يكون فيها العقد سارياً. ونتيجة لذلك، لا تدخل في نطاق المسؤولية التعاقدية الأخطاء التي ترتكب قبل أن يبرم الطرفان العقد أو بعد انتهائه أو إذا تم إنهاؤه^(٥).

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية، فيشترط لكي تنشأ مسؤولية الشخص عن فعله الشخصي، أن يكون هذا الفعل أو الإهمال غير قانونيين، وهذا يعتمد بالتأكيد على نطاق المسؤولية التقصيرية في النظام القانوني المعني.

فالدول التي تتبع نظم القانون العام Common Law تعتمد على الأخطاء الفردية التي تم تطويرها بشكل أساسي في السوابق القضائية لرسم نطاق المسؤولية التقصيرية؛ ففي القانون الإنكليزي - على سبيل المثال - هناك العديد من الأضرار (torts) والأخطاء العادلة (equitable wrongs)^(٦).

كما تعتمد تلك الدول على نظرية الإهمال ذات التطبيق الواسع لرسم حدود المسؤولية التقصيرية، ومع ذلك نلاحظ أن أغلب فروض الإهمال تقتصر على حالات معينة (مثل الاعتداء، الضرب،

(٤) قد يمنح العقد حقوقاً لأطراف ثالثة قابلة للتنفيذ مباشرة من قبل الأطراف الثالثة أنفسهم. انظر على سبيل المثال: المادة (6:253) من قانون العقود (حقوق الأطراف الثالثة) الإنكليزي لسنة ١٩٩٩؛ والمادة ١٥٢ من القانون المدني العراقي.

-See: Ruben DE GRAAFF, Concurrent, Claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective, European Review of Private Law 4- 2017, p. 704.

(5)H. BEALE et al., Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe- Case, Materials and Text on Contract Law (Oxford /Oregon: Hart Publishing 2010), pp 105-106.

ويلاحظ أن بعض النظم القانونية الأوربية تميل إلى إخضاع المسؤولية قبل التعاقدية لقواعد المسؤولية التقصيرية وبعضها إلى نظام خاص للمسؤولية قبل التعاقدية (على سبيل المثال: المادة ٣١١ الفقرة ٢ و٣ من القانون المدني الألماني (BGB).

- See: J. CARTWRIGHT & M.W. HESSELINK, 'Conclusions', in J. Cartwright & M.W. Hesse link (eds), Precontractual Liability in European Private Law (Cambridge: Cambridge University Press 2008), pp (449-488) at 457- 460.

(6) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 704.

التعدي على البضائع، إحداث خرق للعقد، اتفاق جنائي، التخويف أو الترهيب^(٧).

بينما اعتمدت دول أخرى في تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية على وضع قاعدة عامة؛ كما في فرنسا، حيث القاعدة العامة هناك تقضي: بأن كل شخص يسبب ضرراً للغير يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر^(٨).

أما في ألمانيا فلا تنهض المسؤولية التقصيرية إلا عندما تتضرر مصالح معينة أو يتم انتهاك قواعد معينة. فقد تنشأ المسؤولية التقصيرية عند انتهاك حق معترف به قانوناً، أو عند انتهاك واجب قانوني^(٩)، أو في حالة انتهاك الأخلاق العامة بقصد إلحاق الضرر^(١٠).

كما يقتضي تحديد نطاق المسؤولية التقصيرية التعرف على الصور الخاصة من المسؤولية التقصيرية التي لا تقوم على فكرة الخطأ الشخصي^(١١)، وإنما ترتبط بنشاط معين أو سلطة معينة، ينسب القانون لصاحبها أي لصاحب ذلك النشاط أو تلك السلطة مسؤولية مفترضة.

وتنشأ المسؤولية التقصيرية المفترضة دون حاجة لإثبات خطأ من جانب المدعى عليه، رغم أنه قد يكون من الممكن للمدعى عليه أن يدفع المسؤولية عن نفسه، من خلال إثبات أنه بذل عناية الرجل المعتاد. ويحتفظ القانون الفرنسي بالعديد من أنظمة المسؤولية المفترضة، بالإضافة إلى المسؤولية العامة عن فعل الغير والأشياء.

ويلاحظ أن المسؤولية العامة المفترضة عن فعل الغير والأشياء تم تأسيسها من قبل محكمة النقض على أساس المادة ١/١٣٨٤ من القانون المدني والتي لم تشترط الخطأ لقيام هذه المسؤولية، والتي تم تعديلها مؤخراً بموجب مرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ المؤرخ في ١٠ فبراير ٢٠١٦ في المادة ١٢٤٢ من القانون المدني^(١٢).

(7) Ibid.

(٨) المادة ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدني فرنسي (سابقاً)، المادة ١٢٤٠ و ١٢٤١ مدني فرنسي (حالياً).

(٩) المادة ٨٢٣ مدني ألماني.

(١٠) المادة ٨٢٦ مدني ألماني.

(١١) في القانون الإنجليزي، "الخطأ" يفترض ثلاثة أشكال: سوء النية، التعمد (بما في ذلك الاستهتار) والإهمال.

- S. DEAKIN et al., Tort Law, p 27.

(12) Cass. ass. plén. 29 March 1991, D. 1991. 324, comm. LARROUMET, JCP 1991. II. 21673 (Blieck).

أما في النظم القانونية الأخرى، فلا توجد مسؤولية مفترضة إلا على أساس قواعد محددة ذات نطاق محدود جداً^(١٣).

فإذا قام العقد صحيحاً، فإن القانون يمنح للدائن مجموعة من الحقوق التي تمكنه من استيفاء حقه في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، حيث يميز له المطالبة بالتعويض، أو بالتنفيذ العيني الجبري، أو بإلزام المدين بالامتناع عن تكرار الاعتداء مستقبلاً، أو بفسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية^{(١٤)(١٥)}.

إن الحقوق الممنوحة للدائن من أجل استيفاء حقه، تدور كلها حول فكرة واحدة، مفادها تعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه ومنع المدين من تكرار الأضرار به مستقبلاً^(١٦).

لذلك عندما يتعلق الأمر بالمسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، فإن السؤال الذي يطرح دائماً هو: هل يجوز للدائن عند مطالبته للمتعاقد الآخر بتعويض ما أصابه من ضرر أن يستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية؟^(١٧).

كما سنوضح في المطلب القادم، فإن الإجابة على هذا السؤال مهمة لأن نتيجة الدعوى قد لا تكون هي نفسها دائماً اعتماداً على ما إذا كانت الدعوى تستند إلى قواعد المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية.

(١٣) يعرف القانون الإنكليزي العديد من الأخطاء المحددة التي لا تتطلب إثبات سوء النية أو التعمد أو التهور أو الإهمال (على سبيل المثال خرق واجب قانوني، التعدي على الأرض، التشهير، المسؤولية البديلة، المسؤولية عن الحيوانات). كما يعرف القانون الألماني قواعد المسؤولية المفترضة (المادة ٨٣٣ مدني ألماني وخارج القانون المدني)، كما يعرف القانون العراقي صوراً عديدة للمسؤولية التقصيرية المفترضة (المواد ٢١٨، ٢١٩، ٢٢١، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١ مدني).
- See for an overview: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 704.
(١٤) يعتمد نطاق هذه الحقوق على طبيعة العقد. ويختلف ترتيبها من نظام قانوني إلى آخر.

(15) For a comparison between the common law and the civil tradition on this point, see H. DEDEK, 'From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law', 56. McGill Law Journal 2010, pp 1–37.

(16) W. VAN GERVEN et al., Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe – Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law (Oxford /Portland: Hart Publishing 2000), pp 740–741 and 868–871.

(17) C. VON BAR & U. DROBNIG, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, p 189; T. WEIR, in Encyclopedia of Comparative Law, p 6.

المطلب الثاني

الاختلاف بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية

التداخل بين قواعد المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية لا يؤدي إلى مشاكل طالما أن تطبيق هذه القواعد يؤدي إلى نفس النتيجة. ومع ذلك، فإن قواعد المسؤولية التعاقدية قد تختلف عن قواعد المسؤولية التقصيرية في بعض النواحي مما يؤدي إلى نتائج مختلفة بحسب طبيعة الدعوى التي يقيمها المتضرر للمطالبة بالتعويض.

ويرجع السبب الرئيسي في اختلاف هذه القواعد إلى اختلاف الأهداف التي يسعى كل من نظامي المسؤولية إلى تحقيقها، ففي الوقت الذي يهدف فيه نظام المسؤولية التقصيرية إلى حماية الأشخاص وممتلكاتهم، يهدف نظام المسؤولية التعاقدية إلى تعزيز القوة الملزمة للعقد.

ومن الناحية العملية، تتركز أهم نقاط الاختلاف بين نظامي المسؤولية حول شروط قيام المسؤولية ونطاق التعويض ومدد التقادم والاختصاص القضائي.

أولاً: من حيث الشروط المطلوبة لقيام المسؤولية:

هناك مجموعة من الشروط أو العناصر يتوقف على تحققها نتيجة دعوى المسؤولية؛ هذه الشروط أو العناصر قد تختلف باختلاف طبيعة المسؤولية؛ لذلك يجب أن يحدد مقدماً ما هي المستلزمات التي يجب تقديمها للوفاء بهذه الشروط أو العناصر، ومن هو المسؤول عن الوفاء بها، ومن يتحمل عبء الإثبات.

على سبيل المثال، لا يتطلب نظام المسؤولية المفترضة، عادة، من المدعي أن يناقش (وإذا تم الطعن فيه يثبت) خطأ من جانب المدعى عليه. الأمر متروك للمدعى عليه للمناقشة (وإذا ثبت، إثبات) عدم وجود خطأ، شريطة أن يسمح القانون بمثل هذا الدفاع⁽¹⁸⁾.

ثانياً: من حيث نطاق المسؤولية.

قد يختلف نطاق التعويض وبالتالي تختلف الأضرار التي يمكن التعويض عنها، بحسب طبيعة مسؤولية المدعى عليه، فبعض الأضرار تكون قابلة للتعويض، وبعضها الآخر غير قابل للتعويض

(18) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 706.

بحسب طبيعة مسؤولية المدعى عليه وفيما إذا كانت مسؤولية تعاقدية أم تقصيرية^(١٩).

ففي معظم النظم القانونية يتم تحديد نطاق المسؤولية عن طريق النظر لمجموعة من العوامل أهمها: طبيعة فعل المدعى عليه^(٢٠)، وقرب الضرر من الخطأ وبعده، فتشترط معظم النظم القانونية لقبالية الضرر للتعويض في نطاق المسؤولية التعاقدية أن يكون الضرر مباشراً، بينما لا تتشدد بتوافر هذا الشرط في نطاق المسؤولية التقصيرية^(٢١).

كما تشير معظم النظم القانونية إلى طبيعة الضرر^(٢٢) وتوقعه، فتشترط أن يكون الضرر مادياً ومتوقفاً لكي يكون قابلاً للتعويض في نطاق المسؤولية التعاقدية، بينما لا تشترط مثل هذه القيود في نطاق المسؤولية التقصيرية^(٢٣).

كما أن حساب التعويض عن الأضرار في نطاق كلا المسؤوليتين يتم على أسس مختلفة: فالتعويض عن الإخلال بالعقد (المسؤولية التعاقدية) يهدف إلى وضع المدعي (المتعاقد) في نفس الوضع الذي سيكون فيه لو نفذ المدعى عليه التزاماته (المصلحة الإيجابية)، في حين أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يهدف إلى جعل المدعي في موقف كما لو كان لم يرتكب أي ضرر (مصلحة سلبية)^(٢٤).

(١٩) مثل (الكسب الفائت) حيث يعوض القانون الفرنسي والعراقي عن الكسب الفائت في نطاق المسؤولية التعاقدية والتقصيرية. يستثني القانون الألماني عموماً (الكسب الفائت) من نطاق المسؤولية التقصيرية، بينما يسمح القانون الإنجليزي عادة بالتعويض عن (الكسب الفائت) في إطار الأضرار "الاقتصادية"، لكنه يظهر تشدداً عندما يتعلق الأمر بضحية الإهمال. للحصول على نظرة عامة على القواعد والاستثناءات:

- see W.H. VAN BOOM, 'Pure Economic Loss. A Comparative Perspective', in W.H. Van Boom et al. (eds), Pure Economic Loss (Wien /New York: Springer 2004), pp 1–40.

(20) See; J. CARTWRIGHT, 'Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration', 55. The Cambridge Law Journal 1996, pp 488–514.

(21) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 706.

(٢٢) فالتعويض العقابي في القانون الإنكليزي يجد نطاقه الطبيعي في قواعد المسؤولية التقصيرية، وإن كان متاحاً في نطاق المسؤولية التعاقدية ولكنه لا يكون متاحاً بنفس القدر ما لم يتم الاتفاق مقدماً على تعويض عقابي يدفع في حالة

الإخلال بالعقد. - See generally C. VON BAR & U. DROBNIG, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, p 110.

(٢٣) على سبيل المثال المادة ١٢٣١/٣ مدني فرنسي (سابقاً المادة ١١٥٠ مدني فرنسي) تقابل المادة ٣/١٦٩ مدني عراقي.

(24) See generally W. VAN GERVEN et al., Tort Law, p 33.

ثالثاً: من حيث شروط الإعفاء من المسؤولية والتقدم:

تختلف المسؤولية التعاقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث جواز الإعفاء من المسؤولية التعاقدية دون المسؤولية التقصيرية؛ كذلك تختلف المسؤوليتان من حيث مدد بدء الحق في ممارسة دعوى المسؤولية ومدد انقضائها.

لذلك قد نجد أن دعوى المسؤولية التعاقدية قد انقضت بالتقدم، أو ممنوع إقامتها لوجود شرط إعفاء من المسؤولية، بينما لا تزال دعوى المسؤولية التقصيرية قائمة^(٢٥)، وحتى لو تم توحيد النظامين (التعاقدية والتقصيرية) من ناحية مدد التقدم، فإننا نجد بعض أنظمة المسؤولية الخاصة محدداً بمدد تقدم خاصة^(٢٦).

رابعاً: من حيث الاختصاص القضائي:

تختلف المسؤولية التعاقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث المحكمة المختصة بنظر دعاوى التعويض، حيث يشكل الاختصاص القضائي تحدياً داخل النظام القانوني الذي يميز بين نظامي المسؤولية التعاقدية والتقصيرية.

فأغلب النظم القانونية تعين محاكم خاصة للفصل في دعاوى ذات قيمة معينة، مثل محاكم الصلح التي كان معمولاً بها في النظام القانوني العراقي قبل إلغائها^(٢٧)، أو تعين محاكم معينة للنظر في دعاوى من نوع معين، مثل محاكم العمل أو محاكم القانون البحري.

لذلك قد يتوقف قبول الدعوى في كثير من الحالات على تكييف الدعوى بأنها دعوى مسؤولية التعاقدية أو دعوى مسؤولية تقصيرية، كذلك يتوقف على تكييف الدعوى في بعض الحالات حق المدعي في إقامة الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة أخرى.

(٢٥) شرط الإعفاء من المسؤولية على عكس التقدم لا يؤدي إلى سقوط الحق ولكن يجعل إنفاذه مستحيلاً.

- See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 707.

(٢٦) على سبيل المثال، ينص القانون الفرنسي والألماني على نظام واحد يحكم جميع دعاوى التعويض (المادة ٢٢٢٤ مدني فرنسي؛ المادة ١٩٥ مدني ألماني). وفي الوقت نفسه، هناك مدد تقدم خاصة لبعض الدعاوى التعاقدية، على سبيل المثال: (المادة ١١٤-١ من قانون التأمين الفرنسي؛ المادة ٤٣٨ مدني ألماني).

(٢٧) انظر: المادة ٦٥ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

وأخيراً إن الاختلافات الموضحة في أعلاه قد لا تظهر كلها في بعض الدول التي نجحت في دمج قواعد المسؤولية المدنية في نظامها القانوني⁽²⁸⁾.

ومع ذلك، نستطيع القول دون أدنى تردد أنه في جميع النظم القانونية، سوف لن تكون نتيجة دعوى التعويض واحدة، إذا كانت تستند إلى قواعد المسؤولية التعاقدية أو قواعد المسؤولية التقصيرية.

إن اختلاف نتيجة الدعوى يثير تساؤل الفقه: حول حق المتضرر في الخيرة بين المسؤوليتين ومديات هذا الحق؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ستكون موضوع المبحث الثاني في ظل القانون الفرنسي والألماني والإنكليزي والعراقي.

المبحث الثاني

موقف النظم القانونية المقارنة من الخيرة بين المسؤوليتين

سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نعالج في المطلب الأول موقف النظم القانونية من الخيرة بين المسؤوليتين، ونفرد المطلب الثاني لبيان موقف القانون العراقي.

المطلب الأول

موقف النظم القانونية المقارنة

سنقتصر في هذا المطلب على عرض موقف القانون الفرنسي والألماني والإنكليزي، وذلك في الفقرات الآتية:

أولاً: موقف القانون الفرنسي:

أثارت العلاقة بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية اهتماماً في أدبيات الفقه الفرنسي في نهاية القرن التاسع عشر، وقد أثار هذا الجدل كل من سانكتليت Sainctelette وكراند مولان Grandmoulin، حيث ذهب سانكتليت إلى أن الالتزامات الإرادية التي تنشأ عن العقد، ينبغي

(28) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 708.

تميزها بوضوح عن الالتزامات التي يفرضها القانون⁽²⁹⁾. وهذا يعني أنه يوجد نظام مستقل للمسؤولية التعاقدية، لأن الأخيرة كانت جزءاً من نظام وحدة المسؤولية المدنية⁽³⁰⁾.

في النهاية، تبني معظم الفقهاء موقفاً وسطاً، مفاده اعتبار المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية جزءاً من القانون العام للالتزامات؛ ومع ذلك، يجب التعامل معها بطريقة مختلفة⁽³¹⁾.

فقد ذهب بران في عام ١٩٣١ إلى القول: "لا توجد في القانون المدني مسؤوليتان إحداهما تعاقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة"⁽³²⁾.

بعد ذلك أيد معظم الفقهاء فكرة أن الأطراف في العقد من أجل احترام حرية التعاقد، وإرادة المشرع، لا ينبغي السماح لهم بعد إبرام العقد، اللجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية⁽³³⁾.

إن الرأي الأخير الذي توصل إليه الفقه أصبح يعرف باسم مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين (non-cumul)، بمعنى عدم جواز تعويض المتضرر مرتين، ولكن كان له معنى آخر مفاده: أن الضرر إذا حدث في نطاق العلاقة التعاقدية، فلا يجوز تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بين الطرفين⁽³⁴⁾.

ويستشهد الفقه بثلاثة أحكام قضائية لإثبات أن محكمة النقض الفرنسية رفضت تطبيق أحكام

(29) C. SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la garantie (Paris: Chevalier-Marescq 1884), p 15.

تم تطوير نفس الفكرة من قبل سوزيت SAUZET، مسؤولية أرباب العمل تجاه العمال في الحوادث الصناعية، المجلة الانتقادية، ١٨٨٣، ص ٥٩٦-٦٤٠.
- See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 707.

(30) J. GRANDMOULIN, De l'Unité de la responsabilité, ou Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles (Rennes : A. Le Roy 1892).

تم تطوير نفس الفكرة من قبل لوفيفر LEFEBVRE، المسؤولية التقصيرية والتعاقدية، المجلة الانتقادية، ١٨٨٦، ص ٤٨٥-٥٢٣.

(31) See for an overview; E. JUEN, La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (Paris: L.G.D.J. 2016), pp 12-17, and G. VINEY, Introduction à la responsabilité (Paris: L.G.D.J., 3rd edn 2008), p 399.

(32) A. BRUN, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle (Lyon: 1931), p 382.

(33) J.S. BORGHETTI, 'La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps', RTDCiv 2010, pp (1-40) at 23-24, with further references.

(34) O. MORÉTEAU, 'French Tort Law in the Light of European Harmonization', 6. Journal of Civil Law Studies 2013, pp (760-801) at 765.

المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد عام ١٨٩٠^(٣٥) و١٩٢٢^(٣٦) وبصورة جازمة^(٣٧) ١٩٢٧.

ومع ذلك يشكك جانب من الفقه بموقف محكمة النقض الفرنسية، ويذهب إلى أن الأحكام السابقة لم تخلق توجه قضائياً مقنعاً^(٣٨).

بعد ذلك، ذكرت محكمة النقض الفرنسية أن شروط المسؤولية التعاقدية والتقصيرية ليست واحدة^(٣٩)، حيث يتعين تعويض المتعاقد نتيجة الإخلال بالعقد وفقاً لقواعد المسؤولية

(35) Cass. Req. 21 January 1890, D. 1891. 1. 380. PH. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle (Paris : LexisNexis, 2nd edn 2009), p 68.

حيث يشير بران إلى هذا الحكم ويقول: "أن مبدأ عدم جواز الجمع بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية أنشئ في نهاية القرن التاسع عشر بموجب الفقه".

(36) Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16; S. 1924. 1. 105, note DEMOGUE. W. VAN GERVEN et al., Tort Law, p 41 (fn. 93), identify this judgment as the 'leading case'; S. WHITTAKER, 'Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience', 15. Oxford Journal of Legal Studies 1995, pp (327–370) at 334.

يشير WHITTAKER إلى نفس الحكم والملاحظات: "بحلول العشرينيات، أصبحت قاعدة عدم جواز الجمع مقبولة من قبل غالبية المحاكم والكتاب على حد سواء".

(37) Cass. Civ. 6 April 1927, D. 1927. 1. 201, note H. MAZEAUD. G. BABERT, Le système de Planiol – Bilan d'un moment doctrinal (Poitiers : Université de Poitiers 2002), p 268.

يشير BABERT إلى هذا الحكم وينص على ما يلي: "هكذا في عام ١٩٢٧ غيرت محكمة النقض السوابق القضائية الخاصة بها".

(38) G. VINEY, 'Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle', 39. McGill Law Journal 1994, pp (813–827) at 817; G. BABERT, Le système de Planiol, pp 265–266; J.S. BORGHETTI, RTDCiv 2010, pp 14–29; S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (Paris: L'Harmattan 2014), pp 74–78; H. CAPITANT et al., Les grands arrêts de la jurisprudence civile (Paris: Dalloz, 13th edn 2015), p 265, no 4. See already J. POPESCO-ALBOTA, Le droit d'option : le problème des deux ordres de responsabilité civile, contractuelle et délictuelle (Paris : Rousseau 1933), p 172 ; R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural (Paris: L.G.D.J. 1951), no. 149 ; E.N. MARTINE, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (Paris : L.G.D.J. 1957), p 16 et seq.

(٣٩) ويطرح الفقه تساؤلاً مفاده: هل كل خطأ أياً كانت جسامته يقع في نطاق العقد يوجب التعويض كما في المسؤولية التقصيرية؟ - Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16 ; S. 1924. 1. 105, note DEMOGUE,

تجيب محكمة النقض الفرنسية عن هذا التساؤل بالقول: "القاعدة التي تقضي بأن كل خطأ، أياً كان قدره، يلزم من أحده تعويض الضرر الناجم عنه، لا تنطبق إلا على الأفعال الضارة، ولا علاقة لها بالأخطاء التي تقع في تنفيذ العقد؛ وتطبيقاً لهذه القاعدة أقرت محكمة النقض محكمة الموضوع على حكم لم يعد الغلط الذي وقع بحسن نية في تحرير من خبراء =

التعاقدية^(٤٠)، ولكن هذا لا يعني بأي حال من الأحوال أن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد نتيجة للإخلال بالعقد تؤدي إلى استبعاد أحكام المسؤولية التقصيرية كمبدأ ثابت^(٤١).

وبعد الفحص الدقيق، نستطيع القول: إن محكمة النقض الفرنسية قد وضعت وتبنت مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين كمبدأ ثابت، ولكنها واصلت في ذات الوقت السماح للمتعاقد في بعض الفروض - وعلى سبيل الاستثناء - اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية بعد صدور أحكام ١٨٩٠ و ١٩٢٢ و ١٩٢٧^(٤٢) و^(٤٣) واستمرت في هذا التوجه حتى عام ١٩٤٥ قبل أن تعرب بوضوح عن أن الطرف المتعاقد قد لا يستفيد من ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان بإمكانه رفع دعوى تعاقدية^(٤٤).

= ليسوا من رجال القانون، اختارهم الخصوم لتحريره، خطأ يستوجب قيام المسؤولية التعاقدية".

يمكن العثور على نفس المنطق القضائي في الأحكام الآتية:

- Cass. Req. 21 January 1890, D. 1891. 1. 380 and in Cass. Civ. 6 April 1927, D. 1927. 1. 201. (40) Cass. Civ. 6 April 1927, D. 1927. 1. 201.

حيث جاء فيه: (المواد ١٣٨٢ وما بعدها من المجموعة المدنية لا تطبق على الخطأ الذي يقع في تنفيذ التزام ناشئ عن العقد). وانظر كذلك: - Cass. Civ. 22 January 1922, D. 1922. 1. 16; S. 1924. 1. 105, note DEMOGUE.

(41) J.S. BORGHETTI, RTDCiv 2010, pp 16-17; S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, pp 74-75.

(42) Cass. Req. 14 December 1926, D. 1927. 1. 105, note JOSSERAND,

في هذه القضية، قضت محكمة النقض بأن: (الإخلال بالتزام تعاقدي يمكن أن يتصادف مع خطأ تقصيري يرتكبه المدين، حين يمتنع تطبيق المادة ١١٥٠ مدني، ليلتزم هذا الأخير طبقاً لمبادئ المسؤولية التقصيرية بتعويض الضرر الذي لم يمكن توقعه وقت العقد). يمكن الاطلاع على نظرة عامة على موقف القضاء في:

- J.S. Borghetti, RTDCiv 2010, pp 17-21, and in S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, pp 76-77.

(٤٣) قضت دائرة العرائض في محكمة النقض في ١٤ كانون الأول سنة ١٩٢٦ بأن للدائن أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في مساءلته للمدين عن الإخلال بالتزامه؛ ولكنها لم تلبث على هذا الرأي فعاتدت في عام ١٩٣٧ وأصدرت حكماً يقضي بعدم جواز الخيرة. أشار إليه: حسين عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط ١، مطبعة مصر، ١٩٥٦، ١٤٢؛ د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، ١٩٤٥، ص ٣٠٩.

- J.S. Borghetti, RTDCiv 2010, pp 17-21, and in S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, pp 76-77.

(44) Cass. Civ. 6 March 1945, D. 1945. 1. 217. : 'la victime d'un dommage [provenant de l'inexécution d'un contrat ou de sa mauvaise exécution], qui peut exercer l'action contractuelle, ne saurait préférer l'exercice de l'action délictuelle'.

لذلك يجادل العديد من الفقهاء الفرنسيين بأن مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولين لم يتم تأسيسه إلا في الخمسينيات من القرن الماضي^(٤٥).

ومنذ ذلك الحين، أعادت محكمة النقض تأكيد موقفها الرافض لجواز الخيرة عدة مرات^(٤٦)، وبدأت أيضاً في الإشارة إلى مبدأ عدم جواز الخيرة في أحكامها^(٤٧).

وبصرف النظر عن التأثير الذي مارسه الفقه، يبدو أن هناك أسباباً أخرى دفعت القضاء الفرنسي إلى تبني مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولين في النهاية.

وقد كان أحد الأسباب المهمة هو التوسع الكبير في المسؤولية العامة المفترضة الناشئة عن فعل الغير والأشياء بموجب المادة ١٣٨٤ / ١ من القانون المدني.

ففي الحكم المعروف بحكم جان دير Jand'heur (1930)، قررت محكمة النقض أنه:

(١) لا يمكن دحض افتراض المسؤولية بموجب الفقرة ١ من المادة ١٣٨٤ إلا بإثبات أن الضرر قد حدث قضاء وقدرًا أو بسبب القوة القاهرة أو بسبب سبب خارجي لا يمكن فرضه على المدعى عليه.

(٢) من أجل دفع المسؤولية، لم يكن كافياً إثبات أن المدعى عليه لم يكن مهملاً أو أن سبب

تقول محكمة النقض في هذا الحكم ما نصه: " ضحية الضرر الناجم عن عدم تنفيذ عقد أو سوء تنفيذه، الذي يستطيع استعمال الدعوى التعاقدية، لا يستطيع أن يفضل استعمال الدعوى التقصيرية "

(45) G. VINEY, 39. McGill Law Journal 1994, p 817; E.N. MARTINE, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, p 16 et seq.; S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, p 78. PH. BRUN, 'De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses', RTDCiv 2010, pp (487-497) at 491.

(46) PH. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, p 68, referring e.g. to Cass. 1e Civ. 4 November 1992, Bull. civ. I, no. 276: 'le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle'.

جاء في هذا الحكم ما معناه: " لا يمكن أن يحتج الدائن بالتزام تعاقدي ضد المدين بهذا الالتزام، بقواعد المسؤولية التقصيرية حتى لو كانت له مصلحة بذلك "

(٤٧) تشير محكمة النقض إلى قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية في حكمها (Cass. 2e Civ. 3 March 1993, no. 91-17.677، وإلى مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية في حكمها (Cass. 1e Civ. 28 June 2012, no. 10-28492).

الضرر ظل مجهولاً.

(٣) من أجل إثبات هذه المسؤولية، لم يكن هناك تفريق تبعاً لما إذا كان المحدث للضرر بيد الإنسان يحركه أم كان غير محرك بها، ولا ضرورة لأن يكون في الشيء عيب يبعث على احتمال الضرر^(٤٨).

بموجب حكمها الصادر في قضية جان دير، أنشأت محكمة النقض فعلياً إمكانية تحميل أي حارس (any gardien) لأي شيء (any object) المسؤولية عن الضرر الناجم عن هذا الشيء، حتى لو أثبت المدعى عليه أنه لم يكن مخطئاً.

وغني عن القول، دون أي تردد، إن أي نظام خارج عن نطاق التعاقد مع مثل هذه العمومية يمكن أن يكون قادراً على التدخل وربما يشوه القواعد التي تحكم مسؤولية أطراف العقد، حيث سيلجأ المتعاقد في كل مرة يصيبه ضرر نتيجة لشيء يسيطر عليه المتعاقد الآخر إلى هذا النظام للمطالبة بالتعويض.

وعلى الرغم من أن الجدل الفقهي لازال قائماً حول العلاقة السببية الدقيقة، إلا أن التوسع في نظام المسؤولية المفترضة هذا كان سبباً مهماً للقضاء الفرنسي لزيادة تعزيز مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين^(٤٩).

كما تم تأكيد هذا الانطباع من خلال تحول هام آخر في التوجه القضائي لمحكمة النقض في حكم مرسيه Mercier الصادر عام (1936)، حيث أوضحت محكمة النقض أن العلاقة بين الأطباء ومرضاهم علاقة تعاقدية^(٥٠).

(48) Cass. ch. réun. 13 February 1930, D. 1930. 1. 57, S. 1930. 1. 121, note ESMEIN (Jand'heur).

(49) J.S. BORGHETTI, RTDCiv 2010, pp 25–29.

حيث يقول BORGHETTI بأن ظهور المسؤولية المفترضة عن الأشياء هو من كان السبب الرئيسي وراء تبني القضاء لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين؛ بينما يجادل بران في ذلك، حيث يقول: إن مبدأ عدم جواز الخيرة قد تم تأسيسه بالفعل في عام ١٨٩٠، لكنه يعترف بأن "ظهور مبدأ المسؤولية عن الأشياء كان يمكن أن يقود الفقه لتعزيز موقفه بشأن حظر الخيرة بين المسؤوليتين".

- PH. BRUN, RTDCiv 2010, p 491.

(50) Cass. Civ. 20 May 1936, D. 1936. 1. 88, note E.P.; S. 1937. 1. 321, note BRETON (Mercier).

حيث جاء فيه: (ينهض بين الطبيب وعميله عقد حقيقي يتضمن على الطبيب الالتزام إن لم يكن بداهه بشفاء المريض =

ويذهب جانب من الفقه إلى أن الدافع المحتمل وراء هذا القرار قد يكون ضرورة حماية الأطباء من المسؤولية المفترضة بموجب الفقرة ١ من المادة ١٣٨٤^(٥١).

فمنظراً لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، سوف يمتنع على المريض الاحتجاج بالمادة ١٣٨٤ مدني فرنسي، ويقتصر حقه بالمطالبة بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية التعاقدية إذا تم الإخلال بالعقد من قبل الطبيب المعالج^(٥٢).

ومع ذلك، قد يتساءل البعض: لماذا لم تتلاعب manipulate المحاكم أو تناور بنطاق المسؤولية المفترضة مباشرة، عن طريق تعديل تفسير الفقرة ١ من المادة ١٣٨٤ لمراعاة الطبيعة الخاصة للعلاقة بين الأطباء ومرضاهم^(٥٣).

يجيب بعض الفقه عن هذا التساؤل بالقول: ربما تكون المحاكم قد اتخذت وجهة نظر مفادها أن هذا الحكم العام الوارد في المادة ١/١٣٨٤ مدني لم يكن من السهل ضبطه، أو أن التفسير المقدم في قضية Jand'heur لا تنبغي مراجعته في وقت قريب أو أن الحل الوارد في قضية Mercier كان في الواقع حلاً وسطاً وجيداً^(٥٤).

سؤال مماثل يتبادر إلى الذهن بشأن الحل المستند لمبدأ عدم جواز الخيرة ذاته، فبدلاً من استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية تماماً، لماذا لم تعدل المحاكم دعوى التعويض حسب القواعد والشروط التي تحكم العقد؟

=فعلى الأقل بإعطائه علاجاً أميناً ويقظاً وعدا الظروف الاستثنائية متفقاً مع الأصول العلمية والإخلال ولو بغير قصد بهذا الالتزام جزاؤه مسؤولية لها ذات الطبيعة عقدية هي الأخرى).

(51) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 711.

(52) J.S. BORGHETTI, RTDCiv 2010, pp 26–28.

وقد استفاد بعض المرضى من التكييف الجديد لطبيعة مسؤولية الطبيب، لأن دعوى التعويض أصبحت خاضعة لنظام تقادم أكثر ملاءمة لهم.

- See J. BELLISSENT, Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat: À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile (Paris: L.G.D.J. 2001), no. 956.

(53) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 712.

(54) See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 706.

يجيب بعض الفقه عن هذا التساؤل بالقول: ربما تأثرت المحاكم بالفقه السائد في ذلك الوقت⁽⁵⁵⁾، والذي يقضي بأن أنظمة المسؤولية التعاقدية والتقصيرية يجب أن تبقى مميزة بشكل أساسي ولا يمكن خلطها⁽⁵⁶⁾.

ولكن بقدر ما يكون مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين سليماً، فإنه قد لا يكون عادلاً، لأنه يؤدي إلى معاملة المتعاقدين بشكل مختلف وأقل إيجابية من الأغيار الذين لم يرتبطوا بعقد، فالأضرار غير المتوقعة لا يسأل عنها فاعل الضرر تعاقدياً ويسأل عنها إذا كانت مسؤوليته تقصيرية؛ كما يستطيع الأغيار الاستفادة من المسؤولية المفترضة في نطاق المسؤولية التقصيرية بينما يحرم المتعاقدون من مزاياها⁽⁵⁷⁾.

هذا النقد الموجه لمبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين لم يقتصر على الفقه، وإنما آثار حفيظة المشرع والقضاء الفرنسيين، حيث تدخل المشرع واجتهد القضاء من أجل تحقيق المساواة بين المتعاقدين والأغيار وذلك على النحو الآتي:

- من أجل المساواة بين المتعاقدين والأغيار استخدمت المحاكم الفرنسية الالتزام بضمان السلامة وتوسعت في فرضه لتحقيق المساواة بين المتعاقدين والأغيار الذين يستندون للمادة

(55)According to S. ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, p 79.

(56)See e.g. E. BONNET, 'Responsabilité délictuelle et contrat', 61. Revue critique de législation et de jurisprudence 1912, pp (418-437) at 437; A. BRUN, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, no 351

(57) قضت محكمة النقض بأن: (المادتين 1382، 1384 مدني، اللتين لا صلة لهما بعلاقات المتعاقدين، لا يمكن التمسك بها في حالة التقصير الذي وقع خلال تنفيذ التزام عقدي، ذلك التقصير الذي لا يمكن تجاهله من أجل تقدير المسؤولية الواجبة. ومتى كان ذلك، فإن مسؤولية المفاوض عن الضرر الذي أصاب رب العمل من حريق أحدثته أعمال كان ينفذها تطبيقاً للعقد، لا يمكن أن تتقرر على أساس من المادة 1384).

- Civ. 21-11-1972, et en même sens: civ. 10-6-1976 (inédit), cites par FOSSEREAU précité. أشار إليه: د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 436 فقرة 418.

١ / ١٣٨٤ مدني (٥٨) (٥٩).

يقول الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي (رحمه الله) بهذا الصدد: "وقد كان لتطور القضاء الفرنسي في تفسير المادة ١ / ١٣٨٤ والتوسع الكبير في نطاق قرينة المسؤولية الواردة بها، أثر على سياسته في فرض الالتزام بالسلامة على أحد العاقدين. فبينما الالتزام بالسلامة الذي محله تحقيق نتيجة، - ناقلاً المسؤولية من الدائرة التقصيرية إلى الدائرة العقدية -، وسيلة لحماية الضحية بتجنيبه عبء إثبات خطأ المدعى عليه"^(٦٠).

- من أجل المساواة بين المتعاقدين والأغيار أدخلت المحاكم الفرنسية استثناءات على مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولين^(٦١)، حيث أجازت للمتعاقد أن يحتج بقواعد المسؤولية التقصيرية في الحالات التي ينطوي إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه على غش^(٦٢) أو جريمة جنائية^(٦٣)، وفي حوادث

(٥٨) تم استحداث هذا الالتزام من قبل محكمة النقض لأول مرة في عام ١٩١١ بالاستناد على المادة ١١٣٥ مدني (القديمة) المقابلة للمادة ١١٩٤ (الجديدة) التي تقضي بأن الاتفاقات لا تلزم بما ورد فيها فقط، بل بجميع ما هو من مستلزماتها وفقاً للعدالة والعرف والقانون.

- انظر في ظهور هذا الالتزام وتطوره وتطبيقاته: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٣٤ فقرة ٤٥.

(٥٩) مع مراعاة أن بعض العقود تنشئ التزامات ببذل عناية والتي يتعين بموجبها على الأطراف بذل العناية المعقولة، في حين أن العقود الأخرى هي مصدر للالتزامات بتحقيق نتيجة، حيث لا يمكن دفع المسؤولية إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الضحية.

(٦٠) د. محمود جمال الدين زكي، المصدر السابق، ص ٢٢٨-٢٢٩ فقرة ٤٤.

(٦١) في بعض الحالات، أنكرت المحاكم وجود علاقة تعاقدية، من أجل أن تكون قادرة على تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية. ومع ذلك، هذا ليس استثناءً للقاعدة، لأن قواعد المسؤولية التعاقدية والتقصيرية لا تتداخل في تلك الحالات.

- See for some examples G. VINEY, Introduction à la responsabilité, p 620; C. VON BAR & U. DROBNIG, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, pp 40-41.

(62) G. VINEY, Introduction à la responsabilité, p 621, with references.

(٦٣) ينشأ هذا الاستثناء عن التطبيقات القضائية للمحاكم الجنائية، التي اعتادت تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على المطالبة بالتعويض الذي ترفعه الضحية في سياق الإجراءات الجنائية. هذا الاستثناء عفا عليه الزمن، لأن السلطة التشريعية منحت المحاكم الجنائية سلطة تطبيق "قواعد القانون المدني"، بما في ذلك قواعد المسؤولية التعاقدية.

- See G. VINEY, Introduction à la responsabilité, pp 621- 623, with references.

النقل^(٦٤)، وعيوب البناء^(٦٥).

بالإضافة إلى ذلك، أدخل المشرع الفرنسي أنظمة المسؤولية العامة التي تنطبق على جميع حوادث المرور على الطرق^(٦٦)، وعلى جميع المنتجات المعيبة^(٦٧)، بصرف النظر عما إذا كان هناك

(٦٤) قضت محكمة النقض في قرارين صادرين في سنة ١٩٥١ و ١٩٥٤ بتطبيق المسؤولية عن الأشياء في عقد النقل، واعتبرت أن التجاء الخلف إلى هذه المسؤولية يعتبر نزولاً منه عن الاشتراط لمصلحة الغير الموجود ضمناً في عقد النقل. وهذا يعني أن محكمة النقض أجازت للخلف في ضحايا حوادث النقل في رجوعه على الناقل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصياً أن يترك دعوى المسؤولية التعاقدية المستندة للعقد على أساس فكرة الاشتراط الضمني المزعوم، ويستند على دعوى المسؤولية التقصيرية وفقاً للمادة ١/١٣٨٤ مدني باعتباره من الغير.

هذا الاستثناء هو الآخر أصبح من الماضي، حيث ألغى المشرع الفرنسي في حوادث النقل الجوي والنقل البحري والنقل في سكك الحديد الدولية الخيرة بين المسؤولين، حيث أخضع المتضرر المباشر (الراكب) والمتضررين غير المباشرين (الخلف) إلى نظام خاص للمسؤولية نظمه القانون في مواجهة الناقل.

في المقابل، فيما يتعلق بالنقل غير المشار إليه في أعلاه، نلاحظ أن محكمة النقض اتجهت منذ قرارها الصادر في ٢٨ تشرين الأول ٢٠٠٣ إلى إخضاع المتضررين الذين يستندون في دعواهم إلى إخلال الناقل بالتزامه بضمان سلامة الراكب إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

- See G. VINEY, Introduction à la responsabilité, pp 623–624, with references.

(٦٥) يتعلق هذا الاستثناء برجوع رب العمل على المفاوض بها حكم عليه به من تعويض للمضرور، حيث أجاز القضاء الفرنسي لرب العمل أن يرجع على المفاوض بدعوى تقصيرية على أساس حق رب العمل في الحلول محل المتضرر الذي أوفى له بالتعويض.

- See G. VINEY, Introduction à la responsabilité, pp 624–626, with references.

- انظر في الفقه العربي: د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٤٥٤ – ٤٧١.
(٦٦) المادة ١ من القانون رقم ٨٥-٦٧٧ المؤرخ ٥ يوليو ١٩٨٥، الذي يهدف إلى تحسين وضع ضحايا الحوادث المرورية والإسراع بإجراءات التعويض.

(٦٧) تحت تأثير التوجيه الأوربي ٨٥/٣٧٤/EEC المؤرخ في ٢٥ يوليو/ تموز ١٩٨٥ الخاص بالتقريب بين النصوص التشريعية والتنظيمية والإدارية للدول أعضاء الاتحاد الأوربي في مادة المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، اتجه المشرع الفرنسي نحو وضع نظام خاص موحد لمسؤولية المنتجين عن الأضرار التي تصيب المستهلكين من نقص الأمان في المنتجات، بحيث لا يؤثر فيه وجود علاقة تعاقدية أو عدم وجودها. وقد توج هذا التوجه بصدر قانون رقم ٣٨٩ في ١٩ مايو/ أيار ١٩٩٨ الذي أضاف فصلاً مستقلاً إلى الكتاب الثالث من التقنين المدني هو الفصل الرابع (مكرر)، بعنوان المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، وبعد تعديل القانون المدني في عام ٢٠١٦ أصبح يحتل الفصل الثاني من الباب الفرعي الثاني من الباب الثالث تحت نفس العنوان. انظر في الفقه العربي: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٦٤ وما بعدها.

عقد بين الأطراف المعنية.

في السنوات الأخيرة، بدأت الهيئة التشريعية الفرنسية بإصلاح القانون المدني، حيث تم إخضاع جميع دعوى التعويض لقاعدة عامة بالتقادم^(٦٨)؛ كما تم تقنين المسؤولية العامة عن الخطأ في المادة ١٢٤٠-١٢٤١ من القانون المدني، وتم تقنين المسؤولية المفترضة عن الأشخاص والأشياء في المادة ١٢٤٢^(٦٩).

إصلاح الأجزاء المتبقية من قانون الالتزامات مدرج حاليًا على جدول الأعمال التشريعية؛ حيث قدم وزير العدل من ضمن مقترحاته مواءمة العديد من القواعد فيما يتعلق بالتعويض وعلاقة السببية^(٧٠).

كما يقترح تقنيون مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، حيث كشفت صياغة المادة ١٢٣٣ مدني (المقترحة) عن هذا التوجه، حيث نصت على أنه: (في حالة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدية، لا يجوز للمدين ولا للدائن الإفلات من تطبيق أحكام خاصة بالمسؤولية التعاقدية، من أجل اختيار قواعد خاصة بالمسؤولية غير التعاقدية)^(٧١).

في الوقت نفسه، يعتزم وزير العدل تقديم استثناء على مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين لضحايا الإصابات الجسدية، وقد اقترحت لجنة كاتالاف بالفعل إعطاء هؤلاء الضحايا حق الاختيار بين الادعاء على أساس العقد أو المسؤولية التقصيرية^(٧٢).

(٦٨) المادة ٢٢٢٤ من القانون المدني التي تم تعديلها بموجب القانون رقم ٥٦١ لسنة ٢٠٠٨ المؤرخ في ١٧ يونيو ٢٠٠٨.

(٦٩) بموجب المرسوم رقم ١٣١-٢٠١٦ الذي سبقت الإشارة إليه.

(٧٠) المواد ١٢٣٥-١٢٤٠، مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية، ١٣ مارس ٢٠١٧، يمكن الوصول إليه عن طريق الرابط:

www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

(71) Art. 1233: 'En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

(٧٢) المادة ١٣٤١، مشروع أولي لإصلاح قانون الالتزامات والتقدم، متاح من خلال:

وقد تبني وزير العدل المقترح الذي يقضي بضرورة إخضاع دعوى التعويض عن الأضرار الجسدية لقواعد المسؤولية التقصيرية حصراً^(٧٣).

ولكن هذا الاقتراح يؤدي إلى الأضرار بالمصابين إذا كانت شروط العقد توفر حماية لهم أفضل من المسؤولية التقصيرية^(٧٤)؛ لذلك هذا النقد دفع وزير العدل إلى اقتراح مفاده منح الخيرة للمتضررين من الإصابات الجسدية بالمطالبة وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية إذا كانت شروط العقد أكثر ملاءمة لهم^(٧٥).

إن هذا المقترح إذا تم تشريعه سيسمح للمتضرر بالاختيار بين المؤوليتين، وبالتالي يعد استثناء مهماً على مبدأ عدم جواز الخيرة بين المؤوليتين.

يتضح مما تقدم، أن القانون الفرنسي لا يزال يناضل من أجل رسم حدود واضحة للعلاقة بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، رغم أن غالبية الفقه هناك استجابة لدعوات التوسيع من نطاق المسؤولية المفترضة عن الأشياء، كذلك، عمل القضاء تدريجياً، على وضع مبدأ عدم جواز الخيرة بين المؤوليتين.

في الوقت نفسه، قدمت الهيئة التشريعية والقضاء، لبعض الأطراف المتعاقدة حماية إضافية، إما عن طريق فرض التزامات السلامة، أو عن طريق إدخال استثناءات على مبدأ عدم جواز الخيرة.

www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

هذا الحل كان مقترحاً - سابقاً - من قبل الأستاذ كاربونييه:

- J. CARBONNIER, Droit civil – Tome 4 – Les Obligations (Paris: PUF, 18th edn 1994), no. 295.

(٧٣) تمت صياغة هذا المقترح في المادة ٣ من المشروع المقدم من قبل لجنة الأستاذ تيريه Terré.

- see F. TERRÉ, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile (Paris: Dalloz 2011).

(74) R. DE GRAAFF & B. MORON-PUECH, 'Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle', in: I. Alogna et al., 'Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, abordé sous l'angle du droit comparé', 69. RIDC 2017, pp (5-44) at 16.

(٧٥) حيث نصت المادة ١٢٣٣-١-٢ من مشروع إصلاح قانون المسؤولية المدنية على أنه: (ومع ذلك، يجوز للضحية الاحتجاج بالشروط الصريحة للعقد والتي تكون موالية له أكثر من تطبيق قواعد المسؤولية خارج نطاق العقد).

وعلى الرغم من كل هذه التطورات، فقد يتم تدوين مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولين في القريب العاجل.

ثانياً: موقف القانون الألماني:

مسألة ما إذا كان يجب أن يسمح القانون بالخيرة، وإلى أي مدى يمكن اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق العقد، كانت من المسائل المختلف عليها في الفقه الألماني، وظهرت المواقف الرئيسية خلال فترة ما يقارب من ثلاثين سنة بعد إدخال القانون المدني الألماني في عام ١٩٠٠.

لقد ناشد كلا التيارين اللذين تكونا في الفقه إلى التمييز بوضوح بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، لكنهما استخلصا استنتاجات مختلفة.

في نهاية المطاف، جانب من الفقه دافع عن الأولوية الأساسية للمسؤولية التعاقدية وانتهى إلى عدم جواز الخيرة بين المسؤولين، بينما دافع الجانب الآخر عن ضرورة استقلال كلا النظامين، على أن تبقى إمكانية اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ممكنة.

وفقاً للنظرية الأولى (عدم جواز الخيرة) فإن قانون العقد هو فقط المصمم للتعامل مع العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وبالتالي حتى لو بدت المطالبة بالتعويض عن الضرر ذات طبيعة تقصيرية، فمن الممكن أن يتم رفض مثل هذا الادعاء لصالح قانون العقد أي لصالح قواعد المسؤولية التعاقدية؛ لأن القول بخلاف ذلك سيؤدي إلى تقويض ميزان المصالح وتخصيص المخاطر المحققة بموجب القواعد والشروط التي تحكم العقد، وهذا من شأنه في الواقع أن يجعل نصوصاً كثيرة من قانون العقد لا طائل منها، وسيؤدي إلى إلغاء تقييدات ونوايا المشرع^(٧٦).

أما وفقاً للنظرية الثانية (جواز الخيرة) فينبغي أيضاً حماية مصالح الأطراف المتعاقدة بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية، حيث لا يمكن اعتبار قواعد المسؤولية التعاقدية جزءاً خاصاً من قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن نظام المسؤولية التقصيرية لا يتضمن قاعدة عامة

(76)Y.-G. VON AMSBERG, Anspruchskonkurrenz, Cumul und Samenloop, pp 15–17; P. SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, p 33, with references, according to: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 715.

تنطبق على الجميع ولا يحمي من الخسائر الاقتصادية البحتة، وبالتالي فإن الإخلال بالعقد لا يشكل تلقائياً فعلاً غير قانوني أو إهمالاً غير قانوني^(٧٧).

بالإضافة إلى ذلك، لا يمكن اعتبار قواعد المسؤولية التقصيرية بمثابة قواعد تبعية، كما لا يمكن التأكيد بأن قانون العقد الذي يتعامل مع حقوق وواجبات الأطراف المتعاقدة، قادر على أن يحسم النتائج القانونية للأفعال غير القانونية أو الإهمال بشكل عام.

ونظراً لأن كيان المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية مستقلان في نظر القانون، فيجب معاملتهما بشكل مستقل أيضاً، مما يسمح للطرف المتضرر بالمطالبة بالتعويضات على أي أساس، طالما كانت الظروف اللازمة موجودة^(٧٨).

وبعد مساهمة الأستاذ DIETZ في هذا الموضوع عام ١٩٣٦، اكتسبت نظرية جواز الخيرة بين المسؤوليتين تدريجياً الأيد العليا^(٧٩)، وحصلت على دعم عام من الفقه الألماني، أما قبولها من قبل القضاء الألماني فيعود إلى عام ١٩١٦، عندما قضت محكمة الرايخسريخت Reichsgericht (محكمة العدل الامبراطورية)^(٨٠) بأن الواجب القانوني العام المتمثل بعدم الإضرار بالغير موجود تجاه الجميع، سواء أبرموا عقداً أم لا^(٨١).

كما قضت محكمة العدل الاتحادية الألمانية Bundesgerichtshof^(٨٢) بأنه: يجوز للطرف المتضرر

(77) R. DIETZ, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (Bonn /Köln: Ludwig Röhrscheid Verlag 1934), p 72 et seq. according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 715.

(78) Y.-G. VON AMSBERG, Anspruchskonkurrenz, Cumul und Samenloop, pp 17–18; P. SCHLECHTRIEM, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, p 33, with references., according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 716.

(79) R. DIETZ, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, pp 93 et seq., 99 and 101. according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 716.

(٨٠) Reichsgericht: كانت محكمة العدل الإمبراطورية هي المحكمة الجنائية والمدنية العليا في الرايخ الألماني من ١٨٧٩ إلى ١٩٤٥.

(81) Reichsgericht 13 October 1916, RGZ, 88, 433. according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 716.

(٨٢) محكمة العدل الفيدرالية أو الاتحادية (BGH – Bundesgerichtshof) هي محكمة الاستئناف النهائية في ألمانيا في القضايا العادية – في القانون الخاص والقانون الجنائي والتي يتم التعامل معها من قبل المحاكم الابتدائية والإقليمية =

أن يختار الأساس القانوني الذي يرغب في أن يستند إليه في المطالبة بالتعويض، وأن كل مطالبة بالتعويض يجب تقريرها بناءً على أسسها الخاصة ووفقاً لقواعدها، ويجوز للطرف المتضرر أيضاً الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية عندما تكون الدعوى التعاقدية ممنوعة أو مستبعدة^(٨٣).

إن موقف الفقه والقضاء الألماني المؤيد لجواز الخيرة بين المسؤوليتين، كان مدفوعاً بعدد من العوامل، يمكن إيضاحها على النحو الآتي:

أولاً: أن نطاق المسؤولية التقصيرية في القانون الألماني أضيق مما هو عليه الحال في القانون الفرنسي، فليس كل إخلال بالعقد يؤدي إلى مسؤولية تقصيرية، إذ إن الحقوق التعاقدية ليست محمية بموجب المادة ٨٢٣ من القانون المدني (BGB)^(٨٤)، كما أن الخسارة الاقتصادية البحتة (أي الكسب الفاتئ) بشكل عام لا يمكن التعويض عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية، كما لا توجد مسؤولية مفترضة على غرار المادة ١/١٣٨٤ مدني فرنسي إلا على أساس قواعد خاصة ومحدودة النطاق^(٨٥).

ثانياً: إن المزايا التي تتمتع بها المسؤولية التعاقدية في القانون الألماني تجعلها متفوقة على المسؤولية التقصيرية، إذ لا يتعين على المتعاقد أن يثبت خطأ المتعاقد الآخر من أجل المطالبة

=ومحكمة الاستئناف المتوسطة، وبالإضافة إلى دراسة القضايا الفردية تكون هذه المحكمة مسؤولة عن الحفاظ على توحيد قرارات المحاكم.

(83)BGH 24 November 1976, BGHZ 67, 359; BGH 4 March 1971, BGHZ 55, 392. See recently BGH 11 February 2004, VIII ZR 386/02..., according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 716.

(٨٤) إن القانون المدني الألماني لم يورد مبدأً عامًا للالتزام بالتعويض عن الفعل الضار، وإنما ذكر حالات متفرقة للعمل غير المشروع الموجب للضمان – ليس من ضمنها الإخلال بالعقد، عدتها المواد ٨٢٣ وما بعدها، كالأضرار عمداً أو عن إهمال بحياة الغير أو جسمه أو صحته أو حريته أو ملكه أو حق آخر له، والإساءة على غير الحقيقة إلى سمعة شخص آخر، واستخدام الخديعة أو التهديد أو استغلال رابطة التبعية لحمل امرأة على معاشرته جنسية خارج الزواج، وقصد الإضرار بالغير بما ينافي الآداب، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ومسؤولية حارس الحيوان وحائز البناء، وإخلال موظف بواجباته عمداً أو عن إهمال، والضرر الأدبي في بعض الحالات.

- See: VAN DAM, European Tort Law (Oxford: OUP, 2nd edn 2013), p 90.

(85) Ibid.

بالتعويض، حيث الأمر متروك للمدعى عليه لإثبات أن الإخلال بالعقد غير منسوب إليه^(٨٦). علاوة على ذلك، يكون الطرف المتعاقد مسؤولاً عن أخطاء من يستخدمهم في أداء التزامه (المادة ٢٧٨ مدني ألماني (BGB)^(٨٧)، ولا يسمح لهذا الطرف المتعاقد أن يتخلص من المسؤولية بإثبات نفي الخطأ عن نفسه، كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية (المادة ٨٣١ مدني ألماني (BGB)^(٨٨)؛ في هذا السياق، لن يكون لإعطاء المدعي خيار (الاختيار بين المسؤوليتين) المتابعة على أي الأسس عواقب وخيمة^(٨٩).

إن ما تم التوصل إليه، يثير التساؤل عن السبب الحقيقي وراء محاولة أطراف العقد مع ذلك المطالبة بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، ولماذا سمحت المحاكم بمثل هذه المطالبات؟ إن السبب يكمن في أن القانون المدني الألماني لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التعاقدية^(٩٠)، ولكنه يسمح به في حالات معينة في نطاق المسؤولية التقصيرية (المادة ٨٤٧ مدني ألماني (BGB).

علاوة على ذلك، فإن مدد تقادم دعاوى التعويض في نطاق العقد كانت في بعض الأحيان أقصر بكثير من دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية. على سبيل المثال: كانت المدة المحددة للمطالبات المتعلقة بعدم مطابقة البضائع قصيرة للغاية: ستة أشهر أو سنة واحدة بعد تسليم

(٨٦) تقضي المادة ٢٨٢ من القانون المدني الألماني (السابقة) المقابلة للمادة ١/٢٨٠ (الحالية) بأن المدين يتحمل عبء إثبات أن استحالة تنفيذ الالتزام لا ترجع إلى أمر يسأل عنه. كما تنص المادة ٢٧٦ على أن المدين يتحمل تبعة العمد والإهمال، وعرفت الإهمال بأنه القصور عن العناية التي تتطلبها المعاملات. ويتمخض هذا النصان عن وجوب إثبات المدين بذله العناية المطلوبة.

(٨٧) تقضي المادة ٢٧٨ من القانون المدني الألماني بأن المدين يسأل عن خطأ نائبه القانوني، وعن خطأ الأشخاص الذين يستعين بهم في تنفيذ تعهده، كما لو كان ذلك الخطأ خطأه الشخصي.

ويستلزم القانون الألماني لانشغال مسؤولية المدين عن أعمال أعوان التنفيذ، أن يعتبر ما صدر من هؤلاء إخلالاً بالالتزام المدين، أي خطأ تعاقدياً، ولا يتحقق ذلك إلا إذا صدر عمل أعوان التنفيذ في تأدية وظيفتهم.

(٨٨) حيث تنص المادة ٨٣١ مدني ألماني على جواز التخلص من عبء المسؤولية بإثبات أن المتبوع لم يخطئ في اختيار أو مراقبة التابع في المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير.

(89) Cf. R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations, pp 905–906.

(٩٠) راجع المادة ٢٥٣ مدني ألماني (قبل التعديل).

أو نقل الملكية^(٩١).

ولكن منذ أن تم تعديل القانون المدني الألماني في عام ٢٠٠٢، فإن هذه الفوارق قد تمت إذابتها، حيث عمد المشرع الألماني إلى دمج قواعد التعويض في المسؤوليةين ووضعها في الجزء العام من قانون الالتزامات (المادة ٢٤٩ وما بعدها من القانون المدني).

كما سمح التعديل الجديد بمنح التعويض عن الخسارة غير الاقتصادية (التعويض عن الألم والمعاناة - الضرر الأدبي) في نطاق المسؤولية التعاقدية، والتي تلحق بالجسم أو الصحة أو عن انتهاكات الحق في الحرية أو الحق في تقرير المصير الجنسي (المادة ٢٥٣ مدني ألماني)^(٩٢).

علاوة على ذلك، اعتمد المشرع نظاماً موحداً للتقادم (المادة ١٩٥ وما يليها)، على الرغم من وجود قواعد محددة لأنواع معينة من الدعاوى^(٩٣).

وعلى الرغم من أن مبدأ جواز الخيرة بين المسؤوليةين قد يكون مفيداً قبل تعديل القانون المدني الألماني، إلا أنه يحتوي على عيوب أيضاً. فمبدأ جواز الخيرة واضح ومباشر مثل مبدأ عدم جواز الخيرة، حيث يتم استبعاد أحد نظامي المسؤولية، ولكن هذا الاستبعاد لا يتم كمسألة مبدأ، بل يتم نتيجة لاختيار المدعي دون قيود، وهذا يؤدي إلى ضياع الهدف من وضع قواعد خاصة بالمسؤولية التعاقدية.

لذلك من المقبول أن تكون حرية المتضرر في المطالبة على أساس أحد نظامي المسؤولية محدودة، إذا تم تقويض إحدى القواعد الموجودة في نظام المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية^(٩٤).

(٩١) راجع المادة ٤٧٧ مدني ألماني (قبل التعديل).

(92) DE GRAAFF, op. cit, p. 717.

(٩٣) على سبيل المثال مدد التقادم الخاصة بالدعاوى المتعلقة بعدم مطابقة البضائع (المادة ٤٣٨ مدني ألماني، المادة ٦٣٤ مدني ألماني)، وعقود النقل (المادة ٥٦١ فقرة ٢ مدني ألماني)، وعقود الإيجار (المادة ٥٤٨ مدني ألماني).

(٩٤) على سبيل المثال القاعدة التي تنص على أن المتبرع (المادة ٥٢١ مدني ألماني) والمقرض (المادة ٥٩٩ مدني ألماني) ومجلس الإدارة (المادة ٦٨٠ مدني ألماني) لا يمكن تحميلهم المسؤولية إلا في السلوك المتعمد (النية) أو الإهمال الجسيم. هذه القاعدة تنطبق أيضاً على دعوى التعويض ضد المتبرع (BGH 20 November 1984, BGHZ 93, 23)، والمقرض (BGH 23 March 1966, BGHZ 46, 140)، والمجلس (BGH 30 November 1972, NJW 1972, 475)، إذا تمت إقامتها على أساس المسؤولية التقصيرية. والقاعدة القائلة بأن الوديع (المادة ٦٩٠ مدني ألماني)، والمساهم (الشريك) =

وفي الواقع، المحاكم الألمانية من الناحية العملية تطبق بالفعل مدد التقادم الأقصر الواردة في نطاق المسؤولية التعاقدية، إذا تم رفع دعاوى التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وكانت مدد التقادم في دعاوى المسؤولية التقصيرية هي الأطوال^(٩٥).

ومع ذلك، أكد القضاء الألماني بصورة متواترة بأنه على الرغم من أن شروط ومحتوى وإنفاذ كل مطالبة تحتاج إلى تقييم مستقل، إلا أنه يمكن دائماً إجراء استثناء، عندما يكون من الواضح أن هناك نصاً معيناً ينظم موقفاً معيناً بشكل شامل، مما قد يستبعد أو يجد من إمكانية المطالبة على أساس قانوني آخر^(٩٦).

وعلى الرغم من أن هذا هو الاستثناء وليس القاعدة^(٩٧)، إلا أنه من الواضح إن قواعد المسؤولية التعاقدية قد تؤثر على جوهر الدعوى المقامة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية. لذلك احتج بعض الفقهاء الألمان بهذه الحجة ليقول إن المتضرر ليس لديه دعويان منفصلتان بل دعوى واحدة، تستند إلى نظامين منفصلين.

= (المادة ٧٠٨ مدني ألماني) لا يمكن أن يتحملوا المسؤولية إلا إذا لم يارسوا العناية التي يتوقع منهم بذلها عند إدارة شؤونهم الخاصة، تنطبق أيضاً على دعاوى التعويض التي يقبها المتعاقد (المتضرر) وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ضد الوديع

(BGH 20 December 1966, BGHZ 46, 313) والمساهم (BGH 23 March 1966, NJW 1967, 42).

- According to: DE GRAAFF, op. cit, p. 717.

(٩٥) تنطبق مدة التقادم الخاصة بدعوى المالك (المادة ٥٤٨ مدني ألماني الجديدة، المقابلة للمادة ٥٥٨ القديمة) على دعوى التعويض المقامة وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

- (BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53; BGH 24 May 1976, BGHZ 66, 315; BGH 8 January 1986, NJW 1986, 1608).

كذلك تنطبق مدة التقادم الخاصة بدعوى المقرض (المادة ٦٠٦ مدني ألماني) على دعوى التعويض المقامة وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية. - according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 717. BGH 31 January 1967, BGHZ 47, 53.

(٩٦) تم التأكيد على هذه القاعدة العامة للتفسير مرة أخرى في قرار حديث صدر عام ٢٠١٤.

BGH 22 July 2014, KZR 27/13, at 53). - According to: DE GRAAFF, op. cit, p. 717.

(٩٧) مثلاً لا تنطبق قواعد المسؤولية التعاقدية (المادة ٧٠٨ مدني ألماني) عندما تتعلق الدعوى بالمطالبة بتعويض ضرر ناشئ عن حادث سير، رغم وجود عقد بين الطرفين.

- See: (BGH 20 December 1966, BGHZ 46,313). according to: DE GRAAFF, op. cit, p. 718.

هذه النظرية المسماة نظرية الجمع بين المسؤوليتين، تحول المشكلة دون أن تحلها. صحيح أن النظرية لا تثير أي جدل طالما أن تطبيق المعايير ذات الصلة في نظامي المسؤولية سيؤدي إلى نفس النتيجة القانونية، لكن النظرية تفتقر إلى الوضوح، حتى بين مؤيديها، بمجرد أن تصبح الاختلافات واضحة ويتعين تحديد مضمون الدعوى وأساسها⁽⁹⁸⁾.

لذلك فإن غالبية الكتاب والفقهاء الألمان يواصلون التمسك بنظرية الخيرة بين المسؤوليتين، ولكنهم يدركون أن إمكانية الخيرة بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية قد تكون محدودة⁽⁹⁹⁾.

ثالثاً: موقف القانون الإنكليزي:

يعتبر القانون الإنكليزي قانوناً استثنائياً أو متميزاً⁽¹⁰⁰⁾، لأنه لم يبين على أسس القانون الروماني، فلم يتم تدوين القانون على الإطلاق، وكان هذا القانون قد وضع أساساً من قبل السوابق الفردية المنصوص عليها في قرارات المحاكم ذات الاختصاصات المختلفة والمتداخلة في بعض الأحيان⁽¹⁰¹⁾.

كما لم يكن التعليم القانوني تقليدياً في الجامعات الإنكليزية، بل كان الغرض منه ممارسة القانون، حيث كان التدريس عبارة عن عملية تجريبية في المقام الأول، الغرض منه تطوير المهارة المهنية للمتلقي، أكثر من كونه تعاملاً مع القانون كعلم⁽¹⁰²⁾.

إن ما تقدم قد يفسر لنا لماذا لم يقيم المحامون الإنجليز بتقديم كتابات حول موضوع (الجمع أو الخيرة بين المسؤوليتين) مع تحديد مفهوم واضح للمشكلة كما فعل الفرنسيون والألمان⁽¹⁰³⁾.

(98) See: DE GRAAFF, op. cit, p. 718.

(99) For an overview, see Y.-G. VON AMSBERG, *Anspruchskonkurrenz, Cumul und Samenloop*, pp 19–21. According to: DE GRAAFF, op. cit, p. 718.

(100) see R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, pp 1–33.

(101) K. ZWIEGERT & H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law* (Oxford: Clarendon Press, 2nd edn 1992), p 187 et seq.

(102) *Ibid.*, p 198 et seq.

(103) T. WEIR, in *Encyclopedia of Comparative Law*, p 36.

حيث لاحظ أنه لم يكن هناك تقريباً أي كتابة حول الموضوع في إنجلترا، مع الإشارة فقط إلى:

P.H. WINFIELD, *The Province of the Law of Tort* (Cambridge: CUP 1931); A.G. GUEST, =

ومع ذلك، فقد كان الموضوع مألوفًا بالتأكيد لدى المحامين الانجليز، فلم يكن من غير المألوف أن يختار المدعي بين عدة أشكال من الدعاوى، كما أنه من غير المألوف أن يتم تقديم نفس القضية أمام محكمة القانون العام (الكومون لو) أو محكمة العدالة وتكون النتيجة واحدة^(١٠٤).

ومع ذلك، لم يتم تعريف الموضوع من حيث تحديد نطاق العقد والمسؤولية التقصيرية حتى منتصف القرن التاسع عشر، ففي عام ١٨٧٣ كان هناك إصلاح كبير في هيكل المحاكم وقانون المرافعات، فمنذ أن بدأ نفاذ قانون القضاء عام ١٨٧٥ أصبحت جميع شعب المحكمة العليا ومحكمة الاستئناف مختصة بتطبيق جمع مبادئ وقواعد القانون الانجليزي^(١٠٥)، كما تم إلغاء اشكال الدعاوى، وبالتالي، لم يكن المدعى مضطراً منذ البداية لاختيار أي شكل من أشكال الدعوى سبيني عليه مطالبته^(١٠٦)؛ ولكن في الوقت نفسه، لا يزال النجاح في التقاضي يعتمد إلى حد كبير على مسألة ما إذا كانت وقائع القضية تتفق مع شكل الدعوى المرفوعة من قبل

= 'Tort or Contract?', 3. Malaya Law Review 1961, pp 191–222; W.D.C. POULTON, 'Tort or Contract', 82. Law Quarterly Review 1966, pp 346–370.

(١٠٤) على سبيل المثال، يمكن عرض قضايا الأخبار الكاذب، على محاكم القانون العام ومحاكم العدالة. في القانون العام كان يجب على المدعى عليه أن يكون عالمًا بكذب الأخبار أو يكون بإخباره متهورًا. أوضحت القرارات اللاحقة في محاكم العدالة أن المسؤولية عن الأخبار الكاذبة يمكن أن تثبت أيضاً بسبب (الخداع الفعلي) أو (خطأ بحسن نية).
Derry v. Peek [1889] 14 App Cass 337 (HL) أوضح أن كلاً من القانون العام ومحاكم الإنصاف يتطلبان الاحتيال لإثبات المسؤولية.

تم تقييد قضية ديربي ضد بيك أولاً في قضية: Nocton v. Lord Ashburton [1914] AC 932 (HL)

ثم في قضية: Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1964] A: 465 (HL).

– حول هذا التطور، ينظر:

- J.EDELMAN, 'Nocton v Lord Ashburton', in C. Mitchell & P. Mitchell (eds), Landmark Cases in Equity (Oxford: Hart Publishing 2014), pp (473–498) at 479–484.

(105) K. ZWEIGERT & H. KÖTZ, Introduction to Comparative Law, pp 205–206.

(106) F.W. MAITLAND, Equity, also The Forms of Action at Common Law (Cambridge: CUP, 2nd edn 1910), p 295 et seq.

– تعرضت أشكال الدعاوى بالفعل إلى ضربة قوية في عام ١٨٥٢، عندما نص قانون المرافعات (الإجراءات) لعام ١٨٥٢ – وعلى خلاف ما كان معمولاً به في ظل قانون الأحكام العام – في المادة ٣ على أنه: ليس من الضروري ذكر أي شكل من أشكال أو سبب الدعوى في صفحة افتتاح الدعوى.

المدعي. حيث ظل هذا السؤال مهمًا كما كان من قبل، كما لاحظ مايتلانند: "لقد دفنا أشكال الدعاوى، ولكنهم مازالوا يحكموننا من قبورهم" (١٠٧).

إصلاح قانون المرافعات (الإجراءات) جعل من الضروري تنظيم المسؤوليات التي كانت موجودة في أشكال الدعاوى السابقة، وقد قام بهذه المهمة العديد من الكتاب الذين نشروا سلسلة من الكتب المدرسية المؤثرة في سبعينيات القرن التاسع عشر وحوالي عام ١٨٧٠ (١٠٨).

وبدون إعادة النظر بشكل أساسي في الهيكل العام لقانون الالتزامات، فقد قاموا بتقسيم المسؤوليات إلى فئتين: كانت المسؤولية إما تعاقدية أو غير تعاقدية (تقصيرية) (١٠٩).

ما تقدم، ربما يكون قد شجع المحامين الانجليز على اعتبار العقد (contract) والمسؤولية (tort) متعارضين. ومع ذلك، فقد أظهرت المسؤولية التعاقدية والتقصيرية تداخلًا معينًا منذ البداية (١١٠)، كما لاحظ بولوك Pollok بعد وقت قصير من إلغاء أشكال الدعاوى، أن بعض المسؤوليات في نطاق العقد "لا تستند إلى خرق العقد"، في حين أن بعض صور المسؤولية التقصيرية "ليست بأي حال من الأحوال ذات طبيعة مستقلة عن العقد" (١١١).

ولكن لفترة طويلة، بقي التداخل محدودًا إلى حد ما بين المسؤولية التعاقدية والتقصيرية. فقد كان نطاق العقد مقيدًا – ولا يزال مقيدًا – بمبدأي الاعتبار consideration ونسبية أثر العقد privity؛ فموجب مبدأ الاعتبار الوعد لا يكون ملزمًا إذا لم يقيم الطرف الآخر أو لم يعد بالقيام بشيء مقابل هذا الوعد؛ وبموجب مبدأ نسبية أثر العقد لا يمكن أن يمنح العقد حقوقًا

(107) Ibid., p 296; cf. F. POLLOCK, The Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law (Philadelphia: The Blackstone Publishing Company, 1st edn 1887), p 336.

(108) P. ATIYAH, The Rise and Fall of Freedom of Contract (Oxford: Oxford University Press 1979), pp 681–693.

(109) T. WEIR, in Encyclopedia of Comparative Law, p 35.

(110) According to A.G. GUEST, 3. Malaya Law Review 1961, p 191; cf. B. MARKESINIS, 'An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law', 103. Law Quarterly Review 1987, pp (354–397) at 384.

(111) F. POLLOCK, The Law of Torts, p 337. Cf. T. WEIR, in Encyclopedia of Comparative Law, p 35.

أو يفرض التزامات على أي شخص باستثناء الأطراف فيه^(١١٢).

ولكن الأمر الأكثر أهمية في هذا السياق هو أن نطاق قانون المسؤولية التقصيرية قد تم تقييده أيضاً، وإن جاء متأخراً نسبياً بسبب تأخر ظهور واجب العناية فيما يتعلق بالإهمال.

فقد قرر مجلس اللوردات في قضية Donoghue v. Stevenson عام ١٩٣٢ أن الشركة المصنعة عليها واجب العناية الذي يولد دعوى الإهمال بغض النظر عن مسألة ما إذا كان الشخص المصاب طرفاً في عقد البيع أم لا^(١١٣).

لم يكن القرار الصادر في قضية Donoghue v. Stevenson قراراً بالإجماع، كما لم يكن منطق القرار واضحاً ولا لبس فيه.

ومع ذلك، يعتبر هذا القرار اليوم نقطة الانطلاق لقانون الإهمال الحديث، حيث كانت هذه هي المرة الأولى التي يعترف فيها مجلس اللوردات بقاعدة عامة للمسؤولية عن الضرر الناجم عن الإهمال. وهذا الواجب العام بالعناية ينطبق كذلك بين الأطراف المتعاقدة.

ولكن تجب الإشارة بهذا الصدد إلى عدم اعتبار كل خرق للعقد يقيم المسؤولية التقصيرية^(١١٤)، لذلك لن تنشأ مسؤولية تقصيرية متزامنة أو معاصرة للمسؤولية التعاقدية إلا عندما يكون المدعى عليه قد انتهك التزاماً بالعناية المعقولة، بغض النظر عن أي التزام بموجب العقد^(١١٥).

(١١٢) على الرغم من أن مبدأ نسبية أثر العقد لا يزال قيد التدقيق، فإن تشريع العقود (حقوق الأطراف الثالثة) لسنة ١٩٩٩ يحدد أن العقد قد يمنح حقوقاً لأطراف ثالثة قابلة للتنفيذ مباشرة من قبل الأطراف الثالثة أنفسهم.

- See: Ruben DE GRAAFF, op. cit, p. 722.

(113) Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562 (HL).

وهناك حالات أقدم تنبأت بتطور المسؤولية الناجمة عن الإهمال، انظر:

- P. ATIYAH, The Rise and Fall of Freedom of Contract, pp 501– 505, with references.

(114) F. POLLOCK, The Law of Torts, p 339,

حيث لاحظ أن مجرد عدم الوفاء بالوعد لا يمكن التعامل معه كضرر جوهري Robinson v. PE Jones(Contractors) Lt [2011] EWCA Civ 9، ويوضح أيضاً أن مجرد وجود علاقة تعاقدية لا يكفي لتبرير تحميل المسؤولية.

(115) T. WEIR, in Encyclopedia of Comparative Law, p 36; A. BURROWS, Understanding=

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو: هل يسمح القانون للطرف المتضرر في العقد أن يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه في جسده أو صحته أو ملكيته نتيجة لإهمال المتعاقد الآخر.

إجابة المحاكم الإنجليزية عن هذا التساؤل بالإيجاب⁽¹¹⁶⁾، ولكن فيما يتعلق بالتعويض عن الخسارة الاقتصادية البحتة كانت المسألة مختلفة. في قضية هيدلي بيرن وشركائه المحدودة ضد هيلر وشركائه المحدودة *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd*، وافق مجلس اللوردات لأول مرة على أن الشخص (في هذه الحالة: بنك) يمكن أن يتحمل المسؤولية عن الإهمال فيما يتعلق بالخسارة الاقتصادية البحتة الناتجة عن الاعتماد على خطأ (بيان كاذب أو مزور) *a misstatement* (في هذه الحالة: تقديم حسابات غير دقيقة)⁽¹¹⁷⁾.

وقد أثار هذا السؤال حول ما إذا كان يمكن اعتبار أطراف العقد مسؤولة أيضاً عن الإهمال فيما يتعلق بالخسارة الاقتصادية البحتة؟

لقد سمحت المحاكم بالمسؤولية الناشئة عن الإهمال في نطاق العقد، ولكنها رفضت في ذات الوقت إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية، أي السماح للمتعاقد بالرجوع على المتعاقد الآخر وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹¹⁸⁾.

تم طرح هذا السؤال بشكل رسمي من قبل مجلس اللوردات في قضية هندرسون ضد ميريت سينديكيستس *Henderson v. Merrett Syndicates*. تتعلق القضية بمجموعة من المطالبات التي قدمها أعضاء شركة التأمين (المعروفة باسم "أسماء")، لويديز، ضد وكلاء الإدارة الذين تصرفوا نيابة عنهم. كان وكلاء الإدارة إما في علاقة تعاقدية مباشرة مع الأسماء

=the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution (Oxford: Hart Publishing 1998), pp 25–26.

(116) A. BURROWS, Understanding the Law of Obligations, pp 25–26, with references.

(117) *Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd* [1964] AC 465 (HL).

(118) The cases are mentioned by A. BURROWS, Understanding the Law of Obligations, p 26, fn. 25; and summarized by Lord Goff in *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd* (No. 1) [1995] 2 AC 145 (HL) at

184–194, with special attention for the statement by Lord Scarman in *Tai Hing Cotton Mill Ltd v. Liu Chong Hing Bank Ltd* [1986] UKPC 5 (PC).

أو تم ربطهم بها بشكل غير مباشر من خلال وكلاء. وزعمت الأسماء أنه في كلتا الحالتين تولى وكلاء الإدارة مسؤولية مباشرة عن الأسماء. أرادت الأسماء التي أبرمت عقداً مع الوكلاء إنشاء واجب رعاية متزامن أو معاصر للعقد يقع على عاتق الوكلاء بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية، من أجل الاستفادة من أحكام المسؤولية التقصيرية وفقاً لمبدأ جواز الخيرة بين المسؤولين في تعزيز موقفها في الدعوى⁽¹¹⁹⁾.

في خطابه الرائد، أظهر اللورد جوف Goff بوضوح قلقه بشأن "الآثار العرضية" لوجود قواعد مختلفة في العقد والمسؤولية التقصيرية، فيما يتعلق بنطاق الضرر وبعده. وأشار إلى أن إصلاح هذه القواعد المتعارضة بعد تقييم دقيق لأهم السوابق القضائية⁽¹²⁰⁾، بما في ذلك، قضايا من دول القانون المدني ودول القانون العام.

وقد توصل اللورد جوف إلى الاستنتاج التالي: اعتقادي الخاص، في السياق الحالي، أن القانون العام Common Law لا يتعارض مع مبدأ الخيرة بين المسؤولين، وأنه لا يوجد أساس سليم لقاعدة تقييد المدعي تلقائياً، إما بالاستناد لقواعد المسؤولية التقصيرية أو قواعد المسؤولية التعاقدية، قد تكون النتيجة غير متناسقة: ولكن بالنظر إلى أن واجب عدم الإضرار بالغير تفرضه القواعد العامة في القانون، والواجب التعاقدية ينسب إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، لذلك لا أجدها مرفوضة القاعدة التي بموجبها يحق للمدعي الاستفادة من قواعد المسؤولية الأكثر ملاءمة أو فائدة له، مع مراعاة قيد واحد فقط، هو أن لا يتعارض الواجب المفروض بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية مع العقد، بمعنى يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار اتفاق الطرفين على استبعاد المسؤولية أو الحد منها، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق فيجب العمل به وتستبعد قاعدة جواز الخيرة، بمعنى لا يجوز السماح للمتعاقد (المتضرر) في الحالة أن يحتاج بقواعد المسؤولية التقصيرية على المتعاقد معه⁽¹²¹⁾.

(119) Henderson v. Merrett Syndicates Ltd (No. 1) [1995] 2 AC 145 (HL), per Lord Goff, p 174.

(120) One case is discussed in particular: Midland Bank Trust Co Ltd v. Hett Stubbs & Kemp [1979] Ch 384 (HC).

(121) Henderson v. Merrett Syndicates Ltd (No. 1) [1995] 2 AC 145 (HL), pp 193- 194.

وهكذا سمح مجلس اللوردات بإيجاد المسؤولية الناشئة عن الإهمال فيما يتعلق بالخسارة الاقتصادية البحتة، كما أجاز تطبيق أحكام هذه الصورة من صور المسؤولية بين أطراف العلاقة تعاقدية. كما أجاز للمدعي - مالم يمنعه عقده من القيام بذلك - الخيرة بين المسؤوليتين، عن طريق اختيار الطريق الذي يبدو أنه أكثر فائدة له^(١٢٢).

إن حقيقة أن المسؤولية التقصيرية قد تنشأ نتيجة الإخلال بواجب قانوني، وقد تنشأ نتيجة الإخلال بالتزام عقدي، يدل على أن الفصل بين العقد والمسؤولية التقصيرية ليس قاطعاً كما كان يتصور.

لقد جادل الأستاذ عطيه Atiyah قبل قضية هندرسون ضد ميرت Henderson v. Merrett Syndicates بأن التقسيم بين العقد والمسؤولية التقصيرية ليس سليماً بناءً على المنطق أو التاريخ^(١٢٣).

بينما لاحظ جيمور Gilmore أن "النظامين" اللذين تم فصلهما بشكل مصطنع، يندجان ويصبحان نظاماً واحداً^(١٢٤).

صاغ جيلمور مصطلح "contort" لوصف هذه الظاهرة، وتوقع أن يتم في النهاية ابتلاع المسؤولية التعاقدية بواسطة المسؤولية التقصيرية، أو أن يتم توحيد كلا النظامين في "النظرية العامة للالتزام المدني"^(١٢٥).

حتى هذه اللحظة، لم يتم تنظيم القانون الإنكليزي على أساس هذه النظرية العامة للالتزام^(١٢٦)، كما لم يتم ابتلاع المسؤولية التعاقدية بموجب قانون المسؤولية التقصيرية أيضاً.

منذ السابقة القضائية التي تقررت في قضية هندرسون ضد ميرت Henderson v. Merrett

(122) Ibid, pp 193- 194.

(123) P. ATIYAH, The Rise and Fall of Freedom of Contract, p 505.

(124) G. GILMORE, The Death of Contract (Columbus: Ohio State University Press 1974), p 88.

(125) Ibid, pp 88, 90 and 94.

(١٢٦) على الرغم من أن بعض الكتاب قد طوروا هذه النظرية، على سبيل المثال:

- A. Burrows (ed.), English Private Law (Oxford: OUP, 3rd edn 2013).

Syndicates، تمت مناقشة ما إذا كان يجب أن يتأثر تعويض الأضرار بالتحديد أو الاستبعاد الوارد في العقد، وإلى أي مدى، وهل يجب تطبيق أو الأخذ بالاستبعاد التعاقدية (شرط الإعفاء من المسؤولية)، على سبيل المثال، عند المطالبة بالتعويض عن الخسارة الاقتصادية البحتة الناشئة عن الإهمال بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية^(١٢٧).

في حكم صدر بالإجماع، قررت محكمة الاستئناف مؤخراً، أن اختبار قابلية الأضرار الناجمة عن الخسارة الاقتصادية للتعويض، ينبغي أن يكون معيار إمكانية التوقع الأكثر تقييداً الموجود في قانون العقد، وليس على أساس معيار التوقع المعقول كما في المسؤولية التقصيرية^(١٢٨).

كما يوضح قانون السوابق القضائية أن طبيعة الالتزام التعاقدية مهمة في تحديد ما إذا كان هناك افتراض للمسؤولية، وبالتالي، فإن الإطار التعاقدية قد يؤثر على وجود ومضمون دعوى المسؤولية التقصيرية^(١٢٩)، كما هو الحال في ألمانيا.

المطلب الثاني

موقف القانون المدني العراقي

يبقى إذا التمييز بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية قائماً، ومحتفظاً بأهميته في التشريعات المدنية الحديثة التي اشتقت من القانون الروماني.

وقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا التمييز الجوهري ما بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، ويمكن أن نتلمس هذا التمييز في النصوص التي أوردتها لمعالجة أحكامهما، وعلى النحو الآتي:

١ - عالج المشرع العراقي أحكام المسؤولية التعاقدية في الفقرة الثالثة تحت عنوان المسؤولية التعاقدية (ضمان العقد) من الفرع الثاني (آثار العقد) من الفصل الأول (العقد) من الباب

(١٢٧) كما اقترحه:

- A. BURROWS, in Torts in Commercial Law, pp 367–390. Cf. J. CARTWRIGHT, 55. The Cambridge Law Journal 1996, pp 488–514.

(128) Wellesley Partners LLP v. Withers LLP [2015] EWCA Civ 1146.

(129) Riyadh Bank v. Ahli United Bank (UK) Plc [2006] EWCA Civ 780 (CA); Robinson v. PE Jones (Contractors) Ltd [2011] EWCA Civ 9.

الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الأول (الالتزامات بوجه عام) من القسم الأول (الحقوق الشخصية) في المواد (١٦٨ - ١٦٩)، بينما عالج أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث تحت عنوان (العمل غير المشروع) من الباب الأول (مصادر الالتزام) من الكتاب الأول (الالتزامات بوجه عام) من القسم الأول (الحقوق الشخصية) في المواد (١٨٦ - ٢٣٢) حيث قسم هذا الفصل على فرعين، عالج في الفرع الأول المسؤولية عن الأعمال الشخصية، حيث قسمه على ثلاث فقرات، عالج في الفقرة الأولى الأعمال غير المشروعة التي تقع على المال، وهما (الاتلاف والغصب) في المواد (١٨٦ - ٢٠١)، وفي الفقرة الثانية الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس في المادتين (٢٠١ - ٢٠٢)، وفي الفقرة الثالثة (أحكام مشتركة للأعمال غير المشروعة) في المواد (٢٠٤ - ٢٠٧)، وتناول في الفرع الثاني (المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء)، حيث قسم هذا الفرع إلى فقرتين، عالج في الفقرة الأولى المسؤولية عن عمل الغير في المواد (٢١٨ - ٢٢٠) وتناول في الفقرة الثانية المسؤولية عن الأشياء (جناية الحيوان في المواد ٢٢١ - ٢٢٦)، وما يحدث في الطريق العام (٢٢٧ - ٢٢٨)، والمسؤولية عن البناء في المواد (٢٢٩ - ٢٣٠)، والمسؤولية عن الأشياء (٢٣١).

إن هذه الخطة - المتقدمة في جزئياتها - تدل على أن المشرع تبنى مبدأ ثنائية المسؤولية المدنية، وما يثيره هذا المبدأ من مشكلة الخيرة بين المسؤوليتين (١٣٠) (١٣١).

٢- عن طريق الجمع بين أحكام المادة ١٦٨ والمادة ٢٥١ من القانون المدني، يتبين لنا أن المشرع العراقي قد أخذ بتقسيم الالتزامات إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، حيث افترض خطأ المدين بمجرد تحقق النتيجة (م ١٦٨ مدني)، بينما يكون الخطأ واجب الإثبات إذا

(١٣٠) جاء في مشكلات المسؤولية، للمرحوم د. محمود جمال الدين زكي، ج ١، ص ٤٧٧ فقرة ٦٢، ما نصه: "على أن بعض خصوم الخيرة لم يخفوا ما عليه هذه الحجة من ضعف، فلا يمكن أن يستخلص من الخطة التي اتبعها واضعو التقنين في تقسيمه، وهي مسألة تتعلق بالشكل، قاعدة موضوعية".

(١٣١) انظر في نقد خطة القانون المدني العراقي: د. ثروت أنيس الأسيوطي، فلسفة القانون في ضوء التاريخ الاقتصادي والاجتماعي، ج ١، مكتب الدوري للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٠٠ - ٣٠١ الفقرات ١٩٩ - ٢٠٥؛ د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢١٣ - ٢١٤ فقرة ٢٣٤؛ ومؤلفه، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ٢، الخطأ، مطبعة العزة، بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٤٢ وما بعدها.

كان التزام المدين ببذل عناية (م ٢٥١ مدني)، هذا في نطاق العقد والمسؤولية التعاقدية، بينما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن القاعدة العامة هي أن الخطأ واجب الإثبات من قبل المتضرر، والاستثناء هو أن يكون الخطأ مفترضاً في صور خاصة نص عليها المشرع في بعض المواضع، كما في بعض الفروض في المسؤولية عن فعل الغير والأشياء.

٣- يلتزم المدين في نطاق المسؤولية التعاقدية ما لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً بتعويض الدائن عما يكون متوقفاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحمل وكسب يفوت (م ٣/١٦٩ مدني)، بينما يلتزم المسؤول في نطاق المسؤولية التقصيرية بتعديل المتضرر عن الضرر المتوقع وغير المتوقع مادام هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع الذي صدر عنه (م ١/٢٠٧ مدني).

٤- أجازت المادة ٢٠٥ من القانون المدني التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التقصيرية، بينما لم يرد ذكر لهذا النوع من أنواع الضرر في النصوص المخصصة للمسؤولية التعاقدية^(١٣٢).

٥- أجاز المشرع شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية التعاقدية، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك^(١٣٣)، حيث أجاز للمتعاقد أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه^(١٣٤)، بينما تقع مثل هذه الاتفاقات باطلة في نطاق المسؤولية التقصيرية^(١٣٥).

٦- تتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه

(١٣٢) لذلك يكاد الإجماع يعقد في الفقه العراقي على عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية التعاقدية، انظر في ذلك مفصلاً: رسالتنا للماجستير، التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية، كلية الحقوق - جامعة النهرين، ٢٠٠٣ والفقه المشار إليه.

(١٣٣) نصت المادة ٢/٢٥٩ على أنه: (وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم).

(١٣٤) نصت المادة ٢/٢٥٩ على أنه: (ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدم في تنفيذ التزامه).

(١٣٥) نصت المادة ٣/٢٥٩ على أنه: (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع).

المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه^(١٣٦)، بينما يخضع تقادم دعوى المسؤولية التعاقدية - لعدم وجود نص خاص - للقاعدة العامة الواردة في المادة ٤٢٩ مدني والتي تقضي بأن الدعوى بالالتزام أيًا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر مشروع خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه نصوص خاصة.

٧- يشترط القانون المدني أن يسبق دعوى المسؤولية التعاقدية إعدار المدين، بينما لا يشترط مثل هذا الشرط في نطاق المسؤولية التقصيرية.

٨- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامين في التزامهم بتعويض الضرر (م ١/٢١٧ مدني)^(١٣٧)، بينما في نطاق المسؤولية التعاقدية لا وجود لمثل هذا النص، لذلك إذا تعدد المسؤولون في نطاق العقد كانوا غير متضامين في التزامهم بالتعويض تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٣٠ مدني والتي جاء فيها: (التضامن بين المدين لا يفترض، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون).

٩- نص المشرع في الباب المخصص للعقود المسماة على صور خاصة للمسؤولية التعاقدية المخففة، مثال ذلك: المادة ٦١٤ الخاصة بمسؤولية الواهب، والمادة ٢/٨٥٠ الخاصة بمسؤولية المعير، والمادة ٩٣٤ الخاصة بمسؤولية الوكيل بدون أجر، بينما تقوم المسؤولية التقصيرية على معيار سلوك الرجل المعتاد لتقدير الانحراف بالسلوك الذي يشكل ركن الخطأ.

إن ما تقدم من فروق تشريعية قد تكون مضرّة بالمتعاقد (المتضرر) في نطاق المسؤولية التعاقدية، كما أنها قد لا تحقق العدالة بين المتعاقد وغيره، فالمتعاقد (المتضرر) في نطاق المسؤولية

(١٣٦) نصت المادة ٢٣٢ على أنه: (لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أيًا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه. ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع).

(١٣٧) قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم ١٣١١/غصب/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٨/٧ بأنه: (إذا تعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع (مثل غصب منفعة العقار) يكونون متضامين في التزامهم بتعويض الضرر ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين وفق الشكل المحدد بالمادة (٢١٧ بفقرتها ١،٢) من القانون المدني). (غير منشور).

التعاقدية قد يستفيد من سهولة إثبات الخطأ، وطول مدة تقادم دعوى المسؤولية التعاقدية، ولكنه يتضرر من شروط الإعفاء من المسؤولية التي أجازها المشرع في نطاق العقد، وهي عادة تفرض على الطرف الضعيف اقتصادياً في العقد دون أن تكون باطلة، كما أنه سوف يتضرر من قصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع في غير حالة الغش والخطأ الجسيم، كما أنه سوف يتضرر لأنه لا يستطيع المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيبه، كما أنه سوف يتضرر لأنه لا يستطيع الرجوع على المتعاقدين إذا تعددوا إلا بمقدار حصة كل منهم بالتعويض، لأن التضامن لا يفترض - كما سبق منا القول - ، كما لا يوجد نص ضمن النصوص المنظمة للمسؤولية التعاقدية يفرض التضامن على المتعاقدين إذا تعددوا.

في المقابل، سيكون الغير عن العقد والذي يحتج بالعقد للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة للإخلال بالعقد في مركز أفضل من مركز المتعاقد، لأن هذا الغير سوف يرجع على المتعاقد (المسؤول) وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، ويترتب على تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بهذا الصدد، أن المدين في العقد (المسؤول) لا يستطيع أن يحتج على الغير بشروط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية، كما سيكون ملزماً تجاه (الغير) بتعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، كما يستطيع أن يحتج تجاهه بمدة تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية، وهي أقصر من مدة تقادم دعوى المسؤولية التعاقدية كما أسلفنا.

إن هذا الاختلاف في المراكز القانونية للمتضررين من العقد - بحسب ما إذا كان المتضرر طرفاً في العقد أو غير طرف (أجنبياً) عن العقد - نتيجة لاختلاف الأساس القانوني الذي تقام عليه دعوى التعويض بالنسبة لكل منهما، دفع المشرع إلى محاولة التقريب بين المتضررين عن طريق الاستعانة بفكرة المسؤولية القانونية، التي يرسم المشرع بنفسه نطاقها ويحدد أحكامها ويساوي فيها بين المتعاقد والغير. فنجدته يتدخل في نطاق عقد النقل، فيساوي بين المتعاقد والغير في الرجوع على الناقل بالتعويض^(١٣٨)، وفي نطاق قانون التأمين الإلزامي من حوادث

(١٣٨) كما قضى المشرع - كما في المسؤولية التقصيرية - ببطان شروط إعفاء الناقل من المسؤولية؛ حيث قضت محكمة التمييز تطبيق ذلك في قرارها المرقم ٧٨٠/إعفاء الناقل/١٩٨١ في ١١/٨/١٩٨١ بأن: (شروط إعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه يعتبر باطلاً).

السيارات، وفي قانون حماية المستهلك^(١٣٩).

ولكن كل هذه القوانين هي عبارة عن قوانين خاصة، تعالج فروض استثنائية، لا تحل المشكلة التي تبقى قائمة، وهي الاختلاف بين قواعد المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية.

لذلك يبقى التساؤل قائم، في ظل نصوص تقنيننا المدني، عن مدى حق المتعاقد في الاختيار بين المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية في الفروض التي تتحقق فيها كلا المسؤوليتين، أي في الفروض التي يعتبر فيها خطأ المتعاقد في ذات الوقت عملاً غير مشروع يقيم المسؤولية التقصيرية للمتعاقد؟

يشترط القضاء العراقي قبل الدخول في دعوى التعويض أن يحدد المتضرر الأساس القانوني الذي يقيم عليه الدعوى^(١٤٠)، هل يقيمها على أساس المسؤولية التعاقدية أم على أساس المسؤولية التقصيرية، ثم هو بعد ذلك يميز الخيرة بين المسؤوليتين إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية^(١٤١).

(١٣٩) راجع: المواد ١٠/١ التي أبطلت شروط الإعفاء من المسؤولية، والمادة ٢٤ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣؛ والمواد ٢ و ١٣ من قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠؛ ونصوص قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

(١٤٠) قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار المرقم ٦١٣/تعويض/٢٠٠٨ في ٧/٤/٢٠٠٨ بأنه: (وحيث إن التعويض سواء عن المسؤولية العقدية أو التقصيرية يستوجب توفر عنصر إخلال المتعاقد (في المسؤولية العقدية) بالتزاماته أو الخطأ في المسؤولية التقصيرية فكان ينبغي على المحكمة تكليف المدعين فيها إذا كانت دعواهم مؤسسة على المسؤولية العقدية أو التقصيرية أولاً ومن ثم تبحث على ضوء ذلك مدى تحقق مسؤولية الشخص الثالث عن التعويض سواء بثبوت إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية (وما هي هذه الالتزامات ومصدرها وماهية الإخلال) أو بخطئه الموجب للمسؤولية التقصيرية وماهية هذا الخطأ وتوفر العلاقة السببية، وحيث إن محكمة الاستئناف قد اعتبرت الشخص الثالث المميز مخلاً بالتزاماته دون التحقق مما تقدم ودون الخوض في الدفوع التي يقدمها وإثباتها وتكليف المدعين بإثبات إخلاله بالتزاماته أو بخطئه (بحسب الأحوال) مما أحل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفقاً للنهج أعلاه على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١/ربيع الثاني/ ١٤٢٩ هـ الموافق ٧/٤/٢٠٠٨). (غير منشور).

(١٤١) راجع: المواد ١٠/١ التي أبطلت شروط الإعفاء من المسؤولية، والمادة ٢٤ من قانون النقل رقم ٨٠ لسنة =

ولكن إذا ارتكب المدين (المتعاقد) غشاً أو خطأً جسيماً، فهل يجوز للدائن أن يختار بين قواعد المسؤولية التعاقدية والتقصيرية، أم أن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع؟

أجاز القضاء العراقي - كما أسلفنا - للدائن في هذه الحالة الخيرة بين المسؤوليتين، بل إن القضاء العراقي استعان بقواعد العدالة والإنصاف لحماية المتعاقد من غش مدینه، لإنقاذه من سقوط دعوى الضمان العشري التي تسقط بمرور مدة قصيرة حددها المشرع بسنة واحدة تبدأ من تاريخ حصول التهدم أو انكشاف العيب.

ونحن لا نؤيد القضاء العراقي بما ذهب إليه، فقواعد العدالة والإنصاف يمكن الاستعانة بها، لسد النقص الموجود في التشريع، ولكن ليس لتعديل التشريع القائم، بحجة عدم عدالته، لذلك كان المفروض بقضائنا المدني، أن يسقط دعوى الضمان العشري لمرور مدة السقوط المنصوص عليها في القانون، ويسمح للمتعاقد أن يرجع على المتعاقد معه بدعوى المسؤولية التقصيرية لارتكابه عملاً غير مشروع يتمثل بالماطلة - بسوء نية - بهدف مضي المدة المحددة لرفع دعوى الضمان، ولما كانت هذه الماطلة والتسويق يدخلان في باب الغش ويشكلان عملاً غير مشروع، فإن دعوى التعويض عن هذه الأفعال لا تسقط إلا بمرور ثلاث سنوات، ويكون موضوعها تعويض المتعاقد عن الضرر المتمثل بسقوط دعوى الضمان العشري بما تتضمنه هذه الدعوى من عناصر التعويض المنصوص عليها قانوناً^(١٤٢).

بينما انقسم الفقه العراقي حول الإجابة إلى فريقين، الأول يرى أن المدين إذا ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر غير المتوقع وتلحق مسؤوليته في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية^(١٤٣)؛ بينما يرى الفريق الثاني أن الدائن يبقى في نطاق العقد ويقتصر حقه

= ١٩٨٣؛ والمواد ٢ و ١٣ من قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠؛ ونصوص قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠.

(١٤٢) قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية/ الهيئة الاستئنافية الثانية المرقم ١٢٧٤/٢/٢٠١٥ في ٢٥/٢/٢٠١٦ (غير منشور).

(١٤٣) راجع: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج ١، في مصادر الالتزام، ط ٤، بغداد، ١٩٧٤، =

على المطالبة بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع^(١٤٤).

أما في غير حالة الغش والخطأ الجسيم، فإن السؤال الذي يبقى قائماً - لعدم وجود توجه قضائي واضح - هل يستطيع الدائن (المتعاقد) أن يترك المسؤولية التعاقدية ويطلب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، ليتجنب شروط الإعفاء من المسؤولية التعاقدية الواردة في العقد، أو ليتجنب مدد سقوط الحق في التعويض التي تحكم بعض دعوى التعويض في بعض العقود المسماة، أو للاستفادة من أحكام التضامن المنصوص عليها في نطاق المسؤولية التقصيرية دون التعاقدية؟

انقسم الفقه العراقي في مدى جواز الخيرة بين المسؤوليتين في ظل غياب الحل التشريعي، فذهب البعض إلى جواز الخيرة - ولكن ليس بصورة مطلقة - متأثراً على ما يبدو بموقف الفقه الألماني، بينما ذهب البعض الآخر إلى عدم جواز ذلك متأثراً بالفقه الفرنسي.

ولكن عند مراجعة ما تم طرحه في الفقه العراقي من آراء، نجدنا متفقة في نقطة جوهرية تكاد تجعل من هذا الخلاف شكلياً، حيث وجدنا الكل متفقاً على عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين إذا كان الهدف منها الاحتيال على الأحكام المتفق عليها في العقد أو المنصوص عليها في القانون.

أما القول بجواز الخيرة بين المسؤوليتين إذا كون الإخلال بالعقد جريمة جنائية، فقد وجدنا أن مرد هذا الرأي إلى أن القضاء الجزائي لا يجوز له تطبيق أحكام العقد، وإنما له تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية.

ص ٤١١ فقرة ٧١٠.

(١٤٤) راجع: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد،

١٩٧١، ص ٣٧٦ فقرة ٧٥٥؛ د. حسن علي الذنون، المسبوط، ج ١، ص ١٥٠ فقرة ٢٠٥.

الخاتمة

يمثل التداخل بين قواعد المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية تحديًا جسيماً أمام أي نظام قانوني معاصر، إلا أن الحلول لمواجهة هذا التحدي مختلفة. فالقانون الفرنسي لا يميز المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان الضرر ناتجاً عن عدم تنفيذ التزام تعاقدي أو متعلق به.

بينما يأخذ القانون الألماني والإنجليزي بحل عكسي، ففي حالة الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزام تعاقدي لا يتم استبعاد اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

من الناحية النظرية: قدمت حجج عديدة لصالح كلا الحلين وضدهما؛ يؤكد أنصار أسبقية قواعد المسؤولية التعاقدية على المسؤولية التقصيرية أن هذا الحل يحترم حرية التعاقد ونية المشرع؛ فيجب ألا تكون أطراف العقد قادرة على التهرب من النظام المصمم لتلك العلاقات في النظام العام للمسؤولية المدنية.

على النقيض من ذلك، يجادل خصومهم بأن قواعد المسؤولية التقصيرية يجب أن توفر مستوى معيناً من الحماية لجميع الأشخاص، سواء أبرموا عقداً أم لا. لذلك يجب أن يكون المبدأ الأساسي هو عكس ذلك تماماً: في غياب نية واضحة من جانب المشرع أو أطراف العقد أنفسهم، فإن مجرد وجود عقد لا ينبغي أن يؤثر على الحماية المنصوص عليها في قواعد المسؤولية التقصيرية.

المراجع

أولاً: باللغة العربية.

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

٢- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.
ثانياً: باللغة الأجنبية:

- 1) BRUN, Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle (Lyon : 1931).
- 2) Burrows (ed.), English Private Law (Oxford: OUP, 3rd edn 2013).
- 3) BURROWS, Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution (Oxford: Hart Publishing 1998).
- 4) ABID MNIF, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.
- 5) MARKESINIS, 'An Expanding Tort Law – The Price of a Rigid Contract Law', 103. Law Quarterly Review 1987.
- 6) Mitchell & P. Mitchell (eds), Landmark Cases in Equity (Oxford: Hart Publishing 2014).
- 7) SAINCTELETTE, De la responsabilité et de la garantie (Paris: Chevalier-Marescq 1884).
- 8) BONNET, 'Responsabilité délictuelle et contrat', 61. Revue critique de législation et de jurisprudence 1912.
- 9) JUEN, La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (Paris: L.G.D.J. 2016).
- 10) E.N. MARTINE, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (Paris: L.G.D.J. 1957).
- 11) POLLOCK, The Law of Torts. A Treatise on the Principles of Obligations Arising from Civil Wrongs in the Common Law (Philadelphia: The Blackstone Publishing Company, 1st edn 1887).
- 12) F. TERRÉ, Pour une réforme du droit de la responsabilité civile (Paris: Dalloz 2011).
- 13) F.W. MAITLAND, Equity, also The Forms of Action at Common Law (Cambridge: CUP, 2nd edn 1910).
- 14) BABERT, Le système de Planiol – Bilan d'un moment doctrinal (Poitiers: Université de Poitiers 2002).

- 15) G. GILMORE, *The Death of Contract* (Columbus: Ohio State University Press 1974).
- 16) G. VINEY, 'Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle', 39. *McGill Law Journal* 1994.
- 17) G. VINEY, *Introduction à la responsabilité* (Paris : L.G.D.J., 3rd edn 2008).
- 18) BEALE et al., *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe-Case, Materials and Text on Contract Law* (Oxford /Oregon: Hart Publishing 2010).
- 19) H. CAPITANT et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile* (Paris : Dalloz, 13th edn 2015).
- 20) H. DEDEK, 'From Norms to Facts: The Realization of Rights in Common and Civil Private Law', 56. *McGill Law Journal* 2010.
- 21) Alogna et al., 'Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, abordé sous l'angle du droit comparé', 69. *RIDC* 2017.
- 22) BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat: À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile* (Paris: L.G.D.J. 2001).
- 23) J. CARBONNIER, *Droit civil – Tome 4 – Les Obligations* (Paris: PUF, 18th edn 1994).
- 24) J. CARTWRIGHT & M.W. HESSELINK, 'Conclusions', in J. Cartwright & M.W. Hesse link (eds), *Precontractual Liability in European Private Law* (Cambridge: Cambridge University Press 2008).
- 25) J. CARTWRIGHT, 'Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration', 55. *The Cambridge Law Journal* 1996.
- 26) J. CARTWRIGHT, 55. *The Cambridge Law Journal* 1996.
- 27) J. GRANDMOULIN, *De l'Unité de la responsabilité, ou Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles* (Rennes: A. Le Roy 1892).
- 28) J. POPESCO-ALBOTA, *Le droit d'option: le problème des deux ordres de responsabilité civile, contractuelle et délictuelle* (Paris: Rousseau 1933).
- 29) J.S. BORGHETTI, 'La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps', *RTDCiv* 2010.
- 30) O. MORETEAU, 'French Tort Law in the Light of European Harmonization', 6. *Journal of Civil Law Studies* 2013.
- 31) P. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford: Oxford University Press 1979).
- 32) P.H. WINFIELD, *The Province of the Law of Tort* (Cambridge: CUP 1931);
- 33) A.G. GUEST, 'Tort or Contract?', 3. *Malaya Law Review* 1961.
- 34) PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle* (Paris: LexisNexis, 2nd

- edn 2009).
- 35) R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural* (Paris: L.G.D.J. 1951).
 - 36) Ruben DE GRAAFF, *Concurrent, Claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective*, *European Review of Private Law* 4- 2017.
 - 37) S. ABID MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle* (Paris: L'Harmattan 2014).
 - 38) S. WHITTAKER, 'Privity of Contract and the Law of Tort: The French Experience', 15. *Oxford Journal of Legal Studies* 1995.
 - 39) Surūr, Muḥammad Shukrī, *Mas'ūliyat muhandisī wa muqāwili el-Benaa wa ūl-munṣeat al-thābitah fī al-qānūn al-madanī al-Miṣrī wa al-qānūn al-madanī al-Faransī*, (in Arabic), *dawr al-fikr al-‘Arabī, al-Qāhirah*, 1985.
 - 40) VAN DAM, *European Tort Law* (Oxford: OUP, 2nd edn 2013).
 - 41) W. VAN GERVEN et al., *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe – Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (Oxford /Portland: Hart Publishing 2000).
 - 42) W.D.C. POULTON, 'Tort or Contract', 82. *Law Quarterly Review* 1966.
 - 43) W.H. VAN BOOM, 'Pure Economic Loss. A Comparative Perspective', in W.H. Van Boom et al. (eds), *Pure Economic Loss* (Wien /New York: Springer 2004).

Romanization of Arabic references

- 1) Dr. Mahmoud Gamal El-Din Zaki, *mushkilat al-masyuwliat almadaniati, ja1, matbaeat jamieat alqahirati*, 1978.
- 2) Dr. Muhammad Shukri Sorour, *masyuwliat muhandisi wamuqawili albina' walmunshat althaabitat al'ukhraa fi alqanun almadanii almisrii walqanun almadanii alfaransiu, dar alfikr alearabii, alqahirata*, 1985.