

مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

<< دراسة تأصيلية مقارنة >>

د. طارق كاظم عجيل

استاذ القانون المدني المساعد

مقدمة

أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كعنوان، قد يحمل تناقضا لأول وهلة، فكيف أن الغير عن العقد، هو من يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه، فهذا أمر يصطدم بمبدأ عام، توافقت عليه التشريعات المدنية، قديمها، وحديثها، ألا وهو مبدأ نسبية اثر العقد؛ فالمفروض إن العقد لا يفيد، ولا يضر، إلا أطرافه، أما الغير فهو أجنبي عن العقد، لا يفيد من العقد شيئا، ولا يضر منه. فكيف إذن يمكن أن يكون مسؤولا عن عدم تنفيذه أو الإخلال به؟

أن الإجابة على هذا التساؤل هي التي دفعت الباحث الى سبر غور الموضوع، ولغرض اعطاء فكرة موجزة عن موضوع البحث، أرتئينا تقسيم هذه المقدمة الى الفقرات الآتية:

- جوهر فكرة البحث.

يركز البحث على بيان الاساس القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، عن طريق طرح مبدأ الحجية المطلقة للعقد، كأساس يمكن عن طريقه الزام الغير بعدم الاعتداء على العقد، فإذا كان الأصل أن العقد، وقوامه تراضى الطرفين على إبرامه، أنه لا ينشئ علاقة التزام إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما، ولا يكسبه حقا. وهذا هو ما يعرف بمبدأ نسبية اثر العقد.

على أن العقد، بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها. فإذا كان الأصل أن الأثر الملزم للعقد أثرا نسبيا يقتصر على طرفيه، فلا يستطيع الغير أن يطالب بحق أنشأه العقد، ولا توجه إليه مطالبة بالتزام نشأ عنه، إلا أن وجود علاقة الالتزام التي أنشأها العقد هو حقيقة واقعة. فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أى من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول: إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه. وهذا هو مبدأ حجية العقد.

ولكن اذا كان للعقد هذه الحجية في مواجهة الغير، فإن ذلك يثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الحجية تستتبع مسؤولية الغير في حالة الإخلال بالعقد؟

الواقع أن اعتبار الغير قد أخل بمبدأ حجية العقد لم يكن كافياً في المنظور التقليدي للحكم عليه بموجب أحكام المسؤولية المدنية. وكان كل ما هنالك أن لا يعتبر عقده نافذاً في مواجهة الدائن بالالتزام العقدي، إذا تم تكيف تعاقد مع المدين على أنه يتعارض مع حق الدائن. ويعزى ذلك إلى أن مبدأ حجية العقد كان يصطدم بمبدأين آخرين، أولهما: مبدأ حرية التعاقد الذي يقضي عدم تقييد حرية الغير في التعاقد تحت طائلة المسؤولية، إذا تناقض عقده مع عقد آخر. وثانيهما: مبدأ آخر يطلق عليه " شخصية العلاقة العقدية " ويقصد به حصر العلاقة بين المتعاقدين وقصر أثرها على ذمتها المالية، ومن ثم لا يمكن أن يخل الغير بهذه العلاقة ما لم يكن طرفاً فيها أو ينصرف إليه أثر العقد على الأقل.

بيد أن ما تقدم لم يحظ بتأييد مطلق من الفقهاء وخاصة المعاصرين منهم، حيث رفض اعتبار المبدأين المذكورين حجر عثرة أمام تطور العلاقات العقدية بين الأشخاص فضلاً عن تهافت مبدأ حرية التعاقد أمام ترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد. كما أن انحسار الفكر الفردي أدى إلى أضعاف مبدأ شخصية العلاقة العقدية، وهذا ما وطد من مبدأ حجية العقد ليتغلب على سواه، ومن ثم ليظهر نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في تطور جديد مضاف إلى مفهوم الغير.

- مدار البحث ومراميه.

يتحدد نطاق البحث في محاولة الباحث إعادة اكتشاف مبدأ حجية العقد كأساس قانوني يمكن تأصيل مسؤولية الغير على أساسه، عن طريق تحديد مبدأ نسبية أثر العقد في نطاقه الفني، كمبدأ يحكم آثار العقد من حيث ما ينشأ العقد من حقوق والتزامات، دون أن يتعداها إلى حكم العقد كواقعة اجتماعية لا يمكن للغير أن ينكر وجودها. فالحقوق التي ينشأها العقد، لا تختلف عن الحقوق التي يستمدّها الافراد من القانون مباشرة؛ مادام الأخير يعترف للإرادة بالقدرة على إنشاء الحقوق؛ لذلك كان على الغير أن يحترم حقوق الدائن التعاقدية، كما يحترم حقوق الغير المستمدة من القانون مباشرة. ولكن لما كان الغير لا يمكن أن يدعى جهله بالقانون وبما يرتبه القانون للأشخاص من حقوق، فأن تشبيه العقد بالقانون، باعتباره مصدراً للحق، يثير مشكلة العلانية، الأمر الذي اقتضى من الباحث تحديد العقود التي تنثير مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها.

كما أن تقسيم الحقوق إلى حقوق عينية وشخصية، ووصف الفقه لهذه الحقوق بأنها مطلقة ونسبية، جعل الباحث أمام مشكلة، تمثلت باعتراف الفقه التقليدي بالحجية للعقود الناقلة للحقوق العينية، دون العقود المنشئة أو الناقلة لمجرد حقوق شخصية، مما اضطر الباحث إلى محاولة إعادة دراسة نظرية الحق من جديد

للتوصل مع جانب آخر من الفقه الى تمتع جميع الحقوق، أيا كانت طبيعتها، بذات الحجية في مواجهة الكافة؛ وصولا الى تقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، أيا كانت طبيعة الحقوق محل التعاقد.

وقد كان هدفنا من كل ذلك توفير الحماية اللازمة للدائن بالحقوق التعاقدية، وتدعيم القوة الملزمة للعقد، فقد تبين لنا من خلال البحث، أن عدم امكانية الدائن الاحتجاج بحقوقه التعاقدية اتجاه الغير، تضعف من قيمة العقد كمصدر للحقوق، وتجعل من مبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يحكم العلاقة بين طرفيه، خاليا من محتواه، مادام المدين باستطاعته في اي وقت، عن طريق الاستعانة بالغير، الإخلال بالعقد، دون أية مسؤولية.

- أشكاليات البحث.

أن تقرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد قد تبدو لأول وهلة، أنها لا تثير أية اشكاليات قانونية، ولكن عند التمعن في الموضوع، تظهر لنا مجموعة من الإشكاليات التي تحتاج الى كثير من التأمل، والتدبر، لغرض تجاوزها، لعل أهمها:

- أن الزام الغير بالتعويض عن الإخلال بالعقد هل يعني اعتباره في حكم المتعاقد، وبالتالي هل تعتبر مسؤوليته ذات طبيعة عقدية، أم ذات طبيعة تقصيرية؟ فهو قد أخل بالتزام ناشئ من العقد، فالمفروض أن تكون مسؤوليته ذات طبيعة عقدية، ولكن اذا بقي محتفظا بوصفه غيرا عن العقد، فالمفروض أن تكون مسؤوليته ذات طبيعة تقصيرية.
- أن الزام الغير بالتعويض عن الإخلال بالعقد هل يعني أن الغير على معرفة مسبقة بالعقد، أم يجب على الدائن اثبات علم الغير بالعقد، فإذا افترضنا علم الغير بالعقد فهذا يعني أن الحجية هي الأصل رغم صعوبة افتراض علم الغير بالعقد، خاصة وأن الأصل في العقود الرضائية، أما اذا الزمنا الدائن بإثبات علم الغير، فهذا يعني أن عدم الحجية هي الأصل.
- أن الزام الغير بالتعويض عن الإخلال بالعقد هل يعني امكانية مطالبته بالتنفيذ العيني الجبري، فإذا قلنا بالايجاب، فأنا نلزم الغير بتنفيذ التزام ناشئ عن عقد؛ الغير لم يكن في اي وقت من الاوقات طرفا فيه، وإذا قلنا بالسلب، حرمنا الدائن من حقه بالحصول على التنفيذ العيني الجبري؛ لمجرد أن الغير، وليس المدين، هو من أخل بالعقد.

- أهمية البحث.

أن أهمية البحث تكمن في التعرف على صورة جديدة من صور المسؤولية المدنية، لم تتناولها اقلام الباحثين العرب - على حد اطلاقنا - بالدراسة والتحليل في بحوث خاصة، كما تناولها الفقه الفرنسي من خلال ما كتب حول الموضوع، من رسائل، وبحوث، وتعليقات، لكبار الفقهاء الفرنسيين، الذين واكبوا القضاء الفرنسي - وما زالو في معالجته، لهذه الصورة من صور المسؤولية، من حيث أساسها القانوني، وشروط تحققها، وأثارها.

أن محاولة الباحث رسم خطوط واضحة لنظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، بالاستعانة بما وصل اليه الفقه والقضاء في فرنسا، وبما كتب في الفقه العربي هنا، وهناك، مما جادة به اقلام فقهاءنا حول الموضوع، محاولة لا تخلوا من فائدة، كما أنها محاولة لا ندعي فيها أن أحكام هذه الصورة من صورة المسؤولية أصبحت واضحة، لا تحتاج الى بحث ودراسة، بل حسبنا أن هذه المحاولة المتواضعة، يمكن أن تلفت الانتظار حول هذا الموضوع الحيوي من الناحيتين النظرية والعملية، كما أن التعرف على موقف الفقه والقضاء الفرنسي، سيكون معينا للقضاء العراقي، في التعرف على هذه الصورة من صور المسؤولية، والأخذ بها فيما يصدره من احكام، كما سيكون هاديا للمشرع العراقي، فيما لو اراد اعادت النظر في نصوص تقنيننا المدني مستقبلا.

- خطة البحث.

لغرض التعرف على أحكام هذه الصورة الخاصة من صور المسؤولية ارتتبنا تقسيم البحث على ثلاثة مباحث، عالجا في المبحث الأول الأساس القانوني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وذلك في مطلبين تناولنا في المطلب الأول تمييز مبدأ نسبية اثر العقد من مبدأ حجية العقد، أما المطلب الثاني فخصصناه لتأصيل مبدأ حجية العقد كأساس لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وأفردنا المبحث الثاني لدراسة نطاق مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، والذي تم توزيعه على ثلاث مطالب، تناولنا في المطلب الأول تحديد شخص الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد، إما المطلب الثاني فكان لتحديد العقود التي تثير مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها، أما المطلب الثالث فكان مخصصا لتحديد طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وتناولنا في المبحث الثالث احكام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وذلك في مطلبين، خصصنا المطلب الأول لبيان شروط مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وعالجنا في المطلب الثاني اثار مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد. وختمنا البحث بخاتمة اوجزنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال البحث. وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

المبحث الأول

الاساس القانوني لإلزام الغير بعدم الإخلال بالعقد

يوصف العقد تقليدياً بأنه قانون المتعاقدين، بحيث لا يجوز لأي من أطرافه الإخلال به، ولكن لم يقل أحد أن العقد مثلما يلزم عاقيه يلزم الغير، فالمتعاقدين مصدر الزامه العقد الذي انضم اليه بإرادته، بينما الغير لم يعبر عن ارادته في الانضمام للعقد، فكيف يكون ملزماً بعدم الإخلال بالالتزامات التي انشأها عقد، هو أصلاً ليس طرفاً فيه.

فالإرادة تلزم صاحبها، دون أن تقوى على إلزام الغير، ولكن الإرادة إذا توافقت مع إرادة أخرى على إنشاء وضع قانوني معترف به من قبل المشرع، فهل يجب على الغير احترام هذا الوضع " الواقعة الاجتماعية " وعدم التنكر له، متذرعاً بمبدأ الحرية التعاقدية، ومبدأ شخصية العلاقة التعاقدية؟

أن الإجابة على ما تقدم تقتضي منا، أن نعرض أولاً للتمييز بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ حجية أثر العقد، ثم نحاول ثانياً تأصيل مبدأ حجية أثر العقد باعتباره الأساس القانوني لإلزام الغير بعدم الإخلال بالعقد.

المطلب الأول

التمييز بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ حجية العقد

كان المبدأ في القانون الروماني أن الاتفاق لا يمكن أن يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، كما لا يمكن أن يكسبه حقاً. وليس في هذا القول سوى تقرير لقاعدة مسلمة عبر عنها الرومان في مبدأ مشهور في فقه القانون: " الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يضر أو يفيد غيرهم " (١).

وقد قصر فقهاء الرومان هذه القاعدة على الأثر الملزم للعقد بالنسبة للأشخاص، بمعنى إخضاع العاقدين وحدهما للعقد، ولكنه لا يمنع الغير من الاحتجاج بالعقد على العاقدين، ولا العاقدين من الاحتجاج به على الغير، فعرف الرومان وفقاً لهذا التفسير الدقيق التمييز بين الأثر الملزم للعقد والحجية المطلقة للعقد.

وانتقل المبدأ إلى القانون الفرنسي القديم بذات المعنى الذي كان له في القانون الروماني: لا ينظم العقد إلا العلاقات بين طرفيه، فلا ينشئ حقاً للغير، أو التزاماً على الغير (٢).

وعن القانون الفرنسي القديم نقل قانون نابليون المبدأ، وصاغه في عبارات واضحة، في المادة ١١٦٥ مدني فرنسي، والتي نصت على أنه: « ليس للاتفاقيات أثر الا بين طرفيها، لا تضر بالغير، ولا يمكن أن تقيدهم إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ١١٢١ »^(٣).

ولكن فقهاء القرن التاسع عشر اخذوا بالتفسير الواسع لكلمتي « يضر » و « يفيد » الواردتين في المادة ١١٦٥ مقدمين المعنى اللغوي لهاتين الكلمتين، على المعنى الاصطلاحي او الفني الذي كان لهما في ظل القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم. فذهبوا الى أن « يضر » معناها إحداث ضرر، و « يفيد » معناها الحصول على فائدة. وصار المبدأ يفيد أن الاتفاقات، لا يمكن ان تحدث ضررا ماديا، ولا أن تجلب نفعا له ذات الصفة. وانتهى الفقه الى القول بمجرد أن نعتبر الشخص "غيرا" عن العقد، فإن العقد لا يعتبر موجودا في مواجهته^(٤)؛ وبذلك اختفى التمييز بين مبدأ نسبية اثر العقد، الذي يحكم القوة الملزمة للعقد بين عاقيه، ومبدأ حجية العقد، الذي يحكم نفاذ العقد تجاه الغير.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير لنص المادة ١١٦٥ مدني في حكم لها جاء فيه: " الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا اطرافا فيها، وبتعبير اخر لا حجية للاتفاقيات في وجه الغير " ^(٥).

ولكن انكار حجية العقد تجاه الغير، يؤدي الى اضعاف القوة الملزمة للعقد بصورة غير مباشرة، ويجعل مبدأ نسبية اثر العقد فارغا من محتواه، فاذا كان رب العمل لا يستطيع الاحتجاج بشرط عدم المنافسة تجاه رب العمل، الذي ساعد العامل الملتمزم بالإخلال بهذا الشرط، عن طريق تشغيله عنده، متجاهلا شرط عدم المنافسة، على اساس انه ليس طرفا في عقد العمل المبرم بين رب العمل السابق والعامل؛ فهذا يعني ان الغير، يستطيع في اي وقت، ان يساعد على الإخلال بالعقد، وبالتالي بقوته الملزمة، بدون أن يكون مسؤولا، على اساس انه اجنبي عن العقد.

لذلك تنبه الفقه لفساد التفسير الممنوح للمادة ١١٦٥ مدني فرنسي، فكتب الأستاذ Whal في عام ١٩١٣ في تعليق له على حكمي محكمة اميان حول نص المادة ١١٦٥ بأنه: " يمنع مطالبة الغير بتنفيذ أحد الالتزامات الناشئة عن العقد، كما يمنع على الغير أن يطالبوا هم أنفسهم بهذا التنفيذ " ^(٦).

وقد عزز هذا التوجه الجديد الأستاذ Weill في أطروحته للدكتوراه الموسومة " مبدأ نسبية الاتفاقيات في القانون الخاص الفرنسي " التي جرت مناقشتها في ستراسبورغ في عام ١٩٣٨، وأطروحة السيد Calastreng حول " نسبية الاتفاقيات " التي جرت مناقشتها في تولوز في عام ١٩٣٩.

أن هذا الفهم الجديد لنص المادة ١١٦٥ مدني يقود الى تحديد نسبية اثر العقد بالنسبة لطرفيه بالاثـر الملزم للعقد، ويكشف عن حجية اثر العقد بالنسبة للغير. فقد أجمع الفقه الفرنسي الحديث^(٧) على أن القاعدة الواردة في المادة ١١٦٥ مدني تتعلق بالأثر الملزم للعقد، ولا تتعلق إلا به، وأن لكلمتي « يضر » و « يفيد »، معنى قانونيا دقيق يختلف كلية عن المعنى الدارج لهما في اللغة: يضر بمعنى إنشاء التزام في ذمة الغير، ويفيد معناها ترتيب حق له. ويكون معنى القاعدة: أن العقد لا ينشئ علاقة التزام الا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة، فلا ينشئ في ذمة الغير التزاما ولا يكسبه حقا. ولا تعنى القاعدة شيئا غير ذلك، ولا تمنع، على الخصوص، نفاذ العقد في مواجهة الغير. فالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، واقعة اجتماعية ليس في الوسع تجاهلها، فليس في وسع الغير أن يتجاهل نشوء هذه الحقوق والتزامات بين طرفي العقد، وليس في وسع أى من طرفي العقد أن ينكر في مواجهة الغير أن هذه الحقوق والتزامات قد نشأت فيما بينهما. ويعبر عن ذلك بالقول إن القاعدة هي أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه، يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويحتج به عليه.

فهناك إذن مبدآن أساسيان متميزا كشف عنهما التفسير الجديد لنص المادة ١١٦٥ مدني فرنسي، مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد، ومبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد.

وقد واكب القضاء الفرنسي الفقه في تطوره هذا، أن لم يكن قد سبقه في بعض جوانب هذا التطور، فقد قضت الغرفة المدنية في محكمة النقض استنادا لاحكام المادة ٧١١ مدني^(٨) بأن: " العقود التي تصلح سنداً للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية. وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تنقلها قيمة الا في مواجهة اطرافه "^(٩). وأن مبدأ نسبية اثر العقد الذي اشارت اليه المادة ١١٦٥ مدني لا ينطبق على " التصرفات التي بها تكتسب أو تنتقل الملكية. فهذه التصرفات فيما يتعلق بذلك هي حجة على الغير "^(١٠).

ويلاحظ على هذه الاحكام انها تتعلق بشكل اساسي بحق الملكية وبصورة اوسع بالحقوق العينية المتفق على حجيتها في مواجهة الكافة، بخلاف الحقوق الشخصية التي ليس لها سوى اثر نسبي.

إذن المسألة المطروحة للنقاش هي ما اذا كانت الحجية المقبولة لدى محكمة النقض تستنتج من العقد، وهو عمل يولد حقوقا شخصية، أم من طبيعة الحقوق التي ينشئها العقد؟

أن صعوبة الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تنوع اثار العقد فبعض اثار العقد تقتصر على انشاء الالتزام، وبعضها يعمل على نقله، والبعض الآخر يعمل على تعديله، أو نهاءه؛ كما أن بعض اثار العقد

تعمل على كسب الحق العيني، أو نقله، والأخير كحق له حجية في مواجهة الكافة، بلا خلاف؛ كما تنشئ بعض الاتفاقيات اشخاصا معنوية لا يمكن انكارها من قبل الغير؛ وهذا يعني أن الحجية المطلقة للعقد لا يمكن فصلها عن حجية الحقوق التي يولدها العقد ذاته، الا أن محكمة النقض الفرنسية لم تتركس، الا منذ وقت قصير، مبدأ حجية العقد، ولو لم ينشئ سوى حقوق شخصية. حيث قضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في حكم لها جاء فيه: « اذا لم يكن للاتفاق، من حيث المبدأ اثر الا في مواجهة اطرافه، فأن ذلك لا يمنع قضاة الموضوع من البحث في عقد لا دخل فيه لأحد الخصوم في الدعوى عن معلومات من شأنها مساعدتهم على اتخاذ قرارهم؛ وتبعاً لذلك، يمكنهم لأجل تحديد قصد الأطراف الرجوع الى عقد ثان مبرم بين الشخص نفسه وابن المتعاقد الأول»^(١١).

كما قضت ايضا: « بأن الواقعة التي تشكل خرقاً لالتزام موجود بين طرفين مرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطأ شبه تقصيري، يجعل فاعله مسؤولاً تجاه الغير الأجنبي عن العقد»^(١٢).

وقضت أيضاً بأن: « بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، وأن لم يكن دائناً أو مديناً، أن يتذرع لمصلحته بالوضع الذي خلقه العقد كواقعة قانونية، فيحق للكفلاء التمسك بالاتفاقية الحاصلة بين مصرفين احدهما يستفيد من الكفالة، والتي ترتب عليها اخراج الديون التي ضمن الكفلاء الوفاء بها من ذمة المصرف المدين، مما يجعل الكفالة منتهية قانوناً لانتفاء موضوعها»^(١٣).

وقد كان للفقهاء الفرنسي الحديث صداه في الفقه المصري، في ظل التقنيين القديم^(١٤) والجديد، حيث اجمع الفقه في مصر على التمييز بين الاثر الملزم للعقد، ونفاذ العقد في مواجهة الغير، كما تناول المشرع المصري في المادة ١٥٢ مدني الاثر الملزم للعقد، وترك للمبادئ العامة نفاذ الوضع القانوني الناشئ عنه^(١٥).

أما في نطاق قانوننا المدني، فنجد أن المشرع العراقي قد اشار الى مبدأ نسبية اثر العقد في المادة ١٤٢ مدني، وترك للمبادئ العامة - كما فعل المشرع المصري - نفاذ الوضع القانوني الناشئ عنه؛ كما اورد في النصوص المخصصة للعقود المسماة تطبيقات لمبدأ حجية اثر العقد، يمكن أن نستدل من خلالها، أن المشرع العراقي يسلم بهذا المبدأ كحقيقة ثابتة لا تحتاج الى نص، وأن هذه التطبيقات، ليست استثناء، بقدر ما هي تطبيق لمبدأ عام، يسري على العقود المسماة وغير المسماة.

ففي نطاق عقد العارية، نصت المادة ٨٥٥ مدني على انه: « ١- ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير. ٢- فإذا أجراها بلا اذنه فهلك في يد المستأجر أو تعيبت فللمعير ان شاء

ضمن المستعير وان شاء ضمن المستأجر، فان ضمن المستعير فلا رجوع له على أحد بما ضمنه، وان ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير إذا لم يعلم وقت الإجارة انها عارية في يده، وان رهنها بلا اذن المعير وهلك في يد المرتهن وضمن المعير المستعير يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن».

وفي نطاق عقد الوديعة، نصت المادة ٩٥٦ مدني على انه: « ١- ليس للوديع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون اذن صاحبها، وان استعملها بلا اذنه وهلك فعليها ضمانها. ٢- وليس للوديع ان يتصرف في الوديعة بإجارة أو إعارة أو رهن بلا اذن صاحبها، فان فعل ذلك وهلك في يد المستأجر والمستعير أو المرتهن، فلما لكها تضمين الوديع وله تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن، إذا كان عالما بان المال وديعة لم يأذن صاحبها بالتصرف فيها ».

لكننا نجد في المقابل أن فقهاء القانون المدني العراقي، وشراحه، لم يهتموا بالتمييز بين مبدأ نسبية اثر العقد، ومبدأ حجية اثر العقد، في مؤلفاتهم العامة^(١٦)، الى درجة يمكن أن نستنتج منها، ومن العبارات التي يستخدمونها، أنهم يخلطون بينهما؛ في المقابل، نجد في نطاق الدراسات المتخصصة التي قام بها بعض الفقهاء^(١٧)، والباحثين العراقيين، أنهم يميزون تمييزا واضحا بين المبدأين؛ فالأستاذ الدكتور صبري حمد خاطر يذهب في أطروحته للدكتوراه الى التوصل الى نتيجة مفادها: " أن الغير إذا كان أجنبيا بالنسبة لأثر العقد فان ذلك لا يعني بالضرورة أن هذا "الغير" اجنبيا بالنسبة لحجية العقد، فالعقد له حجية في مواجهة جميع الاشخاص الذين تتأثر مصلحتهم بالعقد ... وبذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها أن اعتبار هذا الشخص او ذاك "غيرا" بالنسبة لأثر العقد لا يتناقض مع اعتبار العقد ذا حجية عليه "^(١٨).

المطلب الثاني

تأصيل مبدأ الحجية المطلقة للعقد

الحجية، ظاهرة عامة، تهدف الى تحقيق الاعتراف بوجود العقد من قبل الغير، ذلك لأن السماح للغير بالتكرار لوجود العقد، يقود عمليا، الى الأساءة للقوة الملزمة للعقد بين الفريقين، وبفرغ بالتالي العقد من محتواه، كأداة لتنظيم العلاقات القانونية بين الأطراف. فما قيمة حوالة الحق، اذا كان المحال له لا يستطيع مقاضاة المحال عليه بوصفه من الغير.

ولكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد هو: ما اساس هذه الحجية للعقد تجاه الغير وهو لا يولد الا حقوقا شخصية توصف بأنها نسبية؟

يذهب الفقه الحديث الى البحث في فكرة الحق، كأساس لمبدأ حجية العقد، حيث يذهب الأستاذ Aubert الى أن " مبدأ حجية العقد والحقوق والواجبات التي ينشئها في مظهرين - الحجية من قبل الغير والحجية ضد الغير - يشكل الامتداد الضروري لمفهوم الحق. فالأخير ليس له معنى كامتياز فردي بدون هذه الحجية من جهة، ومن جهة أخرى، العقد ايضا ينبغي أن يستفاد من حجية مشابهة باعتباره الأداة التي يعهد بها القانون لمن هم أهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم".

ويضيف الأستاذ Aubert فيما يتعلق بحجية العقد تجاه الغير " أن الحجية ليست اعتداء على مبدأ نسبية اثر العقد كما انها لا تتناقض مع فكرة سلطان الإرادة طالما انها تكتفي بأن تفرض من حيث المبدأ احترام التعهد الاسبق تاريخا، وفقا للقاعدة التقليدية " الاسبق زمانا هو المفضل"، ولا يتم الخروج عليها الا لضمان استقرار المعاملات عندما يجهل الغير المتعاقد الثاني مع المدين العقد الذي وقع الإخلال به" (١٩).

ويبدو أن من مزايا النظرية الشخصية personnaliste التي دافع عنها بلانيول انها كشفت عن وجود التزام عام يسري في مواجهة كافة، مضمونه الامتناع عن التعرض لصاحب الحق، ولكن هذه الميزة لا يمكن أن تدفع عن هذه النظرية العيوب التي وجهت لها، فالمقارنة التي أجراها بلانيول بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، بالاستعانة بفكرة الالتزام السلبي العام، تؤدي الى خلط بين مفهوم الحجية، ومفهوم الالتزام بمعناه الفني الدقيق (٢٠).

فإذا كان صحيحا ان الحق العيني يمكن الاحتجاج به ضد كافة، أي على كافة، عدا صاحب الحق، واجب احترام هذا الحق، وعدم التعدي عليه، فأن من غير الصحيح، وصف هذا الواجب، بوصف " الالتزام السلبي العام"، لأن الأخذ بما تقدم يجرنا الى القول: بأن الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي يكمن في أن الحق العيني يحتج به ضد كافة، وبالتالي، لا يجوز للغير الاعتداء عليه، بينما الحق الشخصي يحتج به ضد المدين فقط؛ بمعنى، يجوز لغير المدين انتهاك هذا الحق، أو الاعتداء عليه، بدون أن تترتب عليه أية مسؤولية (٢١).

ومما لاشك فيه، أن هذا التصوير غير صحيح، فالغير ليس في مقدوره انتهاك حق الدائن تجاه مدينه بدون مسؤولية، فكل حق، أيا كان، يولد واجبا عاما على كافة، مضمونه الامتناع عن التعدي على حق الغير، هذا الواجب العام هو ما تسميه أو تصوره النظرية الشخصية خطأ بأنه " التزام سلبي عام"، فليس ثمة حق لا يحتج به اتجاه كافة، إذ أن التزام الناس بعدم التعرض، ناشئ عن وجوب احترامهم للقانون، والنظام، لذلك نجد أن هذا الواجب العام، يعيش على هامش الذمة المالية، دون أن يكون جزء من جانبها السلبي (٢٢).

هناك اذا مبدأ عام لحجية الحقوق، سواء كانت عينية أو شخصية يجد مصدره في وجوب احترام القانون والنظام، حيث يقول جورجاني بهذا الصدد: " ان فرض مثل هذا الواجب على الناس كافة انما هو مظهر للمبدأ العام وهو مبدأ عدم جواز الاضرار بالغير "^(٢٣). ويقول حجازي: " ان الالتزام السلبي العام ليس مميزا للحق العيني، انه لباب كل حق حتى الحق الشخصي "^(٢٤). من هذه الحجية العامة يتميز وضع المدين في الحق الشخصي، فهو ليس في وضعه ملزما تجاه الجمهور بمراعاة حق الغير فقط، وإنما هو ملزم فوق ذلك بأداء معين - قيام بعمل أو امتناع عن عمل - يظهر في الجانب السلبي لزمته المالية. في حين ان الواجب السلبي العام الذي تتكون منه - أو من مجموعة الواجبات العامة - الحدود الطبيعية لحرية كل فرد، ونشاطه، لا تتدرج في الجانب السلبي من الذمة المالية للأفراد.

ويبدو أن التقسيم الجديد للحقوق المتعلقة بالذمة المالية الذي اقترحه Ginossar يقدم تفسيراً جديداً لحجية الحق الشخصي تجاه الغير، وهو الحق الذي يشكل وفق وجهة نظره، أحد الألغاز، الذي عجز الفقه التقليدي عن تفسيره، فكيف يضاف الى الحق الشخصي الذي يعتبر حقاً نسبياً، التزام عام، بالامتناع عن المساس بهذا الحق، وكيف يفرض هذا الالتزام على الغير؟

ويجب الأستاذ Ginossar على هذا التساؤل بأن الحق الشخصي أو الالتزام يفرض على "الغير" لأن الحق الشخصي حجة عليه؛ أما كيف يعد حجة عليه، فإن ذلك يرجع الى ان الدائن يعد مالكا للدين، فالحقوق جميعها حقوق ملكية، وإن الملكية مرادفة للحق، وانه كما توجد ملكية العين، توجد ملكية الدين، فالدين هو شيء يعود للدائن، ويرتبط بزمته المالية، باعتباره أثر لحق الملكية؛ فالأثر الجوهرى لحق الملكية يكمن في عائدة هذا الحق، وليس كما يزعم في ظل النظرية التقليدية أن مظهر الملكية السلطة المباشرة التي يمارسها شخص معين على شيء معين. فالحق الشخصي عائد للدائن، وبذلك يمثل ملكيته على الدين. وهذه الملكية تتجلى في مظهرين:

أولهما: مظهر داخلي وهو امتيازات حق الملكية التي تمنح للدائن، فالأخير يستطيع أن يتصرف بالدين كمالك، كأن يتصرف به عن طريق الحوالة، أو ينقله بحق عيني، عن طريق الرهن (رهن الدين).

ثانيهما: مظهر خارجي وهذا المظهر لا يبرر اعتبار الحق الشخصي حق ملكية فقط؛ وإنما تكييفه على انه حق ملكية ضرورة تستدعيها حماية هذا الحق، لأن القول بخلاف ذلك؛ يعني، أن أي شخص يستطيع تجريد الدائن من حقه الشخصي، بينما القول: بأن الحق الشخصي هو عبارة عن ملكية اشياء غير مادية، يمكن الدائن باعتباره مالكا، من الدفاع عن حقه، واسترداد حيازة سند الدين، في حالة انتزاعها من قبل الغير، بالطريقة ذاتها، التي يسترد بها المالك حيازة الشيء، كما يستطيع ان يمارس دعوى غير مباشرة في مواجهة

مدين مدينه، لحماية حقه الشخصي. كذلك يستطيع ان يرجع على مدينه بضمان الاستحقاق، بل أن الدائن في ممارسته لدعوى عدم نفاذ التصرفات، والدعوى الصورية، يؤكد بما لا يقبل الشك، بحجية حقه في مواجهة "الغير". ومادام الأمر كذلك فإن هذه الحجية تفرض على الغير واجب احترام الحق الشخصي، فإذا أخل بهذا الواجب، بالتعاقد مع أحد طرفي العقد، وأدى ذلك إلى إخلال الأخير بالتزاماته العقدية، فإنه - أي "الغير" يكون مسؤولاً عن هذا الإخلال^(٢٥).

أن محاولة الأستاذ جينوسار لأعطاء حجية للحق الشخصي، شبيهة بتلك الحجية المعطاة للحق العيني، عن طريق هدم التمييز بين الحقين، واعتبار جميع الحقوق المالية، ملكيات، ترد على أشياء مادية وغير مادية، رغم أهميتها، وحدائتها، لا يمكن ان تصمد امام النقد، ناهيك، انها لم تفلح في هدم التمييز التقليدي للحقوق المالية الى عينية وشخصية، ونرى أن تقسيم الحقوق المالية الى حقوق عينية وحقوق شخصية، انما تقوم على حقيقة مفادها ان الحق العيني والحق الشخصي كلاهما ينصب على شيء res حصل عليه صاحبه في الحالة الأولى، في حين يأمل ان يحصل عليه في الحالة الثانية، عن طريق نشاط المدين. ثم أن الحق الشخصي والحق العيني اذا كانا يتفقان في أن كل منهما قيمة ايجابية في ذمة صاحب الحق، فانهما يختلفان، في ان الحق الشخصي كقيمة ايجابية في ذمة الدائن، يقابلها قيمة سلبية في ذمة المدين، بينما في الحق العيني فإنه وأن كان يمثل قيمة ايجابية في ذمة صاحب الحق، الا انها قيمة لا تقابلها أية قيمة سلبية في ذمة شخص آخر. فما من أحد يدور بخلده، أن يقيد في الجانب السلبي من ذمته، التزاماً، باحترام حقوق الغير العينية.

ويبدو أن محاولات البعض هدم التمييز بين الحقين، وإدماج الحق الشخصي بالحق العيني، لإعطاء الحق الشخصي حجية في مواجهة الكافة، شبيهة بحجية الحق العيني، وصولاً الى تبرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، نابعة من الخلط بين الواجب العام " الواجب العام السلبي " والواجب الخاص obligation personnelle الذي يقع على شخص معين، دون غيره من الأشخاص ويجعله خاضعاً لإرادة صاحب الحق، ملزماً ان يعمل له شيئاً معيناً، أو أن يتمتع من أجله عن عمل معين. والذي يعد الحق الشخصي أو حق الدائنية droit de créance أهم مثال عليه^(٢٦). وما زاد الأمر غموضاً تقسيم الحقوق الى حقوق نسبية droits relatifs وحقوق مطلقة droits absolus. وأهم مثل للنوع الأول الحق الشخصي، وأهم مثل للنوع الأخير حق الملكية.

أن الواجب العام " الواجب السلبي العام " هو الذي يقارن كل حق، فيفرض على الكافة عدا صاحب الحق، أن يمتنعوا عن التعرض لصاحب الحق، في استعمال حقه، فهو واجب سلبي، لا يلزم المرء بالقيام

بأي عمل، وإنما يلزم فقط بالامتناع عن الاعتداء على حق الغير. أما الواجب الشخصي أو الخاص " الالتزام بمعناه الفني الدقيق " فهو يقابل نوعا معينا من الحقوق دون غيره؛ ويلزم شخصا معينا، بعمل شيء، أو الامتناع عن عمل شيء، لمصلحة صاحب الحق، فهو قد يكون ايجابيا (القيام بعمل) وقد يكون سلبيا (الامتناع عن عمل).

كما يختلف الواجب العام عن الواجب الخاص - ولو كان الأخير سلبيا - في أن الأول لا يتقل كاهل المرء، ولا يعتبر دينا عليه، يبهظ ذمته المالية، فهو وإن يكن وجوده ضروريا لاستكمال الحق قوته، ليس فيه شيء من جوهر الحق ذاته، بل هو المظهر الخارجي لنفاذ الحق في مواجهة الكافة، وتتكون منه أو من مجموعة الواجبات العامة الحدود الطبيعية لحرية كل فرد ونشاطه، فماذا يضيرني أن احترم ملكية جاري، وأن امتنع عن الاعتداء على حرية ذاك؟ إن التزامي بهذه الواجبات، لا يمنعني من أن اتمتع بكامل حريتي، التي رسمها لي القانون، لذلك لا أحس بتقل هذه الواجبات، مهما تكاثرت عددها.

أما الواجب الشخصي فإنه - سواء أكان ايجابيا أم سلبيا - قيد ينفرد به شخص دون غيره من الأشخاص وفيه تضيق للدائرة الطبيعية لحرية ذلك الشخص، ونشاطه، المرسومين وفقا للقانون، فهو تضيق طارئ لا بد من سبب لنشوءه، ولا بد من وسيلة لإنهائه. وهو قيد يتقل كاهل الملتزم، ويبهظ ذمته المالية، بقدر ما يفيد الحق صاحبه، فهو المقابل التام في الناحية السلبية من الذمة المالية، للحق في ناحيتها الايجابية. فالشخص الملتزم بواجب خاص، يلزمه بأداء عمل معين؛ كبناء جدار، أو اصلاح سيارة، أو بالامتناع عن البناء على مسافة معينة من ملك جاره، أو الامتناع عن مزاوله نشاط تجاري معين، ينفرد بهذا الواجب دون غيره، ويشعر بأن هذا الواجب يحد من رغباته في الاستمتاع بنشاطه وحرية المشروعين، وأنه بقدر ما تتعدد واجباته التي من هذا النوع، بقدر ما يتضاؤل الجزء الذي يجوز له استعماله من حريته ونشاطه المشروعين، وبقدر ما ينقص رصيد ذمته المالية^(٢٧).

أما كيف زاد تقسيم الحقوق الى مطلقة ونسبية الامر تعقيدا وغموضا، فهي مسألة نوضحها على النحو الآتي: فقد جرى الفقه^(٢٨) على تسمية الحق العيني، ومثاله حق الملكية، بأنه حق مطلق، لأنه نافذ قبل الكافة، والحق الشخصي بأنه حق نسبي، لأنه لا يلزم إلا المدين، فهو لذلك يعتبر أضيق أثرا من الحق المطلق، لأنه لا يجوز الاحتجاج به الا على المدين، فثبتت الحجية عندهم للحق العيني دون الحق الشخصي.

ولكن الواقع عكس ذلك تماما، فقد فاتهم أن ما يسمونه بالحق النسبي يستوى مع الحق المطلق في واجب احترامه من الكافة، ويزيد عنه في انه - فوق هذا الواجب العام الذي ينشأ عنه - يفرض واجبا خاصا على

شخص معين (المدين به). فأصحاب الحقوق سواء كانت، شخصية أو عينية، نسبية أو مطلقة، يباشرون حقوقهم وسط جماعة من الاشخاص يجب عليهم احترام هذه الحقوق فتكون حجة عليهم opposables، ولذلك لا يوجد فرق بين الحق العيني والحق الشخصي من هذه الناحية. فالالتزام السلبي العام الذي يقع على الناس كافة فيما عدا صاحب الحق العيني، والذي يوجب على كل فرد أن يمتنع عما يكون من شأنه ان يعوق استعمال هذا الحق، لا يقتصر على الحق العيني، بل يطبق كذلك على الحق الشخصي، فهذا الالتزام السلبي العام، هو الدرع الذي يقي الحقوق جميعا. ولذا يوجد - ويجب أن يوجد - في الحقوق الشخصية التزام عام يوجب على الناس كافة، فيما عدا صاحب الحق، الامتناع عن أي عمل، يمكن أن يعطل مزاوله الحق الشخصي. صحيح أن الأخير لا يلزم الغير، بل يلزم المدين وحده، ولكنه يوجد بالنسبة الى الغير، مثلما يوجد الحق العيني قبلهم. فالعقد المبرم بين مدير المسرح والفنان، لا يلزم الا المتعاقدين، ولكنه يوجد في مواجهة الغير، فلا يجوز لمدير مسرح آخر، أن يتجاهل وجود هذا العقد، الذي هو مع ذلك اجنبي عنه، ويتعاقد مع ذلك الفنان، مادام العقد الأول قائما، وإلا عد محرضا لذلك الفنان، على عدم تنفيذ التزامه قبل مدير المسرح الأول، وكان بذلك مسؤولا، بناء على خطأ وقع منه، هو العدوان على حق المتعاقد الآخر (مدير المسرح الأول).

المبحث الثاني

نطاق مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

أن تحديد النطاق الفني لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد يقتضي منا بحث المسائل الآتية:-

اولا: تحديد طبيعة مسؤولية الغير، وهل هي ذات طبيعة عقدية لإخلال الغير بالتزام عقدي، أم ذات طبيعة تقصيرية لكون المسؤولية العقدية ينحصر نطاقها الفني في الروابط بين المتعاقدين.

ثانيا: تحديد من هم الاشخاص الذين يتم وصفهم بالغير.

ثالثا: تحديد العقود التي يمكن ان تحرك مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها.

ونرى هذه المسائل في المطالب الآتية.

المطلب الأول

طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وبذلك ظهر أكثر من اتجاه في تحديدها كالاتي:

- ١ - اتجاه ذهب الى انها ذات طبيعة عقدية.
- ٢ - اتجاه ذهب الى انها ذات طبيعة تقصيرية، ولكن اصحاب هذا الاتجاه اختلفوا في اساسها القانوني، فقال بعضهم بأنها: دعوى عدم نفاذ تصرفات، وقال البعض الآخر بأنها: دعوى منافسة غير مشروعة، وقال آخرون بأنها: دعوى تعسف في استعمال الحق، وقال عنها آخرون انها: مبنية على اساس الغش.

وإزاء هذه الاتجاهات، ظهر رأي في الفقه، اسسنا له فيما تقدم من البحث، يصف مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، بأنها: تقصيرية، تخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، ويقدمها كنتيجة لحجية العقد تجاه الغير، وبصورة ادق لإلتزام عدم الاضرار الناتج عنها.

إذن نحن إزاء طبيعة لمسؤولية الغير اختلف حولها الفقه، وهذا ما سنحاول تحليله كما يلي:

الفرع الأول

مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة عقدية

لبيان هذا الاتجاه نعرضه أولاً ثم نقومه ثانياً.

أولاً: عرض الاتجاه.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي^(٢٩) الى ان الاعتراف بمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، يعني بالضرورة الاعتراف بأن الغير تنكر لالتزام موجود سابقاً ومفروض عليه. والحال ان هذا الالتزام لا يمكن ان يكون مصدره إلا العقد - وليس المبدأ العام للحجية - الذي يمكن ان يرتب التزامات على عاتق المتعاقد وأخرى على عاتق الغير، كما يرتب حقوقاً للمتعاقد وأخرى للغير^(٣٠).

أن هذا الالتزام المفروض على الغير - كالتزام عقدي وليس كمجرد واقعة هو عبارة عن التزام سلبي يجد مصدره في العقد ذاته الذي انتهكه الغير. مضمونه عدم القيام بأية أعمال تمنع الدائن من استيفاء حقه

الناشئ من العقد، فتدخل الغير في منع تنفيذ العقد يثير مسؤوليته التي يجب أن تكون ذات طبيعة عقدية، كمسؤولية المتعاقد الذي اشترك معه هذا الغير في الإخلال بالتزامه.

ويذهب الأستاذ ديموج Demogue الذي يعترف بهذا الالتزام الى القول: " أن فرض هذا الالتزام على الغير يقتضي منا التمسك باعتبار نفسي، فالغير الذي يعلم بوجود العقد ومع ذلك يعمل على انتهاكه أما اضرار بالدائن او لقبول الاضرار به، يجعل القاضي أمام خيارين لا ثالث لهما: الأول أن يختار مراعاة حرية الغير في التصرف، والثاني ان يختار مراعاة حق الدائن غير المنازع فيه في الحصول على حقه.

أن الاعتبار الأخير - يقول ديموج - هو ذو طبيعة تشريعية وهو الذي يدفع هنا الى اعطاء أثر سلبي للالتزام أو الحق الناشئ من العقد تجاه الغير " (٣١).

ولمتابعة هذا التأسيس الذي يجعل للالتزام أو الحق الناشئ من العقد اثر سلبي تجاه الغير يتمثل بالزام الغير بعدم المساعدة على الإخلال بالعقد يقول ديموج: " أن مسؤولية الغير الذي يشترك مع العاقد، في الإخلال بالتزامه، هي مسؤولية عقدية، كمسؤولية هذا الأخير. وذلك أن العقد - تضيقا لما يقضي به المبدأ الفردي Individualiste الوارد في المادة ١١٦٥ - يلزم العاقد بتنفيذه، كما يلزم الغير، الذين يعلمون بالالتزام الناشئ عنه، بعدم إعاقة تنفيذه. فكما أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقا للمشتراط، وأخرى للغير. فمتى قام الغير، بعد علمه بالعقد، بالمساعدة على الإخلال به، فإنه ينضم اليه، وينشأ، من ثم، تصرف لاحق، يلزم من أنشأه: كما أن المالك، الذي يقر تصرف الغير في ملكه، والموكل الذي يقر التصرف الذي جاوز فيه الوكيل حدود وكالته، يلتزمان بالتصرف الذي كان غير نافذ، في مواجهتهما، قبل الإقرار، كذلك الغير الذي يشترك في الإخلال بالعقد يكون ملتزما باحترام بنوده. وتكون مسؤولية الشريك، تبعا لهذا، كمسؤولية العاقد، ذات طبيعة عقدية، وإن كانت اضيق منها نطاقا، لأنها لا تقوم إلا إذا كان الشريك سيء النية، يعلم بالعقد الذي عاون على الإخلال به " (٣٢).

ثانيا: تقويم الاتجاه.

يؤخذ على هذا الاتجاه بعده عن القواعد العامة بشكل يجعله غير قابل للتأييد وذلك للأسباب الآتية:

١- يعد وجود عقد بين المسؤول والمضرور، لقيام المسؤولية العقدية، شرطا له وضوح البديهية؛ فلا وجود لهذه المسؤولية، بداهة، بغير قيام عقد بين المسؤول عن الضرر ومن كان ضحيته. في حين لا يوجد عقد بين الدائن (المضرور) والغير (المسؤول) الذي اشترك في الإخلال بالالتزام الناشئ من العقد.

٢- أن فكرة التصرف اللاحق ليس فيها شيء من مقومات العقود؛ فالمالك، أو الموكل، الذي يقر تصرف الغير، أو الوكيل، إنما يقبل إعطاءه العنصر الذي ينقصه، قانوناً، لينتج كافة آثاره. إنما لا يتصور أن تحلل، على هذا الوجه، إرادة ذلك الذي لا يكتفي بالبقاء بعيداً عن العقد، بل يقدم عمداً على تحطيمه، وتعطيل قوته. فكيف يقال بأنه ينضم إلى العقد حين يظهر الإرادة القاطعة في تجاهله وشل آثاره^(٣٣).

٣- تقضي القواعد العامة في العقد لانضمام الغير إليه قبول الدائن على هذا الانضمام، في حين أن الدائن يجهل، في العادة، اشتراك الغير في الإخلال بحقه، وقت وقوعه، وكان يرفضه، حتماً، لو علم به قبل وقوعه.

الفرع الثاني

مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات طبيعة تقصيرية

لبيان هذا الاتجاه نعرضه أولاً ثم نقومه ثانياً.

أولاً: عرض الاتجاه.

ذهب جانب من الفقه إلى القول: بأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية، ولكن الفقه اختلف في أساس هذه المسؤولية، فذهب رأي قديم^(٣٤)، في ظل التفسير التقليدي المعيب للمادة ١١٦٥ مدني فرنسي، إلى أن مبدأ نسبتي أثر العقد يمنع أن تقوم على عاتق الغير^(٣٥)، الذي يشارك مع المدين في الإخلال بالتزاماته العقدية، مسؤولية خاصة، مستقلة عن تلك التي تنقل هذا الأخير. فالالتزام، علاقة شخصية وذات آثار نسبتي، لا يمكن أن يخل به سوى المدين فيه، لا الغير، الأجنبي عنه، والذي لا تقع عليه، إذا جازت مساءلته، « سوى مسؤولية مستعارة » تجري على نسق مسؤولية المدين. وإذا كان مبدأ نسبتي أثر العقد يحول دون قيام مسؤولية مستقلة على عاتق الغير، فإنه يمنع، بالأولى، أن تكون عقدية، لأنه ليس طرفاً في العقد الذي أبرمه المدين. ولا يمكن، من ثم، إلا أن تكون مسؤولية تقصيرية، يتعين، لقيامها، على كاهله، أن تكون مسؤولية المدين تقصيرية. ولم يتردد صاحب هذا الرأي في القول بها، اخذاً بالرأي القائل بأن الغش، في تنفيذ العقد، يعتبر « جنحة مدنية » تقيم المسؤولية التقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية، وعلى وجه يقيم للدائن الخيرة بينهما وفقاً لمصلحته. بقي، بعد ذلك تحديد العناصر اللازمة لقيام هذه المسؤولية. لجأ صاحب هذا الرأي في تحديدها إلى نظرية الاشتراك في القانون الجنائي، التي يرتفع بها إلى المبادئ العامة في القانون

الوضعي: تطبق على اشتراك الغير في الإخلال بالالتزامات العقدية قواعد قانون العقوبات في المساهمة الجنائية. ويجب، تبعا لهذا، أن يكون اشتراك الغير واعيا، وكذلك إيجابيا، لتقوم مسؤوليته قبل الدائن، على الوجه الذي يقيم المسؤولية الجنائية.

وذهب جانب آخر من الفقه^(٣٦) الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على أحكام الدعوى البوليصية، فالغير الذي يتواطىء مع المدين، اضرارا بالدائن، وإخلالا بالتزام عقدي، يساعد على إفسار المدين أو الزيادة في إفساره. وبذلك، فهو يرتكب غشا بوليصيا، يفتح الباب أمام الدائن، لرفع الدعوى البوليصية للوصول الى حقه؛ فاذا كان الدائن موعودا ببيع عين، أو برهن، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها، او الموعود برهنها، الى شخص آخر اضرارا بحق الدائن، فهنا يستطيع الدائن للوصول الى حقه أن يرفع الدعوى البوليصية، التي يترتب على نجاحه فيها اعتبار التصرف المبرم بين المدين والغير، غير نافذ في حقه.

وإذا كانت الدعوى البوليصية لا تسمح للدائن بالمطالبة بالتعويض، لأنها ليست بدعوى تعويض، على أن اصحاب هذا الاتجاه يرون أن الدعوى البوليصية فيها ايضا معنى التعويض، ولكنه تعويض من نوع خاص كذلك، يميزه عن التعويض المعتاد عدة فروق، منها أن الدائن لم ينل في الواقع تعويضا عن ضرر تحمله بنفاذ تصرف المدين في حقه، بل أن هذا الضرر قد رفع عنه بعدم نفاذ هذا التصرف.

وقد يكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى البوليصية في بعض أحوال لا يكون فيها المدين معسرا، وذلك اذا فرض ان حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، وذلك اذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين، كما اذا كان موعودا ببيع عين، ثم باع المدين العين الى شخص آخر، اضرارا بحق الدائن، ففي مثل هذه الحالة يعتبر المدين في حالة افسار بالمعنى المقصود في المعنى المقصود في الدعوى البوليصية، مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى حقه عينا ولو استطاع أن يصل اليه من طريق التعويض بأن كان عند المدين أموال كافية تفي بهذا التعويض. وبالرغم من يسار المدين بالنسبة لحق التعويض، يعتبر معسرا بالنسبة للتنفيذ العيني، وهذا افسار كاف، يسوغ للدائن حق رفع الدعوى البوليصية، فيطعن في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة لحقه، ويستطيع الوصول الى التنفيذ العيني. ويكون الغش والتواطؤ المشترطان في جانب المدين ومن تصرف له المدين " الغير " معناهما هنا أن الطرفين أرادا بهذا التصرف أن يمنعا الدائن من الحصول على حقه عينا، ولو أدى ذلك الى ان يحصل على تعويض.

ويقول اصحاب هذا الاتجاه بأنه: اذا كان هناك شك في جواز رفع الدعوى البوليصية في بعض الأحوال، فإنه يمكن تطبيق قاعدة أوسع نطاقا، وهي القاعدة التي تقضي بأن الغش يفسد العقود (Fraus Omnia corrumpit) وجزء الغش هو التعويض، اذا احدث ضررا؛ باعتباره عملا ضارا في ذاته^(٣٧).

وذهب آخرون الى تأسيس دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام المنافسة غير المشروعة^(٣٨)، فالشخص الذي يستخدم بتبصر عاملا انتهاكا لشرط عدم المنافسة يرتكب خطأ تقصيريا. والمسؤولية هنا يتم الحكم بها على اساس المنافسة غير المشروعة؛ أما لأن هناك إغراء للعامل بترك العمل من منافس، وإما لأن الخطأ يرتكبه شخص معنوي أنشأه عامل قديم او عمال قدامى في المؤسسة الضحية^(٣٩).

ورجح البعض الآخر، تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، على اساس نظرية التعسف في استعمال الحق^(٤٠)، فالحق في ابرام التصرفات القانونية، كجميع الحقوق الأخرى، قابل للتعسف فيه. ويقوم هذا التعسف إذا أبرم التصرف بقصد الإضرار بالغير، أو، على الأقل، إذا كان الإضرار قد راود أحد طرفيه.

وذهب جمهور الفقه^(٤١) الى تأسيس مسؤولية الغير مباشرة، على المادة ١٣٨٢ مدني فرنسي، المقابلة للمادة ٢٠٤ مدني عراقي. وتأييدا لما ذهب اليه جمهور الفقه قضت محكمة النقض الفرنسية في ١١ تشرين الأول ١٩٧١ بأنه: « كل من يساهم، في الإخلال بالعقد، مع علمه به، يرتكب خطأ تقصيريا يلزمه بتعويض الضرر الذي نجم عنه »^(٤٢).

ثانيا: تقويم الاتجاه.

ليبان مدى امكانية تبني احد الاسس التي تم طرحها من قبل اصحاب هذا الاتجاه، لتفسير الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، سوف نناقش كل رأي على حده، وعلى النحو الآتي:

١ - تقويم نظرية الغير الشريك « المسؤولية المستعارة ».

تستند هذه النظرية الى قضايا غير مجمع عليها، فضلا عن أنها غير ذات اساس، مما جعلها منعزلة في الفقه، دون صدق في القضاء، فهي تفترض أن مسؤولية المدين، عن الغش في تنفيذ التزامه العقدي، ذات طبيعة تقصيرية، في حين أن الأرجح أنها تظل عقدية^(٤٣).

كما أن تبعيتها للقانون الجنائي يكفي لاستبعادها كلية، لأن اختلاف الغاية في القانون المدني عنها في القانون الجنائي لا يسمح، على الإطلاق، بتدخل قواعد أحدهما في نطاق الآخر. ففي القانون الجنائي، حيث العقوبة، يتعين تحديد الجرائم على وجه الدقة، والتضييق في تفسيرها حماية للحريات الفردية، أما في نطاق القانون المدني، حيث التعويض وحده، لتقوم العلاقة بين ذمتين، لا وجه لتطبيق المبادئ الجنائية، ويجب أن تكون المسألة أكثر سعة حماية للأمن في الجماعة^(٤٤).

كذلك ليس صحيحا، على الإطلاق القول بأن الفعل الواحد، إذا كون، في ذات الوقت، جريمة جنائية وجنحة مدنية، يعد ذات الاشخاص شركاء جنائيا وكذلك مدنيا، إذ لا يوجد ما يمنع الحكم، مدنيا، بالتعويض على من تثبت براءته، جنائيا، من تهمة الاشتراك في الجريمة، متى نسب إليه إهمال، أو عدم احتياط، يرتبط مع الضرر بعلاقة سببية^(٤٥). وهذا يؤكد سعة المسؤولية المدنية، حال الاشتراك في الفعل الضار، عن المسؤولية الجنائية حال المساهمة في الجريمة.

واخيرا فأن وصف الغير بأنه شريك مسألة تعوزها الدقة في كثير من الاحيان؛ فقد تنصرف ارادة الغير الى الإخلال بالعقد، أما المدين فإنه يبدي موافقته على اقتراح الغير والأخلال بالعقد، فيصبح الغير فاعلا اصليا، بينما يوصف المدين بأنه شريك في الإخلال بالعقد^(٤٦).

٢ - تقويم نظرية الدعوى البوليصية.

لا يمكن القول بأن دعوى الدائن ضد الغير الذي اخل بالعقد هي دعوى بوليصية، لأختلاف كلا الدعويين في عدة أمور أهمها:-

أ- أن دعوى عدم نفاذ التصرفات ترمي الى حماية الغير (الدائن) من تصرفات مدينه^(٤٧)، الضارة، بينما الدعوى التي يرفعها الدائن ضد الغير لإخلاله بالعقد، تهدف الى حماية المتعاقد من تصرف الغير الذي يخل بالعقد؛ وفرق بين الدعوى التي تحمي الغير، والدعوى التي تحمي المتعاقد من فعل الغير.

ب- يشترط لرفع الدعوى البوليصية وجود علاقة مديونية سابقة بين الغير (الدائن) ومدينه^(٤٨)، بينما لا يشترط وجود علاقة سابقة بين المتعاقد والغير الذي شكل فعله اخلالا بالعقد.

ت- ان اثر الدعوى البوليصية ينصرف الى الدائنين، بينما ينصرف اثر دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد الى المتعاقد، وإن أفاد منها دائنوه بصورة غير مباشرة.

ث- يشترط في دعوى عدم نفاذ التصرفات أن يؤدي تصرف المدين المطعون فيه الى اعساره أو الزيادة في اعساره^(٤٩)؛ بينما لا يشترط مثل هذا الشرط لرفع دعوى الدائن ضد الغير، الذي انتهك العقد، سواء بالنسبة للغير أو بالنسبة للمدين في العقد الذي توافىء مع هذا الغير للإخلال بالعقد.

ج- ان قواعد المسؤولية المدنية لا تتفق واحكام الدعوى البوليصية، ذلك ان المسؤولية تستلزم الخطأ، في حين انه يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين ولو لم يرتكب غشاً، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية، كما هو الشأن بالنسبة الى أعمال التبرع^(٥٠).

ح- ان هدف الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام؛ وأداة تحقيق هذا الهدف، هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين، بينما تهدف الدعوى التي يرفعها الدائن على الغير الى المحافظة على القوة الملزمة للعقد، وأداة تحقيق هذا الهدف هو الزام الغير بالتعويض في حالة اخلاله بالعقد مع علمه به.

مما تقدم يتبين لنا أن اختلاف طبيعة وشروط الدعوى البوليصية عن شروط دعوى المسؤولية عن الإخلال بالعقد، تحول دون أن يكون الغير في منزلة الشخص الذي يرتكب فعل الغش البوليصي؛ التي تستوجب مسألة الغير عن الإخلال بالعقد، ناهيك عن عدم إمكانية الاستفادة من احكام هذه الدعوى لتعقيد شروطها، وعدم انطباقها في كثير من الفروض.

٣- تقويم نظرية المنافسة غير المشروعة.

أن دعوى المنافسة غير المشروعة هي من قبيل الدعاوى النوعية بسبب موضوعها، فهي تهدف الى مساءلة الشخص الذي يتعسف في استعمال حرية التجارة، بينما تعد دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد من قبيل الدعاوى العامة التي تهدف الى مساءلة أية شخص يساهم في الإخلال بالعقد، مع علمه به.

كما يشترط لسماع دعوى المنافسة غير المشروعة - تقليدياً - أن يرتكب الخطأ في إطار علاقة منافسة، مما يعني أن دعوى المنافسة تقتض وجود زبائن، وكون هؤلاء الزبائن مشتركين بين المؤسسة التي تنتج تحديد وجود وضع منافسة بينها؛ بينما لا يشترط مثل هذا الشرط في الخطأ في دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، كما ان دعوى المنافسة غير المشروعة هي من قبيل الدعاوى الاحتياطية التي تسمح بإقامة دعاوى أخرى معاً أمام القضاء، فهي ليست دعوى اقصائية، ولا دعوى مسؤولية تعاقدية تهدف الى التعويض عن ضرر متميز؛ كما أن غياب نص عام، في القانون الفرنسي وكذلك العراقي،

دفع الفقه الى تأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدني -
المقابلة للمادة ٢٠٤ مدني عراقي^(٥١).

أن اتحاد الاساس القانوني لكلا الدعويين، يجعلنا نفضل تأسيس دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال
بالعقد على القواعد العامة في المسؤولية المدنية، بدلا من تكييفها بأنها دعوى منافسة غير مشروعة، لعدم
انطباق شروط هذه الدعوى - لنوعيتها - على كثير من الفروض التي تتوفر فيها مسؤولية الغير عن
الإخلال بالعقد؛ بالإضافة الى ما تم ذكره اعلاه.

٤ - تقييم نظرية التعسف في استعمال الحق.

يبدو لنا أن اعتبار الغير الذي اخل بالعقد، متعسفا في استعمال حقه في التعاقد، غير مقنع، وذلك
للأسباب الآتية:-

أ- عدم تحقق شروط نظرية التعسف في استعمال الحق في كثير من الفروض التي تقوم بها مسؤولية
الغير عن الإخلال بالعقد؛ فلكي يتحقق التعسف يجب أن تتصرف نية الغير إلى الأضرار بالدائن
بالاتزام العقدي، أو الى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع
مصلحة الدائن؛ بينما قد يرتكب الغير خطأه في التعاقد دون أن تكون لديه نية الأضرار بالدائن، أو
دون أن تتصرف إرادته إلى تلك المصلحة^(٥٢).

ب- ان إبرام التصرفات القانونية يعتبر رخصة أو حرية عامة، وليس حقا خاصا ليرد التعسف على
استعماله؛ فلكل شخص حرية إبرام العقود. وقد اعترف واضعو المذكرة التفسيرية للقانون المدني
المصري بهذا التوجه، حيث جاء فيها ما نصه: « التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها، أما
الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير
من جراء ذلك »^(٥٣).

ت- صعوبة تحديد معيار التعسف عمليا، في حين نجد معيار الخطأ التقصيري الذي تؤسس عليه
مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد اكثر انضباطا.

- رأينا في الموضوع.

نعتقد بدورنا أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية، لأن نطاق المسؤولية العقدية ينحصر بين طرفي العقد من جهة، ولأن الغير يحتفظ بهذا الوصف رغم أخلاقه بالتزام عقدي من جهة أخرى.

أن عجز النظريات التي طرحها البعض لتبرير مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ذات الطبيعة التقصيرية، يدفعنا إلى أن نذهب مع الجمهور إلى تأسيس هذه المسؤولية مباشرة على المادة ٢٠٤ من القانون المدني، باعتبار أن للعقد القدرة على إنشاء الحق، كما أن للقانون القدرة على إنشاء الحق، وبالتالي فإن للعقد والحق الذي أنشأه هذا العقد حجية في مواجهة الكافة، متى تم إظهاره أو العلم به. فالحق، سواء نشأ عن العقد، أو عن القانون ذاته، يجب احترامه، فمادام القانون يعترف للإرادة بالقدرة على إنشاء الحق، فإن القانون ملزم بأن يفرض على الغير، بعد علمه بهذا الحق، واجب احترامه، وعدم الإخلال به، وإلا تعرض للمسؤولية؛ لأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إفراغ العقد من قوته الملزمة، وقدرته على إنشاء الالتزام، مادام الغير يستطيع متى شاء أن يتنكر لوجود العقد ويخل به دون أن يكون تحت طائل المسؤولية.

أن مبدأ حجية العقد الذي يفرض على الغير واجب احترام العقد، لا يتناقض مع مبدأ نسبية أثر العقد، مادام لا يعني احترام العقد، أن يصبح الغير دائناً بالتزام عقدي أو مدين به؛ بل أن واجب احترام العقد يعني أنه لا يجوز للغير أن يتعاقد مع أحد المتعاقدين بما يخل بالتزامات هذا المتعاقد الآخر.

أن ما تقدم من طرح يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي تعد مصدراً من مصادر تقنيننا المدني بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى، فهي تفرض على الغير واجب احترام العقد وعدم القيام بأي فعل يخل بحقوق الدائن التعاقدية؛ حيث حرمت أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وهو أن يجيء إلى من اشترى شيئاً في مدة الخيار، فيقول: افسخ، فإني أبيعك أجود منه بهذا الثمن، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص) قال: « لا يبيع الرجل على بيع أخيه »، ولأن في هذا إفساداً وانجاشاً، فلم يحل، فإن قبل منه، وفسخ البيع، واشترى منه، صح البيع^(٥٤).

وجاء في الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: " وأما البيع على بيع أخيه، فهو أن يقول لمن اشترى شيئاً في مدة الخيار؛ أنا أبيعك مثله بدون هذا الثمن، أو أجود منه بهذا الثمن، فيفسخ العقد، ويشترى سلعته، فيحرم للخبر؛ ولأن فيه إفساداً أو انجاشاً. وإن فسخ البيع، واشترى سلعته، فالشراء باطل للنهي عنه^(٥٥).

وجاء في المغني: " وقوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » معناه: أن الرجلين إذا تبايعا فجاء آخر إلى المشتري في مدة الخيار. فقال: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك

خيرا منها بثمنها أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي (ص) عنه. ولما فيه من الأضرار بالمسلم والإفساد عليه. وكذلك أن اشترى على شراء أخيه. وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به فهو محرم أيضا»^(٥٦).

كما نهى رسول الله (ص) عن السوم على سوم غيره، قال (ص): « لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه » ولأن في ذلك إباحا وإضرارا، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، إما إذا لم يكن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به^(٥٧).

وجاء في المذهب في فقه الإمام الشافعي: " ويحرم أن يدخل على سوم أخيه، وهو ان يجيء إلى رجل أنعم لغيره في بيع سلعة بثمن، فيزيده؛ ليبيع منه، أو يجيء إلى المشتري، فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها، أو أجود منها بذلك الثمن؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ص) قال: « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يسم على سوم أخيه » ولأن في ذلك إفسادا وإنجاشا، فلم يحل»^(٥٨).

يتبين لنا من هذه النصوص أن الشريعة الإسلامية لا تجيز للغير الدخول في المساومة أو المفاوضة العقدية التي سبقه اليها شخص آخر، فضلا عن انه ينهى عن التعاقد بما يتناقض مع العقد الذي سبق إبرامه، حتى وان لم يكن هذا العقد، ولا شك ان كل ذلك يتضمن واجبا على عاتق الغير، ليس في احترام العقد ذاته فحسب، وإنما في احترام المفاوضات التي تمهد لإبرام العقد.

المطلب الثاني

تحديد الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد

للغير في الاصطلاح القانوني معان كثيرة، تختلف باختلاف الاوضاع القانونية نفسها، فهناك الغير بالنسبة لأطراف التصرفات الناقلة للحقوق عموما. وهناك الغير بالنسبة للتصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، والغير بالنسبة لأطراف الحكم، وهناك الغير بالنسبة لأطراف العقد، على انه لا يعنينا الآن غير تحديد الغير الذين يمكن تحريك مسؤوليتهم بسبب عدم تنفيذ عقد ليسوا طرفا فيه^(٥٩).

ويتخذ الغير في وضع مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد معنى خاصا. فإذا وازنا بين الغير هنا وبين الغير بالنسبة لأطراف العقد، فأن القاعدة في نفاذ العقود هي قصورها على اطراف العقد دون ان يقتصر هذا المعنى على المتعاقدين، بل يشمل الخلف العام والخلف الخاص كذلك، فلا يعتبر هؤلاء من الاغيار. ويبدو

أن هذه القاعدة هي ذاتها المطبقة في تحديد الغير المسؤول عن الإخلال بالعقد، ففي عرف مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد يقصد بالغير أي شخص غير المتعاقدين ومن يقوم مقامهما أي خلفهما العام والخاص، لأن سريان العقد في حق الخلف العام أو الخاص يجعلهما مسؤولين أمام الدائن مسؤولية عقدية وفقا لاحكام العقد.

وفي نطاق الغير الذين يقصد بهم أي شخص غير المتعاقدين وخلفهما، ينبغي التمييز بين الغير الذين يستعين بهم المدين ليعهد لهم بتنفيذ الالتزام، أو ممارسة حقا من حقوقه، برضاه الصريح أو الضمني؛ والغير الذين يتدخلون، بناء على طلب المدين، أو من تلقاء انفسهم، ليقفوا حاجزا أمام تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد.

ففيما يتعلق بالغير الذين يتدخلون بناء على تكليف صادر اليهم من المدين، والذين يمكن تصنيفهم الى صنفين أو مجموعتين: المجموعة الأولى البدلاء (substitute) والمجموعة الثانية المساعدون (ouxilioures, or Aides)، اذا حال تدخلهم دون تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق المدين او تم تنفيذه تنفيذ معيبا، فأننا نكون امام موضوع وهدف ما يدعى المسؤولية العقدية عن فعل الغير. والذي يشترط لأعمال احكامها مجموعة من الشروط أهمها أن لا يكون المدين مخطئا في ادخال الغير في تنفيذ ما عليه من التزامات عقدية^(٦٠).

ومع ذلك، فأن هذا النوع من انواع المسؤولية لا يمنع ابتداء من أن يكون الغير الذين استعان بهم المدين في تنفيذ التزامه، مسؤولين امام الدائن عن الإخلال بالعقد الذي هم ليسوا طرفا فيه. فتثور مسؤوليتهم الشخصية عن الإخلال بعقد هم ليسوا طرفا فيه، ولكن على اي اساس؟

فيما يتعلق بالمساعدين Aides، فأن رجوع الدائن عليهم مباشرة يكون وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، في المقابل، بالنسبة لبعض البدلاء - كالمقاولين من الباطن - اولا تردد القضاء الفرنسي، فمحكمة النقض وبشكل خاص الغرفة المدنية الأولى، قبلت وخلا بعض السنوات بوجود " دعوى عقدية مباشرة " في سلسلة العقود، خاصة في العلاقات بين صاحب العمل والمقاول من الباطن^(٦١). لكن الهيئة العامة، بقرارها الشهير « بس » الصادر بتاريخ ١٢ / تموز / ١٩٩١، استبعدت بشكل واضح في هذا النطاق، تطبيق احكام المسؤولية العقدية مقررت السماح للدائن بالرجوعه على الغير وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية^(٦٢).

ولكن يلاحظ أن مسؤولية المساعدين عن الإخلال بالعقد تخضع لقيود لا وجود لها وفقا للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية؛ فقد قضت محكمة النقض بقرارها « كوستدوت » بتاريخ ٢٥ / شباط / ٢٠٠٠ بأن

(المساعد او التابع الذي سبب ضررا بعمل نفذه بدون أن يتجاوز المهمة التي كلفه بها من فوضه لا يتحمل أية مسؤولية شخصية تجاه المضرور)^(٦٣).

يتبين لنا من هذا القرار أن القضاء الفرنسي يفرض على الدائن من أجل تحريك مسؤولية المساعد أو التابع، إثبات " خطأ شخصي " صادر عن هذا المساعد أو التابع، ولكن الخطأ هنا ينبغي أن يكون عمدياً أو جسيماً، يتمثل بمخالفة التوجيهات الصادرة للمساعد أو التابع من رب العمل، مما يميز هذا الخطأ بوضوح عن الخطأ العادي الذي يشترط توفره في دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد.

أن اشتراط مثل هذا القيد، يعرض دعوى مسؤولية الدائن تجاه التابع أو المساعد الى خطر عدم القبول أو الخسارة في كثير من الاحيان؛ ويؤدي الى تمييز هذه الدعوى من دعوى مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، التي يرفعها الدائن ضد الغير الذي يتدخل من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب المدين، لا ليشترك في تنفيذ العقد، وإنما ليمنع تنفيذ العقد.

المطلب الثالث

تحديد العقود التي يمكن أن تحرك مسؤولية الغير عن الإخلال بها

اختلف الفقه في تحديد العقود التي يمكن ان تقيم مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها؛ فذهب جانب من الفقه^(٦٤) الى التمييز بين العقود الناقلة للحقوق العينية، والعقود المنشئة، أو المعدلة، أو الناقلة، لمجرد حقوق شخصية؛ فقالوا بأن الإخلال بالعقود الناقلة للحقوق العينية، دون العقود المتضمنة انشاء أو نقل الحقوق الشخصية أو الالتزامات هي التي تقيم مسؤولية الغير في حالة الإخلال بها؛ مؤسسين رأيهم هذا على التمييز التقليدي - الذي أثبت عدم صحته - بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية^(٦٥)؛ فالحقوق العينية - يقول أصحاب هذا الاتجاه - والعقود الناقلة لها يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة، وبالتالي لا يسمح للغير التكرار لوجود العقد والأخلال به، أما الحقوق الشخصية والعقود المنشئة أو الناقلة لها، لا يمكن الاحتجاج بها، لأنها لا تملك أية حجية، الا في مواجهة المدين، مما يعني عدم مسؤولية الغير عن الإخلال بها، لعدم امكانية الاحتجاج بها في مواجهته.

ان هذا الرأي لم يسد في الفقه، ولا في القضاء، لكون الحقوق العينية والشخصية يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة - كما بينا سابقاً^(٦٦). لذلك لم يأخذ القضاء الفرنسي بهذه التفرقة^(٦٧)، حيث قضى بمسؤولية رب العمل الذي يستخدم عاملاً يعلم أنه مرتبط بعقد عمل لدى رب عمل آخر، أو ملتزم، قبله، خلال مدة معينة، بعدم العمل لدى منافس له، رغم أن عقد العمل لا يرتب الا مجرد حقوق شخصية والتزامات^(٦٨).

كما قضى بمسؤولية صاحب العمل، الذي يستخدم العامل، رغم علمه بشرط عدم الاستخدام Clause de non réembauchage^(٦٩).

وقضت محكمة النقض ايضا بمسؤولية ممتلك العقار الذي يملك العقار وهو عالم أنه موضوع وعد بالبيع، إضرارا بالموجود له^(٧٠).

كما قضى بمسؤولية الغير الذي ساعد البائع على الإخلال بشرط عدم المنافسة، مع علمه به^(٧١). كما قضى ايضا بمسؤولية الشركة المستأجرة التي تنازلت لها شركة أخرى عن عقد الايجار، رغم وجود شرط يحظر هذا التنازل، حيث اعتبرت الشركة المتنازل لها، مع أنها "غير" بالنسبة لعقد الايجار، مسؤولة عن الإخلال بهذا الشرط، استنادا إلى إنها كانت تعلم به وقت تعاقدتها مع الشركة - المستأجرة - وبناء عليه ألزمت كل من الشركتين بالتضام بتعويض المؤجر عما لحقه من ضرر جراء الإخلال بذلك الشرط^(٧٢).

كما قضى بمسؤولية الغير الذي نشر معلومات مفيدة عن مصنف لما ينشر بعد، فأضاع جزء من أصالة هذا المصنف، رغم علمه بوجود عقد النشر بين الكاتب والناشر^(٧٣).

في المقابل ذهب جانب من الفقه الى القول: أن هناك صعوبات تحول دون تطبيق نظام مسؤولية الغير في نطاق العقود الشككية، مما يعني انحصار نطاق اعمالها في العقود الرضائية فقط؛ ذلك لأن العقود المبرمة بدون مراعاة للشككية التي اشترطها القانون، هي بحكم القانون ذاته لا حجية لها في مواجهة الغير الذي أعلن عقده، وأصبح محميا ليس فقط ضد الغير سيء النية، وانما كذلك ضد الغير حسن النية^(٧٤).

يفهم مما تقدم عدم الحاجة لنظام مسؤولية الغير؛ لأن قواعد الشككية قادرة على توفير الحماية للمتعاقد الذي أعلن عقده، أما المتعاقد الذي لم يعلن عقده، فإنه لا يستطيع الاستفادة من نظام مسؤولية الغير؛ لأن عقده غير المسجل، لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.

أن الأخذ بالرأي المتقدم على اطلاقه يؤدي الى تحول نظام الاعلان أو التسجيل - خاصة في الدول التي لا يؤدي فيها الاعلان الى توفير حماية مطلقة للمعلن كفرنسا - في كثير من الحالات عن مقصده الذي اراده له المشرع؛ فيستطيع الغير في أي وقت، مادام العقد المراد الإخلال به لم يسجل بعد، أن يخل به، دون أدنى مسؤولية، عن طريق الاسراع بتسجيل عقده، فيحصل على الأولوية التي توفر له الحماية ضد المتعاقد السابق الذي تم العقد الثاني (المعلن) اضرار به.

في البدء تأثر القضاء الفرنسي بما تقدم، خاصة وان المادة ٣ من قانون ٢٣ مارس ١٨٥٥ الخاص بشهر التصرفات العقارية لم تأت بنص خاص بحالة الغير سيء النية؛ ففضى بتفضيل المشتري الذي أعلن عقده، ولو كان تملكه ثانياً، بحجة أن للغير (المشتري الثاني) الحق في الاحتجاج بعدم تسجيل السند الذي يكون قد علم به، لأن التسجيل هو اجراء لازم للاحتجاج عليه بالتصرف، ولا يمكن أن يستعاض عن هذا التسجيل بالتصرف، على ان الغير وان علم بعدم التسجيل، فقد يعتقد أن ذلك لبطلان العقد الذي لم يسجل، أو لسبب آخر دعا الى ترك التسجيل^(٧٥).

ولكن القضاء الفرنسي لم يجر للغير (المشتري الثاني) أن يحتج بعدم التسجيل اذا وجد توافق^(٧٦) بين من نقل الحق والمشتري الذي سجل؛ لأن التوافق أو الغش يجعله مسؤولاً عن جريمة مدنية، وملزماً بتعويضها، وأعدل تعويض للمشتري الأول الذي لم يسجل، أو سجل بعد تسجيل المشتري الثاني، هو ألا يفضل عليه المشتري الثاني الذي سجله قبله.

ثم تطور القضاء الفرنسي بعد ذلك، موسعا الحماية بافتراض الغش ابتداء من مجرد العلم بالعقد غير المعلن عنه^(٧٧). حيث قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٢ آذار ١٩٦٨ في حكم Vallet بأن: " مجرد علم مكتسب الملكية الثاني بتصرف أول غير مسجل يكفي لاستبعاد قواعد الشهر العقاري واعتبار التصرف الأول محتاجاً به تجاه مكتسب الملكية الثاني في التاريخ "^(٧٨).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه فيما بعد بقرارات عديدة، أثبتت فيها أن تملك عقار مع العلم بالتنازل السابق عنه إلى آخر، هو سبب لتكوين خطأ لا يسمح للمتملك الثاني أن يحتج بقواعد الشهر العقاري لمصلحته^(٧٩).

وهكذا أصبحت القاعدة التي ارساها القضاء الفرنسي تقضي بأن الغير الذي يستخدم عن قصد قواعد الشهر العقاري ليقف عقبه أمام تنفيذ عقد يعلمه، يكون مسؤولاً عن الضرر الحاصل للمستفيد (المشتري الأول) من هذا العقد^(٨٠).

أما فيما يتعلق بالأموال المنقولة التي يشترط المشرع لنقل ملكيتها تسجيل العقد في سجل خاص، أكد القضاء الفرنسي ومنذ زمن بعيد أن " حماية حق الغير المضمون بالعلنية لا يعني حماية الغير سيء النية ... " وأن " الغير عندما يكونون على علم، بطريقة معينة، بوجود بيع، لا يعود من سبب للعلنية، فلا يستطيعون أن يرفضوا صحة هذا البيع بالتمسك بأنه لا يعتبر حجة تجاههم ".

ففي نطاق التنازل عن براءة اختراع^(٨١)، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: " إذا كان التسجيل حاصلًا ليجعل العمل حجة على الغير، فلا يبقى سوى أن كل شخص، على علم بالتنازل غير المسجل بعد، يقف في وجه تنفيذه، فهو يرتب مسؤوليته تجاه الممتلك "^(٨٢).

أما في نطاق القانون العراقي، فإن الأمر مختلف، ففي نطاق بيع العقارات، اعتبر المشرع العراقي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري ركنا في التصرفات العينية الواردة على العقار^(٨٣). الأمر الذي يثير تساؤلا مفاده، هل يلزم الغير باحترام التصرف اذا لم يسجل في تلك الدائرة؟

أن مقتضى البطلان اعتبار العقد كأن لم يكن اصلا ومن ثم لا يمكن اجبار الغير على احترام عقد لا وجود له من الناحية القانونية، كما أن القيمة القانونية التي اضافها جانب من الفقه العراقي^(٨٤) على التعهد بنقل ملكية عقار باعتباره تصرفا قانونيا لا تسلب تلك القيمة حرية البائع في التصرف بالعقار بعد تعهده بنقل ملكيته. ومن ثم حتى لو علم الغير بوجود التعهد، فذلك لا يمنع من تعاقد مع البائع مادام الأخير يحتفظ بحريته في التعاقد ومادام النكول عن التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على التعويض.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه: " اذا تم تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري باسم المشتري طبقا لاحكام القانون فلا عبرة بأي بيع خارجي يخالف البيع المذكور لان عقد البيع الخارجي باطل لا ينتج اثرا قانونيا "^(٨٥).

ولكن يمكن أن نقرر أن الغير اذا تواطى مع المتعهد على النكول عن تعهده فلا مانع من أن يكيف هذا التواطؤ على انه خطأ يرتكبه كل من الغير والمتعاقد، وأن الغير بذلك يكون مسؤولا عن الخطأ.

ولكن يلاحظ أن التعهد بنقل ملكية عقار اذا كان مشمولا بقرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، فإن التعهد لا يكون باطلا، وانما تترتب على هذا التعهد بعض الاثار؛ لعل اهمها، قدرة المشتري على اجبار البائع على نقل ملكية العقار، اذا كان المشتري قد سكن في العقار، أو اقام فيه منشآت أو مغروسات، بدون معارضة تحريرية من المالك. وهذا يعني أن المشرع اعطى للتعهد رغم عدم تسجيله حجية في مواجهة الغير، مادام الغير قد سكن في العقار، أو اقام فيه منشآت أو مغروسات، وبالتالي فعلى الغير واجب احترام هذا التعهد، وعدم القيام بأي تصرف يعرقل نقل الملكية للمتعهد له؛ فاذا أخل بهذا الواجب عن طريق تعاقد مع المتعهد لتلقي ملكية العقار، فإن الغير في هذه الحالة يعد قد ارتكب خطأ، وبناء عليه يكون مسؤولا على وجه التضام مع المتعهد على تعويض المتعهد له عن الضرر الذي يلحقه نتيجة النكول عن هذا التعهد، ولعل افضل تعويض يمكن أن يحصل عليه المتعهد له الأول هو الحكم ببطلان تسجيل عقد

البيع الثاني، كل ذلك دون أن يشترط التواطؤ بين الغير والمتعهد، مادام التعهد قد كسب قوة العقد الملزمة. لذلك يتجه القضاء العراقي الى السماح للمشتري الأول الذي سكن العقار، أو اقام فيه منشآت، أو مغرّسات بدون معارضة تحريرية من المالك، أن يحتج بعقد البيع الأول، تجاه المشتري الثاني الذي سجل عقده في دائرة التسجيل العقاري. حيث قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه : " لمشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري اذا كان قد سكنه بدون معارضة من البائع أن يطلب من المحكمة تملكه العقار ولو كان البائع قد باعه بعدئذ لشخص اخر سجله باسمه في الدائرة المذكورة " (٨٦).

كما قضى بأنه: " لما كان المتعهد قد سجل العقار موضوع الدعوى باسم زوجته لدى دائرة التسجيل العقاري المختصة لذا فان بإمكان المدعي (المتعهد له) اقامة دعوى لابطال البيع المذكور الذي جرى اضرازا به وعندها تستأخر دعوى التملك لحين حسم دعوى الابطال " (٨٧).

وقضى ايضا: " اذا قام الورثة بنقل ملكية العقار الى شخص اخر برغم وجود التعهد المبرم بين مورثهم والمدعي فليس للمحكمة ان تقضي بتمليك العقار للمدعي لانه لم يعد مسجلا باسم المورث او الورثة وبإمكان المدعي اقامة دعوى لإبطال البيع " (٨٨).

أما فيما يتعلق بالأموال المنقولة التي يشترط المشرع العراقي لنقل ملكيتها تسجيل العقد في سجل خاص، فمثالها: ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٠ (المعدل) على انه (يجوز التصرف بالبراءة بكافة التصرفات القانونية وتنتقل ملكيتها وجميع الحقوق المترتبة عليها بالميراث ولا يكون التصرف بالبراءة حجة على الغير الا من تاريخ تأشير ذلك في السجل المعد في الجهاز ويعلن عن التصرف بالبراءة وعن رهنها ونقل ملكيتها حسب الاصول).

كما نصت المادة ٤٠ على انه (لا يكون نقل ملكية النموذج الصناعي حجة على الغير الا بعد تسجيله في السجل). كما نصت المادة ١٣ (مكرر ثالثا) على انه (٢- لا يحتج تجاه الغير بنقل ملكية النموذج او رهنه الا من تاريخ قيده في السجل).

ويلاحظ على هذه النصوص ان التسجيل ليس ركنا في العقد، فالعقد صحيح بين الطرفين، ولكن لا يمكن الاحتجاج به تجاه الغير، الا بعد تسجيله. ولم نجد في نطاق القضاء العراقي - على حد ما بذلناه من جهد - تطبيقا لهذه النصوص فيما يتعلق بالاحتجاج على المتعاقد الأول الذي لم يسجل عقده بالعقد الثاني المسجل، لذلك ندعو القضاء العراقي الى ان يحذو حذو القضاء الفرنسي فلا يسمح للغير (المتعاقد الثاني)

الذي سجل عقد التنازل عن البراءة او النموذج الصناعي ان يحتج بهذا التسجيل ضد المتعاقد الأول الذي لم يسجل عقده، اذا كان الغير (المتعاقد الثاني) الذي سجل عقده يعلم بوجود العقد الأول. لأن القول بخلاف ذلك يؤدي الى السماح للغير الذي يعلم بالعقد الأول، أن يخل بهذا العقد عن طريق الاسراع الى تسجيل عقده، فيحتال على قصد المشرع من وضع نظام التسجيل، وهو اعلام الغير بوجود العقد، فاذا كان الغير يعلم بالعقد عن طريق اخر غير التسجيل، فلا يبقى للتسجيل من اهمية، فاذا اقدم مع علمه بوجود العقد غير المسجل الى تسجيل عقده، فهذا يعني انه يستغل نظام التسجيل، لا لكي يعلن عقده ويحمي نفسه، وانما لكي يخل بعقد يعلم انه قائم وموجود، لذلك من غير الممكن السماح له ان يحتج بالتسجيل للوصول الى غاية غير الغاية التي قصدها المشرع، فيكون جزاءه عدم امكانية الاحتجاج بالعقد الذي سجله تجاه المتعاقد الأول.

المبحث الثالث

أحكام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

لقد سبق منا القول أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ذات طبيعة تقصيرية، لأنها جزاء للأخلال بالتزام عدم التعدي على حق الغير، أيًا كان مصدر هذا الحق، ولكن وصف هذه المسؤولية بهذه الصفة لا يعني بأي حال من الأحوال أن شروط المسؤولية التقصيرية وفقا للقواعد العامة هي التي ستكون واجبة التطبيق بدون أية صعوبات، فكون الالتزام الذي تم الأخلال به هو التزام تعاقدى جعل من شروط مسؤولية الغير عن الإخلال به تكتنفها بعض الصعوبات، كما انعكس هذا الأمر على اثار هذه الصورة من صور المسؤولية. ولغرض التعرف على ذلك سوف نقسم هذا المبحث على المطلبين، نتناول في المطلب الأول شروط مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، ونعالج في المطلب الثاني اثار هذه المسؤولية.

المطلب الأول

شروط مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

يشترط لقيام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد ما يأتي:

- ١- صحة العقد الذي تم الأخلال به.
- ٢- تدخل الغير شخصيا في الإخلال بالعقد.
- ٣- علم الغير بالعقد الذي تم الأخلال به.

ونرى كل شرط من هذه الشروط في فرع مستقل.

الفرع الأول

صحة العقد الذي تم الإخلال به

يشترط القضاء الفرنسي أولاً أن يكون العقد الذي أخل به الغير، صحيحاً، لأن الواجب القانوني الذي يفرضه القانون على الغير باحترام العقد؛ لا يوجد إلا إذا استكمل العقد شروط صحته؛ أما إذا كان العقد باطلاً، فليس ثمة واجب يخل به الغير عندما يتعاقد مع أحد العاقدين متجاهلاً ذلك العقد، لأن العقد الباطل لا حجية له^(٨٩).

ولكن القضاء الفرنسي يتشدد في تطبيق هذا الشرط، في بعض أنواع الالتزامات، والعقود الخاصة، فيما يتعلق بشروط عدم المنافسة، باعتبارها استثناء خطيراً على مبدأ الحرية التعاقدية، وشبكات التوزيع المتكامل، حيث قضت محكمة النقض فيما يتعلق بشبكات التوزيع المتكامل بأن: " على الوكيل الذي نظم الشبكة عبء اثبات قانونية العقد، إذا أراد الزام الغير الذي اخل بالشبكة بالتعويض "^(٩٠).

ولكن القضاء الفرنسي في قرارات أخرى لطف من قساوة هذا الشرط، حيث قضت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ ٢٧/ تشرين الأول/ ١٩٩٢ بأن: " وجود هذا الإثبات الرصين حول صحة الشبكة، لا يقف حائلاً من أن يسجل قاضي الأمور المستعجلة الإجراءات التحفظية التي تفرض للوقاية من ضرر وشيك الوقوع "^(٩١).

أما إذا لم يكن هناك عقد، وإنما كانت هناك مجرد مفاوضات بسيطة، اخل بها الغير، فهل تكفي هذه المفاوضات لمساءلة الغير عن الإخلال بها؟

يبدو أن الفقه والقضاء في فرنسا متفق على أن مجرد التعاقد مع شخص بدأ مفاوضات مع شخص خطأ، حتى مع العلم بهذه المفاوضات، لا يشكل بحد ذاته خطأ، إلا في حال توفر نية الإضرار أو المناورات المشوبة بالغش، فحين إذا فقط تقوم مسؤولية الغير التصديرية عن فعله غير المشروع الذي تسبب بقطع المفاوضات العقدية^(٩٢).

الفرع الثاني

تدخل الغير شخصيا في الإخلال بالعقد

يشترط لقيام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد أن يتصرف الغير - مع علمه بوجود العقد - بصورة تحول دون تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد^(٩٣).

والتصرف الذي يصدر من الغير قد يكون قانونيا، كما لو تعاقد الغير مع أحد المتعاقدين على نحو يخل بتنفيذ العقد الأول أو يجعل تنفيذه مستحيلا؛ كما قد يكون التصرف ماديا، كما لو قام الغير بسرقة مركبة الناقل لمنعه من تنفيذ عقد النقل، اضرار بالمرسل أو المرسل اليه، أو تدخل في تنفيذ التزام المدين^(٩٤)، أو استخدم طرق الدعاية والإعلان الكاذبة لإلحاق الضرر بالدائن^(٩٥).

ولكن هل يشترط أن يكون التصرف الصادر من الغير شخصيا، ايجابيا، أم يعد مجرد الأمتناع كافيا لقيام مسؤوليته عن الإخلال بالعقد؟

في بعض الاحيان يتدخل المشرع وينظم مسؤولية الغير عن امتناعه الذي يسبب الأخلال بالعقد، فهنا يعتبر مجرد الامتناع خطأ يكفي لقيام مسؤولية الغير؛ كما في المادة (15- 122 L.) من قانون العمل الفرنسي الذي نصت على انه: " اذا فسخ أحد العمال عقد العمل تعسفيا وقدم خدماته من جديد، فإن رب العمل الجديد يكون مسؤولا مع العامل على وجه التضامن عن الضرر الذي اصاب رب العمل القديم في الحالات الثلاث التالية: ٣- اذا استمر في تشغيل العامل بعد أن علم أن العامل ما زال مرتبطا برب عمل آخر بموجب عقد عمل"^(٩٦).

فبموجب هذا النص يعد رب العمل الذي يستخدم عاملا لا يعلم انه مرتبط بعقد عمل لدى رب عمل آخر، ثم يستمر في تشغيله له بعد علمه بذلك، مسؤولا بالتضامن مع هذا العامل عن تعويض الضرر الذي نجم لرب العمل السابق. وهذا يعني أن امتناع بسيط يكفي لتبرير مسؤولية الغير (رب العمل الجديد) عن الإخلال بالعقد^(٩٧).

في المقابل، عند عدم وجود مثل هذا النص، يبدو أن القضاء الفرنسي لا يحكم بمسؤولية الغير لمجرد أمتناعه الذي يؤدي الى الإخلال بالعقد، ذلك لأن مبدأ الحجية المطلقة للعقد اذا كان يفرض على الغير واجب عدم القيام بأي فعل يؤدي الى الإخلال بالعقد، فإنه لا يستطيع أن يفرض على الغير واجب القيام

بمشاركة المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، وألا كان مسؤولاً عن الإخلال بالعقد، لأن القول بهذا يعني الخلط بين الحجية المطلقة للعقد والأثر الملزم للعقد^(٩٨).

ولكن تدخل الغير شخصياً في الإخلال بالعقد، هل يشترط فيه أن يقترب بمشاركة المدين، أم يمكن مساءلة الغير دون مساءلة المدين عن الإخلال بالعقد؟

يذهب أغلب الفقه الفرنسي^(٩٩) يؤديه القضاء^(١٠٠) في ذلك الى عدم اشتراط مشاركة المدين في الإخلال بالعقد لمساءلة الغير؛ فلا يوجد ما يمنع من مساءلة الغير لأخلاله بالعقد على اساس قواعد المسؤولية التقصيرية، في الوقت الذي يتمتع فيه مساءلة المدين وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، لعدم صدور أي فعل خاطيء من جانبه؛ ويذكر الفقيه الفرنسي رينيه سافاتييه مثالا على ذلك: بالسارق الذي يقف في وجه تنفيذ عقد النقل بدون أن ينسب الى الناقل أية خطأ.

وتطبيقاً لما تقدم قضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٧/ تشرين الأول/ ٢٠٠٠ بمسؤولية الصحيفة لقيام صحفي يعمل لديها بنشر مقال يتضمن معلومات - حسب رأي الناشرين - كانت مأخوذة من كتاب لما ينشر بعد، فأضاع عليهم بفعله هذا، جزء من اصاله الكتاب، وقلص من الارباح التي كانوا يتوقعونها من بيع الكتاب؛ رغم عدم اشتراك مؤلف الكتاب بواقعة الأخلال بعقد النشر^(١٠١).

كما صادقت الغرفة التجارية في محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف الذي قضى: " بإلزام الغير بالتعويض لإخلاله بشرط عدم المنافسة الوارد في عقد بيع مؤسسة تجارية، دون تكليف الدائن بإثبات أخل المدين شخصياً بهذا الشرط "^(١٠٢).

الفرع الثالث

علم الغير بالعقد الذي تم الأخلال به

لقد أثارت مسألة العنصر الشخصي للخطأ أو معرفة الغير بالعقد خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء، فالخطأ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية هو الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد سواء كان هذا الانحراف عن عمد أو عن إهمال^(١٠٣).

أن تطبيق هذا التعريف على فعل الغير الذي يكيف على انه خطأ، يؤدي الى إلزام الغير الذي مع علمه بالعقد، تعتمد التعاقد مع المدين اضراراً بالدائن، فهنا تقوم مسؤوليته عن الإخلال بالعقد، لأنه تعتمد الاخلال بحقوق الغير، فيلزم بالضمان.

ولكن هذا التعريف للخطأ يؤدي ايضا الى الزام الغير بالتعويض عن كل ضرر يصيب الدائن نتيجة للأخلال بالعقد، حتى ذلك الناتج عن اهمال الغير الذي تعاقد، أو تصرف، وهو لم يستعلم عن وجود العقد، رغم امكانية علمه به لو بذل عناية الرجل المعتاد.

أن هذا التعريف الموسع للخطأ اذا كان يوفر الحماية للدائن بالحقوق التعاقدية، ألا انه يفرض على الغير عبئا ثقيلا، يضر باستقرار المعاملات وبالنشاط الاقتصادي عموما، فوفقا لهذا التعريف يجب على كل شخص يريد التعاقد، أن يتحرى ويستعلم عن خلو محل التعاقد من أية حقوق تتعارض مع الحقوق التي يريد هو اكتسابها، وفي هذا من المشقة والعسر مالا تطبيقه المعاملات التي تقوم أصلا على اساس أن حائز الشيء هو المالك مالم يثبت العكس^(١٠٤).

حيث يقول الاستاذ جينوسار Ginossar في هذا المعنى: " لا يلزم أحد، قبل التعاقد، بالتأكد، من أجل شريكه في التعاقد، من غياب تعهدات متناقضة للتعهدات التي يعرض هذا الشريك الالتزام بها "^(١٠٥).

وتذهب الأستاذة فيني Viney الى القول: " أن فرض التزام عناية كهذا على الغير يثقل العلاقات القانونية بتهديد عام يصعب تحمله "^(١٠٦).

وقد سائر القضاء الفرنسي الفقه في اشتراط علم الغير بالعقد للحكم عليه بالتعويض، فاشتراط لنشوء خطأ الغير أن يكون الغير سيء النية، أي يعلم بوجود العقد، ولم يذهب الى حد اشتراط اثبات الغش أو التواطؤ. فالعلم الواعي بالعقد، والعلم بأن ما يقدم عليه يؤدي الى الإخلال بالحقوق التعاقدية للدائن يكفيان لترتيب خطأ الغير^(١٠٧).

ولكن هل يمكن أفترض علم الغير بالعقد، أم يجب إقامة الدليل على هذا العلم؟

أجابه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ ١٢ آذار ١٩٦٣ بأن اثبات العلم بالعقد الذي تم الأخلال به، يقع على عاتق المدعي، وبالتالي رفضت حكم محكمة الاستئناف الذي افترض ان الغير كان يمكن أن يكون على علم بالعقد. وتتلخص وقائع الدعوى في ان إحدى الشركات الفرنسية حصلت على عقد توزيع حصري لمسجلات صوت صنعتها شركة ألمانية، ولكن شركة أخرى بدأت بتجارة هذه المسجلات في فرنسا، قاضت الشركة الأولى الشركة الثانية أمام قاضي الأمور المستعجلة، فدفعت الشركة الثانية بعدم علمها بعقد التوزيع الحصري الذي تملكه الشركة الأولى، ولكن قاضي الأمور المستعجلة قام بضبط مسجلات الصوت وحفظها لحين حسم الدعوى أمام محكمة الموضوع، مدعيا بأن على الشركة الثانية اثبات حسن نيتها أي عدم علمها بالعقد الأول. ولكن عندما وصلت القضية الى الغرفة التجارية في محكمة النقض قامت هذه

المحكمة بنقض حكم محكمة الاستئناف، لأنه أيد حكم محكمة الموضوع بحجية العقد الأول تجاه الشركة الثانية التي لم تكن طرفا فيه، وبالتالي رفضت محكمة النقض افتراض أن الغير كان يمكن ان يكون على علم بالعقد^(١٠٨).

نستنتج مما تقدم، أن على الدائن بالحقوق التعاقدية الذي يريد الزام الغير الذي أخل بالعقد، بالتعويض، أن يثبت أن الغير كان على علم بالعقد، وهذا يعني أن اللاحجية هي المبدأ، والحجية هي الاستثناء، أو على الأقل أن العلم شرط لازم لحجية العقد.

ويبدو أن هذا المبدأ ينبغي تحديده بدقة، ذلك لأن بعض الاحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي ذهبت الى امكانية افتراض علم الغير بالعقد، على أن هذه الاحكام محدودة العدد، ويمكن تفسيرها على وجه العموم باعتبارات أخرى.

ففي ٥/ كانون الثاني/ ١٩٦٧ قضت محكمة الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأنه: " بسبب العلاقة الغرامية بين مديرة إحدى الشركات والعامل الذي أغوته، لم يكن من الممكن أن تجهل هذه المديرة وجود شرط عدم المنافسة الذي يربط هذا العامل برب عمله القديم، رغما عن وجود عبارة " حر من أي تعهد " الواردة في شهادة العمل "^(١٠٩).

أن الحكم اعلاه لم يفترض العلم، وانما استنتجه من وقائع الدعوى، حيث ذكر أن المديرة كانت عشيقة العامل منذ عدة سنوات، لذلك لا يمكن أن تدعي عدم علمها بشرط عدم المنافسة.

وفي حكم أخرى بتاريخ ٣/ آب/ ١٩٣٤ قضت غرفة العرائض - قبل الغاءها عام ١٩٤٧ - في محكمة النقض بأن: " الغير الشريك الذي يمارس منذ عدة سنوات في باريس تجارة الوسيط التجاري - المصدر والبائع بعد الشراء لمنتجات العطور - ليس في وسعه أن يدعي عدم علمه بالعادات الخاصة ببعض بيوت العطور المعروفة جدا، ولا سيما الالتزام المقبول بعدم بيع المنتجات بسعر أدنى من السعر المحدد "^(١١٠).

أن المحكمة في هذه الدعوى قد ركزت على الصفة المهنية للغير، فلم تقبل منه الادعاء بعدم علمه بالالتزام المفروض بالبيع بسعر ثابت، هذا من جهة ومن جهة أخرى، أن الأخلال الصادر من الغير لم يكن موجها لالتزام تعاقدى كان هذا الغير اجنبيا عنه، وإنما كان اخلاله بعادة اتفاقية لا يمكنه الادعاء بعدم علمه بها لكونه من المهنيين.

وفي ٢٤/ تشرين الثاني/ ١٩٠٤ استنتجت محكمة استئناف باريس علم الغير بالعقد من العقود المماثلة المبرمة بين الفنانين واصحاب المؤسسات الفنية المماثلة القريبة، حيث ذهبت الى أن " المستأنف عليهم (المديرون المنافسون) الذين انتهكوا الدعاية التي تمت عن طريق الصحافة والإعلانات، كانوا يعرفون - وبعترفهم، قبل الدعاية تعهدات الفنانين في المؤسسات الفنية القريبة المماثلة "(١١١).

وهذا يعني ان العلم الشخصي للغير بشروط العقد كان قائما منذ البداية، من كل ما تقدم، يتضح لنا أن علم الغير بالعقد لا يمكن أن يفترض افتراضا خارج ظروف خاصة. فهو أما أن يكون واجب الاثبات من قبل المدعي أو يتم استنتاجه من ظروف خاصة أهمها صفة الغير وعلاقته بالمدين الذي تواطىء معه على الإخلال بالعقد.

ويثور التساؤل عن الوقت الذي يجب أن يتم فيه علم الغير بالعقد؟ بمعنى هل أن الغير لكي يكون مسؤولا عن الإخلال بالعقد، يجب أن يعلم بهذا العقد وقت تعاقد مع المدين؟ وبالتالي تستبعد مسؤوليته اذا علم بالعقد الذي تم الأخلال به بعد أبرام عقده مع المدين؟

أجابت المادة (15- 122 L) من قانون العمل الفرنسي على هذا التساؤل بالنفي، حيث نصت على مسؤولية رب العمل الذي يستمر في تشغيل العامل بعد علمه أن هذا العامل لا يزال مرتبطا بعقد عمل لدى رب عمل آخر (١١٢).

ولكن هذا النص جاء على سبيل الاستثناء - كما يذهب الى ذلك رأي في الفقه - لذلك لا يمكن أن يقاس عليه بقيت العقود (١١٣)، لذلك يذهب جانب من الفقه الى عدم أهمية علم الغير الحاصل بعد تعاقد مع المدين، لأن المتعاقد يلزم حينئذ بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد، هذا التنفيذ الذي لا يمكن أن يجريه الا على حساب التزاماته الناشئة عن العقد الذي سبق ابرامه قبل أن يتعاقد مع الغير (١١٤).

ولكن اذا كان ما تقدم يمكن الأخذ به في نطاق العقود الفورية التنفيذ، فلا نرى امكانية الأخذ به في ظل العقود المستمرة التنفيذ أو الدورية التنفيذ، فلا يوجد مبرر قانوني يسمح للغير في ظل هذه العقود أن يستمر بالإخلال بحقوق الدائن التعاقدية بعد علمه بها.

لذلك نرى ان الغير في ظل العقود المستمرة التنفيذ أو الدورية التنفيذ يعد مسؤولا منذ اللحظة التي يعلم فيها بأن تصرفه يعد اخلالا بحقوق الدائن التعاقدية، فمنذ هذه اللحظة وليس قبلها يعد مسؤولا عن الإخلال بالعقد (١١٥).

أن ما تقدم يتفق مع ما ذهب إليه محكمة استئناف Aix في حكمها الصادر في ١/ آذار/ ١٩٣٨ في قضية تتلخص وقائعها في ان مديرة أحد الفروع كانت ملزمة بموجب عقد إدارتها بأن تستورد من شركة Lion d'Arles. وكان السيد Itier مع ذلك يورد للإدارة رغم وجود شرط التوريد الحصري. طلبت شركة Lion d'Arles من السيد Itier الامتناع عن التوريد للشركة بكتابها المؤرخ في ٥/ أيار/ ١٩٣٢، ولكي تقرر محكمة استئناف Aix مسؤولية السيد Itier بحثت عما اذا كان هذا الأخير قد استمر بعد هذا التاريخ (٥/ آذار/ ١٩٣٢) في التوريد، لأن مسؤوليته لا يمكن أن تقوم الا بإثبات علمه بشرط التوريد الحصري، لذلك حكمت برد الدعوى لأن الشركة المدعية لم تستطع أثبات أي تصرف صادر بعد ٥/ آذار/ ١٩٣٢ يخل بشروط التوريد الحصري " (١١٦).

المطلب الثاني

اثار مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد

تختلف اثار مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، باختلاف الفعل المنسوب الى الغير، فاذا كان الفعل المنسوب للغير هو عبارة عن تصرف قانوني ابرمه الغير مع المدين، على نحو أخل بالحقوق التعاقدية للدائن تجاه هذا المدين؛ فأن أفضل جزاء يمكن ايقاعه على الغير يتمثل بالحكم ببطالان التصرف القانوني - العقد الثاني - الذي ابرمه المدين مع الغير، وهذا ما ذهب إليه بعض احكام القضاء الفرنسي باعتباره صورة من صور " التعويض العيني " (١١٧).

ولكن لم يؤيد الفقه الفرنسي القضاء فيما ذهب اليه، خاصة، اذا كان التصرف المبرم بين المدين والغير يتضمن حقوقا والتزامات لا تتعارض مع تنفيذ العقد الأول؛ لذلك ذهب اغلب الفقه يؤيده القضاء في ذلك الى القول: بأن الجزاء الأقرب للعدالة في تعويض الدائن عن الضرر، هو الحكم بعدم حجية العقد الذي ابرمه الغير مع المدين بالالتزام العقدي؛ فلا ينفذ في مواجهة الدائن، وبالتالي لا يستطيع الغير الاحتجاج على الدائن، الذي يجبر مدينه على تنفيذ التزامه العقدي تنفيذا عينيا (١١٨).

ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: هل عدم نفاذ العقد يكفي لاصلاح الضرر الذي تعرض له الدائن؟

يرى جانب من الفقه (١١٩)، أن عدم نفاذ العقد وأن كان لا يزيل الضرر، الا أنه يمنع وقوعه. ويلاحظ على هذا الرأي أنه يهدر كثيرا مصلحة الدائن؛ فهذا الأخير لكي يستطيع الحصول على حكم بحجية العقد الثاني

الذي ابرمه المدين مع الغير، عليه أن يلجئ الى القضاء للحكم به، الا أن الحكم بعدم نفاذ العقد لا يعني بالضرورة أن ينفذ المدين التزاماته العقدية طوعا واختيارا.

أن عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته طوعا واختيارا بسبب تعاقد مع الغير سوف يدفع الدائن الى المطالبة بالتنفيذ العيني الجبري، وعلى الرغم من ذلك، فقد لا يكفي هذا التنفيذ لاصلاح الضرر الذي ترتب على خطأ الغير جراء تدخله في إعاقه تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية؛ لأنه مما لا خلاف فيه أن المدين سوف لن يقوم بتنفيذ التزاماته المجبر على تنفيذها بنفس الكفاءة لو قام بتنفيذها طوعا واختيارا؛ وهذا يعني أن الدائن سوف يحصل من العقد الذي أخل به الغير على منفعة منقوصة تحتاج الى تعويض لإتمامها.

فضلا عن ذلك، فإن التعويض قد يكون الوسيلة الوحيدة لمعالجة الأخلال بالعقد. وذلك في الحالات الآتية:

١- اذا كان ما صدر من الغير هو عبارة عن فعل مادي لا تصرف قانوني، كالسارق الذي يقف عائقا أمام تنفيذ عقد النقل، عن طريق سرقة واسطة النقل^(١٢٠).

٢- اذا تصرف الغير بعد أن تلقى ملكية الشيء من المدين الى شخص حسن النية؛ فإن مقتضى حسن النية أن لا يسترد الشيء من هذا الشخص^(١٢١)، ومن ثم لا يبقى لمعالجة الأخلال بالعقد، الا الحكم بالتعويض.

٣- اذا كان محل الالتزام الذي أخل به الغير، هو قيام المدين بعمل معين، وكانت شخصية هذا المدين محل اعتبار، فهنا ايضا لا يمكن اجبار المدين على القيام بهذا العمل، ويقتصر حق الدائن على مطالبة المدين والغير بالتعويض^(١٢٢).

لذلك استقر القضاء الفرنسي بشأن مسؤولية الغير على أن الدائن بالخيار، أما أن يطلب التنفيذ العيني، وأما أن يطلب التعويض^(١٢٣).

ويصح التساؤل هنا عن حق الدائن في المطالبة بالتعويض، هل يقتصر على الغير دون المدين، أم يستطيع أن يطالب بالإضافة الى الغير المدين ايضا؟ وهل يقتصر حقه على مطالبتهما بالتعويض على وجه الاستقلال؟ أم يستطيع أن يطالبهما على سبيل التضامن؟

مما لا خلاف فيه، أن الأخلال بالعقد اذا كان بفعل الغير وحده دون أن ينسب الى المدين خطأ، فإن الغير يكون وحده دون المدين هو المسؤول عن تعويض الدائن عن الضرر الذي سببه له لإخلاله بالعقد. أما اذا تواطىء المدين مع الغير على الإخلال بالعقد، كانا مسؤولين عن التعويض أمام الدائن؛ المدين وفقا

لأحكام المسؤولية العقدية، والغير وفقا لاحكام المسؤولية التقصيرية؛ ومع هذا ذهب جانب من الفقه الى خلاف ذلك، وقالوا: أن مسؤولية كل من المدين والغير مسؤولية العقدية، وبالتالي نكون أمام صورة خاصة من صور المسؤولية العقدية عن فعل الغير. ويبرر اصحاب هذا الرأي رأيهم بالقول: لما كانت مسؤولية المدين (الفعل الاصلي) عقدية لا شك فيه، فإن مسؤولية هذا الغير (الشريك)، تأخذ نفس الصفة، فتكون مسؤولية عقدية كذلك^(١٢٤).

ويكفي للرد على هذا الرأي القول: أن فكرة الاشتراك Complicité فكرة خاصة بقانون العقوبات وبفقه القانون الجنائي، وهي غريبة تماما عن القانون المدني وفقهه، وبالتالي تبعيتها للقانون الجنائي تكفي لاستبعادها، وتجعلنا غير قادرين على الأخذ بها.

في المقابل ذهب رأي آخر الى الضد من الرأي السالف تماما، حيث جعلوا كلا من مسؤولية المدين والغير مسؤولية تقصيرية؛ وحجتهم فيما ذهبوا اليه، أن كلا من المدين والغير مسؤول عن تعويض الدائن ومسؤوليتهما هذه قائمة بينهما على سبيل التضامن، وقالوا أن التضامن لا يفترض الا في نطاق المسؤولية التقصيرية، فنحن هنا اذا امام مسؤولية تقصيرية^(١٢٥).

وقد قيل للرد على هذا الرأي، أننا لسنا هنا في صدد التزام تضامني obligation Solidaire، وإنما نحن في صدد التزام تضاممي obligation in Solidum، فالالتزام التضامني يقوم - كما هو معروف - على فكرة وحدة المحل ووحدة السبب أو المصدر، أما الالتزام التضاممي، فإن السبب فيه متعدد. فالالتزام التضامني يوجد كلما وجد مدينان يسأل كل منهما عن الدين كله أو عن التعويض كله، بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية التي تلزمه بهذا الدين او بهذا التعويض. وفي هذا الفرض الذي امامنا نجد ان المدين الذي لم ينفذ التزامه التعاقدي مسؤول عن تعويض كل الضرر الذي اصاب الدائن استنادا الى العقد؛ فالمسؤولية هنا عقدية لا شك فيه، ونجد كذلك أن هذا الغير الذي تواطىء مع المدين وهو يعلم بالعقد للأخلال به مسؤول عن تعويض الدائن استنادا الى هذا العمل الضار، فمسؤوليته اذا مسؤولية تقصيرية لا شك فيها كذلك. فنحن هنا امام مسؤولين اثنين، وامام نوعين من المسؤولية المدنية احدهما عقدية وثانيهما تقصيرية^(١٢٦).

وقد استقر القضاء الفرنسي على الزام الغير بالتعويض على وجه التضامم مع المدين بالالتزام العقدي؛ ففي قضية تتلخص وقائعها بأن بائع محل تجاري التزم بعدم منافسة المشتري، الا ان الغير ورغم علمه بهذا الالتزام ساعد البائع على الإخلال به؛ فأقام المشتري الأول الدعوى على البائع والغير مطالباً بالحكم عليهما

بالتعويض. وبناء على هذا الطلب اصدر القضاء قراره بإلزام البائع والغير بتعويض المشتري على وجه التضامم عن الضرر الذي اصابه جراء إخلال البائع بالتزامه^(١٢٧).

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن البائع كان قد تنازل عن براءة اختراع un brevet إلا انه رغم هذا التنازل؛ اتفق مع الغير على الاستمرار في استغلالها. فأصدر القضاء قراره بمسؤولية الغير على وجه التضامم مع التاجر بتعويض المالك الجديد للبراءة (المتنازل له) عما اصابه من ضرر جراء استغلال البراءة بعد التنازل عنها^(١٢٨).

كما اتبعت محكمة النقض الفرنسية ذات التوجه في قضية تتلخص وقائعها في ان احدى الشركات المستأجرة كانت قد تنازلت عن عقد الايجار لشركة أخرى، على الرغم من وجود شرط يحظر هذا التنازل. وقد اعتبر القضاء ان الشركة الثانية المتنازل لها - مع انها "غير" بالنسبة لعقد الايجار الأول الذي يتضمن شرط عدم التنازل عن الايجار، مسؤولة عن الإخلال بهذا الشرط استنادا الى إنها كانت تعلم به وقت تعاقدتها مع الشركة الأولى - المستأجرة - بناء عليه ألزمت كل من الشركتين "بالتضامم" بتعويض المؤجر عما لحقه من ضرر جراء الإخلال بذلك الشرط^(١٢٩).

وإذا كان الغير ملزم بتعويض الدائن عن الإخلال بالعقد، فأن التساؤل الذي يثور بهذا الصدد هو: اذا كان العقد الذي تم الاخلال به من قبل الغير يتضمن شرطا جزائيا يحدد سقف التعويض الذي يترتب في حالة عدم تنفيذ العقد، أو الأخلال به، فهل يسري هذا الشرط على الغير الذي تواطىء مع المدين على الإخلال بالعقد؟

ذهب جانب من الفقه - وهم القائلين بأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي مسؤولية عقدية، وأن الغير يجب أن يعامل معاملة المتعاقد؛ الى إمكانية تطبيق الشرط الجزائي الوارد في العقد الذي تم الأخلال به على الغير، بشرط علمه به؛ أما اذا كان يجهله، فلا يطبق عليه، لأنه لا يعتبر حجة عليه^(١٣٠).

بينما ذهب بعض القائلين بأن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي مسؤولية تقصيرية ايضا الى جواز تطبيق الشرط الجزائي الوارد في العقد الذي تم الأخلال به، ولكن ليس لأن الغير يجب أن يعامل معاملة المتعاقد، وانما لأن الغير كان يجب عليه أن يحترم حقوق الدائن الناشئة عن العقد، ولما كان العقد هو من يحدد مدى هذه الحقوق وكيفية التعويض عنها في حالة الإخلال بها عن طريق الشرط الجزائي، فأن هذا الاتفاق (الشرط الجزائي) يجب أن يطبق على الغير ايضا باعتباره حجة عليه، كما أن العقد الذي تم الأخلال به حجة عليه ايضا^(١٣١).

وبلاحظ أن القول بحجية الشرط الجزائي على الغير، ومن ثم تقدير التعويض الذي يلزم به طبقاً لهذا الشرط هو قول لا يصمد أمام النقد، فقد سبق منا القول أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد هي ليست مسؤولية عقدية كما يدعي أصحاب الرأي الأول، لكي يكون بالإمكان تطبيق أحكام الشرط الجزائي في نطاقها، كما أن تكييف مسؤولية الغير بأنها تقصيرية وفقاً لما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني لا يسعفهم في تطبيق أحكام الشرط الجزائي أيضاً، لأن الشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض اتفاقي عن الضرر المتوقع في حين أن التعويض بموجب المسؤولية التقصيرية يشتمل على تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع؛ لذلك لا يمكن أن يأخذ بالشرط الجزائي في نطاق هذه المسؤولية.

كما أن أغلب الفقه يسانده القضاء في ذلك، قد استقر على أن الاتفاق على تحديد التعويض عن الضرر الناشئ عن الأعمال الشخصية يعد باطلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية^(١٣٢). لذلك حتى القائلين بجواز أو صحة هذا الشرط في نطاق المسؤولية التقصيرية يشترطون أن يكون المبلغ المعين فيه مساوياً لقدر الضرر أو يزيد عليه، وإلا كان باطلاً^(١٣٣).

كما أن الغير وإن كان مسؤولاً عن الإخلال بالعقد، إلا أنه غير ملزم بتنفيذه، أي أن أثر العقد لا ينصرف إليه، لكي يحكم عليه بالشرط الجزائي؛ وإنما مسؤوليته تقوم على أساس أن ما أبرمه من عقد مع المدين يمثل خطأ، مادام يؤدي هذا العقد إلى إعاقة تنفيذ التزام ناشئ عن عقد سبق أن أبرمه المدين، وذلك شريطة أن يكون لهذا العقد حجية عليه؛ لأن الحجية هي التي تفرض على الغير أن لا يتعاقد مع المدين بما يحمله على الإخلال بالتزامه العقدي، بمعنى أن الحجية تفرض على الغير واجباً بأن لا يعيق تنفيذ الالتزام. وليس العقد المبرم بين الدائن (المضروب) والمدين باعتباره تصرفاً قانونياً، بحيث يؤدي عدم تنفيذه إلى الحكم بالشرط الجزائي، لأن القول بخلاف ما تقدم، يؤدي إلى اعتبار الغير طرفاً في العقد، من جهة، ويؤدي إلى الخلط بين الأثر الملزم للعقد وحجية العقد من جهة أخرى.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، حيث حاول الباحث رسم معالم نظام متكامل لهذه الصورة من صور المسؤولية، يستطيع القضاء العراقي تطبيقه على ما يعرض عليه من قضايا، كما يستطيع المشرع صياغته بنصوص قانونية، لو أراد مستقبلاً تقنين هذه الصورة من صور المسؤولية. وقد خرج البحث بمجموعة من النتائج والمقترحات يمكن صياغة أهمها على شكل نقاط وكالاتي:

أولاً: النتائج.

١- وجدنا ان هناك مبدآن اساسيان متميزان يحكمان الموضوع، اولهما مبدأ نسبية اثر العقد، وهو المبدأ الذي يحكم اثار العقد من حيث ما يترتب عليه من حقوق والتزامات، وهذه الاثار وفقا لهذا المبدأ، لا تنصرف الا الى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص. وثانيهما مبدأ حجية العقد، وهذا المبدأ يحكم علاقة الغير بالعقد، فلا يجوز وفقا لهذا المبدأ للغير أن يتنكر لوجود العقد باعتباره واقعة اجتماعية، فيحتج عليه بالعقد، كما يستطيع هو ان يحتج بهذا العقد. لذلك لا يوجد تناقض بين اعتبار الشخص غيرا بالنسبة لاثار العقد مع اعتبار العقد ذا حجية عليه.

٢- وجدنا أن مبدأ حجية العقد الذي يترتب على الإخلال به مسؤولية الغير، يستمد قوته من فكرة الحق ذاتها، فكل حق، أيا كان، يولد واجبا عاما على الكافة مضمونه الامتناع عن التعدي على حق الغير، فليس ثمة حق لا يحتج به اتجاه الكافة، اذ ان التزام الناس بعدم التعرض لصاحب الحق ناشئ عن واجب احترامهم للقانون والنظام، ولما كان العقد هو الاداة التي يعهد بها القانون لمن هم اهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم، كان لزاما ان يستفاد من حجية مشابهة لحجية الحقوق التي ينشأها؛ لذلك كان للعقد والحقوق التي ينشأها العقد حجية تجاه الكافة.

٣- لا يوجد تناقض بين مبدأ نسبية اثر العقد ومبدأ حجية العقد، فالأول اذا كان يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد، فإن الثاني يلزم الغير باحترام العقد، وعدم الاعتداء عليه، دون ان يقوى على الزام الغير بتنفيذ العقد؛ ثم أن مبدأ نسبية اثر العقد يحكم الالتزامات التي أنشأها العقد كجزء من الذمة المالية للدائن والمدين، بينما يحكم مبدأ حجية العقد الواجب العام بعدم الاعتداء على العقد، وهو واجب يعيش على هامش الذمة المالية للغير دون أن يكون جزء من جانبها السلبي.

٤- لم يتفق الفقه على تحديد طبيعة مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وظهر في الفقه اتجاهان متضادان، يدعو احدهما الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام العقد الذي تم الإخلال به، فقالوا بأن مسؤولية الغير هي ذات طبيعة عقدية؛ بينما يدعو الآخر الى تأسيس مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد على احكام المسؤولية التقصيرية ويقوم هذا الاتجاه على تنفيذ حجج الاتجاه الأول بحجج مستمدة من المبادئ القانونية ومن نصوص التشريع وموقف القضاء، ونحن بعد أن وازنا بينهما، رجحنا الاتجاه الثاني ودعمنا وجهة نظرنا بحجج تجدها مبسطة في ثنايا البحث.

٥- وجدنا ان العقود التي يمكن ان تحرك مسؤولية الغير عند الأخلال بها، هي العقود الصحيحة ايا كانت طبيعة الحقوق التي تنشأها، فسواء كانت حقوقا شخصية أو عينية، فإن الغير لا يستطيع

الأخلال بها، وعليه أن يحترمها ويمتنع عن إتيان أي فعل أو تصرف يشكل إخلالاً بها أو يمنع الدائن من استيفاء حقوقه التعاقدية.

٦- لا يوجد في القانون المدني العراقي ما يمنع القضاء من الأخذ بمسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، على أساس مبدأ حجية العقد، فهذا المبدأ وإن لم ينص عليه المشرع صراحة، ولكن تبين لنا من خلال البحث أن المشرع لا يمانع الأخذ به، خاصة بالرجوع الى بعض التطبيقات التي أوردها المشرع في باب العقود المسماة وبالتحديد في عقدي العارية والوديعة، كما أن الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً من مصادر القانون المدني العراقي في كل ما لم يرد به نص (المادة ١ / ٢ مدني عراقي)، نجد أن هذه الشريعة الغراء تعرف مبدأ حجية العقد وتفرض على الغير واجب احترام العقد، بل واحترام المفاوضات العقدية ايضاً.

٧- وجدنا أن مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد لا تنهض الا بتوفر ثلاثة شروط هي: أولاً: صحة العقد الذي تم الإخلال به، فلا مسؤولية في حالة الأخلال بالعقود الباطلة، ثانياً: تدخل الغير شخصياً في الإخلال بالعقد، فلا مسؤولية على الغير الذي يسبب امتناعه عن القيام بعمل معين إخلالاً بالعقد، الا على سبيل الاستثناء، وثالثاً: علم الغير بوجود العقد الذي تم الإخلال به.

٨- أن الخطأ وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية باعتباره انحرافاً في السلوك له صورتان: فهو إما أن يصدر عن عمد أو إهمال، وإذا كانت الصورة الأولى من صورة الخطأ تكفي لقيام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، فإن الصورة الثانية تبدو أنها عاجزة عن أن تقيم هذه الصورة من صور المسؤولية. فالغير إذا كان مسؤولاً لتعمده بالإخلال بالعقد، فإنه غير مسؤول إذا أهمل في الاستعلام عن العقد، بحيث أدى عدم الاستعلام عن وجود العقد الى الإخلال به، لأن القانون لا يفرض على المتعاقد واجب الاستعلام عن عدم ارتباط مدينه بعقد يعد تعاقد معه إخلالاً بها، كما أن مبدأ حجية العقد الذي تؤسس عليه مسؤولية الغير، لا يفرض مثل هذا الواجب الإيجابي، وإنما هو يفرض فقط واجباً سلبياً على الغير مقتضاه الامتناع عن الإخلال بالعقد الذي يعلمه، وهذا يعني أن الخطأ في هذه الصورة من صور المسؤولية يتمتع بتحديد مفاده أن الغير لا يعد مسؤولاً الا إذا أخل بعقد يعلم مسبقاً بوجودها، وقام بفعل أو تصرف قانوني أدى الى الإخلال بها.

٩- وجدنا أن الغير لكي يكون مسؤولاً عن الإخلال بالعقد، يجب أن يعلم بالعقد وقت تعاقد مع المدين، وهذا يعني استبعاد مسؤولية الغير، إذا علم بالعقد الذي تم الإخلال به بعد إبرام عقده مع المدين، ومع ذلك وجدنا أن الغير في نطاق العقود المستمرة التنفيذ أو الدورية التنفيذ، يعد مسؤولاً منذ اللحظة التي يعلم بها بأن تصرفه يعد إخلالاً بحقوق الدائن التعاقدية.

١٠- وجدنا أن الغير اذا أخل بالعقد، فانه يكون مسؤولاً مع المدين على سبيل التضام، بتعويض الدائن عما اصابه من ضرر، وقد يتخذ هذا التعويض صورة عدم نفاذ عقد الغير مع المدين في حق الدائن. ومع ذلك لا يمنع هذا الجزاء - أي عدم نفاذ العقد - الدائن من المطالبة بالتعويض المادي لجبر كامل الضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

١١- أن التحديد الاتفاقي للتعويض لا يسري في حق الغير الذي أخل بالعقد، فلا يستطيع ان يحتج به على الدائن، كما لا يستطيع الأخير ان يحتج به على الغير؛ لأن اثر العقد لا ينصرف الى الغير، لكي يحكم عليه بالشرط الجزائي، وانما مسؤولية الغير تقوم على اساس ان ما أبرمه من عقد مع المدين يمثل خطأ؛ ما دام يؤدي الى اعاقة تنفيذ التزام ناشئ عن عقد سبق للمدين ابرامه مع الدائن. فالحجية هي التي تفرض المسؤولية، وليس العقد الذي الشرط الجزائي جزء منه، وأن القول بخلاف ذلك يؤدي الى اعتبار الغير بحكم الطرف بالعقد، ويؤدي الى الخلط بين مبدأ نسبية اثر العقد ومبدأ حجية العقد، وهو خلط ركزنا في ثانيا البحث على تجنبه وعدم الوقوع به.

ثانيا: المقترحات.

وبعد ان عرضنا لأهم النتائج التي توصلنا اليها في بحثنا هذا، نقترح الأخذ بالتوصيات الآتية:

- ١- نقترح على القضاء العراقي قبول مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، وفقاً للتحديد الذي تم بسطه في البحث، على ان يتم تأسيسها وفقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية.
- ٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل نصوص القانون المدني وذلك بإيراد نص تكون صياغته على النحو الآتي: (١- يجب على الغير احترام العقد وعدم الإخلال به. ٢- كل تعد على حقوق الدائن التعاقدية من قبل الغير، يلزم المعتدي بالتعويض، اذا كان يعلم بوجود العقد، او تم تنبيهه بأن فعله يشكل اخلافاً بحقوق الدائن التعاقدية، ومع ذلك استمر بالأخلال بالعقد. ٣- اذا تواطىء المدين مع الغير للإخلال بالعقد كانوا متضامنين في التزامهم بالتعويض. ٤- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يقتصر التعويض على عدم نفاذ العقد الثاني في حق الدائن، اذا لم يلحق الدائن ضرر، كما يجوز للمحكمة ان تقضي ببطالان العقد اذا كان بقاءه قائماً يتعارض مع حقوق الدائن التعاقدية).

الهوامش

1-V. Alain BÉNABENT, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 2002, n° 247.

٢- انظر في هذا الموضوع اطروحة الأستاذ قيل في نسبية الاتفاقيات:

-A. Weill, La relativité des contrats en droit privé François, these, Strasbourg, 1939, n° 17 ets.

٣- أن المادة ١١٢١ مدني فرنسي خاصة بالاشتراط لمصلحة الغير.

4- V. GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), TRAITÉ DE Droit CIVIL, LE EFFETS DU CONTRAT, 2^e ÉDITION, L.G.D.J, n° 324.

- وانظر ايضا: د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٦٧-٢٦٨، د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية للطباعة والنشر ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠١، ص ٥٩.

5- Civ. 1^{re} 6 Février 1952, Bull. Civ. I, no 55, p. 44. V. GHESTIN (J.), op. cit, n° 326.

6- V. GHESTIN (J.), op. cit, n° 325.

7- V. Viney (G.), TRAITÉ DE DROIT CIVIL, Introduction á la responsabilité, L.G.D.J, 2007, n° 202, GHESTIN (J.), op. cit, n° 325, Alain BÉNABENT, op. cit, n° 247.

٨- نصت المادة ٧١١ من القانون المدني الفرنسي على انه: (تكتسب ملكية الأموال وتنتقل بالارث، وبالهبة بين الأحياء وبالوصية، وبناء على الالتزامات).

9- Civ. 22 juin 1864. V. GHESTIN (J.), op. cit, n° 324.

10- Cass, req 20 ref 1900, Dalloz, 1900-1, p. 250.

11- Cass, Civ. 3^e 21 mars 1972, Bull. Civ. III, n° 193, p. 136. V. GHESTIN (J.), op. cit, n° 326.

12- Cass, com. 16 janvier 1973, Bull. civ. IV, n° 28, p. 22. V. GHESTIN (J.), ibid.

13- Cass. Com. 22 octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 209, Dalloz-Sirey, 1993, p. 181, Note. J. ghestin.

١٤- انظر في القانون المصري القديم: د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص ٣٣٣ فقرة ٢٢٩.

١٥- انظر: د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦، ص ٣٣٨-٣٤٠ الفقرات ١٧٢-١٧٤، د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الثاني، (دراسة وظائف عناصر العقد - الإرادة المنفردة)، باعتناء د. محمد الفى،

- الكويت، ١٩٨٢، ٥٤٣، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢١٥، ومؤلفه، الوجيز، المصدر السابق، ص ٢٧٠.
- ١٦- انظر في المؤلفات العامة: د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، في القانون المدني مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ١٤٠، ٢٤، د. صلاح الدين الناهي، الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، عمان، ١٩٨٤، ص ١٣٦، د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٢١.
- ١٧- انظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج ١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص ١٠٣.
- ١٨- د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣٣٦.
- 19- J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Obligations, 6 vol, 5ème edition, Paris, 1994, n° 443.
- 20- V. GHESTIN, op. cit, n° 328.
- ٢١- قارن: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج ١، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني، اسهم في تنقيحها وفي تزويدها بأحدث الآراء والأحكام الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي، الطبعة السادسة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ١٩٩٨، ص ٥٧١ - ٥٧٢، ٢٠٠.
- ٢٢- قارن: د. حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص ١١.
- ٢٣- اشار اليه: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (٢)، الحق وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠، ص ٢٨٠ هامش رقم (١).
- ٢٤- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام - ١ - المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٥٨، ٢٦.
- ٢٥- انظر في عرض نظرية جينوسار في الفقه العربي: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣٢٣ وما بعدها.
- ٢٦- انظر في التمييز بين الواجب العام والواجب الخاص: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٥٧٣، ٢٠١.
- ٢٧- انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ط ٢، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٥٢.
- ٢٨- انظر في هذا التقسيم: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٥٧١، ٢٠٠، د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ١٣، ٨.
- 29- V. DEMOGE (R.), Traite des obligation en general, T. VII, Paris, 1933, p. 598, n° 1175, R. Savatier, Le pretend principe de l'effet relative des contrats, R.T.

1934, p. 543, n° 28, J. Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, these, Paris II, 1978 (dactyle), n° 702.

30- R. Savatier, ibid.

ويذهب الى انه: " ليس صحيحا القول إن الالتزام لا يفرض واجبات الا على المدين، انه يفرض واجبات على الغير ايضا ".

31- Demoge, op. cit, p. 600, n° 1175.

32- ibid.

33- A. Weill, op. cit, n° 247.

34- Hugueney, Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, Dijon, 1910, p. 214 et s.

اشار اليه: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٢١٠ - ٢١١.

٣٥- وقد طرح الأستاذ العميد Weill، بعد أن تبين أن اجتهاد محكمة النقض يأخذ بمسؤولية الغير التقصيرية تجاه المتعاقدين عندما يخل بعقدتهما مع علمه به، مسألة معرفة ما إذا كان الأمر متعلقا بقبول مبدأ الاثر النسبي للعقود أم لا؟

وقد أعطى جوابا سلبيا على ذلك بالأخذ بان اثار العقد لا تربط الغير: " لا يلاحق الغير الذي اشترك في الإخلال بالعقد استنادا الى دعوى مصدرها العقد " يلاحق الدائن الغير بسبب الخطأ الذي ارتكبه بدفع المدين إلى عدم التنفيذ أو بمساعدته بسوء نية على عدم التنفيذ وحسب؛ وهذا الخطأ هو الذي يشكل الرباط القانوني بين الغير والدائن ". ويضيف الأستاذ Weill " ان حق الدائن تطور ولم يعد من الممكن فهمه كرباط شخصي وحسب بين الدائن والمدين؛ واستنتج من ذلك ان حق الدائن من الواجب حمايته كالحق العيني طالما انه ينفصل عن شخص المتعاقدين ". ويفترض هذا التحليل الاعتراف للحق الشخصي بطابع مطلق او على الاقل بطابع قريب من الحق العيني.

-Weill, op. cit, n° 236- 238.

36- V. viney, op. cit, n° 202.

37- ibid.

38- P. Roubier, Le droit de propriété industrielle, 1952, p. 557 et s.

٣٩- قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها جاء فيه: " ان الدعوى المقامة ضد العامل بعد انتهاء عقد العمل لانتهاكه شرط عدم المنافسة هي دعوى مسؤولية عقدية، وهي في ذات الوقت دعوى منافسة غير مشروعة بالنسبة للشركة التي استخدمته مع علمها التام بشرط عدم المنافسة ". مشار اليه عند: ج ريبير، ر. روبلو ولويس فوجال، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول- المجلد I، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٧٣٣ هامش رقم (٣).

40- V. Planiol- Ripert par P. Eismein, Traité partique de Droit civil français, t.IV, 2^e éd, Paris, 1952, n° 590.

٤١- أمثال السيدين (Aynés, Malaurie) M. Larroumet, J. Duclos, M. Aubert, -:

-V. GHESTIN, op. cit, n° 372, Savatier, op. cit, p. 543, n° 28.

42- Cass. Com. 11 octobre 1971, Bull. civ. IV, n° 237, p. 221؛ Dalloz 1972, p. 120.

٤٣- انظر: د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٣٩ فقرة ١٩٥.

٤٤- د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، مشكلات المسؤولية، ج ١، ص ٢١١.

٤٥- انظر: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤١١ فقرة ٨١٨.

46- Starck (B.), des contrats concls en volations des droits contractuels d'autrui, j.c.p, 1945-1-118o. (اشار اليه: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٢٩٥)

٤٧- انظر في ذلك: عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج ٣، في احكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٦٢ فقرة ١٧٤.

٤٨- انظر في شروط الدعوى البوليصة: المادة ١١٦٧ مدني فرنسي، والمادة ٢٦٤ مدني عراقي؛ وللتفصيل انظر: عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٢٦٧ فقرة ١٧٨ وما بعدها.

٤٩- المصدر نفسه، ص ٢٨٣ فقرة ١٨٥.

٥٠- انظر: المادة ٢٦٤ / ٢ مدني عراقي.

٥١- انظر: چ ريبير، ر. رويلو ولويس فوجال، مصدر سابق، ص ٧٢٩ فقرة ٧٢٩، د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٤، ١٩٦٢، ص ٢١٣ وما بعدها.

٥٢- انظر بشأن شروط نظرية التعسف في استعمال الحق بالنسبة للقانون العراقي المادة (٧) من القانون المدني، وفي شرحها: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٥٨ - ٤٥٩.

٥٣- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٢٠١ بالهامش. وانظر في تأييد ذلك: د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، مشكلات المسؤولية المدنية، ج ١، ص ١٥٣،، وانظر خلاف ذلك وبأن ليس في جوهر فكرة الرخصة أو الحرية العامة ما يجعلها مستعصية على التعسف. د. اسماعيل غانم، تجديد عقد العمل المحدد المدة (تطبيق لنظرية التعسف على رفض التعاقد)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الرابعة، يولييه ١٩٦٢، ص ٣٩٠.

٥٤- الشيرازي (الشيخ الإمام أبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج٢، حققه وعلق عليه الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد علي، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٠٤.

٥٥- بن قدامة (شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مج٢، حققه وعلق عليه محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي وشارك في التحقيق أحمد محروس جعفر، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط١، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٠.

٥٦- ابن قدامة (ابو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج٤، مكتبة الجمهورية العربية، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٥٢٢.

٥٧- المرغيناني (شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني)، الهداية شرح بداية المبتدى، المجلد الثاني، ٣-٤، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٥٩.

٥٨- الشيرازي، المذهب، ص ١٠٤.

٥٩- انظر في المقصود بالغير مفصلاً: د. عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤، ص ٣٧، د. حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

٦٠- انظر: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٤، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل، ط١، عمان، ٢٠٠٦، ص ٦٧ فقرة ٧١.

61- V. viney, op. cit, n° 189 et 202.

62- D. 1991, p. 549 not J. Ghestin, JCP 1991. III. 21743, note G. Viney, chron. C. Jamin, D. 1991, p. 257 et C. Larroumet, JCP 1991. I. 3531. V. viney, ibid.

63- Bull. civ. Ass. Plén., no 2, JCP 2000. II. 10295, conc. Kessous, note M. Billiau; Resp. civ. Et assur. 2000, ch. 1011 par H. Groutel, obs. G. Viney, JCP 2000.1.241, no 16 et S.; P. Jourdain, RTD civ. 2000, p. 582. V. viney, op. cit, no 202.

64- V. viney, op. cit, no. 203.

٦٥- انظر: المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

٦٦- المكان نفسه.

67- V. notamment Civ. 27 mai 1908, D.P. 1908. 1. 459.—Req—, 8 novembre 1904, D. 1906. 1. 489, not Lecour. —Req., 17 juin 1927, Gaz. Pal. 1927. II. 431. —Req., 2 juin 1930, —D.H. 1930, p. 377. Viney, op. cit, n° 203 et s.

٦٨- وقد اخذ المشرع الفرنسي بما توصل اليه القضاء في قانون أول شباط ١٩٣٢ (المادة ٢٣) والتي أدمجت بعد ذلك في قانون العمل (المادة 15-122 L)

69- Cass. 5 janvier 1967, D. 1967, Jurisprudence, p. 212.

70- V. Civ. 1^{re} 7 janvier 1960. Bull. civ. I, n° 15, p. 13.— Civ. 3^e 8 juillet 1975, D. 1975, IR, p. 200— Req., 28 août 1940, S. 1940. I. 103—Civ. 10 avril 1948, D. p. 421. —Civ. 1^{re} 23 octobre 1957, p. 729.

71- Cass. Com, 13 mars 1979, D.S. 1980-1-not SERRA(Y).

72- Cass. Com, 25 novem 1986, Bull-civ- 1987, Iv.n. 219.

73- Civ. 2^e 13 avril 1972, D.1972, p. 440; Civ. 1^{re} 17 octobre 2000, Bull. civ. I, n° 246, D. 2001 J. 952, note M. Billiau et J. Moury.

74- V. viney, op. cit, n° 204.

75- V. CHESTIN, op, cit, n° 451.

٧٦- التواطؤ: هو العلم بالبيع والاتفاق مع البائع على الاضرار بالمشتري.

٧٧- باستثناء التنازل عن مرتبة الرهن وحوالة الحق لأكثر من محال له، حيث لم يكتف القضاء الفرنسي بمجرد العلم للاحتجاج بالتصرف، وإنما اشترط التواطؤ؛ ففي نطاق التنازل عن مرتبة الرهن قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض حكم محكمة الاستئناف استنادا إلى المادتين ١١٦٥ و ٢١٤٩ من القانون المدني، لأنه استند الى معرفة الغير الشخصية بالتنازل عن الأقدمية لقبول حجيته، وفي نطاق حوالة الحق قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: (مجرد العلم بحوالة الحق لا يكفي لمنع المحال له الثاني من اعلان الحوالة للمدين، للتغلب على المحال له الأول).

- Com. 6 janvier 1987, Bull.civ. IV, n° 5, p. 3; D. 1987, p. 375, Note. L. AYNÉS. (التنازل عن مرتبة الرهن) .

- Civ. 9 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 137, p. 106. (حوالة حق مرتين) .

78- Civ. 3^e 22 mars 1968, D. 1968, p.412, Note J. Mazeaud; JCP 1968. II. 15587, Note A. Plancqueel; RTD civ. 1968, p. 564, obs. J.—D. Bredin.

٧٩- قضت محكمة النقض الفرنسية في عام ١٩٧٤ بأنه: « اكتساب ملكية عقار مع العلم بسبق التنازل عنه للغير يشكل خطأ يمنع على المشتري الثاني الذي اشهر أو أعلن عقده التمسك بقواعد التسجيل العقاري ».

-Civ. 1^{er} 3 octobre 1974 et Civ. 3^e 30 janvier 1974, JCP 1975. II. 18801, obs. M. Dagot; D. 1975, p. 427, not. J. Penneau; obs. G.Goubeaux, Rép. Notariat Defrénois, article 30631; obs. G. Giverdon, RTD civ. 1975, p. 569.

80- V. GHESTIN, op. cit, n° 451, viney, op. cit, n° 205.

٨١- نصت المادة L.9-613 الفقرة الأولى من قانون الملكية الفكرية الفرنسي على انه: (جميع التصرفات التي تنقل الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو براءة او تعديلها، يجب لكي تكون محتجا بها تجاه الغير، أن تكون مسجلة في سجل يسمى السجل الوطني للبراءات تمسكه المؤسسة الوطنية للملكية الفكرية).

82- Com. 25 mai 1976, Bull. civ. 1976, IV, n° 179, p. 151; D. 1978, IR, p. 148.

٨٣- انظر المواد: ٥٠٨ مدني عراقي، ١١٢٦ / ٢ مدني عراقي، ٢/٢ تسجيل عقاري، ٣ تسجيل عقاري.

٨٤- انظر: عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ١٦١ - ١٦٢، د. سعدون العامري، في البيع والايجار، ط ٣، ١٩٧٤، ص ١٠٧، د. غني حسون طه، البيع، ص ٢٢٣، وبحثه الموسوم، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، (عدد خاص)، مايس ١٩٨٤، ص ١٣١، د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع، ط ٢، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٢٢.

٨٥- رقم القرار: ٦٩٢ / مدنية اولى / ٩٢ تاريخ القرار ٢٢ / ٧ / ١٩٩٢، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، اعداد ابراهيم المشاهدي، ج ٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٥٠-٥١.

٨٦- رقم القرار ٤٤ / ت ب / ١٩٧٨ تاريخ القرار ١١ / ١٢ / ١٩٧٨ استئناف نينوى، مجلة الاحكام العدلية، ع ٤٤، س ٩، ١٩٧٨، ص ١٩٩ - ٢٠٠ .

٨٧- رقم القرار ٦٧٢ / حقوقية / ١٩٩٤ تاريخ القرار ١١ / ٦ / ١٩٩٤، التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، اعداد هادي عزيز علي، بلا سنة طبع، ص ٣٤.

٨٨- رقم القرار ١١٠٦ / حقوقية / ١٩٩٤ تاريخ القرار ١٠ / ١٠ / ١٩٩٤، المصدر السابق، ص ١١٧.

89- V. viney, op. cit, n° 207, CHESTIN, op. cit, n° 377.

90- V. Com. 16 février 1988, Bull. civ. IV, n° 76; 13 décembre 1988, 2 arrêts, Bull. civ. IV, n° 343 et 344.

91- V. viney, op. cit, n° 207.

92- Com. 26 novembre 2003, Bull. civ. IV, n° 186, D. 2004, p. 867 Note A.S. Dupre—Dallemagne, RTD civ. 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Pages, JCP 2004. 738, obs. P. Stoffel—Munck, JCP 2004 G 2004.1.163, n° 18 á 23, obs. G. Viney. V. viney, op. cit, n° 197.

٩٣- انظر: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

94- V. Civ. 2^e 3 mai 1995, Bull. civ. II, n° 132.

- ويذهب الدكتور الذنون الى القول: " أن يتضمن العقد شرطا (صريحا أو ضمنيا) يقضي بان يقوم المتعاقد شخصا بتنفيذ الالتزام، وفي هذا الفرض تنهض المسؤولية (العقدية) عن كل تدخل من الغير من شأنه ان يؤدي الى الإخلال بهذا الالتزام. اما بالنسبة لهذا (الغير) الذي أخل بالتنفيذ او وقف عائقا او

حائلا دونه فالمسؤولية تقصيرية لا شك فيها. مثال ذلك: ان يتعهد رسام برسم لوحة زيتية او يتعهد طبيب جراح او يتعهد محام ...، فأن مجرد سماح احد هؤلاء المهنيين او الفنيين للغير بالتدخل الذي يؤدي الى اخلالهم بالتزاماتهم والى الحاق الضرر بالطرف الاخر، يجعلهم مسؤولين مسؤولية عقدية، ويجعل هذا الغير مسؤولا وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وقواعدها. (المبسوط، ج ١، ص ١٠٣ فقرة ١٤٣)

95- V. Civ. 2^e 10 juin 2004, RTD civ. 2004, p. 728, obs. J. Mestre et B. Pages.

٩٦- الا اذا كان عقد العمل الأول قد استنفذ جميع اثاره في الوقت الذي علم فيه رب العمل الجديد بعقد العمل الأول.

97- V. par exemple, Soc. 10 mai 1983, Bull. civ. V, n° 251.

98- V. viney, op. cit, n° 207.

99- ibid.

100- V. Civ. 8 juillet 1975, Bull. civ. III, n° 249. Com. 4 Février 1987 inédit, Lexis, n° 20. Civ. 1^{re} 26 janvier 1999, Bull. civ., n° 32, RTD civ. 1999, p. 405, obs. P. Jourdain.

101- Civ. 1^{re} 17 octobre 2000, Bull. civ. I, n° 246, obs. G. Viney, JCO 2001.I. 338, n° 6 et 7. (cité).

102- Com. 8 juin 1993. Bull. civ. IV, P° 228, P. 161. V. Alain BÉNABENT, op. cit, n° 247.

١٠٣- انظر في تعريف الخطأ وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

١٠٤- قارن: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ٣١٠ - ٣١١.

105- V. CHESTIN, op. cit, n° 388.

106- préc, n° 207.

١٠٧- انظر: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ٣١٠ - ٣١١، وانظر القرارات القضائية الآتية:

- Com. 11 octobre 1971, D. 1972, p. 102.

- Civ. 2^e 13 avril 1972, D. 1972, p. 440.

- Civ. 3^e 20 février 1979, D. 1979, IR, p. 352.

108- Dalloz 1963, p. 367, Note J. Robert.

109- Dalloz 1967, p. 212. V. GHESTIN, op. cit, n° 388.

110- D.H. 1939, p. 489. V. GHESTIN, ibid.

111- Sirey, 1905, 2, 284. V. GHESTIN, ibid.

١١٢- مذكور سابقا.

113- V. GHESTIN, op. cit, n° 389.

١١٤- انظر في الفقه العراقي: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣١٢ والفقه المشار اليه.

- 115- comp. GHESTIN, op. cit, n° 389.
 116- D.H. 1938, p. 379. V. GHESTIN, ibid.
 117- V. notamment Civ. 1^{re} 7 janvier 1960, Bull. civ. 1960, I n° 15, P. 13—Aix, 20 février 1950, JCP 1950. II. 5501, note E. Becque et Civ. 12 juin 1954, D. 1954, P. 588 (motifs). V. viney, op. cit, n° 208.
 118- V. GHESTIN, op. cit, n° 379, Viney, op. cit, n° 208.

وانظر في الفقه العربي: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣١٢.

- 119- V. FLOUR (Y), l'effet des contrats a legard des tiers en droit internationale prive, these (dayctI), Paris II, 1972, p. 332. (اشار اليه: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣١٢)

١٢٠- انظر ما تقدم ذكره.

١٢١- انظر: المادة ١١٦٣ مدني عراقي.

١٢٢- انظر: المادة ٢٥٤ مدني عراقي

- 123- V. GHESTIN, op. cit, n° 379, Viney, op. cit, n° 208.
 124- V. R. Demogue, op. cit, n° 1184, J. Huet, th. Précitée, n° 702.
 125- Starck (B.), article précitée, n° 70. (مشار اليه سابقا عند د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣١٦)
 126- V. Planiol et Ripert, op. cit, n° 1059.
 127- Cass. Com, 13 mars 1979, D.S. 1980-1-not SERRA (Y.).
 128- Cass. Civ-1-29 jan 1963, Bull-civ, 1964,-1-n° 63.
 129- Cass. Com, 25 novem 1986, Bull –civ-1987, Iv. N° 219.
 130- V. R. Demogue, op. cit, n° 1184, J. Huet, th. Précitée, n° 702. (préc).
 131- B. Starck, article précitée, n° 70.

- مشار اليه سابقا نقلا عن: د. صبري حمد خاطر، مصدر سابق، ص ٣١٦.

- 132- V. viney, op. cit, n° 208.

١٣٣- انظر: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ٢٢٧.

المصادر

اولا: باللغة العربية.

- في القانون.

- ١- د. اسماعيل غانم، تجديد عقد العمل المحدد المدة (تطبيق لنظرية التعسف على رفض التعاقد)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الرابعة، يوليه ١٩٦٢.
- ٢- د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦.
- ٣- ج. ريبير، ر. روبلو ولويس فوجال، المطول في القانون التجاري، الجزء الأول- المجلد ١، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، بيروت، ٢٠٠٧.
- ٤- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد.
- ٥- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٤، المسؤولية عن فعل الغير، دار وائل، ط١، عمان، ٢٠٠٦.
- ٦- د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.
- ٧- د. سعدون العامري، في البيع والايجار، ط٣، بغداد، ١٩٧٤.
- ٨- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج١، المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني، اسهم في تنقيحها وفي تزويدها بأحدث الآراء والأحكام الدكتور حبيب ابراهيم الخليلي، الطبعة السادسة، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ١٩٩٨.
- ٩- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مطبعة البيت العربي، عمان، ١٩٨٤.
- ١٠- د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الدار العلمية للطباعة والنشر ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠٠١.
- ١١- د. عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٤.
- ١٢- عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣، في احكام الالتزام، تنفيذ الالتزام، دراسة مقارنة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١.
- ١٣- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام - ١- المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٢.

- ١٤- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (٢)، الحق وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٠.
- ١٥- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصادر الارادية (العقد والإرادة المنفردة)، المجلد الثاني، (دراسة وظائف عناصر العقد- الإرادة المنفردة)، باعتناء د. محمد الفى، الكويت، ١٩٨٢.
- ١٦- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، في القانون المدني مصادر الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٦.
- ١٧- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
- ١٨- د. غني حسون طه، التعهد بنقل ملكية عقار وفق المادة ١١٢٧ من القانون المدني العراقي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، (عدد خاص)، مايس ١٩٨٤.
- ١٩- د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد البيع، ط٢، بغداد، ١٩٧٦.
- ٢٠- د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ١٩٦٢.
- ٢١- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- ٢٢- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.
- ٢٣- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩٠.
- في القضاء.
- ١- المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، اعداد ابراهيم المشاهدي، ج٥، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.
- ٢- التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية، اعداد هادي عزيز علي، بلا سنة طبع.
- ٣- مجلة الاحكام العدلية، ع٤، س٩، ١٩٧٨.
- في الشريعة الاسلامية.

- ١- ابن قدامة (شيخ الإسلام موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي)، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مج ٢، حققه وعلق عليه محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي وشارك في التحقيق أحمد محروس جعفر، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية، ط ١، بيروت، ٢٠٠١.
 - ٢- ابن قدامة (ابو محمد عبد الله بن أحمد)، المغني، ج ٤، مكتبة الجمهورية العربية، مكتبة الكليات الازهرية، القاهرة، بلا سنة طبع.
 - ٣- الشيرازي (الشيخ الإمام أبي إسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢، حققه وعلق عليه الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد علي، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٣.
 - ٤- المرغيناني (شيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني)، الهداية شرح بداية المبتدى، المجلد الثاني، ٣-٤، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.
- ثانيا: باللغة الأجنبية.

- 1- Alain BÉNABENT, Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 2002.
- 2- A. Weill, La relativité des contrats en droit privé François, these, Strasbourg, 1939.
- 3- DEMOGE (R.), Traite des obligation en general, T. VII, Paris, 1933.
- 4- GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), TRAITÉ DE Droit CIVIL, LE EFFETS DU CONTRAT, 2^e ÉDITION, L.G.D.J.
- 5- J. FLOUR et J.-L. AUBERT, Obligations, 6 vol, 5^eme edition, Paris, 1994.
- 6- J. Huet, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, these, Paris II, 1978 (dactyle).
- 7- P. Roubier, Le droit de propriété industrielle, 1952.
- 8- Planiol- Ripert par P. Eismein, Traité partique de Droit civil français, t.IV, 2^e éd, Paris, 1952.
- 9- R. Savatier, Le pretend principe de l'effet relative des contrats, R.T. 1934.
- 10- Viney (G.), TRAITÉ DE DROIT CIVIL, Introduction á la responsabilité, L.G.D.J, 2007.

