

**أثر الصفة الاحترافية على التعاقد المحترف
”دراسة مقارنة“**

د. محمد فتحى محمد محمود

مدرس بقسم القانون المدنى- كلية الحقوق- جامعة مدينة السادات

أثر الصفة الاحترافية على التعاقد المحترف "دراسة مقارنة"

د. محمد فتحى محمد محمود

ملخص:

يستهل البحث ببيان مفهوم الصفة الاحترافية، والتي تُعرف بأنها "تلك الصفة التي تنشأ عن الخبرة التي يكتسبها الشخص طبيعياً كان أو إعتبارياً، سواء بالاعتقاد على ممارسة النشاط بانتظام وإضطراد، أو بالإجازات العلمية المتحصل عليها، والتي تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة النشاط، مما يسهم في تفوقه في التخصص والكفاءة والدراية الفنية لنشاطه المهني أو الحرفي أو الفني أو الصناعي"، والتعرض إلى عناصر إكتساب الصفة الإحترافية.

ثم ننتقل بعد ذلك إلى تمييز التعاقد المحترف عن غيره، حيث يتمتع التعاقد المحترف بمعرفة متعمقة بالقواعد والمعايير المنظمة لمجال عمله، مما يفرض عليه التزامات أشد مقارنة بغير المحترف. وتتجلى هذه الالتزامات في الالتزام بالإعلام، والالتزام بالنصح والإرشاد، والالتزام بضمان السلامة، والالتزام بالمحافظة على السر المهني، وأخيراً الالتزام بالفاعلية والنزاهة.

ثم يتناول البحث الأساس القانوني لمسئولية التعاقد المحترف، والإجابة على عدة أسئلة تتمثل في، هل سيحقق تأسيس مسئولية التعاقد المحترف على الخطأ الواجب الإثبات مصلحة المضرور؟ أم ستكون مصلحته في أن تؤسس تلك المسئولية على أساس الخطأ المفترض؟ أم تتحقق مصلحة المضرور في هجر كلا الأساسين والإستناد إلى أساس آخر لا يعيب بالخطأ، وهو ما يعرف بالمسئولية الموضوعية؟

ويختتم البحث بالإشارة إلى أن الصفة الاحترافية تُعد عنصراً جوهرياً في تحديد طبيعة التزامات التعاقد ومدى مسئوليته القانونية، مما يتطلب وجود إطار تشريعي واضح ومحدد لتنظيم هذه المسئولية، بما يكفل تحقيق التوازن بين حقوق الأطراف المتعاقدة ويضمن الحماية القانونية الكافية للمتعاملين مع المحترفين.

Abstract:

The research begins by explaining the concept of professional quality, which is defined as "that quality that arises from the experience that a person acquires, whether natural or legal, whether by getting accustomed to practicing the activity regularly and regularly, or by academic degrees obtained, which exceed the minimum required for practicing the activity, which contributes to His superiority in specialization, competence, and technical know-how for his professional, craft, artistic, or industrial activity," and exposure to the elements of acquiring the characteristic. Professionalism.

Then we move on to distinguishing the professional contractor from others, as the professional contractor has in-depth knowledge of the rules and standards regulating his field of work, which imposes on him more severe obligations compared to the non-professional. These obligations are evident in the commitment to informing, the commitment to advice and guidance, the commitment to ensuring safety, the commitment to maintaining professional confidentiality, and finally the commitment to effectiveness and integrity.

The research then addresses the legal basis for the liability of the professional contractor, and answers several questions: Will basing the liability of the professional contractor on the error that must be proven serve the interest of the injured person? Or would it be in his interest to establish that responsibility on the basis of the supposed error? Or is the interest of the injured person achieved by abandoning both foundations and relying on another foundation that does not care about the error, which is known as objective responsibility?

The research concludes by pointing out that professionalism is an essential element in determining the nature of the contractor's obligations and the extent of his legal responsibility, which requires a clear and specific legislative framework to regulate this responsibility, ensuring a balance between the rights of contracting parties and ensuring adequate legal protection for those dealing with professionals.

مقدمة

تعددت الدراسات والأبحاث القانونية المختلفة التي تناولت المسؤولية المدنية لأرباب المهن الحرة والمنتجين والصانعين وغيرهم، ممن يزاولون نشاط تجارى أو حرفى، ويرجع ذلك إلى الخصائص التي تميز كلاً منها، وبإمعان النظر إلى طائفة معينة من ممارسى النشاط المهني أو الحرفى أو التجارى، تلك الطائفة التي تتميز بالخبرة والدراية الفنية والكفاءة التي ترفعهم إلى مصاف المحترفين، الأمر الذى يجعل من الصفة الاحترافية معياراً هاماً، يرجح كفة صاحبها فى التعاقد معه دون غيره ممن يمارسون ذات النشاط، فلا ريب فى أن تحقق الصفة الاحترافية لدى المتعاقد يترتب عليها أحكاماً خاصة، سواء تمثلت تلك الأحكام فى قواعد المسؤولية المدنية، أو إقتصر الأمر على مرحلة الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد المحترف.

أهمية البحث:

تتبع أهمية هذا البحث من كونه يسلط الضوء على إطار قانوني وتنظيمي يسهم في تحقيق الاستقرار والتوازن في التعاملات بين الأفراد والجهات المختلفة، فالفهم العميق للصفة الاحترافية يساعد في ضمان حماية حقوق الأطراف المتعاقدة وتقليل النزاعات القانونية، كما أن التمييز بين المتعاقد المحترف وغير المحترف يُعد أداة فعالة لتحديد المعايير التي يُستند إليها في تقييم الالتزامات الناشئة عن العقد وأحكام المسؤولية واجبة التطبيق إذا تحقق الضرر.

مشكلة البحث:

على الرغم من الأهمية البالغة للصفة الاحترافية في تعزيز العدالة وضمان الشفافية في التعاملات، إلا أن هناك قصوراً في التحديد الدقيق لمفهومها وعناصرها وآثارها القانونية. هذا القصور ينعكس سلباً على القدرة على التمييز بين المحترفين

وغير المحترفين في إطار العلاقة التعاقدية. وعليه، فإن هذا البحث يسعى للإجابة على الأسئلة التالية:

١. ما هو مفهوم الصفة الاحترافية وما هي عناصر اكتسابها؟
٢. كيف يمكن تمييز المتعاقد باعتباره محترفًا عن غيره؟
٣. ما هو الأساس القانوني للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف؟

خطة البحث:

عندما تلحق الصفة الاحترافية المتعاقد فإنها تكسبه مركزًا مغايرًا لأقرانه من الممارسين لذات نشاطه، سواء كان نشاطه مهنيًا أو حرفيًا أو تجاريًا، لذا فإن نقطة إنطلاق هذا البحث ستكون من خلال الوقوف على تحديد مفهوم الصفة الاحترافية، والوصول إلى العناصر التي تساهم في تحققها.

ثم نقوم بعدئذٍ ببحث مسألة تمييز المتعاقد الذي أسبغت عليه الصفة الاحترافية، وعُد محترفًا، مما يترتب عليه تمايزه عن غيره، فضلًا عن تفصيل أثر تلك الصفة على المتعاقد المحترف من ناحية الالتزامات الملقاة على عاتقه وطبيعتها، وأخيرًا بيان الأساس القانوني للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف، وسيتم ذلك وفقًا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: تمييز المتعاقد المحترف عن غيره وأثر الصفة الاحترافية عليه.

المبحث الثاني: الأساس القانوني للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف.

على أن نسبق ذلك بمبحث تمهيدى يبين مفهوم الصفة الاحترافية وعناصر اكتسابها.

مبحث تمهيدى ماهية الصفة الاحترافية

تمهيد:

يعد تحديد دلالة المصطلحات المستخدمة فى مجال البحث العلمى فى نطاق العلوم بصفة عامة، وفى نطاق العلوم الإنسانية بصفة خاصة أحد أهم المتطلبات التى يتغيا منها تيسير بحث الموضوع محل الدراسة، وكلما كان هذا التحديد مصقولاً، كان الغوص فى مضمونه ميسوراً^(١)، لذلك سنقوم من خلال هذا المبحث بالوقوف على مفهوم الصفة الاحترافية، ومحاولة حصر العناصر المقومة لها، وذلك وفقاً للتقسيم الآتى:

المطلب الأول: مفهوم الصفة الاحترافية.

المطلب الثانى: عناصر اكتساب الصفة الاحترافية.

المطلب الأول

مفهوم الصفة الاحترافية

حين يتمتع المتعاقد بالصفة الاحترافية، بتوافر عناصر الاحتراف، يضحى متعاقدًا محترفًا، وبطبيعة الحال فإن الأمر يقتضى منا تعريف الحرفة إبتداءً، وذلك للوصول إلى مدلول الصفة الاحترافية إنتهاءً بإعتبارها أصلًا لغويًا لكلمة "إحتراف"، فالحرفة لغة هى وسيلة الكسب من زراعة وصناعة وتجارة وغيرها، والحرفى هو الشخص الذى يكسب عيشه بالعمل فى حرفة بصفة مستمرة ومنتظمة^(٢).

ويرى جانب من الفقه-وبحق- ضرورة توافر عنصرين أساسيين حتى نكون بصدد مهنة أو حرفة، أولهما الاعتياد والذى يتمثل فى تكرار قيام الشخص بنشاط معين، يستوى فى ذلك أن يكون هذا الشخص طبيعيًا أو إعتباريًا، أما العنصر الثانى فهو قصد تحقيق الربح، فيجب أن يكون قيام الشخص بعمل معين هو وسيلته

(١) د. عبدالحاميد عثمان محمد، المسئولية المدنية عن مضار المادة المشعة "دراسة مقارنة"، رسالة

دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢١.

(٢) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، مجمع اللغة العربية، ١٩٩٣، ص ١٤٦

للتعيش والإرتزاق، أو على الأقل إحدى وسائله في ذلك، كما لا يشترط نجاح الشخص في تحقيق قصده- تحقيق الربح- فإحتمال فشله أو إفلاسه وارد، لذا كانت العبارة بالقصد^(٣).

ولقد تعرض نص المادة (١/١٠) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ للإحتراف صراحة، فقد جاء نصها على أن "يكون تاجرًا: ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف بإسمه ولحسابه عملاً تجاريًا"، والتي يقابلها نص المادة (L121-1) من قانون التجارة الفرنسي، فالتجار هم من يمارسون الأعمال التجارية، ويقومون بها بصفة إعتيادية^(٤).

مما حدا بفقهاء القانون التجارى إلى تعريف الاحتراف بصدد بيان صفة التاجر، فقد عرفه البعض بأنه: "توجيه النشاط على نحو يتسم بالانتظام والإستمرار، لممارسة الأعمال التجارية التى من شأنها تحقيق الكسب وتحصيل الرزق الذى يعتمد عليه المحترف فى معاشه"^(٥)، كما عرفه آخرون بأنه "توجيه النشاط على نحو رئيسى ومعتاد إلى القيام بالأعمال التجارية بقصد الحصول على الربح"^(٦)، كذلك ذهب البعض إلى أن المقصود بإحتراف الأعمال التجارية هو "الإشتغال بعمل من هذه الأعمال بصفة مستمرة ومنتظمة بإعتبارها موردًا للرزق وعلى وجه الإستقلال"^(٧).

(٣) د. ثروت فتحي إسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني، الصانع- الموزع "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٧٢ وما بعدها.

(٤) والنص الأصلي للمادة (L121-1) من قانون التجارة الفرنسي جاء على النحو الآتي: "Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle".

(٥) د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر، وفقًا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٢٤

(٦) د. سميحة القليوبي، الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٧٩

(٧) د. حسام الدين عبدالغنى الصغير، د. عاطف محمد الفقى، القانون التجارى، نظرية الأعمال التجارية، التاجر- المتجر، مطبعة المعارف، ٢٠٠٧، ص ١٦٧

ويبين من ذلك أن محور الاحتراف فيما يتعلق بطائفة التجار هو الاعتياد على ممارسة الأعمال التجارية، فيتضمن الاحتراف حتمًا معنى الاعتياد وتكرار القيام بالعمل بصفة منتظمة^(٨)، هذا وقد ذهب البعض إلى أن الاعتياد في مرتبة أدنى بكثير من الاحتراف، والحجة في ذلك تكمن في أن الاعتياد يقوم على تكرار ممارسة المهنة أو الحرفة أو النشاط من آن لآخر، بينما الاحتراف يقتضى ممارسة المهنة أو الحرفة أو النشاط على سبيل الانتظام والإستمرار^(٩)، ويتوافق ذلك مع تعريف الاحتراف لدى غالبية فقهاء القانون التجارى، فالاحتراف لديهم وإن إنطوى فى معناه على الاعتياد إلا أنهم رهنوا الاعتياد بصفتي الانتظام والإستمرار.

ونرى أن الاعتياد فى مرتبة أدنى من الاحتراف لسببين، أولهما أن الاعتياد هو عنصر أساسى يترتب عليه وجود الاحتراف إذا ما إقترن بالانتظام والإستمرار، أما السبب الآخر، وهو ما ذكره أصحاب التفرقة بين الاعتياد والاحتراف^(١٠)، فيمكن رده إلى خصوصية الاحتراف بتوافر العنصر الجوهرى وهو الخبرة والدراية والكفاءة الفنية والتخصص التى يكتسبها شخص المحترف^(١١).

كما أن بعض الفقه الفرنسى يرى أن المعيار المميز للشخص المحترف هو الاعتياد والانتظام فى ممارسة النشاط بحيث يؤدي ذلك إلى الإيحاء والظهور أمام الغير من المتعاملين معه بمظهر الدراية والكفاءة^(١٢).

فالمظهر الرئيسى لتمتع المدين المتعاقد بالصفة الاحترافية، فيما يخص نشاطه أيًا كان مهنة حرة، أو حرفة أو نشاط آخر، هو التخصص الفنى الذى يكتسبه جراء

(٨) د. حسام الدين عبدالغنى الصغير، د. عاطف محمد الفقى، المرجع السابق، ص ١٦٨

(٩) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مفهومه- التزاماته- مسئولياته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١١

(١٠) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الإشارة السابقة، ذات الصفحة.

(11) Sandrine Henneron, La protection de la partie faible dans les relations entre professionnels, Annales de l'école doctorale, Ester Editions, 1997, n° 5, P.341

مشار إليه فى الإشارة السابقة، فى هامش نفس الصفحة.

(12) Yves Picod, Hélène Davo, Droit de la consommation, Dalloz, 2005, P.25

أداءه للعمل أو النشاط المنوط به، وهذا التخصص هو الذى يؤدي إلى رفع درجة المستوى الفنى فى تنفيذه للالتزام، فالإعداد التام للنشاط محل العقد أيًا كان مهنة حرة أو حرفة أو تجارة أو صناعة عن طريق الحصول على المؤهلات الضرورية واكتساب المعلومات الفنية، وكذلك الحصول على الأدوات اللازمة لحسن تنفيذ الالتزام، وإعداد مكانًا ملائمًا يتناسب مع طبيعة النشاط، والدقة فى اختيار معاونيين لمساعدة المدين المتعاقد فى تيسير أداءه لعمله، إضافة إلى الممارسة المعتادة للنشاط باستمرار وانتظام، كل ذلك يشارك فى وجود متعاقدًا محترفًا، مما يتحمل معه واجبات معينة تزيد عن تلك التى تطلب من المدين غير المحترف^(١٣).

وقد عرف بعض الفقه الشخص المحترف على أنه "تركز نشاط الشخص فى إبرام عقود معينة وتنفيذها، بحيث يعتمد على هذا النشاط فى اكتساب مورد رزقه"^(١٤)، وقد عرفه بعض الفقه الفرنسى بأنه "كل شخص طبيعى أو معنوى يقوم بممارسة نشاط ما على سبيل الاعتياد والإنتظام، كالإنتاج والتوزيع وتقديم الخدمات"^(١٥).

وعلى الرغم من وجهة هذه التعريفات إلا أنها أغفلت تمامًا جوهر فكرة الاحتراف، والذى لا يقوم فقط على إعتياد ممارسة النشاط، وإنما يقوم على درجة ومرتبة الخبرة والدراية والتخصص التى يكتسبها الشخص من إعتياده ممارسة هذا النشاط، وهو ما يسمو به فى النهاية إلى مصاف المحترفين.

وبناء على ذلك فقد عرف الأستاذ الدكتور/ معنز نزيه المهدي الشخص المحترف-، وذلك تعقيبيًا على التعريفين السابقين وغيرهم مما أشار إليهم سيادته- بأنه "كل شخص طبيعى أو معنوى إعتاد ممارسة مهنة أو حرفة أو نشاط ما على

(13) Philippe Le Tourneau, op.cit., P.232

(14) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، ٢٠٠٣،

(15) "Le professionnel peut être défini comme une personne physique ou morale agissant dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de la prestation de services ", Yves Picod, Hélène Davo, Droit de la consommation, op.cit., P. 25, n° 39

سبيل الإنتظام والإستمرار ، بحيث وصل إلى أعلى درجات الخبرة والتخصص والدراية بثنايا وخبايا هذه المهنة أو تلك الحرفة أو ذاك النشاط^(١٦)، كما ينطبق هذا المفهوم بصفة عامة على التاجر والصانع والحرفى والفنى وأصحاب المهن الحرة كالأطباء والمحامين والمهندسين، كما ينطبق أيضاً على الأشخاص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين.

ومن الفقهاء من تعرض لتعريف المحترف ولكن بصورة غير صريحة^(١٧)، وذلك بصدد تعريف البائع المهني وهو "ذلك الشخص الذى يقوم على سبيل الاعتياد بمباشرة مهنة أو حرفة تحتاج مباشرتها إلى التخصص والدراية الفنية". ومن ثم فقد آثر الباحث أن يضع ضابطاً عاماً فى حال تحققه لدى المدين المتعاقد أياً كانت صورة نشاطه، سواء كانت تجارة أو صناعة أو مهنة حرة أو حرفة أو نشاط آخر، عد متعاقدًا محترفًا، وهذا الضابط تمثل فى "الصفة الاحترافية" والتي يمكن تعريفها بأنها:

"تلك الصفة التى تنشأ عن الخبرة التى يكتسبها الشخص طبيعياً كان أو إعتبارياً، سواء بالاعتياد على ممارسة النشاط بإنتظام وإضطرد، أو بالإجازات العلمية المتحصل عليها، والتى تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة النشاط، مما يسهم فى تفوقه فى التخصص والكفاءة والدراية الفنية لنشاطه المهني أو الحرفى أو الفنى أو الصناعى".

فجوهر الصفة الاحترافية فى أى نشاط مهني، أو حرفى، أو فنى، أو صناعى، هو الخبرة التى يكتسبها الشخص الطبيعى أو المعنوى، والتى قد يكتسبها نتيجة إعتياده المنتظم والمضطرد فى ممارسة النشاط، وقد يكتسبها أيضاً عن طريق حصوله على إجازات علمية تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة ومزاولة النشاط، وهذه الخبرة يترتب عليها الإلمام بجوانب التخصص ومن ثم الإرتقاء بالكفاءة والدراية الفنية لشخص المتعاقد، مما يجعله متعاقدًا محترفًا.

(١٦) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٣

(١٧) د. ثروت فتحى إسماعيل، المرجع السابق، ص ٧٥

ويرى بعض الفقه^(١٨) أن المهني - غالبًا - ما يكون هو الطرف القوي في العلاقة بما لديه من إستعدادات، وما توافر له من إمكانيات وما توقف عليه من معلومات عملية وما أكتسبه من خبرات عملية، وهذا ما يجعله الطرف المميز، وتوصف العلاقة بين المهني وعميله بأنها عقد بين قوى وضعيف، بين عالم بأصول فنه وجاهل به، ويتفق في مضمون هذا الرأي أيضًا من يرى تمييز المهني عن المستهلك في قوته الإقتصادية وتأهيله ومعرفته ودرأيته^(١٩).

والمقصد هنا من وراء المعلومات العلمية والمعرفة لدى المهني، هي المعلومات والإجازات العلمية المتطلبة لممارسته المهنة، لذا كانت إجازاته العلمية التي تفوق ما يطلبه تخصص نشاطه كحد أدنى لمزاولة النشاط وباعتبار تفوقه علميًا عن أقرانه في ذات النشاط قرينة على تمتعه بالصفة الاحترافية، مما يضعه في مصاف المتعاقدين المحترفين، وينطبق عليه ما ينطبق على المحترف، سواء من حيث الالتزامات أو أحكام المسؤولية المدنية التي ستطبق عليه.

ومن شأن الفرض الأخير أن يساهم بفاعلية الإجازات العلمية التي يتحصل عليها بعض المهنيين، على سبيل المثال الأطباء والمحامين والمهندسين وغيرهم، فالمحامي الحاصل على درجة الماجستير أو الدكتوراة، في القانون، ليس من المنطق أو العقل أن يعامل كمن هو حاصل على درجة الليسانس في الحقوق، خصوصًا أن تلك الدرجات العلمية قد تساهم بنسبة كبيرة في إختياره وكيلاً دون غيره، كذلك الأمر بالنسبة للأطباء والمهندسين، وغيرهم.

المطلب الثاني

عناصر اكتساب الصفة الاحترافية

من التعريف السابق للصفة الاحترافية بوصفها "تلك الصفة التي تنشأ عن الخبرة التي يكتسبها الشخص طبيعيًا كان أو إعتباريًا، سواء بالاعتقاد على ممارسة النشاط

^(١٨) د. محمد عبدالظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية "دراسة تطبيقية على بعض العقود"، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٥ وما بعدها.

^(١٩) د. عدنان إبراهيم سرحان، المهني المفهوم والإنعكاسات القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠٠٣، ص ٦٩

بانتظام وإضطراد، أو بالإجازات العلمية المتحصل عليها والتي تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة النشاط، مما يسهم في تفوقه في التخصص والكفاءة والدراية الفنية لنشاطه المهني أو الحرفي أو الفني أو الصناعي"، يتضح أن المتعاقد المحترف يستقل بعدة عناصر أو معايير تميزه عن غيره، سيتم التطرق لها على النحو الآتي:

أولاً: الإعلان عن تمتعه بالصفة الاحترافية:

مما تقتضيه طبيعة الحال لإسباغ الصفة الاحترافية على المتعاقد، إعلانه عن هذه الصفة والإفصاح عنها، أو على الأقل ظهوره بهذا المظهر الذي يوحي أو يعطى إنطباعاً للآخرين بتوافر هذه الصفة، ولولا هذا الإعلان أو الإيحاء لما أقدم الغير على التعامل معه^(٢٠)، فالذي دفع الغير إلى التعاقد مع الشخص المحترف وإيثاره عن غيره، هي معادلة وجد فيها أن نسبة تحقق الفائدة أو المصلحة أكبر من التعاقد مع شخص آخر، هذه الفائدة أو المصلحة تترجم إلى عمليات تبادل ذات طابع إقتصادي^(٢١).

فالشخص المحترف يبدي تمتعه بالصفة الاحترافية، أو على الأقل يعطى إنطباعاً ظاهرياً، لكي يفضلته المتعاملون معه عن غيره ممن يمارسون ذات النشاط، وذلك سواء بسنوات مزاولته النشاط بانتظام وإضطراد، أو بخبراته العلمية من مجموع ما حصل عليه المحترف من شهادات علمية تجاوز الحد الأدنى المتطلب قانوناً لممارسة النشاط، مما تجعله في مرتبة أعلى من أقرانه في ذات النشاط.

ثانياً: الممارسة المعتادة لنشاط ذو هدف ربحي:

إن إعتياد الشخص القيام بعمل معين لا يرفعه إلى مرتبة المحترف في جميع الأحوال، بل يجب علاوة على هذا الاعتقاد أن يتخذ من هذا العمل نشاطه الرئيسي الذي يعتمد عليه في كسب رزقه^(٢٢)، فمن أهم العناصر التي تميز المتعاقد المحترف هو الاعتقاد والإنتظام في ممارسة نشاطه، بتكرار ممارسته بصفة مستمرة متغياً وراء ذلك تحقيق الربح.

(٢٠) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٥

(٢١) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص ٦٣

(٢٢) د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٧٩

ولكن القضاء الفرنسي قد خرج عن ذلك في حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية بخصوص التنمية العقارية، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن القيام بعمليتين فقط من عمليات التنمية العقارية تكفي لاكتساب صفة المحترف للشخص الذي مارسهما^(٢٣)، بل إن إحدى محاكم الإستئناف بفرنسا قد قضت بأن الشخص يعتبر محترفاً حال ممارسته أول عملية من عمليات التنمية العقارية^(٢٤). وقد إنتقد جانب من الفقه هذا المسلك القضائي والحجة لديه أن ممارسة النشاط لمرة واحدة أو مرتين لا تكفي لمعرفة خبايا وثنايا النشاط وبالتالي اكتساب الخبرة والمعرفة والدراية التي تمكن المتعاقد من تقديم خدمة إحترافية إلى المتعاملين معه، إضافة إلى أن إلصاق صفة الاحتراف على الشخص لمجرد ممارسته النشاط مرة واحدة أو مرتين فيه إجحاف بالشخص ذاته حيث يترتب على الصفة الاحترافية التزامات إضافية مشددة وتعرضه في حالة إخلاله بهذه الالتزامات لأحكام أكثر شدة للمسئولية المدنية^(٢٥).

كما يجب أن يكون النشاط الذي إعتاد الشخص ممارسته بإستمرار وإنتظام مشروعاً، فلا يحظره القانون ولا يجعله مجرمًا كما هو الحال بمن يمارس تجارة السلاح أو المواد المخدرة، أو ممارسة المهنة دون ترخيص يتطلبه القانون، فلا يكتسب الصفة الاحترافية من يمارس نشاط أو مهنة أو حرفة يعد ممارستها غير مشروع حتى لو كانت ممارسته لها على سبيل الاعتياد والإستمرار، وقد ذهب جانب من الفقه^(٢٦) إلى عكس ذلك فلم يشترط مشروعية النشاط مؤسسًا ذلك على أن صفة الاحتراف هي من المعطيات الموضوعية التي تنتج عن تأكيدات فعلية من الواقع، إضافة إلى أن البطلان لا يمكنه أن يحو كل شيء.

(23) Cass. Civ. 3e, 27 Mars 1969, D. 1969, p. 633.

(24) C.A. de Pau, 10 Septembre 1998, J.A.M.P. 1999, 1 n° 4962.

(٢٥) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٨

(٢٦) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها.

ثالثاً: الخبرة والدراية الفنية:

من أهم مظاهر الصفة الاحترافية ويعد عنصراً جوهرياً لها هو الخبرة والدراية الفنية، فيعد المتعاقد محترفاً باكتسابه الصفة الاحترافية، متى كان خبيراً بما تمليه عليه قواعد مهنته أو حرفته، والخبرة التي تشترط لقيام الصفة الاحترافية يمكن تقسيمها إلى نوعين:

النوع الأول: الخبرة العملية:

وذلك عن طريق إعتياد الشخص وتكراره القيام بممارسة نشاط معين بانتظام وإضطراد، الأمر الذي يوحى بتفوقه في تخصصه، ورفعة قدر الكفاءة لديه، مما ينعكس على درايته الفنية العالية، ويمثل مظهرًا إحترافيًا يدعو الغير للتعاقد معه، ويفضله عن غيره ممن يمارسون ذات النشاط أو المهنة أو الحرفة، وإن لم يعلن عن نفسه صراحة بتلك الصفة إلا أنه أعطى إنطباعاً ظاهرياً كان دافعاً للتعاقد معه، ويستوى في ذلك أن يكون هذا الشخص طبيعياً أو إعتبارياً.

فعلى سبيل المثال وفي المجال المهني فإن الاعتياد المهني ينشأ بالأفعال والأقوال المتكررة لأفراد مهنة معينة بالنسبة لحالة معينة، بحيث تفرض سلوكاً واجباً، إذا تحققت الظروف العادية للحالة، فالعادة المهنية يشترط فيها أن تكون مستقرة، وعامة، وأن تتحقق الظروف العادية للحالة^(٢٧).

فمن ناحية إستقرار العادة المهنية محل إحتراف المتعاقد، فإنه يفترض أن حكم إتباعها قد بات ضرورياً، ولم تعد محلاً للجدل أو الخلاف، ففي الحالة التي يصير فيها خلاف حول إتباع طريقة معينة تنتفى العادة المهنية، فإذا لم يتوحد الرأي لدى الأطباء في إتباع طريقة معينة لعلاج حالة مرضية معينة تنتفى العادة، كما يلزم مضي مدة طويلة على إتباع هذا السلوك الموحد، وبصورة مضطربة وبدون إنقطاع^(٢٨).

(٢٧) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، ٢٠٠٣، ص ٤١

(٢٨) نفس المرجع السابق.

كما يشترط لنشأة العادة المهنية أن تكون عامة، فالممارسة الفردية لسلوك معين لا تعد كافية لنشأتها، بل يشترط قيام غالبية أفراد المهنة بإتباع هذه العادة خلال مدة زمنية طويلة تساهم في إستقرارها، فضلاً عن إرتباط العادة المهنية بالحالة التي تسودها ظروف معينة، فإذا حدث لتلك الظروف تغييراً أو تبديلاً، الأمر الذي قد تستلزم له مسلكاً مغايراً يتوافق مع الظروف الجديدة، ففي الحالة التي تحدث بها ظروفاً إستثنائية على سبيل المثال، فإن المدين يلتزم بإتخاذ مسلكاً معيناً، تقتضيه طبيعة تلك الظروف ، بعيداً عن إتباع ما تمليه عليه العادة المهنية⁽²⁹⁾.

النوع الثاني: الخبرة العلمية:

فمن شروط مزاوله المهنة التي ينص عليها القانون هو الحصول على درجة علمية معينة يتمكن معها المهني من مزاوله نشاطه المهني، وهذه الحالة إن لم يستتبعها إعتياد الشخص وتكراره ممارسة النشاط بانتظام وإضطراب عد متعاقداً عادياً لا يرقى لدرجة المتعاقد المحترف، فقد إفتقد للخبرة العملية متوقفاً على مجرد الحصول على الحد الأدنى المتطلب قانوناً لممارسة النشاط، وتتحقق الخبرة العلمية بعدم إكتفاء المتعاقد بالحد الأدنى من الدرجات العلمية المتطلب لممارسة النشاط، بل يسعى لتجاوزه والحصول على مؤهلات أعلى في تخصصه مما يساعد على رفعة قدره وتعظيم جدارته في التفوق في مجاله فيرتقى إلى مصاف المحترفين.

فكما أسلفنا القول في موضع سابق، فإن أمر جعل التحصل على إجازات علمية تفوق ما تتطلبه المهنة من درجات علمية سبباً في إضفاء الصفة الاحترافية، من شأنه أن يساهم بفاعلية الإجازات العلمية التي يتحصل عليها بعض المهنيين، على سبيل المثال الأطباء والمحامين والمهندسين وغيرهم، فالمحامى الحاصل على درجة الماجستير أو الدكتوراة في القانون، ليس من المنطق أو العقل أن يعامل كمن هو حاصل على درجة الليسانس في الحقوق، خصوصاً أن تلك الدرجات العلمية قد

(29) Demouge, Traite des obligations en general, T. 3, 1925, P.429 et s.

تساهم بنسبة كبيرة فى إختياره وكيلاً دون غيره، كذلك الأمر بالنسبة للأطباء والمهندسين .

كما أن المهنة تعرف التخصص الفنى، ففى الطب هناك تخصصات مختلفة، يعد كلاً منها تكريساً لدراسة علمية وخبرة فنية تستمر لسنوات، كما هو الحال لدى المتخصص فى الجراحة أو أمراض القلب أو طب التخدير، فكل منهم حاصل إضافة إلى دبلوم الطب العام، على درجة الماجستير فى فرع التخصص وهذه الدرجة العلمية هى ثمرة دراسة نظرية وعملية طويلة.

وتعرف المهنة كذلك تحديد نطاق الإختصاص وفقاً للخبرة العملية، حيث يشترط القانون أن يمر المحامى بفترة تمرين قبل أن يقبل للمرافعة أمام محاكم الدرجة الأولى، ولا يسمح له بالمرافعة أمام محاكم الإستئناف إلا بعد مضى فترة زمنية معينة من الممارسة العملية^(٣٠).

ويلاحظ فيما يخص عنصر الخبرة والدراية الفنية أنه السبب الرئيسى لما يسمى بإختلال العلاقة فيما بين الشخص المحترف من جهة والشخص العادى أو المستهلك من جهة أخرى، أو ما يسمى بعدم التوازن العقدى فيما بين المحترف والمستهلك^(٣١).

^(٣٠) د. جابر محجوب على محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس الزامها ونطاقه

(دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، ٢٠٠١، ص ٢٨

^(٣١) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٩

المبحث الأول

تمييز المتعاقد المحترف عن غيره وأثر الصفة الاحترافية عليه

تمهيد:

بعد أن توصلنا إلى مفهوم الصفة الاحترافية وفقاً لما سبق بيانه، مشفوعاً بإستعراض العناصر التي تقوم عليها الصفة الاحترافية، سيتم التعرض من خلال هذا المبحث إلى تمييز المتعاقد المحترف عن غيره، وذلك يرجع إلى الخصوصية التي تضيفها عليه الصفة الاحترافية، ومن ثم الإنطلاق نحو بحث أثر تلك الصفة على المتعاقد المحترف من جانب الالتزامات الملقاة على عاتقه، وذلك وفقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول: تمييز المدين المتعاقد عن غيره بإعتباره متعاقدًا محترفًا.

المطلب الثاني: أثر الصفة الاحترافية على المدين المتعاقد.

المطلب الأول

تمييز المدين المتعاقد عن غيره بإعتباره متعاقدًا محترفًا

بتوافر الصفة الاحترافية لدى المدين المتعاقد، يصبح متعاقدًا محترفًا، ذو خبرة ودراية فنية وكفاءة عالية فى مجال نشاطه المهني أو الحرفي أو غيره من أوجه النشاط المختلفة، ولذا وجب التعرض لتمييزه عن غيره من الأطراف التي تتعاقد معه من غير المحترفين، بل أيضًا إلقاء الضوء على حالة تعامل المحترفين فيما بينهم، على أن يتم سبق هذا بتمييز المتعاقد المحترف عن المهني.

أولاً: تمييز المتعاقد المحترف عن المهني:

والمهني هو كل شخص له علاقة بمهنة أو كل شخص يمارس نشاط كعمل أو كل شخص يمارس نشاطاً على أن يكون هذا النشاط ضمن تخصصه⁽³²⁾، أما من الناحية القانونية فالمهني هو كل شخص يتعاقد بمناسبة نشاطه المهني⁽³³⁾، ومن الفقه أيضًا من يرى أن المهنيون هم "الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون، سواء

(32) Dictionnaire Hachette, Edition 2010.

(33) Jérôme Julien, Cours de droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien, 2009, P. 23.

كانوا عموميون أو خاصون، الذين يقدمون أموالاً أو خدمات في ممارستهم لنشاط إعتيادي^(٣٤).

«Les professionnels sont les personnes physiques ou morales publiques ou privés, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle».

ويشتمل تعريف المهني وفقاً للتعريف السابق على عنصرين، أولهما عرض الأموال والخدمات، وثانيهما ممارسة النشاط بصفة إعتيادية، لا فرق بين كونه شخص طبيعى أو معنوي، ولا بين كونه شخصاً عاماً أو خاصاً.

فالمهني هو كل شخص طبيعى أو معنوي يمارس مهنة حرة، كالطبيب والمحامي والمهندس والصيدلي وغيرهم، وذلك سواء كان يمارس مهنته بصورة منفردة بصفته مهنيًا حرًا، أو كان يمارسها بالإشتراك مع آخرين في صورة شركة مدنية تمارس هذه المهنة الحرة^(٣٥).

إلا أن هناك جانب من الفقه قد ذهب إلى توسعة ما يحتويه لفظ المهني^(٣٦)، ليشمل كذلك من يستخرجون المواد الأولية من التربة، والزراعيون ومؤسسات صيد الأسماك، ومن يقومون بإنتاج الطاقة كالغاز والكهرباء وما إلى غير ذلك من أنواع الطاقة، والحجة في هذا المسلك هو الإستناد إلى نص المادة ٦/١٣٨٦ من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على تعريف المنتج بأنه "كل شخص يتصرف بصفة مهنية كصانع أى منتج تام ومنتج المادة الأولية وكذلك صانع أى جزء مكون من مكونات المنتج التام".

ولفظي المهني والمحترف على الرغم من الفارق الكبير بينهما، من حيث المعنى والأثر المترتب على كل منهما، إلا أن اللفظين في اللغة الفرنسية يعبر عنهما بلفظ

(34) Jean Calais-Auloy: «Propositions pour un nouveau droit de la consommation», La documentation française, Paris, 1985, p. 139.

(35) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٢٢

(36) د. محمد محي الدين إبراهيم سليمان، مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، مطبعة

حمادة الحديثة، ٢٠٠٨، ص ٣٠

واحد هو "Le Professionnel" الأمر الذي قد يثير شيء من الخلط والإلتباس لدى البعض.

فاكتساب الصفة الاحترافية ليس قاصراً على المهني بإعتباره ممارساً لمهنة حرة، بل يمكن لطوائف أخرى اكتسابها، كالتجار والصناع والحرفيين وغيرهم، وكل مهني ليس بالضرورة مكتسباً للصفة الاحترافية ومن ثم يعتبر متعاقدًا محترفاً، فالطبيب الممارس لمهنته دون إعتياد أو إنتظام يعتبر فاقداً لصفة الاحتراف لإنتفاء شروط الصفة الاحترافية، كذلك المحامي الغير متمتع بالشهادات العلمية التي تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة مهنته، أو بعدم ممارسته لنشاطه المهني بإنتظام وإعتياد لن يعتبر متعاقدًا محترفاً، فكل محترف ليس بالضرورة أن يكون مهنيًا، وكل مهني ليس بالضرورة محترفاً، كما يمكن تصور وجود مهني محترف " Professionnel " و " Professionnel " وكذلك مهني غير محترف " Professionnel " و " Professionnel "، ولقد ميز الفقه الفرنسي صراحة بين " Professionnel " بمعنى المحترف، و " Professionnel " بمعنى المهني، فالشخص قد يكون مهنيًا ممارساً لمهنة حرة، دون أن يكون محترفاً^(٣٨).

ويتضح من ذلك أن أهمية التفرقة بين كل من المحترف والمهني، تتمثل في الأثر القانوني المترتب على توافر الصفة الاحترافية لدى المتعاقد سواء من ناحية الالتزامات التي يتوجب عليه الالتزام بها، أو من حيث أحكام المسؤولية المدنية للمتعاقد المحترف، والتي سنتعرض لها لاحقاً.

ثانياً: تمييز المتعاقد المحترف عن المستهلك:

يعد إصطلاحى الإستهلاك والمستهلكين بحسب الأصل من المصطلحات الإقتصادية، فالإستهلاك لدى الإقتصاديين هو أحد العمليات الإقتصادية التي تخصص فيها القيم الإقتصادية لإشباع الحاجات والمستهلك تبعاً لذلك هو من يقوم

(٣٧) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٢٣

(٣٨) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، حاشية ص ٢٤

بهذه العملية^(٣٩)، كما أن المفهوم القانوني للمستهلك يختلف عنه في مجال علم الإقتصاد، وذلك لأن القانون لا يهتم بفعل الإستهلاك في ذاته، بل تكون غاية القانون هي التصرف القانوني الذي يأتيه الشخص بإرادته بهدف إشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع والخدمات^(٤٠)، فطالما كان المستهلك هو محور الحماية التشريعية وغايتها، بعد أن أصبح عرضة للتلاعب بمصالحه، والقيام بمحاولات هدفها غشه وخداعه^(٤١).

ولم يتضمن تقنين الإستهلاك الفرنسي رقم ٩٤٩ لسنة ١٩٩٣ والصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٣ تعريفاً للمستهلك بصورة مباشرة، بل إتبع المشرع نهجاً خاصاً بصدّد تحديد نطاق سريان الحماية التي يقررها والأشخاص المستفيدين منها، وذلك بإستبعاد العمليات التي تتم لأغراض مهنية، فالحماية قاصرة على من يتعاقد لغرض غير مهني ولم يكفى هذا التحديد لحسم المسألة، بل ثار جدل فقهي وقضائي حول تحديد مفهوم المستهلك، فظهر إتجاهان أحدهما يضيق من نطاق مفهوم المستهلك والآخر يوسع منه^(٤٢).

ويقوم المفهوم الضيق للمستهلك على تخصيص السلعة أو الخدمة للإستعمال الشخصي أو العائلي، بحيث لا يعتبر مستهلكاً من تعاقد لإشباع حاجات مهنية، بينما يعتبر مستهلكاً وفقاً للمفهوم الواسع للمستهلك كل من يتعاقد للحصول على

(٣٩) د. عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،

رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٨

(٤٠) د. حسن عبدالباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار

النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٨

(٤١) د. محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني،

المستهلك الإلكتروني"، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨، ص ٧٢ وما بعدها.

(٤٢) د. محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)،

دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٩٧ وما بعدها.

سلعة أو خدمة بهدف إستعمالها فيما لا يدخل دائرة إختصاصه المهني^(٤٣)، فقد عرفه جانب من الفقه الفرنسى بأنه ذلك الشخص الذى يتعاقد مع المهنى لتلبية إحتياجاته الشخصية سواء من السلع أو من الخدمات^(٤٤).

وقد تعرض المشرع المصرى لمفهوم المستهلك صراحة وذلك فى قانون حماية المستهلك^(٤٥) رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ من خلال مادته الأولى، والتي تنص على أن المستهلك هو "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجرى التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"، ويتضح جلياً من هذا التعريف الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك لإعتماده على معيار الإستعمال الشخصى أو العائلى.

فإنعدام المساواة بين المستهلك من جهة، ومن يتعاقد معه من المهنيين أو الحرفيين أو الصناع أو غيرهم من جهة أخرى، يرجع إلى عدم معرفته ودرايته بالنشاط قياساً بمن تعاقد معه، لذا وجب تقرير الحماية له، ولكن الإعتماد على المفهوم الضيق للمستهلك بتخصيص السلعة أو الخدمة للإستعمال الشخصى أو العائلى ليس هو معيار التفرقة بين المستهلك والمهنى، إذ يجب إضفاء صفة المستهلك على الشخص الذى يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لغرض مهنى ولكن ليس فى دائرة إختصاصه الفنى، فالمهنى الذى يتعاقد خارج نطاق تخصصه،

^(٤٣) فى بيان المفهومين الضيق والواسع للمستهلك: د. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها، د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٦، ص ٤ وما بعدها، د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها، د. عمر عبدالباقي خليفة، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها، د. محمود عبدالرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١١، ص ١٠ وما بعدها.

^(٤٤) Philippe Le Tourneau, responsabilite civile professionnelle, Ed.2, Dalloz, 2005, P.3

^(٤٥) الجريدة الرسمية، العدد (٢٠) مكرر ٢٠ مايو عام ٢٠٠٦

ولو لإشباع حاجة مهنية يجب أن يعتبر مستهلكًا، ويتمتع بذات الحماية المقررة له في القانون^(٤٦).

فالمتعاقد المحترف يتسم بخبرته ودرايته الفنية العالية في دائرة تخصصه، ولا يقبل عقلاً تمتعه بالدراية الفنية بكافة المجالات، فمهما بلغ من مؤهلات علمية أو قوة إقتصادية إلا أنه يظل خارج نطاق تخصصه الاحترافي من المستهلكين، فالمحامى إذا توافرت به الصفة الاحترافية، وأصبح محترفًا، وتعاقد بشأن طبيعة عمله مع أحد خبراء برامج الحاسب الآلى، وذلك لتركيب برنامج على جهاز الحاسب الآلى المرصود لتسهيل العمل داخل مكتبه، وفقًا للمفهوم الضيق للمستهلك لن يعتبر مستهلكًا، لإرتباط التعاقد بنشاطه المهني وليس لإستعماله الشخصى أو العائلى، بالرغم من إنعدام المعرفة لديه فى مجال برامج الحاسب الآلى محل تعاقد، فوضعه كوضع المتعاقد العادى، ومن العدالة أن يعتبر مستهلكًا وتمتد إليه الحماية، ولن يتأتى ذلك إلا بإعتماد المفهوم الواسع للمستهلك.

ثالثًا: التعاقد بين المحترفين خارج تخصصهم:

والفرض هنا يتمثل فى قيام الشخص المتمتع بالصفة الاحترافية بإبرام عقدًا مع شخص آخر من طائفة المحترفين، فالمتعاقد حينئذ يقوم بالتصرف خارج دائرة إختصاصه ودرايته الفنية، ويعتبر أمام المحترف الذى يتعاقد معه فى كفة أدنى تمامًا كتلك التى يكون فيها أى مستهلك آخر، كالطبيب الذى تتوافر به شروط الصفة الاحترافية ويعد محترفًا فى نشاطه المهني، ويبرم عقدًا مع مورد محترف فى مجال الأجهزة الطبية، هنا نجد أن الطبيب محترفًا فى مجاله، ولكنه لا يتمتع بالخبرة والدراية الفنية التى تؤهله لمعرفة خبايا تلك الأجهزة، فهو فى هذه الحالة فى مثل وضع المستهلك العادى، فهل يتمتع المحترف الذى يتعاقد خارج نطاق تخصصه بصفة المستهلك من عدمه؟

ذهب إتيجاه إلى مد الإستفادة من قواعد قانون الإستهلاك الفرنسى لتشمل المحترفين الذين يتعاقدون لأغراض تخص نشاطهم المهني أو الحرفى، وذلك متى

(٤٦) د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ١٠٣.

كان تصرفهم خارج نطاق تخصصهم الاحترافي، ومؤهلاتهم الاحترافية، فإذا كان محل التعاقد خارجاً عن نطاق النشاط الاحترافي لأحدهما بإعتبارهما من المحترفين، إعتبر طرفاً عادياً غير محترف، كما يتمتع بكافة طرق الحماية المقررة في مواجهة المحترفين^(٤٧).

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في غرفتها المدنية الأولى في ١٢ أبريل ١٩٨٧^(٤٨)، حيث قامت إحدى الشركات المتخصصة في مجال أنظمة الإنذار والأمان، بتركيب أجهزة إنذار في عقار مملوك لشركة تمارس نشاطها كوكالة عقارية محترفة، طالبت شركة العقارات بفسخ العقد مع التعويض نتيجة العطب المفاجئ الذي لحق أجهزة الإنذار، فدفعت الشركة المدعى عليها بأن العقد يتضمن شروطاً تعفيها من المسؤولية، ولكن قضت المحكمة بمسئوليتها إضافة إلى بطلان الشروط التعسفية الواردة بالعقد مع إلزامها بالتعويض، وإستندت المحكمة إلى أنه بالرغم من كون الشركة المدعية محترفة في المجال العقاري، إلا أن ذلك لا يمنع من كون النشاط دخيلاً وبعيداً تماماً عن التقنيات الخاصة جداً لأجهزة الإنذار، وبالتالي تتساوى الشركة العقارية في المركز القانوني لأي متعاقد آخر عادى يفتقد الخبرة والعلم والدراية بهذا النشاط، وتستحق إضفاء الحماية القانونية عليها بإعتبارها طرفاً مستهلكاً يتعاقد مع محترف.

بينما ذهب إتجاه آخر إلى أن المحترف الذى يتعاقد لأغراض مهنته لا يمكن أن يعد مستهلكاً طبقاً لتقنين الإستهلاك سواء كان تعاقد داخل نطاق تخصصه أم لا، ويتضح هنا الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، فالشخص الذى يقوم بعمل من أعمال مهنته وإن كان خارج حدود درايته ومؤهلاته المهنية لن يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك^(٤٩)، وتمثلت حجة هذا الرأى فى أن المحترف الذى يتعاقد لأغراض مهنته حتى وإن كان ذلك خارج نطاق تخصصه، لن يحتاج إلى الحماية كما يحتاجها

(47) SINAY- CYTERMANN (A), les relations entre professionnels et consommateurs en Droit Français, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996, P. 259.

(48) MESTRE (J), R.T.D Civ. 1987, P. 537

(49) Cass. Civ. 1er 15 Avr. 1986, R.T.D.C. 1987, p. 86

المستهلك العادى، لأنه أكثر خبرة ودراية، إضافة إلى صعوبة البحث فى كل حالة عما إذا كان المحترف يتعاقد لأغراض تخص نشاطه أم خارج دائرة تخصصه^(٥٠). وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً لها فى عام ١٩٩٥^(٥١)، وقد ذهبت فيه إلى أن العقد الذى يبرمه التاجر لحاجات تجارية، ويكون على علاقة مباشرة بهذه التجارة، يخرج عن نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلكين، ويخضع وجود هذه العلاقة المباشرة لتقدير قاضى الموضوع^(٥٢)، ويعتبر تصرف المحترف ذو علاقة مباشرة بنشاطه أو مشروعه إذا كان يدخل فى الدائرة الإقتصادية له تصنيحاً أو توزيعاً أو تسويقاً أو بالتأمين ضد مخاطر المهنة^(٥٣).

ويذهب رأى فى الفقه المصرى مؤيداً للإتجاه الأول مع تحفظه الأخذ به على سبيل الإطلاق، إلى أن الشخص المحترف عند تعاقد خارج تخصصه الاحترافى مع متعاقد محترف آخر، يعتبر فى مركز وسط بين المتعاقد العادى غير المحترف وبين المتعاقد المحترف، وسيستفيد من القواعد المقررة لحماية غير المحترفين فى مواجهة المحترفين، وبصفة خاصة ما يتعلق بتشديد الالتزامات والمسئولية، ولكن مع تخفيفها بحيث تكون أقل وطأة وأكثر مرونة^(٥٤).

ويرى الباحث أنه على الرغم من وجهة الرأى السابق إلا أن الأخذ بالإتجاه الأول على إطلاقه بإعتبار المحترف مستهلكاً فيما يخرج عن دائرة إختصاصه الاحترافى، وكذا المهنى غير المحترف طالما كان التعاقد خارج دائرة إختصاصه المهنى، هو الأقرب لما تقتضيه العدالة والمنطق السليم، فإحتراف المتعاقد بتوافر الصفة الاحترافية بما تتطوى عليه من إنتظام وإعتياد لممارسة النشاط، إضافة إلى الخبرة العالية والكفاءة الفنية ودرايته بأصول نشاطه، والتحصل على المؤهلات العلمية التى

(٥٠) د. محمود عبدالرحيم الديب، المرجع السابق، ص ٢١

(٥١) Cass. Civ. 24 Janv. 1995, D. 1995, P. 327

(٥٢) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص ٥٨

(٥٣) د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الإستهلاك، دار الفكر العربى، ١٩٩٧، ص ٣٠ وما بعدها.

(٥٤) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها.

تجاوز الحد الأدنى المتطلب لممارسة نشاطه، لا يصح أن تصبح نعمة عليه، وعقاباً لما وصل إليه خدمة لمجتمعه ولنفسه.

كما أن الأخذ بهذا الرأي- مع وجاهة مسلكه- سيصدم بإعتبار عملي ألا وهو كيفية تقدير وضع المتعاقد المحترف في مركز وسط بين المتعاقد العادي غير المحترف والمتعاقد المحترف، فجهل المتعاقد بمحل التعاقد لا يتجزأ، فمتى خرج عن دائرة إختصاصه الاحترافي عد مستهلكاً متمتعاً بالحماية المقررة في قانون حماية المستهلك، وذلك أخذاً بالمفهوم الواسع للمستهلك.

حاصل القول فإن المحترف خارج نطاق تخصصه الاحترافي، والمهني والحرفي وغيرهم خارج تخصصهم في نشاطهم يصبحون طرفاً ضعيفاً في علاقتهم بمحترف آخر ذو خبرة ودراية بأصول النشاط، ومن هنا تتحقق علة حمايتهم بإعتبارهم متعاقدون عاديون، ولا مندوحة من إسباغ وصف المستهلك عليهم.

المطلب الثاني

أثر الصفة الاحترافية على المدين المتعاقد

في حال توافر الصفة الاحترافية لدى المتعاقد ويضحى متعاقدًا محترفًا، فهو بمثابة إرتقاء من درجة إلى درجة أعلى يتخلل هذا الإرتقاء درجات أخرى، وإنعكاسًا لتوافر الصفة الاحترافية يتحقق إختلالاً في توازن العلاقة بين المحترف ومن يتعاقد معه، وبناء عليه فإن المتعاقد المحترف تتحقق له الخصوصية في نطاق التزاماته، وأحكام مسؤوليته.

ففي حكم حديث لمحكمة النقض المصرية قضت بأن "الحراسة على الشيء تنتقل إلى الحرفي أو المهني الذي عهد إليه حفظه أو صيانته أو إصلاحه بالقدر الذي يستلزمه مباشرة الحرفة أو المهنة"^(٥٥)، فطبقاً لهذا الحكم فإن الحرفي أو المهني يلتزم بما تقتضيه طبيعة حرفته أو مهنته فيما يتعلق بالحفاظ على الشيء أو صيانته أو إصلاحه، وبالتالي يظهر جلياً أن المهني العادي يلتزم فحسب بالالتزامات التي تفرضها المهنة عليه، غير أنه بمفهوم المخالفة فإن المهني المحترف أو الحرفي

(٥٥) الطعن رقم ٢ لسنة ٧٢ ق، جلسة ٢٣/٤/٢٠١٣

المحترف، سيكون التزامه أعلى مرتبة من التزام نظيره العادى الممارس لنشاطه دون أدنى إحتراف منه.

وستخصص دراسة هذا المطلب لعرض بعض التزامات المتعاقد المحترف على النحو التالى:

أولاً: الالتزام بالإعلام "Devoir d'information":

وهو التزام يقع على المحترف ويقوم على أساس تزويد المتعاقد معه بكافة المعلومات والبيانات الهامة، التى من شأنها السماح له بإصدار رضاء تام ومستتير بالعقد من حيث موضوعه أو محله⁽⁵⁶⁾، وهذا الالتزام يقع على عاتق المحترف دون النظر إلى تخصص المتعاقد معه، بل يتوجب عليه الالتزام به حتى وإن كان من يتعاقد معه من ذات طبيعة تخصصه المهني، كل ما فى الأمر أن طريقة إعلام الشخص العادى يشترط فيها إعلامه بكل البيانات المتوفرة لدى المحترف كبيرة كانت أو صغيرة، فى حين أن التزامه يكون بطريقة أقل مبالغة فى تقديم المعلومات والبيانات عند تعاقد مع شخص من ذات تخصصه المهني أو الحرفي⁽⁵⁷⁾.

فمن الطبيعى أن تكون من مصلحة المحترف أن يعلن عن بضاعته بأجمل الصور والعبارات التى تظهر محاسنها وتغض الطرف عن عيوبها، التى لو علمها المستهلك لإمتنع عن التعاقد عليه، فكما يحق للمحترف الدعاية لبضاعته والإعلان عنها، يكون من الواجب عليه حماية حقوق عميله، وذلك بأن يقدم له إعلامًا حقيقيًا وموضوعيًا، يخفف الأثر السلبى للدعاية التى ينحصر هدفها فى جذب العملاء، وليس إعلامهم بالنظر إلى الفترة التى يتعين فيها إعلام المتعاقد الآخر⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ د. عدنان إبراهيم سرحان، التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات، دراسة فى القانونين الفرنسى والإماراتى، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى، 2007، ص 2، انظر أيضًا د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص 47، د. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة أسيوط، 1996، ص 85

⁽⁵⁷⁾ Cass, 1civ, 30 mai 2006, n° 03-14.275

⁽⁵⁸⁾ Jean Calais-Auloy, Franck Steinmetz, Droit de la consommation, D. 5e éd.2000, p. 49

وينقسم الالتزام بالإعلام إلى التزام بالإعلام قبل التعاقد، والتزام تعاقدى بالإعلام، ونظرًا لأهمية الالتزام قبل التعاقد بالإعلام فقد نال اهتمام دراسات الفقه الحديث، وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي⁽⁵⁹⁾ "بأنه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لتحقيق رضاه سليم وكامل يكون فيه المتعاقد على علم بكافة تفاصيل العقد، وذلك لإستحالة إمام المتعاقد بكافة البيانات والإعتبارات التي ترجع إلى طبيعة أو محل العقد أو صفة المتعاقد المحترف، حتى يمنح ثقته للمتعاقد المحترف، الذي يلتزم بالإدلاء بالبيانات". كما يعرفه جانب آخر من الفقه⁽⁶⁰⁾ "بأنه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبًا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"، ويعرفه جانب من الفقه المصري⁽⁶¹⁾ بأنه "التزام سابق على التعاقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاه سليم وكامل على علم بجميع تفاصيل العقد". ويمكن القول بأن الالتزام بالإعلام في القانون الفرنسي قد نال أهمية خاصة، فقد تم النص على إعتبار الالتزام قبل التعاقد التزامًا متعلقًا بالنظام العام، وذلك في التقرير الذي قُدم إلى رئيس الجمهورية، والمتعلق بالمرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ والخاص بتعديل القانون المدنى الفرنسي⁽⁶²⁾، ذلك المرسوم الذى جعل الالتزام

⁽⁵⁹⁾ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil les obligations, Dalloz, éd 10, 2009, P.268 et s.

⁽⁶⁰⁾ Philippe Le Tourneau, La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, 2009, P.139

⁽⁶¹⁾ د. حسن عبدالباسط الجميى، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٢٥.

⁽⁶²⁾ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

"Est ensuite introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public". <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT-EXT000032004539> 6/8/2018 1:00 pm

بالإعلام يستمد أساسه القانوني من نص المادة ١١١٢-١^(٦٣)، والتي تناولته بالتنظيم من حيث حدوده، وعبء إثبات القيام به، فضلاً عن جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام، فمن حيث حدود هذا الالتزام فإنه لا يجوز لأطراف العقد وضع حدود معينة للالتزام بالإعلام، أو محاولة تقييده، كما أن المشرع إمعاناً في أهمية هذا الالتزام حظر على الأطراف إستبعاده، وجعل جزاء الإخلال بهذا الالتزام يتمثل في إمكانية بطلان العقد وفق الشروط المنصوص عليها في المواد ١١٣٠ وما بعدها، تلك المواد التي تتعلق بعيوب الرضا.

وأمام خلو القانون المدني المصري من نص ينظم هذا الالتزام، فيمكن القول بأن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام يجد أساسه القانوني بصفة عامة في نظرية صحة الرضاء وسلامته، فيعد الإخلال به أساساً للبطلان في حالة التدليس بالكتمان طبقاً للمادة (٢/١٢٥) من القانون المدني المصري حيث نصت على أن "يعتبر تدليلاً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"، كذلك يعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد مكملاً لنظرية الغلط في حال تحقق الضرر كنتيجة للوقوع في الغلط مع إختيار إستمرار

⁽⁶³⁾ Art. 1112-1 Créé par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 art.2 "Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants".

العقد دون إبطاله، فيحق له الرجوع على المتعاقد المحترف بالتعويض لإخلاله بالالتزام بالإعلام^(٦٤)، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه^(٦٥). ويرى جانب من الفقه^(٦٦) أن نطاق الالتزام قبل التعاقدى يتسم بالمرونة التي تجعله يتسع تارة، ويضيق تارة أخرى، فكما في نطاق عقد البيع إذا كان المشتري شخصاً عادياً غير متخصص فإن نطاق الالتزام بالإعلام يتسع إلى أقصى حد ممكن، والعكس صحيح في الحالة التي يكون فيها المشتري مهنيًا من ذات تخصص البائع، فإن تخصصه هذا يضيق من نطاق الالتزام بالإعلام في جانب البائع. الأمر الذي يدعم ما توصلنا إليه في موضع سابق، حيث إشتراط الرأى السابق حين يضيق من نطاق الالتزام بالإعلام أن يكون المشتري مهنيًا من ذات تخصص البائع، أما المتعاقد المحترف خارج نطاق تخصصه الاحترافى والمهني والحرفى وغيرهم خارج تخصصهم في نشاطهم يصبحون طرفًا ضعيفًا في علاقتهم بمحترف آخر ذو خبرة ودراية بأصول النشاط، ومن هنا تتحقق علة حمايتهم بإعتبارهم متعاقدون عاديون، ولا مندوحة من إسباغ وصف المستهلك عليهم. أما الالتزام التعاقدى بالإعلام فمن الممكن أن يستمد أساسه القانونى من العقد ذاته، وذلك بالنص على الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات، أما في حالة خلو العقد من النص على هذا الالتزام فيكون أساسه القانونى بصفة عامة في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، طبقاً لنص المادة (١٤٨/١) من القانون المدنى المصرى حيث نصت على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" والتي تقابلها المادة (١١٣٤) من القانون المدنى الفرنسى^(٦٧)، وطبقاً

^(٦٤) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها.

^(٦٥) Cass. Civ. 3 mai 2000, R.J.D.A., 2000 N 848 et Cass. Com. 3 novembre 2004, R.J.D.A., 2005 N 269.

^(٦٦) د. عبدالعزيز المرسى حمود، الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، "دراسة مقارنة"، ٢٠٠٥، ص ٦٢ وما بعدها.

^(٦٧) Art.1134 "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi"

للتعديل الأخير للقانون المدنى الفرنسى نصت المادة (١١٠٤) على وجوب أن يتم التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه بمراعاة مبدأ حسن النية وجعله التزامًا متعلقًا بالنظام العام^(٦٨).

كذلك يمكن إلحاق الالتزام التعاقدى بالإعلام بكونه من مستلزمات العقد وفقًا لما نصت عليه المادة (٢/١٤٨) من القانون المدنى المصرى حيث نصت على أنه "لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكنه يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته، وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" وتقابلها المادة (١١٣٥) من القانون المدنى الفرنسى^(٦٩)، والتي تم تعديلها بموجب نص المادة (١١٩٤) وفقًا للتعديل الأخير للقانون المدنى الفرنسى^(٧٠)، حيث إستبدل المشرع الفرنسى لفظ العقود بلفظ الإتفاقات، ليواكب السياسة التشريعية الجديدة التى إتبعها، وذلك بتبنى مفهومًا واسعًا للعقد، بما يترتب على ذلك من القضاء على أية تفرقة بين العقد والإتفاق.

ولقد أكد القضاء الفرنسى هذا المبدأ فى العديد من أحكامه، وذلك قبل إقرار المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ والتي من بينها الحكم الصادر عن محكمة النقض الذى قضى بمسئولية صانع مادة مقاومة للطفيليات التى أصابت مزارعًا عند إستعماله لهذه المادة بعجز دائم فى عينيه بسبب تطاير ذرات من هذه المادة إليها، ولقد قضت المحكمة بمسئولية الصانع نظرًا لعدم كفاية التحذيرات التى قدمها هذا الأخير للمزارع الذى إكتفى بالتحذير بعدم ملامستها للجلد، ولم يوضح خطورتها على العينين، وقد إستندت محكمة النقض على نص المادة (١١٣٥) من القانون المدنى

⁽⁶⁸⁾ Art.1104 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 "Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public."

⁽⁶⁹⁾ Art.1135 "Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

⁽⁷⁰⁾ Art.1194 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 "Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi."

الفرنسى، وبذلك تكون قد سايرت الإتجاه الغالب لدى الفقه بأهمية هذه المادة كأساس للالتزام التعاقدى بالإعلام^(٧١).

ويذهب رأى فى الفقه المصرى^(٧٢) إلى عدم الإكتفاء بالآراء والإتجاهات السابقة لجعلها أساس قانونى للالتزام المشدد بالإعلام والإفصاح الملقى على عاتق المحترف، بل يؤسس هذا الالتزام سواء فى مرحلة ما قبل التعاقد أو فى مرحلة تنفيذ العقد على صفة الاحتراف ذاتها، وذلك لإعادة التوازن للمراكز العقدية وتحقيق قدرًا من المساواة فى العلم والمعرفة والتي لا يشترط فيها الوصول لدرجة الكمال، وقد إنتهى هذا الرأى الفقهى إلى فرض التزام مشدد بتحقيق نتيجة على عاتق المحترف، مضمونه الإدلاء والإفصاح بكافة المعلومات والبيانات الهامة المتعلقة بالعقد سواء فى المرحلة السابقة على العقد أو مرحلة تنفيذه.

ورغم وجهة هذا الرأى إلا أن الباحث يرى ضرورة التفرقة بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالإعلام أثناء التعاقد، فبالنسبة للأول يمكن تأسيسه على الصفة الاحترافية والتي تتأتى من الخبرة والدراية الفنية العالية للمحترف، فضلاً عن إنتقاد التعاقد مع المحترف للعلم بالمعلومات والبيانات محل التعاقد، ويترتب على هذا الالتزام إتمام التعاقد من عدمه، أما بالنسبة للالتزام بالإعلام التعاقدى فتأسيسه على مبدأ لا يجب المساس به وهو مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، إضافة إلى الإستناد لنص المادة (٢/١٤٨) من القانون المدنى المصرى على إعتباره من مستلزمات العقد يعتبر كافيًا، فمع صراحة النص لا مجال للإجتهد، ونستند إلى أحكام القضاء الفرنسى التى أسست الالتزام بالإعلام التعاقدى على نص المادة (١١٣٥) من القانون المدنى الفرنسى، توافقًا مع الإتجاه الفقهى الغالب^(٧٣)، كما نرى ضرورة إقتداء المشرع المصرى بنظيره الفرنسى، وذلك بالنص على الالتزام بالإعلام وتنظيمه تشريعيًا.

(71) Cass, Civ 1, 14 Décembre 1982

(72) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٥١، ٥٢

(73) Jean Calais-Auloy, Franck Steinmetz, Op. Cit., P.52

وقد نص المشرع الفرنسي فى المادة ١١١٢-١ من القانون المدنى والمعدلة بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ على أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المتعاقد المتضرر، وذلك بإثبات أن المتعاقد الآخر كان ملزماً بالإعلام، وفى المقابل يتعين على هذا الأخير إثبات قيامه بالالتزام^(٧٤)، ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي فرض على كلا الطرفين تحمل عبء إثبات الالتزام بالإعلام.

وذلك يعد تطوراً كبيراً فالقضاء الفرنسي كان يجعل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام على المدين به، وذلك على عكس القاعدة العامة فى الإثبات التى تقضى بالزام من يدعى عدم التنفيذ بإثبات إدعائه، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية^(٧٥) فى حكم شهير لها عام ١٩٩٧ بمناسبة التزام الطبيب بإعلام المريض وتبصيره، حيث قررت بأن من يلتزم بالالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقدم الدليل على تنفيذه لهذا الالتزام، مما يمثل تشديداً على المتعاقدين المحترفين فيما يخص إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام، وقد أعقبه عدة أحكام تطبق ذات المبدأ بشأن اثبات الالتزام بالإعلام فى مواجهة المحامين والموثقين وسماسرة التأمين^(٧٦).

بل أكثر من ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية^(٧٧) إلى تقرير مسئولية الوكيل المحترف عند تقصيره فى تزويد المتعاقد معه نيابة عن موكله بالبيانات والمعلومات الكافية عن العقد، مما يمثل خروجاً على المبدأ العام الذى يقضى بأن الوكيل لا يلتزم شخصياً تجاه المتعاقد معه بل الموكل، وذلك فى حال إعلانه للمتعاقد عن صفته وتصرف فى حدود وكالته دون تجاوز سلطاتها.

(74) Art. 1112-1 '.....Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie".

(75) Cass. Civ. 1 er 25 février 1997

(76) د. عدنان إبراهيم سرحان، المهنى المفهوم والإنعكاسات القانونية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، العدد الأول ٢٠٠٣، ص ٧٥، وقد أشار سيادته لأحكام محكمة النقض الفرنسية فيما يخص الفئات سالفه الذكر.

(77) Cass. Civ. 1, 14 nov. 1985

ثانياً: الالتزام بالنصح والإرشاد:

يعتبر هذا الالتزام من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد المحترف، فهو ملزم بتبصير وإرشاد المتعاقدين معه، ويكون ذلك بتبنيهم إلى أهمية التصرف الذين ينوون القيام به وآثاره، وما تجدر ملاحظته أن هذا الواجب نشأ في بداية الأمر التزاماً أدبياً ومعنوياً، ولكن لأهميته أصبح التزاماً مهنيًا قانونيًا يرتب مسؤولية المحترف المدنية عند الإخلال به.

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها⁽⁷⁸⁾، حيث جاء في أحدها "حيث أنه، ولو كان من مهامه إضفاء الرسمية على العقود التي يبرمها الأطراف، فالموثق غير معفى من واجب النصح الذي يلتزم به، والذي يكون بتتوير المتعاقدين بكل ما يتصل بديونهم وضمائماتهم وإعلامهم بالقيمة الحقيقية لضمائمها"، فواجب النصح والإرشاد يفرض على الموثق أن يحرر عقوداً صحيحة وناذفة، كما يدخل في التزام الموثق بالنصح والإرشاد إمتناعه عن تحرير عقود وتصرفات مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما يمنع عليه أن يدرج في العقد أى شرط يرى أنه غير مشروع أو غير قانوني.

ومثل هذا الالتزام أصبح من الأمور المستقر عليها بالنسبة لمهنة المحاماة، فالمتعاقد حينما يتوجه إلى محامى فإنه يقوم بذلك بقصد الحصول على نصائح وإرشادات تفيدته لإقتضاء حقه أو للدفاع عن نفسه، وإذا كان المبدأ العام يقضى بأن المحامى يبقى ملزماً بإسداء النصيحة للمتعاقد معه، فإن الحالات التي لا يلجأ فيها المتعاقد إلى مقاضاة المحامى بسبب إخلاله بهذا الواجب نادرة الوقوع من الناحية العملية، فالمحامى عادة ما يثير إنتباه زبونه إلى أن نجاحه من عدمه فى دعواه يبقى مسألة إتمالية.

أما عن طبيعة الالتزام بالنصح والإرشاد، فهذا الالتزام طبيعة مزدوجة، ففيما يخص إصدار النصيحة فهى من طبيعة التزام بتحقيق نتيجة، أما فيما يخص فعالية

(78) Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2009 P.852.

هذا الالتزام فهي ببذل عناية، لأن فعالية النصيحة لا يمكن لمصدر النصيحة التحكم بها^(٧٩).

وقد يثور بعضًا من اللبس بين أحكام كل من الالتزام بالإعلام وبين الالتزام بالنصيحة، أو كما يسميها بعض الفقه بالالتزام بتقديم الإستشارة الفنية^(٨٠)، وذلك إستنادًا إلى التزام المدين في كل من الالتزامين بإعلام الدائن بمعلومات وبيانات معينة تساعده في إتخاذ قرار إتجاه موقف معين، فتقديم المعلومات يكون بطريقة موضوعية وحيادية دون أن تتضمن الحث إلى التعاقد، بينما تقديم النصيحة يتضمن رأيًا من طرف الدائن من شأنه توجيه قرار المدين، وهذا ما أدى ببعض الفقه^(٨١) إلى تأييد هذا الإختلاف، والاتفاق على صحة ذلك تأسيسًا على أن النصيحة فضلًا عن أنها معلومة، فهي تتضمن خبرة الدائن الذي قدمها، وتستند إلى خبرته ودرايته الفنية وإحترافه في مجال تخصصه.

ولقد حاول الفقه في فرنسا^(٨٢) أن يميز بين الالتزام بالإعلام وبين الالتزام بالنصيحة، وتوصل إلى أن هذا الأخير لا يكفي فيه الإستعلام من طرف المتعاقد، وإنما يجب أن يقترح المحترف على المتعاقد معه الحل الأفضل الذي يعود عليه بالفائدة، أى أن النصيحة تهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب مع حاجات المتعاقد مع المحترف من أجل مساعدته على إتخاذ القرار الصائب، والذي يعود عليه بالمنفعة.

والهدف من تقرير الالتزام بالنصيحة هو توجيه الدائن ومساعدته في إتخاذ القرار الصائب، وهذا ما أدى بالفقه والقضاء إلى الزام البنوك بتوجيه وإرشاد العملاء إلى ما يحقق مصالحهم المالية في ضوء العقود المبرمة بينهم وبين البنوك، بخلاف الهدف من تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي يتمثل في إحاطة الطرف المقبل على

(79) Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Op. Cit., P 853

(٨٠) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٨٥

(٨١) د. عمر محمد عبدالباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢١٧

(82) Jean Calais-Auloy, Franck Steinmetz, Op. Cit., P. 53.

التعاقد بكافة البيانات، والمعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة محل العقد المراد إبرامه من أجل رضا خالي من العيوب، وعليه وبموجب الالتزام بالنصيحة فإن المتعاقد المحترف لا يلتزم بإعلام المتعاقد معه فقط، وإنما يجب عليه أن يعرض الحل الأفضل لمصالحه، مما يعنى أن المحترف يكون ملزماً ببذل عناية أكبر كقيامه ببعض الأبحاث والتقصي، كما هو الحال بالنسبة للموثق الذي يبحث في مدى صدق التوقيع الموجود في عقد الوكالة، أو قيام سمسار التأمين بإجراءات معينة من أجل الحصول على شروط تعاقدية مفيدة لعميله، وقيام الطبيب بنصح المريض بإستعمال الدواء المقدم له في الوصفة الطبية، كنتيجة على عقد العلاج الطبي.

وعلى خلاف الالتزام بالإعلام، الذي لا نلاحظ فيه أهمية خاصة لشخص المدين بهذا الالتزام على أساس أنه التزام عام يمكن تطبيقه على عدد كبير من أنواع العقود، نجد أن شخص المدين في الالتزام بالنصيحة له إعتبار في التعاقد بوصفه محترفاً يملك من الخبرة والدراية الفنية ما يمكنه في مجاله خبرة في مجاله، و كلما كان محل العقد تقنياً كان الالتزام بالنصيحة واجباً.

ثالثاً: الالتزام بضمان السلامة:

من أهم إنعكاسات تحقق الصفة الاحترافية لدى المدين المتعاقد، هو ذلك الإختلال في التوازن بين المتعاقد المحترف والمتعاقدين معه، فهو سيد نشاطه التقني، ومتعاقد معه يجهل جوانب نشاطه الحرفي أو المهني، فيقع على عاتق المحترف التزاما يدخل في عموم الالتزامات التي ينشئها العقد صراحة أو ضمناً وهو الالتزام بضمان السلامة، وذلك عند تحقق تعرض العملاء لبعض المخاطر الناتجة عن طبيعة العقد^(٨٣).

وهو التزام تمتد جذوره إلى القضاء الفرنسي عام ١٩١١، حيث قرره محكمة النقض الفرنسية بخصوص عقد نقل للأشخاص^(٨٤)، إلى أن تم توسيع نطاقه ليشمل الكثير من العقود، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القاضي يمكنه أن يضيف التزامات

^(٨٣) د. عدنان إبراهيم سرحان، المهني، المفهوم والإنعكاسات القانونية، مجلة الحقوق للبحوث

القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة الأسكندرية، العدد الأول، ٢٠٠٣، ص ٧٧

^(٨٤) Cass. Civ. 21 nov. 1911

غير مدرجة بالعقد، مما ساهم في ميلاد الالتزام بضمان السلامة وبصفة خاصة في عقد نقل الأشخاص^(٨٥)، ويعد الالتزام بضمان السلامة من المسائل القانونية الدقيقة^(٨٦)، التي ساد بشأنها جدلاً واسعاً على مستوى الفقه والقضاء، لذا تباينت التعريفات التي تحدد مدلول الالتزام بضمان السلامة.

فقد إنقسم الفقه بصدد تعريفه للالتزام بضمان السلامة إلى إتجاهين، فيذهب أنصار الإتجاه الأول^(٨٧) إلى تعريف الالتزام بضمان السلامة من خلال تحديد شروطه، فيشترط لتحقيق الالتزام بضمان السلامة عدة شروط، والتي تتمثل في إتجاه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر بقصد الحصول على منتج أو خدمة معينة، إضافة إلى وجود خطر يتهدد المتعاقد طالب هذه الخدمة أو المنتج، وأن يكون الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيًا محترفًا، ولكن سرعان ما وجهت لهذا التعريف سهام النقد، والحجة في ذلك أن هذا المسلك الفقهي لم ينصب بالأساس على المعرف، بل إتخذ من شروطه وجهة له، مما حال بينه وبين الوصول إلى تحديد ماهية الالتزام بضمان السلامة بشكل واضح ودقيق^(٨٨)، فبيان الشروط المتطلبية لوجود الالتزام لا توضح المقصود بضمان السلامة التي يلتزم بها المدين المتعاقد.

وخلافاً للتعريف السابق ذهب أنصار الإتجاه الثاني^(٨٩) إلى أن الالتزام بضمان السلامة هو ممارسة المتعاقد المدين سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن

^(٨٥) د. موافي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة، (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة

المفكر، العدد العاشر، دون تاريخ نشر، ص ٤١٤

^(٨٦) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٢

^(٨٧) د. جابر أشرف السيد، المسؤولية عن فعل الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد، مجلة كلية

الحقوق جامعة حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد الخامس، ٢٠٠١، ص ٧١، أيضًا

د. محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠١،

ص ٨

^(٨٨) د. حسن عبدالرحمن تدرس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور

العلمي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٣٧

^(٨٩) (F) Defferra, une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère, Dalloz, 1999. P.368

تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة، وهو التزام بتحقيق غاية وليس التزم ببذل عناية، ويتمثل ذلك في الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظاً من أي أذى يسببه تنفيذ الالتزامات العقدية المتفق عليها في العقد المبرم بينهما، فيتحقق الالتزام على عاتق الناقل بأن يوصل المسافر إلى وجهته سالمًا معافى، ويبدأ هذا الالتزام من اللحظة التي يركب فيها السيارة أو أي وسيلة أخرى^(٩٠). بل أن بعض الفقه^(٩١) يذهب إلى مد هذا الالتزام حتى بعد إنتهاء العقد فيعرفه بأنه "التزام أحد المتعاقدين تجاه الآخر بالمحافظة على سلامته الجسدية طوال فترة تنفيذ العقد، بل وبعد إنتهائه في الكثير من الأحوال، فإذا حدث وأن تعرض الدائن لأي ضرر جسدي، إلتمز المدين بتعويضه عن هذا الضرر"، ويتضح من ذلك مدى أهمية الالتزام بضمان السلامة، فعندما تكون السلامة هي محل الالتزام، فلا يمكن التعبير عنها بطريقة وسط، فالتنفيذ لا يحتمل الزيادة أو النقص، فالسلامة غير قابلة للتجزئة^(٩٢).

فالالتزام بضمان السلامة يفرض على المتعاقد المحترف تجنب خلق خطر على صحة وسلامة المتعاقدين معه، لذلك يرى بعض الفقه أن الضرر الجسدي، الذي يمثل إعتداء على الكمال الجسماني والعقلي للشخص هو الوحيد الذي يشكل المجال القانوني للالتزام بضمان السلامة، ويخرج بذلك عن نطاق الضمان سائر الأشياء، وبإعتباره التزاما يقع على عاتق المتعاقد المحترف، فيعد أحد أوجه الإتجاه التقليدي والمشروع الذي يتبنى سياسة التشدد مع المحترفين^(٩٣).

وعلى الرغم من إختلاف العقود فيما بينها من حيث طبيعتها القانونية، والالتزامات والآثار التي تترتب عليها، إلا أن هناك شرطان يتطلب توافرها لقيام

(٩٠) (F) Defferra, Op. Cit., P.355

(٩١) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٣

(٩٢) د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراة، جامعة

عين شمس، ١٩٨٨، ص ٣١٧

(٩٣) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص ٧٥

الالتزام بضمان السلامة لدى المتعاقد المحترف، وسيقوم الباحث بتوضيحها على النحو الآتي:

١- وجود خطر يهدد السلامة الجسدية:

حتى يكون هناك إمكانية لفرض التزام على المتعاقد المحترف بضمان السلامة، فلا بد من وجود خطر ما يحيق بالمتعاقد معه ويهدد سلامته الجسدية، فالطبيعة التي تسبغ العقد يترتب عليها وجود خطر يهدد سلامة المتعاقد مع المحترف، الأمر الذي يتأتى معه وجود التزام يقع على عاتق المتعاقد المحترف بضمان السلامة، بضرورة إتخاذ كافة الإحتياطات والتدابير التي يتحقق بها هذا الالتزام^(٩٤)، فالالتزام بضمان السلامة هو التزام يخص عادة العقود التي يكون الدائن فيها معرضاً لخطر جسماني محدد بفعل تنفيذ الالتزامات الأساسية الناتجة عن العقد، فلا محل لوجود الالتزام إذا لم يكن المتعاقد معرضاً للخطر، كما أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام متعلق بالأشخاص لا بالأشياء، فلا وجود للالتزام بضمان السلامة فيما يخص الأشياء^(٩٥).

كما أن العديد من العقود لا يخلو تنفيذها من وجود احتمالية لتعرض أحد المتعاقدين لخطر يهدد سلامته الجسدية، بل أن تنفيذ بعضها يقتضى تعرض أحد المتعاقدين لهذا الخطر، كما هو الحال في عقود نقل الأشخاص، وما ينطوى على تنفيذ العقد من مخاطر تهدد سلامة الراكب الجسدية.

أيضاً في عقد النزول في فندق، وفي نطاق عقد العلاج الطبي يكون المريض معرضاً للمخاطر أثناء تنفيذ العقد بإجراء العملية الجراحية^(٩٦)، إلا أن هناك رأى في الفقه^(٩٧) يرى أن الالتزام بضمان السلامة لا يقوم إذا كان العقد منصباً أصلاً على

(٩٤) د. محمد على عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية،

١٩٨٠، ص ١٤٤

(٩٥) Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, OP. Cit., P. 843

(٩٦) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٦

(٩٧) د. عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص ٧٧

رعاية الشخص والعناية به، ويتوصل بذلك إلى نتيجة مؤداها عدم الحاجة لمفهوم الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي، فالطبيب ملزم أصلاً برعاية المريض والعناية به كالتزام أساسي، إضافة إلى أن عمل الطبيب محاط بمخاطر عدة، لذلك لا يمكن أن يتحمل الطبيب بالالتزام السلامة.

ويرى الباحث أن الرأي الأخير رغم وجاهته من الناحية النظرية البحتة، إلا أنه يصطدم بالواقع العملي الذي يعاني منه الكثير في الوقت الحالى، فضحايا الإصابات الطبية فى تزايد مستمر، وبالوضع فى الإعتبار توافر الصفة الاحترافية لدى الطبيب، بما يملكه من خبرة ودراية فنية تفوق الطرف الأخر، كما أن الالتزام بضمان السلامة من خلق القضاء فى أغلب تطبيقاته، فيتعين على القضاء أن يضع نصب أعينه التزام الطبيب المحترف بضمان سلامة التعاقد معه.

٢- خضوع وتبعية التعاقد الدائن للمحترف المدين أثناء تنفيذ العقد:

بداءة يتعين تمتع التعاقد المدين بالالتزام بضمان السلامة بالصفة الاحترافية، فهى جوهر الالتزام بضمان السلامة^(٩٨)، فيجب أن يكون التعاقد المحترف مؤهلاً لهذا الضمان وهو ما لا يتحقق بدون الخبرة والدراية الفنية والعلم والمعرفة، والتي تمثل أساساً لوجود الصفة الاحترافية، فما تمليه تلك الصفة على التعاقد المدين بالالتزام من الخبرة والدراية الفنية والتخصص بكافة جوانب النشاط المهني أو الحرفي، والتي يكتسبها المحترف من إعتياده المستمر والمنتظم لممارسة نشاطه، أو تحصله على درجات علمية تفوق تلك المتطلبة لمزاولة وممارسة النشاط، تحمل عاتقه بالالتزام بضمان سلامة التعاقد معه، كما ينتظر التعاقد من المحترف بشأن خبرته ودرايته وتبصره، الحرص الشديد فى تنفيذ التزاماته العقدية، فالمظهر الذى تسبغه عليه الصفة الاحترافية تولد فى نفس من يتعاقد معه ثقة كبيرة، تدفعه للتعاقد مع المحترف دون غيره، لذا تفرض عليه مسئولية ضمان سلامة من يتعاقد معه^(٩٩).

(٩٨) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٨

(٩٩) د. محمود التلتى، المرجع السابق، ص ٢٠٦

بعد التثبت من تمتع المتعاقد المدين بالالتزام بضمان السلامة بالصفة الاحترافية، وحتى تتأكد مسؤوليته عن الالتزام بضمان السلامة فلا بد من أن يسلم المتعاقد معه- الدائن بالالتزام- نفسه إلى المحترف، بحيث يكون خاضعاً لرقابته وإشرافه^(١٠٠)، والمثال على ذلك المريض فى عقد العلاج الطبى، والراكب فى عقد نقل الأشخاص، وعقد الألعاب الحديدية، وفى حال تحقق وجود الخطر الجسدى الذى قد يتعرض له أحد المتعاقدين، فى ظل ثبوت سلطة الهيمنة والرقابة لأحد المتعاقدين، لأنه فى الغالب يكون شخصاً محترفاً فى نشاطه المهني أو الحرفي^(١٠١)، يصبح مسؤولاً عن الالتزام بضمان السلامة.

وقد اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس القانونى للالتزام بضمان السلامة، فذهب الإتجاه الأول^(١٠٢) إلى أن الالتزام بضمان السلامة يجد أساسه القانونى فى ما يوجبته نص المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أن "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتهل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبته حسن النية" فتنفيذ العقد بطريقة تتفق وحسن النية توجب ضمناً المحافظة على سلامة المتعاقد الآخر.

بينما ذهب إتجاه آخر^(١٠٣) إلى أن الالتزام بضمان السلامة يجد أساسه القانونى فى نص المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى المصرى، والتى تنص على أن "لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" فقواعد العرف والعدالة تكمل ما جاء بالعقد من أحكام والتزامات، فالالتزام بضمان السلامة يكون مقرراً وفقاً

(١٠٠) د. محمد على عمران، المرجع السابق، ص ١٤٥.

(١٠١) د. أحمد السعيد الزقرد، التزامات الفندقى ومسؤوليته المدنية فى مواجهة السائح أو العميل، ١٩٩٥، ص ١١ وما بعدها.

(١٠٢) د. على سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة فى عقد البيع، ١٩٩٠، ص ١٠٤.

(١٠٣) د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، ١٩٧٨، ص ٢٢٦،

أيضاً د. محمد على عمران، المرجع السابق، ص ١٥.

لهذا الإتجاه حال كون تلك القواعد تقتضى ضرورة التزام أحد المتعاقدين بضمان سلامة المتعاقد الآخر.

فى حين يذهب إتجاه ثالث فى الفقه^(١٠٤) - وبحق - إلى تأسيس الالتزام بضمان السلامة على فقدان أحد المتعاقدين لحقه فى ممارسة خيارات تحقيق سلامته الجسدية، وانتقال هذا الحق للمتعاقد الآخر، فىلاحظ على الالتزام بضمان السلامة أنه يغلب فى عقود الإذعان عادة، حيث يقوم الدائن بتسليم نفسه إلى المحترف، والذى له السيطرة الفعلية والتحكم التام بشىء من مهنته ونشاطه، مما قد يهدد سلامة الدائن^(١٠٥).

فالمبدأ القانونى العام يقتضى عدم الإضرار بالغير، وبالتالي فإن الالتزام بضمان السلامة هو التزام تبعى لالتزام رئيسى يقع على عاتق المتعاقد المحترف، يتمثل فى عدم الإضرار بالغير، كما أن عدم المساس بالجسد الإنسانى وحرمة المطلقة يعتبر من المبادئ القانونية العامة التى يجب الالتزام بإحترامها، ويترتب على ذلك صعوبة إعتبارها من المستلزمات العقدية كما ذهب أنصار الإتجاه الثانى^(١٠٦)، لذلك يتفق الباحث مع ما ذهب إليه أنصار الإتجاه الثالث.

رابعاً: الالتزام بالمحافظة على السر المهني:

والسر بمفهومه المهني هو صفة تخص كل ما يتصل بعلم الإنسان بحكم مهنته، ويقع عليه التزام بعدم إفشائه، والحفاظ على سر المهنة هو أول ما يقسم عليه المحترف، ويعد ذلك الالتزام بمثابة الوسيلة التى تهدف إلى حماية الأسرار المتداولة

^(١٠٤) د. محمود التلى، المرجع السابق، ص ٢٠٨، أيضاً د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها، أيضاً د. حمدى عبدالرحمن، معصومية الجسد، فى مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، ص ٤٥ وما بعدها.

^(١٠٥) G. Viney et P. Jourdain, les condition de la responsabilité, 3^o édition, L.G.D.J., 2006. P.542

^(١٠٦) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٧٥

بين طرفي العقد^(١٠٧)، وقد عرف جانب من الفقه^(١٠٨) الالتزام بالمحافظة على السر المهني بأنه "التزام يقع على عاتق شخص - الأمين -، بعدم إفشاء الوقائع والمعلومات - الأسرار - التي تصل لعلمه بطريقة مباشرة من صاحبها - صاحب السر -، أو بطريقة غير مباشرة بمناسبة ممارسة مهنته".

ونظراً لأهمية الالتزام بالمحافظة على السر المهني، فقد حرص المشرع الفرنسي على أن يتضمن تعديل القانون المدني الصادر عام ٢٠١٦ النص على ذلك الالتزام، والذي يقع على عاتق الطرفين المتفاوضين، فقد نصت المادة 1112-2 على أنه يكون مسئولاً، وفقاً للقواعد العامة، كل من يستعمل أو يفصح دون إذن عن معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات^(١٠٩).

ومما لا شك فيه التزام المتعاقد المحترف بالحفاظ على السر المهني كان مدعاة لإختلاف الفقه، وذلك حول تحديد أساسه القانوني، وقد نجمت عن ذلك عدة آراء فقهية، فقد ذهب الإتجاه الأول إلى إدراج مسألة الالتزام بالمحافظة على السر المهني ضمن الالتزامات العقدية، وإعتبر أن أى إخلال منه بهذا الواجب يؤدي إلى ترتيب

^(١٠٧) غادة أبو بكر صالح عبدالعاطي، الالتزام التعاقدى بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١

^(١٠٨) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسئولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٠، ويصدد الالتزام بالمحافظة على السر الطبي، عرف الالتزام بالسر على أنه "لا يقوم إلا بالنسبة إلى الوقائع التي يعهد بها العميل إلى طبيبه بموجب عقد بين مودع السر والمؤمن عليه، يقبل بمقتضاه المهني تلقى أسرار العميل وحفظها مصونة لديه، ويطلب منه مودعها إما صراحة أو ضمناً، ألا يذيعها أو يفشيها" د. عبدالراضي محمد هاشم عبدالله، المسئولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣١٥، إلا أنه أخذ على هذا التعريف أنه أشرط أن يطلب العميل من المهني كتمان السر، في أنه يعد في حكم السر كل أمر يكون بطبيعته كذلك، أو يكون وفق ظروف الحال سراً حتى ولو لم يشترط صاحبه ذلك.

⁽¹⁰⁹⁾ Art. 1112-2 "Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun".

المسئولية العقدية في جانبه، ويرجع السبب في ذلك إلى أن العقد المبرم بين المحترف وعميله يرتب في ذمته واجب المحافظة على السر المهني.

وقد إعتقت محكمة النقض الفرنسية⁽¹¹⁰⁾ هذا الرأي في أحيان كثيرة، وأخذت بنظرية نسبية الالتزام بالمحافظة على السر المهني، ما دامت إرادة الأطراف هي التي تحدد وجود السر المهني ونطاقه، ومن ثم لا يمكن أن يكون الالتزام بالسر بصفة مطلقة، بل يمكن في حالات معينة أن يفشى السر إذا كان ذلك يحقق مصلحة للمريض أو يحقق مصلحة عامة⁽¹¹¹⁾، فالقضاء الفرنسي فيما يخص تطبيق الالتزام بالمحافظة على السر المهني، أكد على نسبيته، فمبدأ السر الطبي ترد عليه إستثناءات توجبها دواعي التطبيق العملي⁽¹¹²⁾.

أما الإتجاه الثاني، فذهب إلى أن التزام المحترف بالمحافظة على السر المهني لا يجد مصدره في العقد المبرم بين المحترف والمتعاقد معه، بل يقع على عاتق المتعاقد المحترف، وذلك بالنظر إلى ما تفرضه المهنة ذاتها، وكذلك ما تقتضيه إعتبارات المصلحة العامة، وهو ما يجعله بعيداً عن أى مصدر عقدي، بل يسمو عن العقد لحماية مصلحة المجتمع ككل، وبرر أصحاب هذا الرأي قولهم بوجود نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي، والذي يتدخل بالعقاب كلما أذيع سر مهني، فتتعرض بذلك المصلحة الإجتماعية للمساس والإعتداء⁽¹¹³⁾.

كما أن هذه الفكرة تتوافق مع الحالات التي يتخلف فيها الرضا المتبادل، كما هو الحال بالنسبة للمجنون أو فاقد الوعي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي، حيث أعتبرت أن الالتزام بالمحافظة على السر المهني واجباً عاماً⁽¹¹⁴⁾.

(110) Cass. Civ. 13 juil. 1936. J.C.P.1937-11-18.

(111) د. عادل جبرى محمد حبيب، مدى المسئولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، ص ٣٧

(112) A. Demichel, Droit médical, Berger Levrault, Paris, 1983, P.130

(113) A. Demichel, Droit médical, Op. Cit., P.134

(114) Paris, 19 mars 1974, J.C.P.1974, P.377

بينما ذهب إتيان ثالث في الفقه إلى أن الالتزام بالمحافظة على السر المهني له طابع مزدوج، فهو يعتبر في جانب منه حصيلة العقد غير المسمى المبرم بين المحترف وعميله، وفي نفس الوقت يتضمن في جانبه الآخر ما يفرضه المجتمع على أرباب المهن من ضرورة حفاظهم على الأسرار التي تصل إلى علمهم بمناسبة أدائهم مهنتهم، وهو السبب الذي جعل المشرع في الكثير من الدول ينص على عقوبة جنائية على الشخص الذي يفشى أسرار عميله، حيث ذهب أحد الفقهاء الفرنسيين إلى أن "تستخلص أن أساس السر المهني يكمن في عقد غير مسمى معاقب على الإخلال به بنص قانون يندرج ضمن النظام العام الثانوي"⁽¹¹⁵⁾.

وأخيراً ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن أساس التزام المتعاقد المحترف بالمحافظة على السر المهني، لا يمكن تفسيره إلا في ضوء الصفة الاحترافية المتوافرة لدى المتعاقد، فالثقة المشروعة التي يوليها المتعاقد العادي في المتعاقد المحترف، تتقل الأخير بالتزاما بحفظ الأسرار التي يؤتمن عليها، إضافة إلى تلك الأسرار التي يتطلع عليها بمناسبة ممارسته لنشاطه المهني أو الحرفي، مما يؤدي إلى الإرتقاء بالمهنة، وزيادة الثقة في أرباب المهن من المحترفين⁽¹¹⁶⁾.

وإذا كان إبداء الرأي للأساس القانوني يقتضي حصر الإشكال المطروح بالتأصيل الفني للمسئولية، وردها إلى نظام قانوني معين، يمكن نسبتها إليه، ولهذا نبادر بالترقية بين مصدر المسئولية من جهة، وأساس المسئولية من جهة أخرى، فالأول يقصد به السبب الذي ألزمتنا بتعويض الضرر الحاصل في ذمة الغير، أما الثاني فهو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الذي حدث على عاتق شخص معين، وبناء عليه فإن العقد أو النص القانوني يصلحان لأن يكونا مصدراً للمسئولية، أما أساس المسئولية فهو أمر يختلف عن مصدرها، إذ يقصد به ذلك

(115) Charmantier (André- Perraut), Le secret professionnel, ses limites et ses abus, Paris, 1926, P 234.

(116) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مفهومه، التزاماته، مسئوليته، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ١٠١

النظام القانوني المعروف أو المبتكر الذي من أجله وبناء عليه يتم التعويض، مثل الخطأ أو تحمل التبعية والمخاطر^(١١٧).

وترتيباً على ذلك يرى الباحث ترجيح الرأي الأخير، فالصفة الاحترافية هي ما تترتب الالتزام المشدد بالمحافظة على السر المهني، فهذه الخصوصية أدت إلى تشديد الالتزام، بإعتبارها نظاماً مبتكراً صالحاً لتأسيس الالتزام المشدد الواقع على عاتق المتعاقد المحترف.

ولا يكون السر الطبي كذلك إلا إذا كانت هناك صلة مباشرة بين العلم بالواقعة محل السر، وممارسة المهنة، فحتى يلتزم الطبيب بواجب السرية يجب أن تكون ممارسة النشاط الطبي هي التي خولته الإطلاع على تلك الأسرار، وهكذا إذا إطلع الطبيب على مرض أصيب به أحد المرضى عن طريق قراءة جريدة من الجرائد، فإنه لا يعد مؤتمناً على هذا السر، لأن الالتزام بالسرية والكتمان لا يشمل الوقائع التي علم بها الطبيب بغير طريق ممارسة مهنته، ويصدق القول نفسه في الحالة التي يكون فيها الطبيب قد علم بالواقعة السرية بصفته قريباً، أو صديقاً، أو فرداً عادياً كباقي الأفراد^(١١٨).

وقد أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم ١٣٠ لسنة ٢٠٠٤ والمؤرخ في ١١ فبراير ٢٠٠٤ من أجل إصلاح الوضع في بعض المهن القضائية، وذلك بتعزيز السرية المهنية، عن طريق إستحداث نص المادة 11-422 L من قانون الملكية الفكرية، وذلك بشأن السرية المهنية في مهنة المحاماة^(١١٩)، فقد ألزمت المحامي بالمحافظة على السرية والتي تشمل المشاورات الموجهة لموكله، وكذلك المراسلات

^(١١٧) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، رسالة دكتوراة، دار النهضة العربية، ١٩٥٧، بند ٢٣٢

^(١١٨) د. محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢٠

^(١١٩) Jean Castelain, La responsabilité civile des professions juridiques, 2011, P.16

المهنية التي يجرى تبادلها مع موكله، فضلاً عن المذكرات وكل ما يشمله ملف الدعوى^(١٢٠).

ومما هو جدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية، وهي التي ولدت لإحتضان الحق وترسيخ العدل، إهتمت بالحق في السرية حرصاً منها على تدعيم الإستقرار، وتحقيق التوازن بين مصالح الناس، وهكذا أوصى فقهاء الشافعية الأطباء بأن يعضوا من أبصارهم عن المحارم عند دخولهم على المرضى، ولا يفشوا الأسرار، ولا يهتكوا الأستار، ولا يتعرضوا لما ينكر عليهم^(١٢١).

خامساً: التزام المتعاقد المحترف بالفاعلية والنزاهة:

بمجرد إبرام المتعاقد المحترف للعقد، فإن عدة التزامات تشدد وأخرى تضاف إلى التزاماته العامة، يسميها الفقه الفرنسي بالالتزامات الخاصة، وأهم ما يميز هذه الالتزامات هي ألا يكون متفق عليها صراحة من قبل أطراف العقد، كما أن هذه الالتزامات الخاصة معظمها يفترض في صاحبها حسن النية، حتى أن بعض الفقه الفرنسي لا يعتبرها التزامات عقدية وحسب، بل يدرجها إلى مصاف الواجبات العقدية، والتي غايتها تنفيذ موضوع العقد^(١٢٢)، ويعد من أهم هذه الالتزامات التزام المتعاقد المحترف بالفاعلية والتزامه بالنزاهة وهو ما سيتعرض له الباحث على النحو الآتي:

(120) Art. L422-11 "En toute matière et pour tous les services mentionnés à l'article L422-1, le conseil en propriété industrielle observe le secret professionnel. Ce secret s'étend aux consultations adressées ou destinées à son client, aux correspondances professionnelles échangées avec son client, un confrère ou un avocat, aux notes d'entretien et, plus généralement, à toutes les pièces du dossier".

(121) د. رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إنشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري،

مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ٢٤٩

(122) Philippe Jacque, Regard sur l'article 1135 du code civil Français, Dalloz, 2005, p301 et s.

١ - الالتزام بالفاعلية:

إن الالتزام بالفاعلية يتعلق بتخصص المتعاقد المحترف، فهو ملزم بالمعرفة وإحترام كل الأنظمة والقواعد التي تحكم نشاطه المهني أو الحرفي، فيقصد بالفاعلية أن يسعى المحترف إلى التكوين المستمر لنفسه من الناحية العلمية والمعرفية ومسايرة التطورات التي تخص نشاطه، وذلك من أجل تحقيق أفضل النتائج الممكنة بصد تنفيذ العقد^(١٢٣)، وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية^(١٢٤) الالتزام بالفاعلية في العديد من أحكامها، والتي أكدت فيها على ثبوت مسؤولية المتعاقد المحترف لإخلاله بالالتزام بالفاعلية في تنفيذ العقد.

فيتعين على المتعاقد المحترف أن يلتزم بمنتهى الدقة في تنفيذه للعقد المبرم مع عميله، وأن يبذل قصارى جهده في الوصول إلى النتيجة التي يسعى العميل إلى تحصيلها، فالنسبة لمهنة المحاماة يكون أهم ما ينتظره الموكل عندما يتولى المحامي الدفاع عنه، أن يكون ملتزمًا بالفاعلية ويتحلى بالصدق والإخلاص معه، فلا يصح أن يتولى المحامي أى قضية ما لم يكن واثقًا أنه يستطيع الدفاع عنها بشجاعة، ويتجلى التزام المحامي في عمله، لصالح موكله في البحث بعمق في وقائع الدعوى الموكل فيها من الناحيتين المادية والقانونية.

وفى مهنة الصيدلة يفرض الالتزام بالفاعلية على الصيدلى أن يلتزم الدقة في صرف الأدوية التي وصفها الطبيب، وألا يخدع العميل أو يساومه لصرف أدوية بديلة، طالما أنه لا يوجد مبرر لذلك، كما يفرض عليه أن يتقيد بالأسعار المحددة وألا يتلاعب فيها، وتجدر الإشارة إلى أن قواعد أخلاقيات المهنة في فرنسا توجب على الصيدلى أن يقدم للمريض، في حدود معرفته وفي غير حالة القوة القاهرة، الإسعافات اللازمة إذا كان يتعرض للخطر وذلك في حالة عدم إمكانية تقديم العناية الطبية له في الحال^(١٢٥).

(123) Philippe. Jacque, Op. Cit., P.678.

(124) Cass. Civ. 12 Octobre 2004، R.J.D.A. 2005 ،N. 291

(125) Antoine Leca, Droit pharmaceutique, Les études hospitalière, 2009, P 416.

٢ - الالتزام بالنزاهة:

يعد التزام المتعاقد المحترف بالنزاهة، من الالتزامات الأساسية التي يتحملها، والتي تفرضها عليه الصفة الاحترافية، حيث أن العلاقة بين المتعاقد المحترف وعميله الأصل أنها علاقة من يعلم بمن لا يعلم، علاقة محترف ذو خبرة مهنية أو حرفية ودراية فنية بشؤون تخصصه بمن لا دراية له بهذه الأمور، مما يترتب على ذلك أن يضع العميل ثقته في المحترف، وتسليمه مقاليد الأمور، وذلك ليس اعتمادًا على خبرته وعلمه فحسب، بل أيضًا وفي المقام الأول على ضميره وأمانته.

ولذلك أكدت قواعد أخلاقيات المهنة على التزام المحترف بالنزاهة تجاه عملائه^(١٢٦)، على الرغم من أن الالتزام بالنزاهة من الممكن أن يجد مصدره في القواعد العامة للقانون المدني، والتي تقضى بتنفيذ العقد بما يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، طبقًا لنص المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري، ونظيرتها ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي^(١٢٧)، مع الأخذ في الاعتبار فرض النص على مبدأ حسن النية وجعله ملزمًا في مرحلة التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه، وجعله متعلقًا بالنظام العام طبقًا لنص المادة ١١٠٤ بموجب المرسوم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

ولذلك يلتزم المحامي بما تفرضه عليه قواعد أخلاقيات المهنة أن يرفض الدفاع عن المصالح المتعارضة أو عن مصلحة طرفي خصومه واحدة، فالمادة ٩٢ من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ حظرت على المحامي التواطؤ مع الخصم أو تمثيل مصالح متعارضة، كما يفرض عليه هذا الالتزام أداء مهنته بدافع مناصرة الحق ونصرة المظلوم والتجرد عن أي هدف آخر، ولذلك يلتزم المحامي بأن يدافع على المصالح التي تعهد إليه بكفاءة وأن يبذل في ذلك غاية جهده وعنايته، ويفرض الالتزام بالنزاهة أيضًا ألا يتوقف المحامي أمام المقدرة المالية للعميل ليمتنع عن الدفاع عنه إذا كان لا يستطيع بسبب فقره أن يؤدي الأتعاب المطلوبة، وإذا تم

(١٢٦) د. جابر محجوب على محجوب، المرجع السابق، ص ٣٤

(١٢٧) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٠٢

إنتداب المحامى للدفاع عن شخص منحت له المساعدة القضائية، وجب عليه أن يؤدي واجبه في الدفاع عنه بنفس العناية التي يبذلها إذا كان موكلًا بوكالة خاصة. وفي مهنة الطب يتجلى الالتزام بالنزاهة فيجب على الطبيب أن يساوى بين مرضاه في الرعاية وألا يميز بينهم بسبب مركزهم الإجتماعى أو شعوره الشخصى نحوهم، بل يجب عليه أن يقدم المساعدة فى جميع الظروف، وأن يلتزم موقفًا لائقًا واعيًا تجاه مرضاه، لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التزام الطبيب بتقديم العلاج إلى مريضه مستمر حتى تمام الشفاء أو الوفاة، وفى حكم آخر قررت بأن طبيب الأسنان لا يمكنه التخلّى عن مريضه قبل إتمام العلاج الذى بدأ فيه^(١٢٨)، ويتعين على الطبيب ألا يتدخل من دون داع مهني فى شئون الأسرة أو فى الحياة الخاصة لمرضاه، وتطبيقًا لذلك يجب ألا يستغل صلته بالمريض وعائلته لتحقيق أغراض تتنافى مع كرامة مهنته.

ولا يقتصر الأمر عند هذا الحد بل يمتد ليشمل العديد من أرباب المهن الحرة الأخرى فيفرض الالتزام بالنزاهة على الصيادلة التزامات مماثلة لتلك التى يفرضها على الأطباء، فيلتزم الصيدلى بمراعاة الإعتبارات الإنسانية، شأنه فى ذلك شأن الطبيب، فيحظر عليه حرمان المريض من دواء يعلم أن حياته أو سلامة صحته تتوقف عليه، وذلك لعدم مقدرته على دفع ثمنه، كما يلتزم الصيدلى بتقديم المساعدة لكل مريض يقصده بصرف النظر عن عقيدته أو جنسه أو جنسيته أو غير ذلك من الإعتبارات^(١٢٩).

(١٢٨) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٠٤

(١٢٩) د. جابر محجوب على محجوب، المرجع السابق، ص ٤٣

المبحث الثانى

الأساس القانونى للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف

تمهيد وتقسيم:

تعد القواعد العامة للمسئولية المدنية فى القانون المدنى هى المرجع الأساسى عند الحديث عن وسيلة حماية المضرور، وتطبيق ذلك على المسئولية المدنية للمتعاقد المحترف، فإن التساؤل يدق بخصوص ماهية الأساس القانونى للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف؟

فهل سيحقق تأسيس تلك المسئولية على الخطأ الواجب الإثبات مصلحة المضرور؟ أم ستكون مصلحته فى أن تؤسس تلك المسئولية على أساس الخطأ المفترض؟ أم تتحقق مصلحة المضرور فى هجر كلا الأساسين والإستناد إلى أساس آخر لا يعيب بالخطأ، وهو ما يعرف بالمسئولية الموضوعية؟
من خلال هذه التساؤلات فإن خطة البحث وفقاً لهذا المبحث ستكون على النحو الأتى:

المطلب الأول: قصور تطبيق القواعد العامة فى المسئولية المدنية على المتعاقد المحترف.

المطلب الثانى: المسئولية الموضوعية كأساس لمساءلة المتعاقد المحترف مدنياً.

المطلب الأول

قصور تطبيق القواعد العامة فى المسئولية المدنية على المتعاقد المحترف

تمهيد:

مما لا شك فيه أن المسئولية المدنية إقتترنت منذ إرساء قواعد الكلاسيكية بالنظرة الأخلاقية^(١٣٠)، فمسئولية المتسبب فى الضرر كانت معلقة على إقترافه لفعل غير مشروع وملوم أخلاقياً، فكان حق المضرور فى التعويض لجبر ذلك الضرر

^(١٣٠) بن طرية معمر، فكرة المسئولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة دراسة فى التشريع الجزائرى والمقارن، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد الثالث، ٢٠١٣، ص ٣٠٣.

موقوفًا على إثبات هذا الفعل، مما كان له عظيم الأثر في تناسي وجهة المضرور والتركيز على المسئول وحده.

وطبقًا للنظرية التقليدية في المسؤولية المدنية التي تبناها المشرع المصري في التقنين المدني، يعد شرط الخطأ عنصرًا جوهريًا لا بد من توافره لقيام المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التصيرية، وفي الحقيقة فإن فكرة الخطأ من أدق الأفكار في القوانين المدنية، ويرجع ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة؛ لإتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محددة أيضًا^(١٣١).

وللمسؤولية المدنية التي تؤسس على الخطأ صورتان أولاهما الخطأ واجب الإثبات والثانية الخطأ المفترض، وسيتم التعرض لهما بغية التوصل إلى ما يحقق مصلحة المضرور وفقًا للتقسيم الآتي:

الفرع الأول: المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ المفترض.

الفرع الأول

المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات

تعد المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات هي المسؤولية التقليدية التصيرية رغم أن مجالها تقلص لكنها بقيت محافظة على مكانتها، وإن قانون المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات هو شامل في تطبيقه، حيث يجوز تطبيقه في جميع الفرضيات، إلا إذا كان هناك نص يخالف ذلك، وعليه فإن تأثير المسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ هو غير محدود، حيث تلعب هذه المسؤولية دورًا هامًا في مواجهة ثغرات القانون حال ثبوت عدم كفايته، كما أن الغرض منها أيضًا هو حماية المضرور، وقد إعتاد الفقه على تسميتها بالمسؤولية عن الفعل الشخصي أو المسؤولية الشخصية، وهذا الفعل لا بد أن يكون خطأ حتى

^(١٣١) د. عبد الحى حجازى، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، دون تاريخ نشر، ص ٤٤٣.

يمنح القانون للمضور الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن خطأ الغير^(١٣٢).

فقد إستقر الفقه والقضاء الفرنسيان على إعتبار الخطأ في المسؤولية العقدية أساساً لقيام المسؤولية، فالمادة ١٣٠٢ من القانون المدني الفرنسي^(١٣٣)، قد أفردت المبدأ العام والذي يقضى بإنقضاء الالتزام في حالة إستحالة تنفيذه بسبب أجنبي غير راجع إلى المدين، فالالتزام يظل باقياً مرتباً للمسؤولية العقدية، وذلك في الحالات التي ترجع فيها إستحالة تنفيذ الالتزام إلى خطأ المدين، وينبنى على ذلك قيام مسؤولية المدين تستلزم ثبوت خطئه، ولإثبات ذلك يجب توافر أمرين معاً، وهما عدم تنفيذ الالتزام العقدى من ناحية، ونسبته إلى المدين من ناحية أخرى^(١٣٤).

كما إستقر الفقه والقضاء في مصر على الإقرار بأن الخطأ هو أساس قيام المسؤولية العقدية كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، وذلك في ظل التقنين المدني القديم، وخلفه الجديد^(١٣٥)، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الجديد إلى إعتبار الخطأ شرطاً جوهرياً لقيام مسؤولية المدين العقدية، فقد ذهب الفقه المصري^(١٣٦) إلى إعتبار أن نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري مقرراً للمبدأ العام في إعتبار الخطأ هو الركن الأساسى في قيام المسؤولية العقدية، والتي

(132) Bérénice de Bertier-Lestrade, "Des fautes sans responsabilité", L.P.A., 2005, P.5.

(133) Article 1302 "Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure".

والتي تقابلها نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن "ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

(134) د. مصطفى جمال، النظرية العامة في الالتزامات، ١٩٨٧، ص ٢٤١.

(135) د. حسن عبد الباسط جمبوعى، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون سنة نشر، ص ١٣ وما بعدها.

(136) د. محمود جمال الدين زكى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مصادر الالتزام، ١٩٧٨، ص ٣٢٩.

تنص على أنه "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه"، فإنتهاء المسؤولية لا يمكن تبريره إلا بإنقضاء الخطأ بوصفه ركناً جوهرياً من أركان المسؤولية العقدية.

أولاً: تعريف الخطأ:

لم يحدد المشرع الفرنسى أو نظيره المصرى تعريفاً للخطأ الموجب للمسؤولية، مما دفع الفقه إلى الإضطلاع بمهمة تحديده، فقد تعددت تعريفات الفقه للخطأ، وأخذت أشكالاً كثيرة، ويرجع إختلاف تلك التعريفات إلى إختلاف المدارس الفهية التى قامت بوضعها^(١٣٧)، كما أن الخطأ يعد فكرة متعددة الأشكال، وبالتالي فإن صعوبة وضع تعريف محدد لها هو أمر بديهى، نظراً لإتساع تلك الفكرة التى تهدف إلى تناول جميع جوانب السلوك الإنسانى^(١٣٨)، فمن الفقه من عرف الخطأ بأنه "العمل الضار المخالف للقانون" ولكن تحقق نقد هذا التعريف بحجة أنه تعريف مبهم ويقتضى تحديد المقصود بالعمل الضار، فضلاً عن تحديد مفهوم مخالفة القانون^(١٣٩). ومن أهم التعريفات التى قدمت فى هذا الصدد تعريف الأستاذ بلانيول، والذى عرفه بأنه:

"la faute est une violation d'une obligation préexistante"
"الإخلال بالتزام سابق"^(١٤٠)، ويتبين من ذلك أنه لم يفرق فى تعريفه للخطأ فى المسؤولية العقدية أو التقصيرية، حيث يتبين له أن قيام المسؤولية تقتضى الإخلال

(١٣٧) د. أحمد شعبان محمد طه، الخطأ الطبى فى مجال المسؤولية المدنية والجنايية، دار الفكر الجامعى، ٢٠١٥، ص ١١.

(١٣٨) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوى، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ١٩.

(١٣٩) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الالتزام، ١٩٩٠، ص ٢٥٣.

(١٤٠) Geneviève Viney, Patrice Jourdain, les condition de la responsabilité, éd 3°, L.G.D.J., 2006, p.367.

بالتزام قانونى فى حالة المسؤولية التقصيرية والتزام عقدى فى حالة المسؤولية العقدية، ومن هذه الحالة إستنتج تعريف الخطأ بأنه الإخلال بالتزام سابق.

ذلك الأمر الذى أصبح معه إعمال هذا التعريف يقتضى تحديد واجبات الشخص والتزاماته، حتى يسهل على القاضى تحديد مدى إنحراف سلوك المخل عن هذا الواجب، وهو ما حاول الأستاذ بلانيول تداركه من خلال تقديم أربعة أنواع من الالتزامات التى تؤدى إلى قيام الخطأ، والتى تتمثل فى الإمتناع عن إستعمال القوة نحو الأشياء والأشخاص، والإمتناع عن الغش والإمتناع عن كل فعل يقتضى قدرة أو مهارة لا يملكها الشخص بصفة كافية، وأخيراً الرقابة الكافية لما يحوزه الشخص من أشياء خطيرة والأشخاص الذين هم تحت رقابته.

وقد حاول بعض الفقه شرح مسألة الالتزام السابق، والذى توصل بدوره إلى أن كونه التزاماً سابقاً فإن ذلك لا يعنى أنه محدد، بل هو نسبي، وينظر القاضى إلى كل حالة على حدة، فمسألة التحديد أمر مخول للقاضى وحده، وذلك بمراعاته للظروف الزمانية والمكانية والشخصية التى وقع بها من أخل بالالتزام⁽¹⁴¹⁾.

إلا أن إستعمال "بلانيول" لمفهوم الإخلال بالالتزام عرض تعريفه لإنتقادات شديدة من بينها إنتقادات الأخوان "مازو" "H et L Mazeud" وكذلك "مارتى" "G. Marty"، حيث إعتبر هؤلاء بأن مصطلح الإخلال بالالتزام مصطلح غير مفيد وخطير، كما أضافوا بأن "بلانيول" خانه التوفيق فى تعريف الخطأ، وذلك لصعوبة تحديد الالتزامات التى يعتبر خرقها خطأ⁽¹⁴²⁾.

وفيما يخص الحالات الأربعة التى جمعها "بلانيول" لتحديد الالتزامات العامة التى يعتبر الإخلال بها خطأ فيردون عليه بقولهم أنه بتعريفه هذا فإنه يفترض أن نظرية الخطأ معروفة، وأنه تبعاً لذلك لا يقوم إلا بتقسيم الأخطاء فى حالات معينة من حيث أنواعها فقط، فهو لا يوضح متى يكون الفعل خاطئاً ومتى يكون غير خاطئ⁽¹⁴³⁾، والواقع أن تعريف "بلانيول" يفيد فى تحديد فكرة الخطأ فى الحالة التى

(141) Chapus (René), Responsabilité publique et Responsabilité privée, Paris, 1954, p179.

(142) G. Viney et P. Jourdain, op.cit., P.368.

(143) G. Viney et P. Jourdain, op.cit,p.369.

يكون الإخلال بالالتزام محددًا قانونًا، فما عداه فإنه لا يصلح لأن يكون تعريفًا جامعًا مانعًا لمعنى الخطأ.

أما الفقيه "ريبير" "Ripert" فيرى أنه من الصعوبة إيراد تعريف لفكرة الخطأ، ويستدل على هذه الصعوبة بإحجام المشرعين عن إيراد تعريف قانوني للخطأ، ويرى أن الخطأ من الممكن أن يعرف بأنه "الخطأ هو إخلال بالالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد أو قواعد الأخلاق"^(١٤٤)، وقد وجهت إنتقادات إلى هذا التعريف على أنه لم يضع معيارًا للفرقة بين الواجبات الأخلاقية التي ألحقها مرتبة الواجبات القانونية، وبين الواجبات الأخلاقية التي لم ترتق إلى هذا الحد.

وقد عرف الفقيه "إمانويل ليفي" الخطأ بقوله "الخطأ هو الإخلال بالثقة المشروعة"^(١٤٥)، فللغير مقدارًا معينًا من الثقة يوليه للشخص، فمن حق هذا الغير على الشخص أن يتمتع عن أى عمل يضر به، ومن حقه أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير^(١٤٦)، إلا أن هذا التعريف تعرض للنقد لأنه مبهم ويحتاج إلى إيضاح المقصود بالثقة المشروعة، إضافة إلى بيان نوع الإخلال الذي ينشئء المسؤولية المدنية^(١٤٧).

وأخيرًا يعرف الأخوان "هنرى وليون مازو" الخطأ على أنه "إثبات لسلوك على غير ما يجب أن يكون" ويفرقان تبعًا لذلك فى الخطأ بين الخطأ العمدى أو الجريمة المدنية، وبين الخطأ غير العمدى أى شبه الجريمة المدنية، ويعرفان الخطأ غير العمدى بأنه "الإنحراف فى السلوك بقدر لا يجب أن يقدم عليه شخص ذو بصيرة حال وجوده فى ذات الظروف الخارجية التى أحاطت بالمسئول"، وهذا التعريف يضع معيارًا عامًا للسلوك الذى يجب إتباعه فى ظروف مختلفة، إذ يضع معيارًا يزيد فى

^(١٤٤) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ١٩٧٩، ص ١٣.

^(١٤٥) Levy, responsabilité et contrat, R.T.D.Civ., 1889, p.361 et S.

^(١٤٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص ٨٨٠ وما بعدها.

^(١٤٧) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٢٥٣، أيضًا د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع

السابق، ص ١٨.

أهميته عن معيار الرجل المعتاد بأن إشتراط فى الشخص أن يكون متبصرًا يقظًا^(١٤٨).

وقد إجتهد الفقه المصرى فى بيان المقصود بالخطأ فى نطاق المسؤولية التقصيرية، فعرفه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى بأنه "إخلال بالتزام قانونى" ثم ذهب إلى إفراغ مضمون الالتزام القانونى بقوله "إن الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به خطأ فى المسؤولية التقصيرية هو دائمًا التزام ببذل عناية، وهو أن يراعى الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يلحق الضرر بالغير"^(١٤٩).

ويرى الدكتور/ سليمان مرقس أن الخطأ هو "إخلال بواجب قانونى مقترن بإدراك المخل به"^(١٥٠)، وبذلك فإن الخطأ وفق تعريفه يشتمل على عنصرين أولهما موضوعى ويتمثل فى الإخلال بواجب قانونى، والثانى شخصى يتمثل فى توافر التمييز لدى المخل بهذا الواجب.

أما الخطأ العقدى فلم يرد فى التشريع الفرنسى أو المصرى نصًا يعرفه، لذلك تعددت تعريفات الفقه للخطأ العقدى فقد عرفه الأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهورى بأنه "عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد"^(١٥١)، كما تناوله الأستاذ الدكتور/ أنور سلطان بالتعريف حيث يرى أن الخطأ العقدى هو "إنحراف إيجابى أو سلبى فى سلوك المدين يؤدى إلى مؤاخذته"^(١٥٢)، ويبين من ذلك أن تحديد الخطأ العقدى بأنه إخلال بالالتزام التعاقدى سواء كان عن طريق عدم التنفيذ أو عن طريق التأخر فيه، أيضًا أيًا ما كانت درجة الخطأ أو جسامته، طالما كان ذلك راجعًا إلى إنحراف فى سلوك المدين على نحو يؤدى إلى مؤاخذته^(١٥٣).

(148) Ph.Le tourneau, Op. Cit., P. 1351.

(١٤٩) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع السابق، ص ٨٨١ وما بعدها.

(١٥٠) د. سليمان مرقس، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٢، ص ١٨٢.

(١٥١) د. عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص ٦٥٦.

(١٥٢) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٦، ص ٢٤٩.

(١٥٣) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ١٧.

فالخطأ العقدي شأنه شأن الخطأ التصويري يجب أن يتوافر فيه عنصران، أما الأول فهو العنصر المادي وهو الإنحراف عن السلوك المعتاد بعدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه، والثاني فهو العنصر المعنوي، والذي يتمثل في نسبة هذا السلوك إلى المدين.

ثانياً: عناصر الخطأ:

على الرغم من إختلاف الفقهاء على تعريف الخطأ، إلا أنهم إتفقوا في أن الخطأ يقوم على عنصرين أساسيين، وهما العنصر المادي والعنصر المعنوي، وهو ما سنتناوله وفقاً للنحو الآتي:

١- العنصر المادي للخطأ:

ويتمثل العنصر المادي للخطأ في الحيدة عن السلوك العادي والمألوف^(١٥٤)، أو التعدي^(١٥٥)، فلا إعتبار الشخص محدث الضرر مخطئاً لا بد أن يكون قد إنحرف في سلوكه، وهذا الإنحراف في السلوك هو تعد يقع من الشخص في تصرفه متجاوزاً في ذلك الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه، ففي نطاق المسؤولية العقدية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، يكون مصدر الالتزام الذي تؤدي مخالفته إلى إعتبار السلوك غير مشروع هو العقد ذاته، لذلك يتمثل الخروج عن السلوك المألوف للشخص المعتاد في صورة عدم تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه.

وحيث أن الخطأ هو خروج المسئول عن السلوك المعتاد والمألوف، فإن ذلك يدعونا إلى التطرق لتحديد المعيار الذي بواسطته يتم تقدير هذا السلوك، والذي يتقاسمه معياران أحدهما شخصي، ويرجع فيه إلى السلوك المعتاد للشخص ذاته، والآخر موضوعي، يتم الرجوع فيه إلى السلوك المألوف للشخص المعتاد.

فأما المعيار الشخصي أو الذاتي، فإنه لا ينظر إلى التعدي في حد ذاته، وإنما ينظر إلى الشخص المراد نسبة الخطأ إليه نفسه، فيما إذا كان الفعل الصادر منه

^(١٥٤) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٢٠.

^(١٥٥) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التصويرية "تحو مسؤولية موضوعية"، منشأة

المعارف، ٢٠٠٥، ص ١٦.

يعتبر بالنسبة إليه إنحرافاً في سلوكه هو أم لا، فغاية هذا المعيار هو الإرتكان إلى المسلك الذاتى للشخص المراد نسبة الخطأ إليه، حتى يتم الوقوف على مدى كون السلوك مألوفاً حتى يمكن تقدير الخطأ، فهو ينظر إلى مدى يقظته وحرصه، فإذا كان الشخص شديد اليقظة والحرص فإن أقل قدر من الإنحراف في سلوكه يشكل خطأً، والعكس صحيح.

ومع أن المعيار الشخصى يتسم بالعدالة والواقعية، وذلك لمراعاته الظروف الشخصية حيث أنه ينظر إلى كل شخص على حدة ويدرس سلوكه لإستخلاص ما إذا كان الشخص قد إنحرف في السلوك أم لا، إلا أنه يؤخذ عليه تعارضه مع مقتضيات العدل الإجتماعى الذى يهدف القانون إلى إرسائه بين أفراد المجتمع، فيؤدى هذا المعيار إلى تفضيل من هو أقل حرصاً على الأشخاص الحريصين^(١٥٦)، كما أنه ينظر إلى الشخص محدث الضرر بالكشف عما فيه من يقظة وحرص، وهذه الأمور هي أمور داخلية يصعب الكشف عنها بل وقد يستحيل ضبطها في العديد من الحالات.

لهذا وجد معيار آخر لا ينظر كسابقه لسلوك الشخص، وإنما يقوم هذا المعيار على تجريد الشخص المراد نسبة الخطأ إليه من ظروفه الشخصية، ويقاس فعله بمعيار الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس وهو ما يسمى بالمعيار الموضوعى المجرى^(١٥٧)، فلكى يعتبر محدث الضرر مخطئاً، لا بد وأن يكون قد إنحرف عن السلوك الذى كان يسلكه الشخص العادى، حال وجوده وقت إحداث الضرر في نفس الظروف الخارجية، ذلك الشخص العادى الذى يعرف بوصفه شخص من أوساط الناس ليس شديد الحرص واليقظة، وليس مهملاً متكاسلاً^(١٥٨).

وفيما يخص المتعاقد المحترف، تعد المهنة أو الحرفة التى يمارسها المحترف مرتكب الفعل الضار من الظروف الخارجية، والتى يجب الإعتداد بها في تقدير

(١٥٦) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٣.

(١٥٧) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، ١٩٨٩، ص ٣٤٣.

(١٥٨) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٢٥٤ وما بعدها.

سلوك الشخص عند قيامه بعمل من أعمال هذه المهنة أو الحرفة، فعلى سبيل المثال فإن سلوك الطبيب المحترف في أدائه لعمله لا يقاس إلا على أساس السلوك المعتاد لطبيب من أوساط أفراد المهنة، كذلك المحامي والمهندس وغيرهم.

وفيما يخص الظروف الداخلية الشخصية لمرتكب الفعل الضار، فيذهب الرأي الراجح فقهاً إلى أن هذه الظروف تتسم بالنسبية، بما يمكن إعتبارها في بعض الأحيان من قبيل الظروف الخارجية، وهو ما يجعل المقياس المجرد أكثر مرونة لملاءمة الظروف^(١٥٩)، فالإنحراف يقاس بوجهة موضوعية ومجردة، يقاس على سلوك شخص متحلل من ظروفه الشخصية ويمثل أوسط الناس، أخذاً بعين الإعتبار الظروف الخارجية للحادث^(١٦٠).

ويقع عبء إثبات التعدي على المضرور، فالمسئولية قد ترتبت على عمل شخصي من المسئول، وهي تقوم على خطأ واجب الإثبات، فعلى الدائن أن يثبت أن المعتدى قد إنحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم إتخاذة الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير، مما ألحق به الضرر.

٢ - العنصر المعنوي للخطأ:

وفقاً لنظرية المسئولية الشخصية والتي تقوم فيها المسئولية المدنية على أساس ثبوت الخطأ بتوافر عنصريه المادي والمعنوي، ويتمثل العنصر المعنوي للخطأ في الإدراك والتمييز، فيجب أن يتحقق لدى المعتدى إدراك ما يفرضه عليه الواجب العام من إتخاذ الحيطة في عدم الإضرار بالغير، وأن يتحقق له التمييز فلا مسئولية بلا تمييز^(١٦١)، وقد تبنى المشرع المصري نظرية المسئولية الشخصية، وجعلها المبدأ العام في المسئولية التقصيرية، فقد نصت المادة ١/١٦٤ على أن "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".

^(١٥٩) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ١٠٨٩.

^(١٦٠) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، ١٩٨١، ص ٤٦٩.

^(١٦١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص ١٧.

ويتضح من ذلك أن الخطأ فى القانون المدنى المصرى يقوم على عنصرين أساسيين، المادى متمثلاً فى التعدى، والمعنوى ممثلاً فى الإدراك والتمييز، فالإخلال بتنفيذ الالتزام التعاقدى لا يؤدي إلى قيام مسئولية المدين إذا فقد التمييز فى حال إعتراه الجنون، أو فقد الإدراك كما هو الأمر بالنسبة للخاضع إلى التنويم المغناطيسى أو السكران بغير إرادته^(١٦٢).

ثالثاً: عدم ملائمة قيام مسئولية المتعاقد المحترف على أساس الخطأ

الواجب الإثبات:

تعد فكرة الخطأ من أدق الأفكار فى القوانين المدنية، ويرجع ذلك إلى أن هذه الفكرة غير محددة لإتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، ولما كانت فكرة الأخلاق يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة^(١٦٣)، كما أن فكرة الخطأ نسبية، قد تؤول إلى الزوال، وتستبدل بفكرة المسئولية الموضوعية التى لا تقيم وزناً للخطأ، ففكرة الخطأ نسبية لأنها تتغير بتغير الأزمان وإختلاف المجتمعات.

ونظراً لعوامل إقتصادية بالدرجة الأولى تمثلت فى بروز الآلة والتطور الصناعى الهائل الذى تميز به عصرنا الحالى؛ حيث إتسمت سلوكيات الفرد بالمادية، فأصبح هاجس الربح يلاحق أرباب الصناعات، يقابله هاجس التعويض عن أى ضرر يمكن أن يلحق بالعامل من جراء عمل الآلة أو نشاط الغير مما جعل الخطر يحرق به فى عمله وتنقله، فإتسع مفهوم المسئولية ليشمل هذه المخاطر كافة، إضافة إلى عوامل فلسفية إيديولوجية، تمثلت فى تقلص المذهب الفردى أمام المبادئ الإشتراكية، التى جعلت مصالح المجتمع أهم من مصالح الفرد^(١٦٤).

وقد تجسدت العوامل القانونية التى أدت إلى تراجع الخطأ كأساس للمسئولية فى قصور النصوص القانونية عن تغطية ما إستجد من حوادث لم تكن معروفة من قبل،

^(١٦٢) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٢٨.

^(١٦٣) د. عبد الحى حجازى، مصادر الالتزام، ص ٤٤٣.

^(١٦٤) د. قوادرى مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبى فى القانون المدنى المقارن، دفاثر السياسة والقانون،

العدد الثالث عشر، ٢٠١٥، ص ٣٤٠.

وأصبح من غير المنطقي أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقاً للقواعد القانونية التقليدية، لذلك نما الشعور بوجود التعويض للمتضرر دون الزامه بإثبات الخطأ على عاتق الملتزم بالتعويض، ما أدى إلى إحصار فكرة الخطأ ومن ثم إلى أفولها كركن لازم لإقامة المسؤولية المدنية.

فطبقاً للقواعد القانونية التقليدية فإن المسؤولية المدنية تدور مع الخطأ وجوداً وهدماً، هذا مضمون النظرية الشخصية، التي تجعل من مسلك المسئول مقصدها، وغاية بحثها، بصورة تفوق بحثها عن الضرر الذي أصاب الغير، ويعتبر الخطأ هو الركيزة الأساسية لقيام المسؤولية المدنية، ويترتب على ذلك أن المضرور المتعاقد مع المحترف يتعين عليه أن يثبت إنحراف المتعاقد المحترف عن السلوك المعتاد والمألوف، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان التزام المتعاقد المحترف التزاماً بتحقيق نتيجة لا بذل عناية، حيث أن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إذا كانت تعد القاعدة العامة في المجال غير التعاقدى، فإنها تطبق إستثناء في مجال المسؤولية العقدية باعتبارها تمثل قاعدة خاصة، فالأصل أن يكون محل الالتزامات العقدية بذل عناية لا تحقيق غاية.

إضافة إلى ذلك فإن فكرة الخطأ ما زالت بقية من إختلاط المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، وقد انفصلت المسؤولية المدنية عنها، وأضحت اليوم مسؤولية موضوعية تهدف إلى تعويض ما يحدثه الشخص من ضرر لغيره، وذلك دون النظر إلى فعله سواء كان خاطئاً أم لا، ثم إن المسؤولية المدنية قد أصبحت اليوم جماعية، وعادت إلى صورتها الأولى في المجتمعات البدائية حين كانت كل القبيلة تدفع التعويض عما ارتكبه أحد أفرادها، وما هي شركات التأمين ومؤسسات الضمان الإجتماعي وغيرها تقوم بنفس الدور.

لكل ذلك سارع الفقه إلى إيجاد بديلاً للنظام القانوني التقليدي للمسؤولية المدنية، فقدم نظرية المخاطر، ثم نظرية الضمان، في فلك المسؤولية المدنية الموضوعية⁽¹⁶⁵⁾، وما شجع أيضاً على أفول الخطأ ظهور شركات التأمين على

(165) Philippe Le tourneau, la verneur de la faute sans la responsabilité civile. R.T.D.C., 1988, P.505.

المخاطر، وظهور التشريعات الملزمة بالتأمين، مما أدى إلى توفير ضمانات كافية للمضرور، وجعل حصوله على التعويض لا يحتاج إلى عناء أو شقاء.

الفرع الثاني

المسئولية المدنية القائمة على الخطأ المفترض

بعد التعرض لبيان الخطأ وعنصريه، وإستقرار الفقه والقضاء التقليديين في مجال المسئوليتين العقدية والتقصيرية على إعتباره ركناً من أركان المسئولية، وبإعتباره خطأً واجب الإثبات، فيتعين على الدائن الذي يدعى بمسئولية المدين العقدية، أن يقوم بإثبات ركن الخطأ في جانب المسئول، وقد ظهر إتجاه نحو محاولة تجديد مفهوم الخطأ، ويقصد بذلك تذييل الصعوبات أمام المضرور بعدة وسائل قانونية وأساليب إجرائية من بينها التوسع في مفهوم الخطأ، والذي يؤدي إلى فرض التزامات جديدة على عاتق المحترفين تتعدى قواعد المسئولية المعروفة في نطاق القانون المدني^(١٦٦).

ففي نطاق المسئولية العقدية، ذهب بعض أنصار الفقه التقليدي إلى نتيجة مؤداها أن الخطأ العقدي هو خطأ مفترض إفتراضاً يقبل إثبات العكس، وإعتبر ذلك وفقاً لمسلكهم مبدأً عاماً في نطاق المسئولية العقدية^(١٦٧)، وبناء عليه فلا يكلف الدائن بالالتزام بإثبات خطأ المدين، معززين ذلك إلى التفرقة بين مصدر المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية، حيث يتحدد في الأولى بكونه الخطأ التقصيري أو الفعل غير المشروع، بينما تجد الثانية مصدرها في العقد بإعتباره مصدر التزام المدين، وحيث أن على من يطلب تنفيذ الالتزام أن يقوم بإثباته، فإن الدائن لا يكلف إلا بإثبات مصدر الالتزام وهو العقد، في حين يقع على المدين عبء إثبات براءة ذمته من الالتزامات التي تترتب على العقد^(١٦٨).

(166) G. J, Martin, précaution et évolution du droit, D., 1995, P. 299.

(167) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.

(168) Philippe Le Tourneau et Loic Cadiet. Droit de la responsabilité.éd. Dalloz. 1996. P.138.

وقد إستند أنصار الإتجاه السابق فى تأييد مسلكهم إلى نص المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى، والتي تقضى بأن المدين ملزم بالتعويض فى الحالات التى يستحيل فيها على المدين تنفيذ التزامه عيناً، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويقابلها نص المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى^(١٦٩)، كما يستندون إلى نص المادة ١٣١٥ من القانون المدنى الفرنسى، المعدلة بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ بنص المادة ١٣٥٣ والتي قررت بأنه "يقع على عاتق من يطالب بتنفيذ الالتزام إثباته، ويقع على عاتق من يدعى براءة ذمته أن يثبت الوفاء أو الواقعة التى أدت إلى إنقضاء التزامه"^(١٧٠)، والتي تقابل نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصرى الحالى رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، والتي نصت على أن "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

إلا أن جانباً من الفقه الفرنسى قد ذهب إلى التضييق من نطاق إفتراض الخطأ العقدى، فلم يجعله مبدأً عاماً كسابقه، بل إختزل إفتراض الخطأ فى نطاق المطالبة بتنفيذ الالتزام، ويترتب على ذلك الزام الدائن بإثبات الخطأ العقدى فى حالات المطالبة بالتعويض، وذلك إستناداً إلى نص المادة ١٣١٥ من القانون المدنى الفرنسى سالف الذكر، حيث أقرت بالترام الدائن بإثبات الالتزام، فإذا كان العقد هو

(169) Article 1147 "Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

وتقابلها المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أن "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالترامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه".

(170) Art. 1353 Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 "Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation".

مصدر الالتزام بالتنفيذ، فإن عدم تنفيذ المدين للالتزام العقدى يعد مصدرًا للالتزام بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم التنفيذ^(١٧١).

وعلى الرغم من صراحة نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصرى والتي نصت على أن "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، والتي يبين منها أن عبء إثبات الوفاء بالالتزام العقدى يقع على عاتق المدين دون تفرقة بين الالتزام بتحقيق غاية أو ببذل عناية^(١٧٢)، إلا أن جمهور الفقه المصرى قد تبنى ما إنتهى إليه الفقه والقضاء فى فرنسا، وذلك بإفتراض الخطأ العقدى فى حال المطالبة بتنفيذ الالتزام، دون طلب التعويض، فيكتفى الدائن إذا طالب بتنفيذ الالتزام أن يثبت وجوده، ولكن يختلف الوضع إذا طالب بالتعويض عن عدم تنفيذه، وذلك بحجة أن الالتزام بالتعويض لا ينشأ من العقد ذاته، بل من عدم تنفيذه^(١٧٣).

ومع الإنتقادات الموجهة إلى نظرية إفتراض الخطأ العقدى، إتجه الفقه الفرنسى إلى إخضاع إثبات الخطأ العقدى إلى القواعد العامة فى الإثبات، كذلك الأمر لدى الفقه المصرى، فقد مهدت إليه تلك التفرقة غير المبررة حول نص المادة الأولى من قانون الإثبات، بالرغم من وضوح دلالتها على إتساع نطاق سريانها لتشمل كل مطالبة يوجهها الدائن للمدين سواء متعلقة بتنفيذ الالتزام أو بالتعويض عن عدم التنفيذ، إضافة إلى تناقض التفرقة مع الواقع العملى، فقد يطلب الدائن تنفيذ الالتزام التعاقدى بصفة أصلية والزام المدين بالتعويض بصفة إحتياطية، مما يؤدي إلى دفع المدين لمسئوليته عن طريق إقامة الدليل على تنفيذ التزامه، الأمر الذى يفيد بأن

(١٧١) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٣٣.

(١٧٢) د. سليمان مرقس، الوجيز فى نظرية الالتزام، ١٩٦١، فقرة ٢٦٠، مشار إليه لدى د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٣٥.

(١٧٣) د. محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى، الجزء الأول فى مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٦، ص ٣٣٨، ٣٣٩، أيضًا د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع السابق، ص ٦٦٠.

إفترض الخطأ بشأن طلب التنفيذ قد إستوعب عملاً الإثبات بشأن طلب التعويض^(١٧٤).

ومما سبق يتضح أن المسؤولية العقدية لا تقوم على أساس الخطأ المفترض بحسب الأصل، بل يخضع الخطأ التعاقدى للقواعد العامة فى الإثبات، فيقع عبء الإثبات على عاتق من يدعى خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً^(١٧٥)، كما أن قواعد الإثبات تختلف بحسب طبيعة الالتزام محل التعاقد، فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية فإن عبء إثبات الوفاء بالالتزام يقع على عاتق المدين، فيعد الخطأ مفترضاً، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية فيقع عبء إثبات الإخلال به على عاتق الدائن، وسنتناول الخطأ التعاقدى المفترض فى الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، إضافة إلى إفترض الخطأ عند الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، على أن نسبق ذلك بالتمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية على النحو الأتى:

أولاً: التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية:

يتم تقسيم الالتزام عادة إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، فالأول محله تحقيق نتيجة محددة، ولا يعد المدين قد أوفى بالالتزام إلا بتحقيق النتيجة، وذلك كالتزام الناقل بتوصيل الأشخاص أو البضاعة إلى مكان الوصول المتفق عليه، فمضمون الالتزام يظهر فى النتيجة نفسها، وعلى المدين أن يضع تحت تصرف الدائن كل الوسائل حتى يستطيع تحقيق النتيجة، ويتجه الفقه الفرنسى إلى إمكانية إعتبار جميع الالتزامات التزامات بتحقيق نتيجة، إلا إذا كان للحظ دور فى تحققها فهنا هى لا تعتبر كذلك، وبأكثر دقة تكون عادة التزاما بتحقيق نتيجة إذا كان التزاما بعمل أو إمتناع عن عمل أو التزاما بإعطاء^(١٧٦).

^(١٧٤) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ٣٦ وما بعدها.

^(١٧٥) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٤٠.

^(١٧٦) Philippe Le Tourneau, la responsabilité civile professionnelle, Economica, 2005, p.831.

بينما يتحدد محل الالتزام ببذل عناية، في بذل المدين للعناية اللازمة وإتخاذ الإجراءات التي تساهم في تحقيق ما تم التعاقد عليه^(١٧٧)، كالتزام الطبيب بعلاج مريضه، فهو ليس ملزماً بتحقيق نتيجة الشفاء للمريض، بل ينحصر التزامه في بذل العناية اللازمة بالإعتناء به وإعطائه العلاج المناسب في ضوء العلم والخبرة، التي يفترض توافرها في الطبيب الحريص من بين أوساط الأطباء^(١٧٨)، فالتزام المدين ببذل عناية ليس معناه فعل لا بد من تحقيقه، وإنما معناه بذل العناية اللازمة ومحاولة الوصول إليه، مع الأخذ بعين الإعتبار ضرورة الأخذ بجميع الإمكانيات المتاحة من أجل الوصول إلى تحقيقه^(١٧٩)، كما هو الأمر بالنسبة للمحامى، فحين يلتزم في مواجهة موكله بدراسة الدعوى بعمق، ويحدد الوسائل الناجعة وتقديم مرافعة مقنعة، ولكن المحامى لا يعد بالفوز بالقضية أى أن التزامه التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة^(١٨٠).

ويجد التمييز بين تقسيم الالتزام إلى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية أهميته في تحديد مجال الإثبات، فمن حيث القاعدة العامة فإن عدم تنفيذ الالتزام بنتيجة يؤدي إلى إفتراض خطأ المدين، طبقاً لنص المادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أنه "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه"، وذلك لتحقق إندماج الخطأ فى واقعة عدم التنفيذ، فلا يجوز للمدين أن يدفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبى^(١٨١).

بينما مخالفة الالتزام ببذل عناية يجعل عبء إثبات خطأ المدين يقع على عاتق الدائن، بأن يثبت أن المدين قد أهمل فى تنفيذ الالتزام أو لم يبذل الحرص والعناية

(177) François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Op. Cit., P.7.

(178) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٤٤.

(179) Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2009, p.829.

(180) Philippe Le Tourneau, la responsabilité civile professionnelle, Op. Cit p.41.

(181) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٤٢.

الواجبة على الشخص المعتاد في مثل ظروفه وفي نطاق مهنته أو حرفته، وذلك طبقاً لنص المادة ٢١١ من القانون المدني المصري، حيث نصت على أنه "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

وقد ثار خلاف فقهي حول التناقض بين نص المادة ١١٣٧ والمادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي، فبينما تقرر الأولى الزام الدائن بإثبات عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام وإثبات خروجه عن السلوك المألوف للشخص المعتاد، جاءت الثانية ملقبة عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام على عاتق المدين أو إثباته السبب الأجنبي، فذهب رأى في الفقه الفرنسي^(١٨٢) إلى إعتبار نص المادة ١١٣٧ إستثناء للمادة ١١٤٧، إلا أنه تعرض للإنتقاد، فكيف يخضع المدين الملزم بالمحافظة على الشيء إلى قاعدة قانونية مخالفة لقانون الالتزامات بصفة عامة؟ إضافة إلى ذلك هل من الجائز عقلاً أن يتقدم الإستثناء ١١٣٧ على الأصل ١١٤٧.

إلى أن جاء ديموج "Demogue" بتفسير آخر سنة ١٩٢٨ لاقى قبول الفقه^(١٨٣)، فقد ذهب إلى أن إثبات الخطأ العقدي يرتبط بالترقة بين الالتزامات التعاقدية ببذل عناية وتختص بها المادة ١١٣٧، والالتزامات بتحقيق نتيجة وتختص بها المادة ١١٤٧، فقد أزاح التناقض بين نصي المادتين، محدداً مجالاً خاصاً في التطبيق لكل منهما، وترتب على ذلك اتفاق الفقه على أن معيار الرجل العادى هو معيار خاص بالالتزام ببذل عناية، حيث يجد الدائن نفسه مجبراً على إثبات الإهمال وعدم الحيلة من قبل المدين، بينما مسئولية المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا تقرر إلا بعدم تحقق النتيجة، كما تنتفى مسئوليته بإثبات السبب الأجنبي^(١٨٤).

(182) H. et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, T.1, Montchrestien, 6^eedition. n°662 et s.

(183) G.Viney et Jourdain, op. cit, p. 505 et s.

(184) H. Mazeaud, «Essai de classification des obligation».R.T.D. Civ, 1936, P.1 et S.

ثانياً: الخطأ التعاقدى المفترض فى نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة:

إستقر الرأى لدى جمهور الفقه والقضاء الفرنسيين على أن الدائن لا يقع عليه عبء إثبات خطأ المدين الملتزم بتحقيق نتيجة، حيث أن عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد يعتبر بذاته خطأ يقيم مسؤوليته^(١٨٥)، فالخطأ وفقاً لهذا الرأى هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، والسبيل لتخلص المدين من هذه المسؤولية لا يكون إلا بنفى علاقة السببية بين الخطأ المتوافر ضده والضرر الذى أصاب الدائن، بإثبات السبب الأجنبى المتمثل فى القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور ذاته، وذلك إنطلاقاً من الفكرة التى نادى بها الفقيه "ديموج"، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حيث أقرت بأن الالتزام بتحقيق نتيجة يشتمل وفى ذات الوقت على إفتراض الخطأ وعلى إفتراض السببية بين الخطأ المفترض من جهة وبين الضرر الذى لحق بالمضرور من جهة أخرى^(١٨٦).

وهو ما قرره المشرع المصرى فى عجز المادة ٢١٥ من القانون المدنى، فالخطأ العقدى يتمثل فى عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد على الوجه الوارد فيه، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً، كما هو الحال فى التأخر فى التنفيذ، ويعتبر المدين مسؤولاً عن إستحالة تنفيذ التزامه عيناً، وعن تأخره فى تنفيذه، ما لم يثبت أن تلك الإستحالة، أو التأخير يرجع إلى السبب الأجنبى والذى لا يد له فيه^(١٨٧).

ثالثاً: الخطأ التعاقدى المفترض فى نطاق الالتزام ببذل عناية:

المبدأ السائد هو عدم إمكانية إفتراض الخطأ فى نطاق الالتزام ببذل العناية، ويقع على عاتق الدائن أن يثبت خروج المدين على السلوك المألوف وفقاً لمعيار الشخص المعتاد، وذلك توسلاً لإنعقاد مسؤوليته، إلا أن معيار الشخص المعتاد من أواسط ذات المهنة أو الحرفة، يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضى، لذلك إستخدمه القضاء

^(١٨٥) د. سليمان مرقس، نظرية عامة للأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراة،

جامعة القاهرة، ١٩٣٦، النسخة الفرنسية، ص ١٠٧ وما بعدها، مشار إليه لدى د. محمود جمال

الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

^(١٨٦) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها.

^(١٨٧) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٢٦.

من أجل التشديد في مسؤولية المحترفين، كالطبيب المحترف والبائع المحترف وغيرهم، لذلك إتجه الفقه والقضاء إلى التشدد في مواجهة طائفة المحترفين، وذلك بجعل التزامهم ببذل العناية التزاماً مشدداً^(١٨٨).

هذا الالتزام المشدد ببذل العناية، يمثل توجهاً لدى الفقه والقضاء الفرنسيين، نحو التشدد في المسؤولية المدنية للمحترفين والمسئولية المهنية، الأمر الذي يؤدي إلى إفتراض خطأ المتعاقد المحترف لمجرد وقوع الضرر، حيث أن محكمة إستئناف باريس أصدرت حكماً لها في ٤ نوفمبر ١٩٦٣ قضت فيه بمسئولية الطبيب إثر سقوط المريض من السرير المخصص له لتوقيع الكشف الطبى عليه، إستناداً إلى خطأ الطبيب المفترض على أساس أن سقوط المريض وبالتالي ما لحقه من ضرر نتيجة إصابته بإنزلاق غضروفي لا يمكن أن يحدث إلا نتيجة لإهمال الطبيب وعدم إتخاذه الإحتياطات الضرورية اللازمة^(١٨٩).

وعلى الرغم من هذا الإتجاه المشدد بإفتراض الخطأ في جانب الطبيب، إلا أن وسيلة ذلك هي القرينة القضائية، وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، فللطبيب أن يقيم الدليل على نفي الخطأ بكافة طرق الإثبات.

وقد سائر الفقه المصرى نظيره الفرنسى فى تبنى الإتجاه المشدد فى مساءلة الطبيب، مع تأييد القضاء له، فقد أيدت محكمة النقض المصرية فى ٢٦ يونيو ١٩٦٩ الحكم الصادر بمسئولية طبيب التجميل عن الترقيع الذى أدى إلى حدوث تشوه للمريض تأسيساً على قرينة إفتراض خطأ الطبيب وإهماله من حدوث هذا الضرر غير المؤلف فى مثل هذا النوع من العمليات، وقد إستطردت المحكمة فى حيثيات حكمها إلى أن هذه القرينة القضائية تؤدى إلى نقل عبء الإثبات إلى الطبيب، فيستطيع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات^(١٩٠).

^(١٨٨) د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٥٦.

^(١٨٩) C.A., Paris. 4 nov. 1963.

مشار إليه لدى د. حسن عبد الباسط جميعى، المرجع السابق، ص ٥٨.

^(١٩٠) نقض مننى ٢٦ يونيو ١٩٦٩، مجموعة المكتب الفنى، ص ٢٠، ص ١٠٧٥.

وإستمراراً فى التوجه نحو التشدد فى أحكام مسئولية المتعاقد المحترف، تحول الالتزام بالإعلام والنصيحة من كونه التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة، وذلك بإفترض الخطأ فى جانب المحترف، حين تعاقد مع متعاقد آخر غير محترف، كالتزام الموثق أو المهندس أو المحامى، والطبيب خلال تعاقدهم مع عملائهم، فالالتزام بالإعلام هو التزام مفروض على كل مهني، ويعد ملزماً بإعلام المتعاقد معه ولا يشترط أن يكون المتعاقد مع المهني مستهلكاً، وإنما يمكن أن يكون شخصاً عادياً، كما يمكن أن يكون مهنيًا أيضاً^(١٩١).

فيجب على المتعاقد المحترف أن يسلك سلوك المتبصر اليقظ ليتوافق مع قواعد أصول المهنة أو الفن أو طبيعة النشاط المعروفة، ليفسح المجال لإستناده للمعطيات والفرضيات العلمية الجديدة وللخبرة لتفادى المخاطر الإحتمالية غير المؤكد ضررها، والتي تمثل التزاماً قانونياً يقع على المدين عدم الإخلال به أو الخروج عن دائرته، ولا يمكن الإحتجاج على التشدد فى درجة الحرص المتطلبة هنا، والفرض أن المحترف يلم بقواعد المهنة أو النشاط، فيحوز معلومات كافية عن العمل ويملك كافة الوسائل، التي لا يمتلكها الأفراد العاديون مما لا يملكون أى خبرة أو دراية بالنشاط المهني أو الحرفي^(١٩٢)، فهذه الالتزامات تدفع على إقبال العملاء عليه بثقة، فلا أقل من أن يقابلها المتعاقد المحترف بالحرص والعناية اللاتقة.

رابعاً: الخطأ التعاقدى المفترض فى نطاق الالتزام بضمان السلامة:

الالتزام بضمان السلامة من أهم التطبيقات التي عرفها القضاء الفرنسى، وذلك بفرضه فى العديد من العقود على عاتق المدين بهدف حماية مصالح الدائن، والالتزام بضمان السلامة لا يعد فى حد ذاته التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما قد يكون التزاماً ببذل عناية، حيث يأخذ فى الإعتبار مدى تدخل الدائن فى إتخاذ إجتياطات السلامة أو تأثير سلوكه على إمكانية حدوث الضرر^(١٩٣).

(191) Philippe Le Tourneau, Op. cit., P.897.

(192) Philippe le Tourneau, Op. cit., P.898.

(193) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣.

وقد تشدد القضاء فى مجال الالتزام بضمان السلامة، الأمر الذى أدى إلى إعتباره من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة، يقوم على أساس إفتراض خطأ المدين إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا يستطيع المدين دفع المسؤولية عنه إلا بإثباته السبب الأجنبى، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل أخذ القضاء الفرنسى فى التوسع بالأخذ بهذا الإتجاه، وذلك فى محاولة لإستيعاب التطور التكنولوجى والصناعى الذى يؤدى إلى زيادة المخاطر والأضرار، ففى عقود نقل الأشخاص تقوم مسؤولية الناقل فى مواجهة المسافر بمجرد ثبوت الضرر الذى يلحق بالمسافر، وبإعتبار أن الالتزام بضمان السلامة هو التزم بتحقيق نتيجة، فيعد خطأ الناقل مفترضاً طبقاً لأحكام المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى، والمادة ٢١٥ من القانون المدنى المصرى، فلا يتمكن المدين من دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبى.

وفى نطاق مسؤولية الطبيب التعاقدية، أقرت محكمة النقض الفرنسية على أن طبيعة التزم الطبيب هو التزم ببذل عناية، وبعبارة أخرى فإنه لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا بإثبات وقوع خطأ من طرفه، هذا الخطأ يمكن أن يعرف بأنه إخلال بالالتزم بالعناية أى الالتزام بإعطاء العناية اللازمة والمطابقة للمعطيات العلمية، فقد قضت المحكمة فى حكمين لها بنقض قراراتين للمجلس القضائى^(١٩٤)، الذى لم يشترط حدوث خطأ من طرف الطبيب، وإنما فقط عدم نجاح العلاج المقترح من طرف الطبيب، وظهور ضرر كذلك فى عدة قرارات أخرى أقرت المحكمة بأن التزم الطبيب هو التزم ببذل عناية، كما أكدت محكمة النقض المصرية على أن التزم الطبيب لا يمكن أن يكون التزماً بتحقيق شفاء المريض أى التزماً بتحقيق نتيجة^(١٩٥).

وإذا كان الأصل فى الالتزام الطبى أنه التزم ببذل عناية، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد ذهبوا إلى أن التطور فى المجال الطبى وإستخدام الآلات والأجهزة فى التشخيص والعلاج بصورة متزايدة، تماشياً مع تطور الفن الطبى، يدعو إلى ضرورة

(194) Cass. Civ. 9 Octobre 1985, Cass. Civ., 12 Décembre 1985.

(195) نقض مدنى، ٢١ ديسمبر ١٩٧١، مجموعة المكتب الفنى، س ٢٢، ص ١٠٦٢.

إعتبار التزام الطبيب بضمان سلامة المريض المتعاقد معه التزاماً بنتيجة^(١٩٦)، ويترتب على ذلك أن خطأ الطبيب يكون مفترضاً، ولا يملك دفع المسؤولية عن كاهله سوى بإثبات السبب الأجنبي والذي لا يد له فيه، سواء كان الضرر المتحقق قد نجم عن عيوب الآلات والأجهزة التي يستخدمها الطبيب، أو نشأ عن سوء استخدام الطبيب لهذه الآلات والأجهزة، طالما إنقطعت الصلة بين الضرر وبين حدود الالتزام بقواعد المهنة في العلاج^(١٩٧).

ويتضح مما سبق أن الفقه والقضاء الفرنسيين قد آثرا تشديد التزام المدين المتعاقد، خصوصاً في إطار الالتزام بضمان السلامة، فقيماً المسؤولية المدنية للمتعاقد المهني أو الحرفي على أساس الخطأ المفترض، إنعكاساً للإخلال بالالتزام بضمان السلامة المعتبر التزاماً مشدداً ببذل عناية، وذلك بسبب التطور الصناعي والتكنولوجي، والذي أدى بدوره إلى استخدام الآلات والماكينات الحديثة التي يرتبط بها إزدياد معدل تقاوم الخطر وتزايد احتمالات تعرض المتعاقد مع المحترف للضرر.

خامساً: تقييم إسناد مسؤولية المتعاقد المحترف على أساس الخطأ

المفترض:

لا شك في أن الإتجاه السائد فقهاً وقضاء هو تشديد التزامات المتعاقد المحترف، فضلاً عن التشدد في قواعد مسؤوليته، والذي يمثل إستمراراً لمجهودات فقهية وقضائية نادت بإقامة نوع من المسؤولية تجد في فكرة الخطأ المفترض أساساً لها^(١٩٨)، خصوصاً بعد تزايد إستعمال الآلات الميكانيكية والمركبات التي تتطلب عناية خاصة، ولم يتوان المشرع عن تقدير مسلك الفقه والقضاء فتوج ذلك بنص المادة

(١٩٦) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٧٦.

(١٩٧) المرجع السابق، ص ٧٨.

(١٩٨) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفرنسي، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٥٧، ص ١٨، أيضاً د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية المتبوع بإعتباره حارساً، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ١٩٧٥، ص ١٥.

١٧٨ من القانون المدني المصري^(١٩٩)، فالتطور سمة المجتمعات، فبعد تقرير المسؤولية على أساس الخطأ الثابت، ظهر أساس آخر هو الخطأ المفترض، وذلك لمواجهة صعوبة إثبات الدائن للخطأ في العديد من الحالات، إلا المسئول حال إثباته للسبب الأجنبي أصبح معفيًا من تعويض الضرر، ويؤكد الفقه أنه لن يكون هناك سوى سبيل آخر هو المسؤولية الموضوعية^(٢٠٠).

فالإستناد إلى الخطأ المفترض يجعله أساسًا للمسئولية المدنية المتعاقد المحترف، إعمالاً لنص للمادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي، والمادة ٢١٥ من القانون المدني المصري، لا يخلو من وجود عقبة أمام المضرور محور الحماية، وذلك أنه وبالرغم من منحه مزية عدم إثبات الخطأ وجعله مفترضًا في جانب المحترف، الذي بدوره لا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات نفي الخطأ، إلا أنه يستطيع أن يدفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، الأمر الذي يجد فيه المضرور نفسه بلا حماية تشريعية، حال تحقق نجاح المحترف في إثبات أن الضرر كان لا بد واقعا حيث يعزى إلى القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير، وبذلك نصل إلى نتيجة تأباها العدالة ويلفظها المنطق القانوني بوجود ضرر بلا تعويض، فالخطأ المفترض ليس في الواقع إلا فكرة إفتراضية أو تقديرية لا وجود لها في الحقيقة، بل هي مجرد حيلة إهتدى إليها القضاء لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ^(٢٠١).

وترتيباً على إتجاه الفقه والقضاء نحو تشديد مسؤولية المتعاقد المحترف، سنجد إجماعاً على أن معيار تقدير الخطأ الذي يصدر عن المحترف هو معيار ذاتي وشخصي وليس موضوعي، خلافاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية، والتي تقضى بأن معيار تقدير الخطأ العقدى أو التقصيري، هو معيار موضوعي وليس ذاتي أو

^(١٩٩) فتنص المادة ١٧٨ على أن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة

آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان

بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة"

^(٢٠٠) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص ٥٨.

^(٢٠١) د. قوادري مختار، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

شخصي، ويطلق عليه معيار الرجل المعتاد، أو رب الأسرة العاقل، وهو كما أسلفنا الذكر معيار مجرد يقوم على مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي، بغض النظر عن مدى الخبرة والدراية التي يمتلكها، فالمتعاقدون مع المحترف وبما تضيفه عليه الصفة الاحترافية من آثار كبذل المزيد من العناية والحرص ومنتهى حسن النية في القيام بالالتزامات العقدية، ينتظرون منه ما يفوق نظيره غير المحترف في ذات النشاط أو المهنة أو الحرفة، مما حدا بالفقه والقضاء إلى تشبيه المتعاقد المحترف بالمتعاقد سىء النية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس في حكمها الصادر في التاسع من مارس ١٩٧٤ بأن الخطأ في العلاج الذى وقع من طبيب محترف متخصص قد لا يعد كذلك إذا وقع من طبيب آخر غير محترف فى هذا التخصص الطبى (٢٠٢).

حاصل القول، أنه على الرغم من السعى الحثيث من جانب الفقه والقضاء فى تشديد قواعد المسؤولية المدنية للمتعاقدين المحترفين، مراعاة لتوافر الصفة الاحترافية لديهم، إلى أن تم تشديدها بالفعل بقيام مسئوليتهم المدنية على أساس فكرة الخطأ المفترض فى جانبهم، والتي كانت فى كثير من الأحيان لا تؤتى ثمارها، فمازلت الفرصة سانحة أمام المتعاقد المحترف المدين حتى يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات السبب الأجنبى، من أجل ذلك فإن هذا السعى مازال مستمراً بالتوجه نحو المزيد من التشديد تجاه طوائف المحترفين، لا بالنظر إلى الخطأ ولكن إلى الضرر فى حد ذاته، ومن هنا كان السبيل نحو فكرة المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر.

المطلب الثانى

المسؤولية الموضوعية كأساس لساءلة المتعاقد المحترف مدنياً

تمهيد وتقسيم:

لا شك فى أن إشتراط الخطأ فى المسؤولية المدنية متماشياً مع الأيديولوجية الرأسمالية التى كانت ترتكز على مبدأ سلطان الإرادة، وترتب على ذلك أن إرادة الشخص هى مصدر كل الالتزامات سواء أكانت من طبيعة عقدية أو غير عقدية،

(٢٠٢) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها.

فمحدث الضرر يعتبر مسئولاً ويلزم بتعويض الضرر، لأنه ارتكب خطأ نتيجة إهماله أو عدم تبصره، إلا أن هذه النظرية الشخصية التي كانت تعير للخطأ اهتماماً بالغاً في إطار المسؤولية المدنية، كانت كافية في وقت كان فيه المجتمع مجتمعاً زراعياً، أما وأن المجتمع قد تحول من مجتمع زراعي إلى مجتمع صناعي، فقد دعت الضرورة إلى ظهور نظريات أخرى تنادي ببناء المسؤولية، ليس على أساس الخطأ سواء واجب الإثبات أو المفترض، وإنما على أساس الضرر.

فقد شهدت بداية القرن التاسع عشر تطوراً كبيراً بظهور أساس آخر تقوم عليه المسؤولية المدنية، نادت به النظريات الموضوعية التي لا تعير للخطأ أي اهتمام، وإنما تنظر للضرر كأساس لقيام المسؤولية المدنية⁽²⁰³⁾، فبمجرد تحقق الضرر تقوم المسؤولية بالتعويض على عاتق الشخص المسئول، بغض النظر عن مسلك هذا الأخير إن كان مخطئاً أو غير مخطئ، ومن بين النظريات التي نادت بعنصر الضرر كأساس للمسؤولية المدنية نظرية تحمل التبعة، والتي نادى بها الفقيه الفرنسي سالي Saleilles⁽²⁰⁴⁾ مع نهاية القرن التاسع عشر، إلا أنها كانت خاصة بالأخطار المهنية، والتي وسعت لتشمل الخطر المستحدث بواسطة الفقيه جوسران Josserand⁽²⁰⁵⁾ وذلك مع بداية القرن العشرين.

وإلى جانب النظريات السابقة الذكر، والتي نادت بضرورة النظر إلى الضرر كعنصر أساسي للمسؤولية المدنية نظرية أخرى نادى بها الفقيه بوريس ستارك⁽²⁰⁴⁾ "Boris Stark"، والتي تجاوزت المعارضة الموجودة بين الخطأ والخطر بنظرية جديدة أسماها نظرية الضمان "la théorie de la garantie" حيث تراعى هذه النظرية مصلحة المضرور ولا تلتفت إطلاقاً إلى جهة المسئول، وتذهب إلى أنه من حق الشخص إحترام حرمة جسمه وسلامته المالية⁽²⁰⁵⁾.

(203) Patry Robert. Responsabilité civile et assurances, R.I.D.C. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997, P.372.

(204) Robert Patry, RESPONSABILITÉ CIVILE ET ASSURANCES, R.I.D.C. 2-1997, P.373.

(205) Philippe Le Tourneau, Exception d'indignité, L.P.A., 2007, p.30.

حيث رأى "ستارك" أن الأضرار التي تصيب سلامة الجسم أو الذمة المالية للشخص هي أضرار تقيم المسؤولية من جانب من أحدث الضرر، دون حاجة لإثبات الخطأ في جانبه، وإستثنى "ستارك" من هذه الأضرار التي تصيب المصالح الإقتصادية أو المعنوية، أو ما ذهب إلى تسميتها بأضرار المسؤولية التقصيرية، فهي أضرار لا تقيم مسؤولية محدثها إلا إذا ثبت خطئه^(٢٠٦).

فالقرن الحادى والعشرين قد شهد تقلص لدور الخطأ كركيزة أساسية فى مجال المسؤولية المدنية التقصيرية^(٢٠٧)، وإقامة نوعاً من المسؤولية يعتمد بالأساس على فكرة الضرر وليس الخطأ، بل أن الأمر قد فاق ذلك بظهور إتجاه ينادى إلى ما يسمى بالتعويض التلقائى^(٢٠٨)، والذي بموجبه يتم صرف قيمة التعويض للمضرور بمجرد وقوع الضرر، أو فى خلال فترة معينة من وقوعه، وذلك دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يقضى بالتعويض، وعلة هذا الإتجاه ترجع إلى عدم كفاية قواعد المسؤولية المدنية لتحقيق الحماية المرجوة للمضرور، خصوصاً فيما يتعلق بجبر الأضرار الجسدية.

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الأتى:

الفرع الأول: مفهوم المسؤولية الموضوعية والمبررات العملية لها.

الفرع الثانى: الأساس القانونى للمسؤولية الموضوعية.

الفرع الثالث: آثار تطبيق المسؤولية الموضوعية على التعاقد المحترف.

الفرع الأول

مفهوم المسؤولية الموضوعية والمبررات العملية لها

بادئ ذى بدء فإن المسؤولية المدنية منذ إرساء قواعدها التقليدية، قد إقترنت بالنظرة الأخلاقية، والتي كانت فى إطارها مسؤولية المتسبب فى الضرر معلقة على

(206) Ibid.

(٢٠٧) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوى، المرجع السابق، ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٢٠٨) د. عابد فايد عبدالفتاح فايد، التعويض التلقائى للأضرار بواسطة التأمين وصناديق الضمان "دراسة مقارنة فى القانون المصرى والقانون الفرنسى"، مجلة كلية الحقوق جامعة حلوان، العدد ١٢، ٢٠١١، ص ١١.

إقترافه لفعل غير مشروع وملوم أخلاقياً، فكان حق المضرور في التعويض موقوفاً على إثبات هذا الفعل^(٢٠٩)، فنتج عن هذه النظرة الأخلاقية لأحكام المسؤولية، تجاهل وجهة المضرور والتركيز على جانب المسئول وحده، بإثبات الخطأ في جانبه أو جعله مفترضاً، هذه الفلسفة لم تكن لتتسجم مع الواقع الجديد الذي باتت تفرزه النشاطات الإقتصادية والمهنية بإعتبارها فئة مصنعة للخطر في المجتمع، أمام عنصر فداحة الضرر المتسبب فيه، والذي أصبح مداه يتعدى المصالح الفردية للأشخاص ليطل المصالح العامة والمشاركة للكيان الإجتماعي، فكان التوجه نحو تشديد قواعد مسؤولية طوائف المحترفين، والسعى بكل السبل إلى تعويض المضرورين بتقرير فكرة المسؤولية الموضوعية.

ففي الفترة الزمنية التي تسبق نهاية القرن التاسع عشر، لم تكن الآلات الميكانيكية قد استخدمت بصورة ملحوظة، بيد أن هذه الآلات سرعان ما دوت أصواتها في شتى مجالات الحياة، مع إقتراب نهاية القرن التاسع عشر، حيث حدث تطور كبير نتيجة الثورة الصناعية، بإنتشار الميكنة في جميع المجالات، وأصبح من العسير إكتشاف الخطأ أو إقامة الدليل عليه، وذلك في حال إكتشافه^(٢١٠)، ولا أحد ينكر الأثر الحقيقي الحقيقي للأوضاع الإقتصادية الجديدة، بما إنعكس على الصعيد الأيديولوجي، وهذا هو السبب الثاني الذي أظهر قصور وعدم ملاءمة القواعد التي نص عليها المشرع في العديد من الدول ومع هذا ظل الخطأ أساساً للمسؤولية وركنهما الركين، بيد أن التطور التكنولوجي، جعل دور الخطأ محل نظر، حتى ولو لم يستبعد تماماً كأساس للمسؤولية، فعلى الأقل قبول المسؤولية المدنية الموضوعية اللاخطئية، التي تتخذ من الضرر أساساً لها^(٢١١)، بجانب المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ. وسنبين في هذا المطلب مفهوم المسؤولية الموضوعية، فضلاً عن التعرض للمبررات العملية التي أدت إلى نشأة فكرة المسؤولية الموضوعية على النحو الآتي:

(٢٠٩) د. إبراهيم محمد دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(٢١٠) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص ١١٩.

(211) M. Robineau, Contribution a letude de systeme responsabilite, DEFERENOIS, 2006, p. 195.

أولاً: مفهوم المسؤولية الموضوعية:

عرف الفقه المسؤولية الموضوعية أو المسؤولية دون خطأ على أنها تلك التي تتحقق إستناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور، وإستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر^(٢١٢)، فتقوم هذه المسؤولية إستناداً إلى موضوعها أو محلها، أي على فكرة الضرر الناشئ عنها، ومن ثم لا يمكن إسناد المسؤولية في هذه الحالة إلى خطأ ثابت أو خطأ مفترض، بل تستند كلية إلى فكرة الضرر، ولا يمكن للمسئول دفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ أو إنتفاء الخطأ المفترض أو حتى إثبات السبب الأجنبي^(٢١٣)، فالمسؤولية الموضوعية تقوم على تعويض المضرور ولو بغير خطأ^(٢١٤).

والمراد بموضوعية هذه المسؤولية، أن إطار البحث فيها وإثبات قيامها، وأحكام الرجوع فيها لا ينظر فيه إلى عنصر الخطأ وطريقة إثباته، بل على العكس من ذلك، فهي تستند إلى موضوعها أو محلها، أي إلى فكرة الضرر، وذلك حتى لا تقف القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية حجر عثرة في سبيل تعويض الضرر الذي ألم بالمتعاقدين مع المحترف، فكما سبق وأن بينا مدى صعوبة إثبات الدائن المتعاقد مع المحترف لخطأ المحترف الواجب الإثبات، وحتى في المسؤولية شبه الموضوعية بإفترض الخطأ في جانب المحترف، والذي يستطيع التملص منها بإثبات السبب الأجنبي.

وإذا كان الضرر يمثل محور المسؤولية الموضوعية، وبالتالي إندثار فكرة الخطأ، فإنها تتسم بالبحث عن شخص المسئول، فعند حدوث الضرر ما على المضرور إلا محاولة تحديد شخص المسئول لكي يقوم بإختصامه في دعوى المسؤولية، دونما نظر

(212) Lioren-Frayne. La présomption de la faute dans les contentieux administratif de la responsabilité. L.G.D.J. 1985. P.133.

(213) د. محمد المرسي زهرة، الطبيعة القانونية عن مضار الجوار غير المألوفة "دراسة خاصة حول مسألة الخيرة" في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مجلة المحامي، السنة الحادية عشر، الأعداد يوليو، أغسطس، سبتمبر، ١٩٨٨، ص ٢٩.

(214) د. سعيد سعد عبد السلام، مشكلة تعويض أضرار البيئة التكنولوجية، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص ١٢٠.

إلى ركن الخطأ، وبتطبيق ذلك على قيام المسؤولية المدنية للمتعاقد المحترف، فإن البحث عن المسئول من قبل المضرور لن يثير أدنى صعوبة له، فالمسئولية بينهما عقدية، وأطرافها محددون سلفاً، فضلاً عن أساسها الموضوعي. ومن الجدير بالذكر أن المسؤولية الموضوعية كما أكد الفقه^(٢١٥)، تقوم على توافر ركنين أساسيين هما الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر والسلوك الذي صدر من المدين المسئول، بغض النظر عن مدى مشروعية السلوك من عدمه، فهي لا تهتم بالأمور النفسية لدى المسئول، فتتحقق مسئوليته سواء أراد إحداث الضرر أم لم يرد، فإذا أقام شخص مشروع ما وأصيب أحد العمال بضرر من دون خطأ، ففي هذه الحالة يتحمل صاحب المشروع تبعه أخطاره إستناداً إلى القاعدة التي تقضى بأن الغرم بالغنم، والتي تعنى أن من جنى نفعاً من هذا المشروع فعليه أن يتحمل الضرر مقابل النفع، كما هو الحال بالنسبة للتعويض عما يحدثه من ضرر^(٢١٦).

ثانياً: المبررات العملية للمسئولية الموضوعية:

مما لا شك فيه أن المسؤولية الموضوعية جاءت لتحقيق مصلحة المضرور وحماية حقوقه من الضياع، خصوصاً في تلك الأحوال التي يصعب فيها إثبات الخطأ، أو حتى إفتراضه مع إمكانية دفع المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي، وبالفعل وجدت المسؤولية الموضوعية صداها لدى الفقه والقضاء الحديثين، لا سيما لمواكبة التطور السريع في الظروف الإجتماعية والصناعية وما صاحبه من تقدم في التكنولوجيا وإزدياد دور الآلة، خاصة في ممارسة الأنشطة الاحترافية التي تتسم بدرجة عالية من الخطورة^(٢١٧).

وقد ساهمت العديد من العوامل والدوافع لترجيح كفة المسؤولية الموضوعية، وإعتبارها أساساً لمسئولية المتعاقدين المحترفين، ويمكن ردها إلى الثورة العلمية وتطور الفن التكنولوجي، إضافة إلى الإجتهدات الفقهية والأحكام القضائية التي

^(٢١٥) د. محمد صلاح الدين حلمي، أساس المسؤولية التقصيرية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٤٦، أيضاً د. وفاء حلمي أبو جميل، تشريعات حماية البيئة، دراسة في قواعد المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٥٤.

⁽²¹⁶⁾ Carbonnier, Les obligations, P.U.F., 2000, n 25.

^(٢١٧) د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

ساهمت في تأكيد الأساس الموضوعي للمسئولية، وتطور التأمين من المسئولية المدنية، وإلى تفصيل هذه العوامل:

١ - الثورة العلمية وتطور الفن التكنولوجي:

أدت الثورة العلمية والتكنولوجية إلى إحداث طفرة غير مسبوقة في التقدم الصناعي، مما انعكس على الانتشار الواسع في استخدام الآلات المعقدة والمعدات المتطورة على اختلاف أنواعها، مما نتج عنه زيادة في حوادث العمل الناتجة عن مخاطر هذا التقدم التكنولوجي والصناعي، والنهوض بكافة المهن والحرف، فقد تطورت الأجهزة الطبية والهندسية وتصنيع المنتجات والأدوية، ومع هذا التقدم الهائل ظهر على النقيض من ذلك عدم عدالة القواعد التقليدية للمسئولية المدنية التي تتخذ من الخطأ ركناً لها، فقد أصبحت تمثل حاجزاً يحول بين المضرورين وبين الحصول على التعويض.

لذلك شهدت فكرة الخطأ تراجعاً ملحوظاً كأساس للمسئولية المدنية، ويتمثل ذلك في الاتجاه نحو مسئولية موضوعية بحيث أصبحنا أمام مسئولية بلا خطأ^(٢١٨)، ولقد تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسئولية المدنية حتى أصبحت المسئولية تقوم على أساس موضوعي هو إما نظرية تحمل المخاطر أو نظرية الضمان بحيث تقوم المسئولية على فكرة الضرر فقط ويعد مسؤولاً كل شخص يرتكب فعلاً يسبب ضرراً، حتى لو لم يكن هناك ما يمثل ثمة خطأ في جانب المسئول سواء بالمعنى الحرفي أو الإصطلاح^(٢١٩).

فتعد الثورة العلمية وتطور الفن التكنولوجي وإشراكه في شتى المجالات عاملاً هاماً في إقرار المسئولية الموضوعية، لتوسع المخاطر وإزديادها تارة، وعدم إمكان المضرور من إثبات الضرر في جانب المسئول تارة أخرى، أو يتمكن المسئول من إثبات السبب الأجنبي في حال إفتراض الخطأ في جانبه.

(218) M. Robineau, Contribution a letude de systeme responsabilite, DEFERENOIS, 2006, p.123.

(219) M. Robineau, Systeme de responsabilite, op. cit., p 195- 196.

٢ - الإجتهاادات الفقهية والأحكام القضائية:

مما لا شك فيه أن إجتهاادات الفقه فى رسم وإرساء معالم المسئولية الموضوعية، لا يقل عن دور الثورة العلمية والتطور التكنولوجى، بل أن الإجتهااد الفقهى يعد فى حد ذاته نتاجًا للثورة العلمية، فالدراسات الفقهية والأبحاث القانونية، نتاج لتطور العقل البشرى وإعمال لدور العلم القانونى، من أجل وضع النظريات والأفكار التى جعلت من حماية المضرور غاية لها.

فقد إهتم الفقه وكان شديد الحرص على توفير الحماية اللازمة للمضرورين وتحسين أوضاعهم، بإعتبارهم ضحايا للحوادث التى ليست إلا تجسيدًا ماديًا للخطر، مما جعل الخطأ أساسًا ضعيفًا وغير كاف لضمان حق المضرورين فى الحصول على التعويض^(٢٢٠)، فكان إنعكاسًا للتطور الصناعى وإستخدام الآلات والمعدات وما ينشأ عنها من أضرار جمة، أن حاول الفقه التمرد على القواعد التقليدية للمسئولية المدنية، والتى تقوم إستنادًا للنظرية الشخصية، والمطالبة بإيجاد أساس آخر لقيام المسئولية، مما أدى إلى تحول الوجهة من الخطأ إلى الضرر، لتوافقه مع مقتضيات العدالة فى المجتمع.

فما بين جمود التشريع وتردد القضاء فى بادئ الأمر، لم يتوان الفقه فى بيان قواعد المسئولية الموضوعية وتأييدها وإسباغها على مسئولية المحترفين، موازنًا بين حرية الفرد وقدسيتها من جانب، وبين حرية الفرد فى إختيار وسائل تحقيق سلامته الجسدية من جانب آخر، فى الأول لا يلتزم الفرد إلا بتعويض الضرر إلا إذا كان ناشئًا عن خطئه، وفى الثانى بتعويضه عما يصيب سلامته الجسدية من أضرار، وقد توصل الفقه إلى أولولية السلامة الجسدية للإنسان لا سيما فى ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن تقدم وإزدهار الحياة الإجتماعية الحديثة^(٢٢١).

وتأسيسًا على النظريات والأفكار التى ساقها الفقه، لمحاولة تأسيس المسئولية المدنية على فكرة الضرر، فتلقاها القضاء بقبول حسن، حيث حظيت بترحيب

(220) Patrice Jourdain. Les principes de la responsabilité civile, Dalloz, éd.9, 2014, P.20.

(221) Savqtier René. Vers La socialisation de la responsabilité et des risques individuels, 1931, P.355 et S.

القضاء، ففي نطاق القانون الإداري الفرنسي، كان الخطأ هو أساس المسؤولية الإدارية، وهو الأصل إلا أنه ومنذ عام ١٨٩٥ تقبل مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة إمكانية قيام مسؤولية الإدارة بدون خطأ، أو على أساس المخاطر، وكان ذلك في قضية المدعو "كام" "Cames"^(٢٢٢).

حيث تتلخص وقائع هذه القضية بأن "المدعو كام كان عاملاً بمصنع حربي يتبع الدولة وقد تعرض لجروح ناتجة عن تطاير شظايا الحديد، مما نتج عنه ضمور في يده اليسرى وعجزه عن العمل، فنقرر منحه تعويضاً من وزير الحربية، إلا أن العامل "كام" قد وجد ذلك التعويض غير كاف فرفع دعواه إلى مجلس الدولة مطالباً بتعويض أكبر، علماً بأن العامل لم يرتكب أي خطأ، وكذلك لا يمكن أن ينسب للدولة أي خطأ، وإعتماداً على خصوصية القانون الإداري في باب المسؤولية التي أكدها قرار "بلانكو" لعام ١٨٧٣ إقترح مفوض الدولة "روميو" تقرير مسؤولية الدولة على أساس أنه يجب عليها ضمان عمالها ضد المخاطر الناجمة عن الأعمال التي يطلب منهم أداؤها في إطار المرافق العامة، وبإعتماد هذا التحليل فإن مجلس الدولة قد أقر بوجود مسؤولية من أجل المخاطر لم تكن المحاكم العادية قد قبلت بها بعد ليكون نوعاً آخر من المسؤولية في غياب الخطأ من جانب الإدارة وهي مسؤولية بقوة القانون بسبب الضرر الحاصل وخصوصاً في مجال الأخطار المهنية والمخاطر الحربية ومخاطر الشغب وغيره، ومن وقتها ظهر التمييز بين المسؤولية الإدارية والمسؤولية المدنية.

وقد أقر القضاء العديد من الوسائل لتأكيد تأسيس التعويض على أساس المسؤولية الموضوعية دون خطأ، منها القرائن القضائية، والتي جعل المشرع للقاضي سلطة التقدير فيما إذا كان الخطأ ثابتاً في جانب المسئول من عدمه، كالأضرار التي تلحق المريض نتيجة استخدام جهاز طبي كأجهزة الكشف بالأشعة^(٢٢٣)، ولما كان

^(٢٢٢) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام "دراسة مقارنة"،

الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، ٢٠٠٣، ص ١٨٥.

^(٢٢٣) Cass.Civ. 28/6/1960. J.C.P. 1960 Cité par. Michel Ney. La responsabilité des médecins, P.157.

تقدير هذه القرائن من صلاحيات قاضى الموضوع، دون رقابة عليه من محكمة النقض، وبالتالي عدم الزامه بالأخذ بها، لجأ القضاء لإعتماد وسائل أخرى. فوجد القضاء ضالته فى فكرة الالتزام بضمان السلامة، فمثلاً فى العقد الطبى، يلتزم الطبيب بعدم تعرض المريض إلى أى أذى نتيجة ما يستعمله من أجهزة طبية وأدوات أو ما يصغه من دواء وأنظمة علاجية، فالأضرار التى تصيب المريض جراء هذه الأجهزة أو المواد الطبية تستقل عن العمل الطبى بمفهومه الفنى، فنجد أن مجرد المساس بالسلامة الجسدية للمريض يرتب مسؤولية الطبيب دون حاجة لإثبات المدعى إلى وجود ثمة خطأ فى جانب مسلك الطبيب.

كما إعتبر القضاء أن طبيب التحاليل ملزم بتقديم النتائج الصحيحة، فجعل التزامه بتحقيق نتيجة، فبمجرد تقديم نتائج مغلوبة تتحقق المسؤولية فى ذمته^(٢٢٤)، وفى حكم آخر أقر القضاء بمسؤولية طبيب الأسنان الذى يلتزم بتركيب طاقم أسنان إصطناعى للمريض^(٢٢٥)، فقد إعتبر القضاء أن الأضرار التى تلحق بالمريض والتى تنتج مباشرة عن إستخدام أحد الأجهزة أو الآلات أو الأدوية أو المنتجات الصيدلانية، توجب مسؤولية الطبيب، ومن هذا المنطلق ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى قرار لها إلى أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة وبضمان السلامة، وذلك بالنسبة إلى المادة المستعملة من أجل تنفيذ العقد الطبى فى نطاق العلاج^(٢٢٦).

٣- تطور التأمين من المسؤولية المدنية:

ساهم وجود عامل تطور التأمين من المسؤولية المدنية فى إستجابة القضاء لأفكار ونظريات الفقه فيما يتعلق بإقرار المسؤولية الموضوعية، فقد لعب التأمين من المسؤولية المدنية لا سيما وأنه قد أصبح إجبارياً فى حالات عدة، دوراً هاماً فى تشجيع القاضى بأن يحكم بالتعويض لصالح المضرور، حتى فى غياب ركن الخطأ

(224) C.A. Toulouse. 19/12/1959. J.C.P. 1960.

(225) Cass. 1er Civ. 12/6/1990 Bull. n 162.

(226) Cass. 1er Civ. 9/11/1999. D. 2001. n 7 P.570.

في جانب المحترف^(٢٢٧)، مما يجعل فكرة التأمين تتلاءم مع نظام المسؤولية الموضوعية التي لا تستند إلى الخطأ^(٢٢٨).

فالتطور الإقتصادي والصناعي ساهم بدرجة كبيرة في تزايد الأضرار الناجمة عن الحوادث والمعدات، مما عجل في ظهور التأمين على المسؤولية المدنية من أجل تغطيتها، فمع تطور القواعد التي تستند عليها المسؤولية المدنية كان لزاماً أن يقوم التأمين بجوار المسؤولية ليكون ضامناً في حصول المضرور على حقه في التعويض، فمع إتساع دائرة المسؤولية بفضل توجهات أحكام القضاء أو بحكم القانون، يقوم المتعاقد المحترف بالتأمين على مسؤوليته المدنية.

وقد أدى التطور في قواعد المسؤولية المدنية، إلى التوسع في الأخذ بنظام التأمين الإجباري من المسؤولية وأقره في المسؤولية عن حوادث السيارات وحوادث العمل والأمراض المهنية والأخطاء الطبية وغيرها، فيعد التأمين من المسؤولية بصفة عامة، والتأمين الإجباري من المسؤولية بصفة خاصة، وسيلة حماية للمهنيين والحرفيين والمحترفين، وذلك كضمان لهم في حال رجوع المتعاقد معهم المضرور عليهم بالتعويض.

ولا شك في أن المسعى الحقيقي من وراء التأمين من المسؤولية، يكمن في إلقاء العبء على من كان في وضع أحسن قبل وقوع الضرر، ولذلك لا يستبعد أن يكون للتأمين مكانة معتبرة في تطوير أنظمة المسؤولية الموضوعية، بل أنه من الملاحظ أن البناء القانوني لأنظمة المسؤولية القانونية، أصبح يأخذ بعين الاعتبار العلاقة الوطيدة بينها وبين التأمين^(٢٢٩)، فالعلاقة وطيدة بين تطور تأمين المسؤولية وتقليص دور الخطأ في إعادة تنظيم المسؤولية المدنية، فالتأثير لا يقتصر على إضعاف دور الخطأ في المسؤولية المدنية بفعل إزدهار التأمين فقط، وإنما كانت مساهمته أيضاً في

(227) Philippe Tourneau. Lois Cadiet. Droit de responsabilité et des contrats. Edition Dalloz. Paris. 2000.n 34. P.13 et s.

(٢٢٨) د. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١١، ص ٢١٣.

(٢٢٩) د. بن صغير مراد، المرجع السابق، ص ٢١٦.

إقصاء المسئول نفسه، وذلك من خلال إستبداله بمؤمنه، فعد المؤمن هو المدين الحقيقي بالتعويض قبل المضرور.

حاصل القول، أن فكرة الخطأ كأساس تقليدي للمسئولية المدنية قد تراجعت نوعاً ما، وذلك بفعل تأثير النظرية الموضوعية، التي جاءت تريباً لفكرة العدالة، فلا يوجد نظام قانوني لم يهتم بفكرة العدالة، هذه الفكرة ذات البعد الأخلاقي تضرب بجذورها في عمق التاريخ فقد أبرز أرسطو العلاقة بين القانون والعدالة، وبين أن العدالة توجه القانون عندما يخطئ⁽²³⁰⁾.

فالمسئولية الموضوعية تبحث في تعويض الضرر الذي ألم بالمضرور دون إرهاب له بالسعى وراء إثبات الخطأ في جانب المسئول، ورغم أنها تعرضت للنقد الشديد، ولم تحظ بالتعميم لدى الفقه والقضاء، إلا أن المشرع بالرغم من عدم جعلها قاعدة عامة إلا أن المشرع قد أخذ بها في مواطن عدة.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للمسئولية الموضوعية

بعد أن أصبح تعويض المسئولية المدنية ميسراً، إلى الحد الذي يحكم به للمضرور دون إثبات ثمة خطأ في جانب المسئول، أكد الفقه على أن المسئولية المدنية الموضوعية تعد صماماً قانونياً فعالاً لضمان حقوق الأفراد⁽²³¹⁾، فالغرض الرئيسي لهذه النظرية كان شديد الوضوح، ويتمثل في التعويض التلقائي للأضرار الناجمة عن الأشياء المستخدمة في الصناعة، قبل أن يمتد إلى كافة الأشياء، طبقاً للتفسير الموضوعي لنص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي⁽²³²⁾، الأمر الذي أبرز فكرة الضرر وجعلها محوراً للمسئولية المدنية الموضوعية، والتي يمكن أن

(230) C. MICHON, "L'epieikeia aristotélicienne comme correctif de la loi" de, *Annuaire de L'Institut Michel Villey II*, 2011, p.35.

(231) د. حسام الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، 1990، ص18.

(232) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص132.

يتم رد أساسها القانوني إلى نظريتين، أولهما نظرية تحمل تبعة المخاطر، والأخرى نظرية الضمان، وسيتم التعرض لهما على النحو التالي:

أولاً: نظرية تحمل تبعة المخاطر "La théorie du risqué":

نشأت نظرية تحمل تبعة المخاطر في أواخر القرن التاسع عشر، بمناسبة كثرة حوادث العمل، وعجز قواعد المسؤولية المدنية التقليدية، القائمة على أساس الخطأ، في كثير من الأحيان، عن تعويض المضارين من الحوادث الناجمة عن استخدام الآلات والمعدات^(٢٣٣)، بإعتبارها نتاجاً عن ظهور النهضة الصناعية^(٢٣٤).

وقد كان أول من نادى بفكرة تحمل التبعة في شكلها العام أو المطلق كأساس للمسؤولية هو الفقيه الفرنسي "لابيه" "Labbé"، وذلك في عام ١٨٩٠^(٢٣٥)، فقد رأى الإكتفاء بها بدلاً من فكرة الخطأ، والتي قد حاد عنها بعد تمسكه بها فثبت لديه عدم كفايتها^(٢٣٦)، الأمر الذي قاده إلى أن الأساس الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية هو أن من ينشئ بفعله مخاطر مستحدثة في المجتمع، وجب عليه أن يتحمل تبعاتها، ووجد في الفقرة الأولى من نص المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي أساساً تشريعياً لنظريته.

فالفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تخص مسؤولية الشخص عن الأشياء الموجودة تحت يده أو التي في حراسته، فوجد فيها ضالته بإعتبارها سنداً قانونياً تدعم فكرته، وذلك بناء على أن الفقرة الأخيرة من ذات المادة تبيح لكل من الأباء والمربين ومعلمي الحرف، دفع المسؤولية عنهم إذا أقاموا الدليل على إنتفاء الخطأ من جانبهم، لم تشمل حراس الأشياء المنصوص على مسؤوليتهم في الفقرة الأولى من صدر

^(٢٣٣) د. بن صغير مراد، المرجع السابق، ٢٠١١، ص ١٩٦.

^(٢٣٤) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٨٧.

⁽²³⁵⁾ Anne GILSON- MAES, Mandat et Responsabilite Civile, These, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2013, P.25.

^(٢٣٦) د. محمد صلاح الدين حلمي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

المادة، مما يستفاد منه أن هذه المسؤولية غير مبنية على أساس الخطأ بخلاف الآباء والمعلمين التي تقوم على أساس الخطأ^(٢٣٧).

بيد أن نظرية تحمل التبعة لم تزدهر إلا بفضل جهود الفقيهين الفرنسيين سالي "Saleilles" وجوسران "Josserand"، حيث أنهما قد أكدا على الطبيعة الموضوعية للمسئولية المدنية، وذلك بإعتبارها محررة من فكرة الخطأ، فقد إتخذا موقفًا مناهضًا من الخطأ بصورة مبدئية مقدمين نظرية تحمل تبعة المخاطر كبديل تؤسس عليه المسؤولية المدنية، وإعتبار تهديدها للمبدأ العام السائد حينئذ وهو الخطأ، إضافة إلى جعل الشخص مسئولًا عن نتائج نشاطه، مما يشكل تهديدًا مستمرًا للأفراد، فكان لزامًا على معتقيها أن يخففوا من حدة تلك الآثار المحتملة على المسؤولية الموضوعية وقد تم ذلك على ثلاث مراحل.

فتمثلت المرحلة الأولى في إستنادها على أساس قاعدة الغرم بالغرم، والتي تعنى أن من يستفيد من مصادر معينة يجب عليه أن يتحمل مغارمها عندما تتسبب في إحداث الضرر بالغير، وقد ظهرت فكرة المخاطر المقابلة للريح تمهيدًا لتأسيس النظرية على أسس وقواعد سليمة، فتقوم على وجوب تحمل الشخص تبعة النشاط الذى يصب فى مصلحته^(٢٣٨)، لذلك يجب تحقيق العدالة التعويضية للمضور باللجوء إلى التغطية الكاملة للمخاطر^(٢٣٩)، وقد إنتقدت نظرية تحمل المخاطر أو التبعة فى مرحلتها الأولى القائلة بالغرم بالغرم، وذلك بأن ليس كل نشاط يعود على صاحبه بالغرم، مثلما هو واقع المؤسسات الصناعية التى تحقق أرباحًا من أعمالها، بل هناك نشاطات لا يربح صاحبها من ورائها شيئًا، بل هناك نشاطات قد تعود على صاحبها بالخسارة.

ثم تطورت إلى المرحلة الثانية وأقيمت فيها المسؤولية على أساس المخاطر المستحدثة، والتي مقتضاها أن كل من إستحدث خطرًا للغير سواء بنشاطه الشخصى

^(٢٣٧) الموضوع السابق، ص ١٤٧.

⁽²³⁸⁾ Pierre Betteremieux. Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français. Thèse. Lille. 1991. P.92.

^(٢٣٩) د. سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص ١٢٥.

أو بإستخدامه أشياء معينة، يلتزم بتعويض الضرر الذى يصيب الغير عند تحقق هذا الخطر، فمن يستعمل لمصلحته آلات خطرة يجب أن يتحمل نتيجة ذلك، دون حاجة إلى وقوع خطأ من جانبه^(٢٤٠)، ولكن سرعان ما إنتقدت النظرية فى هذه المرحلة أيضًا بأنها تلجم كل نشاط وتشكل كل مبادرة فردية خشية المسؤولية، فيؤدى ذلك إلى الجمود وعدم التطور، وإنكفأ محبذو هذه النظرية حينما واجهت عقبة مهمة، وهى أن ليس كل نشاط يحدث للضرر يترتب التعويض على صاحبه، لأن نشاطات كثيرة مسموح بها قانونًا رغم الأضرار التى تحدثها للغير ضمن نطاق عدم تجاوز حدود ممارسة الحق بحسن نية.

ويبين مما سبق أن المسؤولية الموضوعية إتسمت خلال المرحلتين السابقتين بمحاربة فكرة الخطأ بكل الوسائل، والمناداة بإستبدالها بفكرة الخطر، وذلك لإسعاف ضحايا حوادث العمل وغيرها بالحصول على التعويض عن الضرر الذى أصابهم من قبل أرباب العمل، وإن فى مطالبة هؤلاء الضحايا بإقامة الدليل على خطأ رب العمل، والطبيب وحوادث النقل إرهاقًا لهم وضياغًا لحقوقهم، خصوصًا أن أكثر الحوادث تظل أسبابها خفية ومن العسير عليهم إكتشافها، ويحتاج إلى خبرة فنية يصعب عليهم الحصول عليها، والتمسك بضرورة إثبات الخطأ يعنى التضحية بمصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية، وهذا مناف لمعنى العدالة، كما يثبت أن ليس كل القائلين بنظرية المخاطر هم ماديو النزعة وينظرون إلى العلاقات القانونية على أنها علاقات بين ذمتين ماليتين، فإذا إستفادت إحدهما على حساب الأخرى وجب أن يعاد التوازن بين الذمتين، فقد ذهب بعضهم إلى هجر الخطأ بدواعى العدالة المثالية ممثلة فى العدالة الاجتماعية أو العدالة الفردية^(٢٤١).

وبناء عليه، تحول بعض أنصار هذه النظرية إلى المرحلة الثالثة، والتى تتجه إلى التوفيق بين الخطأ والخطر، والإبقاء على فكرة الخطأ إلى جانب فكرة الخطر، لذلك

^(٢٤٠) د. سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين فى نطاق المسؤولية الطبية فى القانون المقارن، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٩٥.

^(٢٤١) Henri, Leon, et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, L.G.D.J., T.2, Vol.1, éd. 9e 1998, P.357.

إرتد بعضهم عنها ورجع إلى فكرة الخطأ وحدها، مثل ريبير، والبعض الآخر رجع إلى فكرة الخطأ وجعلها فكرة أصلية إلى جانب فكرة الخطر كفكرة إحتياطية، يلجأ إليها حينما تتطلب العدالة ذلك، مثل سافاتييه "Savatier"، وبعضهم الآخر مثل جوسران عاد فجعل الخطأ والخطر متساويين، وجعل لكل منهما نطاقاً يساوي الآخر، فنطاق الخطأ هو المسئولية عن الأفعال الشخصية، المنصوص عليها بالمادة ١٣٨٢ ونطاق الخطر هو المسئولية عن فعل الغير، المنصوص عليها بالمادة ١٣٨٤، ويضيف جوسران إلى هذا النطاق، القوانين الخاصة التي نصت على المسئوليات التي تقوم على أساس الخطر^(٢٤٢).

وقد إمتزج الطرح القانوني بالعرض الفلسفي، حيث ذهب بعض فقهاء هذه النظرية المنادين بالعدالة الفردية إلى القول بأن العدالة تقتضى الوقوف إلى جانب الضحايا، أم إلى جانب محدث الضرر دون خطأ من قبلهم، وإنتهوا بعد نقاش طويل إلى أنه يفترض عدالة أو أخلاقاً أن نفرق بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ، لأن تقرير أن تترتب المسئولية عن الفعل غير الخاطئ قد يبرر على مستوى المصلحة الإجتماعية، ولكن لا يبرر بحال على المستوى الأخلاقي^(٢٤٣).

ثانياً: نظرية الضمان:

أدى النقد الذي تعرضت له فكرة تحمل التبعة، إضافة إلى فشل فكرة الجمع بينها وبين الخطأ في نظرية واحدة، إلى ظهور نظرية تسعى إلى كفالة التعويض للمضرورين، بإعتبارها إحدى نظريات التكافل الإجتماعي، والتي دعا لها الفقيه الفرنسي ستارك^(٢٤٤)، وتعتبر صورة مخففة من تحمل التبعة، وتقوم على أساس أن المجتمع يجب عليه ضمان سلامة أفراده في أجسادهم وأموالهم، فكل ضرر يلحق بهم يوجب لهم الحق في التعويض الذي يقوم على فكرة الضمان.

(242) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4é ed. paris, 1949, p.29.

(٢٤٣) د. قوادري مختار، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

(244) Boris Stark: A- Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Th. paris, 1947, B- Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. R.T.D.C, 1958, 475-515

ويضيف ستارك بأنه مقابل هذا الحق بالضمان، يوجد حق الآخرين بالتصرف بحقوقهم، وإن أحدثت ضرراً مقصوداً للغير، إلا أن هذا الضرر يبقى مشروعاً ولا مسئولية على أصحاب الحق، طالما أن ممارسة هذا الحق تمت في حدود ما يسمح به القانون، ولكي يلزم هؤلاء بالتعويض لا بد من إثبات حصول الخطأ من قبلهم، ومن أمثلة ذلك، حق المنافسة في التجارة أو حق النقد الأدبي أو الفنى أو حق اللجوء إلى القضاء أو حق الإضراب، فلا مجال للتعويض عن الأضرار التي تحدثها للغير، إذا تمت بطريقة مشروعة وبحسن نية وتجردت من وصفها بالخطأ، لأن هذه الأضرار المشروعة ملازمة لممارسة تلك الحقوق، فإذا ألزم صاحب الحق بالتعويض أدى ذلك إلى تعطيل هذا الحق كلياً^(٢٤٥).

فقد هاجم ستارك نظرية الخطأ التقليدية على أساس قصر المسئولية المدنية على السلوك الخاطئ، مما يؤدي إلى الحيلولة دون تعويض الكثير من ضحايا تلك الحوادث، وإمتد هجومه ليصل إلى نظرية تحمل التبعة، والتي جعلت مناط المسئولية وعدمها في نشاط المتسبب في الضرر، وما يجنى من غنم فيه، بإعتبار أن الأخذ بها يحمل نوعاً من التوسع في المسئولية لشموله كل الأفعال الضارة سواء كانت مخطئة أم غير مخطئة، مما يؤدي إلى القضاء على النشاط الإنساني أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار التي تقع^(٢٤٦).

وينتهي ستارك إلى عدم إمكانية الإعتماد على أى من النظريتين، والإقتصار على أحدهما في تأسيس المسئولية المدنية، وبديله عن ذلك مناداته إلى فكرة الضمان كأساس لتعويض المضارين، والتي ينظر فيها إلى المضرور وحقوقه، بدلاً من النظر إلى المسئول على النحو الذي ذهبت إليه نظريتنا الخطأ وتحمل التبعة، فقد تم تجاهل حقوق المضرور، ويعتبرهما الفقه من قبيل النظريات الشخصية^(٢٤٧)، كونهما يبحثان عن أسباب المسئولية في جانب الشخص المسئول، فيكون ملتزماً بالتعويض إما

^(٢٤٥) د. قوادري مختار، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

^(٢٤٦) د. بن صغير مراد، المرجع السابق، ص ٢٠١.

^(٢٤٧) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوى، المرجع السابق، ص ١٨٧.

لإرتكابه الخطأ طبقاً للنظرية الأولى، أو لأنه أنشأ مخاطر مستحدثة أو جلب إليه فائدة من نشاطه طبقاً للنظرية الثانية.

وواجه أنصار هذه النظرية أزمة المسؤولية المدنية، والتي تكمن في وجود نزاع بين حقين شخصيين وهما الحق في السلامة من جهة المضرور، والحق في التصرف من جهة أخرى والمقرر للمسئول^(٢٤٨)، وقد ذهب رأى في الفقه^(٢٤٩) إلى ضرورة المفاضلة بين هذه الحقوق بإعتبار قيمة كل من الحقين، فإذا علا حق المدعى عليه حق المضرور فلا محل للتعويض، والعكس صحيح، فإذا علا حق المضرور على حق المدعى عليه، فإنه يقع لزاماً على الأخير تعويض المضرور عما أصابه من ضرر. لأجل ذلك ميز أنصار نظرية الضمان بين نوعين من الحقوق، ويتعلق النوع الأول بسلامة الجسم أو الذمة المالية، وهذه الحقوق ترتب مسؤولية من إعتدى عليها دون حاجة إلى إثبات خطأ ضده، مما يعنى أن القانون يلزم المسئول بضمان الأضرار الجسمانية والمادية بطريقة موضوعية^(٢٥٠)، بينما يتعلق النوع الثاني بالحقوق الإقتصادية والمعنوية، حيث لا ترتب مسؤولية محدث الضرر فيها إلا إذا ثبت خطأه.

وهكذا تكون وظيفة المسؤولية المدنية مزدوجة، فهي من جهة ترتب الضمان على من أحدث ضرراً يمس سلامة جسم الإنسان أو سلامة ذمته المالية، دون أن يثبت خطأ محدثها، ومن جهة أخرى، ترتب جزاء خاصاً بالنسبة لمن يحدث بخطئه ضرراً إقتصادياً محضاً أو معنوياً محضاً، فمتى ثبت خطأه وجب عليه التعويض وإعتبر كعقوبة خاصة.

وعلى الرغم من أن نظرية الضمان تهدف إلى مراعاة حقوق المضارين، إلا أنها منتقدة من حيث الأساس الذي تستند إليه، فالنظرية تميز بين نوعين من الأضرار،

^(٢٤٨) د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٣، ص ١٣.

^(٢٤٩) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٦٦ وما بعدها.

^(٢٥٠) د. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص ١٩٠.

بغير سند من القانون أو من أحكام القضاء، إضافة إلى أن الضرر الذي يصيب الأشخاص قد يكون ضرراً معنوياً فضلاً عن الإصابات الجسدية وإتلاف الممتلكات^(٢٥١)، كما أنها لم توضح المعيار الذي يجب إعماله للتفرقة بين نوعي الحقوق وما يترتب عنها من آثار، كما أخذ على هذه النظرية إستغراقها في تحليل ظروف الضرور وتحديد مدى حاجته إلى التعويض، على حساب عدم التركيز على تحليل سلوك المسئول عن الفعل الضار، لذلك لم تجد نظرية الضمان سبيلاً لها في الفقه والقضاء والتشريع، وكانت محل إنتقاد ورفض من بعض الفقهاء^(٢٥٢).

ويتضح من العرض السابق أن كلا النظريتان قد ذهبتا إلى تبرير المسؤولية الموضوعية دون ثمة ارتباط بين الضرر الذي حدث وخطأ المسئول، فنظرية تحمل تبعة المخاطر كانت بديلة تماماً لفكرة الخطأ، في بداية الأمر، ثم إسنادها في مرحلة لاحقة إلى قاعدة الغرم بالغنم، وتأسيسها بعد ذلك على أساس المخاطر المستحدثة، إلى محاولة بعض أنصار تلك النظرية التوفيق بين الخطأ والخطر، أما نظرية الضمان فقد سلمت بأن الحقوق المتعلقة بسلامة الجسم أو الذمة المالية يتم تعويضها بطريقة موضوعية.

فتلك المسؤولية تستند على أساس قانوني يتفق مع غاية وفلسفة القانون بشكل عام، وبالتالي فهي تلائم طبيعة المسؤولية المدنية للمتعاقد المحترف، بما يملكه من خبرة ودراية فنية وكفاءة عالية.

الفرع الثالث

آثار تطبيق المسؤولية الموضوعية على المتعاقد المحترف

وسنتناول دراسة هذا المطلب من خلال إلقاء الضوء على موقف التشريعات المقارنة من المسؤولية الموضوعية، فضلاً عن مسألة عبء إثبات المسؤولية الموضوعية، وذلك على النحو الآتي:

^(٢٥١) د. حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

^(٢٥٢) Louis Bach. Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, R.T.D.C., 1977, p17. 221.

أولاً: موقف التشريعات المقارنة من المسؤولية الموضوعية:

إمتد تأثير النظرية القائلة بتأسيس المسؤولية المدنية على أساس الضرر، ودون إستناداً إلى الركن التقليدي للمسؤولية المدنية وهو الخطأ، إلى كثير من التشريعات المتعلقة بالحوادث والأضرار والإصابات على المستوى العالمي، وسنلقى الضوء على أهم هذه التشريعات الخاصة:

ففى التشريع الفرنسى يلاحظ وجود العديد من النصوص التشريعية التى تقيم صوراً متعددة للمسؤولية المدنية الموضوعية فى العديد من المجالات، نذكر منها، قانون ١٩٤١/٧/٨م الخاص بحوادث مركبات التلى فريك، وقانونا ١٩٦٥/١١/١٢م، ١٩٦٨/١٠/٣م واللذان يقيما المسؤولية المدنية الموضوعية عن جميع الأضرار الناتجة عن المفاعلات النووية التى تصيب الأموال والأشخاص على السواء.

وقانون ١٩٧٦ /٧ /٧م الذى أقام المسؤولية المدنية الموضوعية فى حالة التلوث البحرى الناتج عن حوادث السفن، وقانون ١٩٧٦ /٧ /٩م الخاص بجميع المنشآت الخطيرة التى تسبب أضراراً للمجاورين المعدل لقانون ١٩٢٤ /٥ /٣١م الذى حدد المسؤولية المدنية دون خطأ عن جميع حوادث الطيران، سواء ما وقع فيها نتيجة الهبوط أو الإقلاع.

أيضاً المادة الثانية من القانون الخاص بالمسؤولية عن الحوادث التى تسببها المركبات المتحركة بواسطة محركات، والصادر فى ١٩٨٠ /٧ /٥م بإستثناء القطارات الحديدية والكهربائية، وبمقتضاه لا يعتد بدفع سائق المركبة أو حارسها بتوافر القوة القاهرة أو فعل الغير، كذلك الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون الصحة العامة الفرنسى، والذى أقام فيه المشرع الفرنسى مسؤولية الدولة عن عمليات التطعيم الإجبارى دون حاجة لإثبات الخطأ.

وفى التشريع الإنجليزى، وعلى الرغم من إعتقاد القانون الإنجليزى على نظام السوابق القضائية، إلا أن هذا القانون وهو بصدد إقرار المسؤولية التقصيرية، أصدر قانون إجراءات مقاضاة التاج عام ١٩٤٧م، وهذا القانون خاص بالمسؤولية التقصيرية لأعضاء الحكومة البريطانية عن أخطاء موظفيها، لأن القانون الإنجليزى لا يفرق بين القانونين العام والخاص، وتطبيقاً للمسؤولية المدنية الموضوعية فى القانون الإنجليزى، فقد تبنى مبدأ تعويض الدولة للمجنى عليهم، إعتباراً من أول أغسطس

سنة ١٩٦٤ م، وصدر هذا المبدأ في شكل بنود إصطلاح على تسميتها النظام، ولم يصدر في الصورة المعتادة للقوانين.

وفي التشريع الأمريكي، تتبنى قوانين معظم الولايات المتحدة في أمريكا مبدأ المسؤولية المدنية الموضوعية، أو بما يعرف بالمسؤولية المشددة الكاملة أو المطلقة، وهذه المسؤولية تركز من وجهة نظر بعض الفقه على فكرة مؤداها مخالفة الواجب القانوني المحدد، بالقول أن القانون يفرض في حالات محددة التزاماً مشدداً لصالح المدعى على عاتق المدعى عليه، وبمقتضاه يلتزم هذا الأخير بعدم الإضرار بالأول. وفيما يتعلق بالتشريع الألماني، فقد أصدر المشرع الألماني قانوناً عام ١٩٠٩، وآخر سنة ١٩٥٢، وأصدر مرسوم في ١٩٥٦/٣/٢٠ والذي يتعلق بالتعويض عن حوادث المرور، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة، ولم يقبل أى إعفاء منها، كما نجد تطبيقاً للمسؤولية المدنية الموضوعية في القانون الخاص بالمسؤولية عن حوادث خطوط السكك الحديدية، حتى ولو لم يكن هناك خطأ.

ويحسب للمشرع الإماراتى السبق على جميع الدول فى أخذه بالمسؤولية المدنية الموضوعية، فقد نصت المادة ٢٨٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وقد حددت المادة ٢٨٣ من القانون الأضرار بأنها "التي تقع بالمباشرة أو التسبب".

وفى نظامنا القانونى المصرى، فقد صدر القانون ٦٤ لسنة ١٩٣٦، والذي حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن إصابات العمل، ثم القانون رقم ١١٧ لعام ١٩٥٠ بشأن التعويض عن الأمراض المهنية، وقد أقام المسؤولية على أساس تحمل التبعة، كذلك فإن الفقهاء مازو ذهبوا إلى أن تغليب الخطر، كما ذهبت إلى ذلك بعض التشريعات المعاصرة، بدواعى العدالة أو المصلحة الإجتماعية ليس فى حماية الضحايا دائماً، ولكن يمكن أن يؤمن النشاط الحر للأفراد، فلا يعيقهم أو يهددهم بمسؤولية محتملة، ولو كان سلوكهم بعيداً عنها^(٢٥٣).

ثانياً: عبء إثبات المسؤولية الموضوعية:

وتقوم المسؤولية فى هذه الحالة ولو أثبت المسئول أنه بذل كل جهد من أجل منع الضرر، لأن هذا النوع من المسؤولية غير مرتبط بحدوث خطأ، ويمكن الإعتماد على

(253) Henri, Leon, et Jean Mazeaud, Leçon de droit civil, T. II, P.357.

هذه النظرية في مجال التعويض عن الأضرار الناجمة عن نشاط المتعاقد المحترف، وذلك لأنه في مجال الأنشطة المهنية والحرفية للمحترف قد نجد صعوبة كبيرة في إثبات الخطأ.

والمسئولية المدنية الموضوعية لا يمكن دفعها بإثبات السبب الأجنبي، فالمسئولية المبنية على تحمل التبعة مسئولية تلقائية لا يمكن دفعها، ويمكن أن نجد في الشريعة الإسلامية أساس هذه المسئولية، فقد تكلم الفقهاء عن قاعدة "الغُثم بالغُرم"، ويستند هذا الأساس إلى أن الطبيعة الخاصة للأنشطة الصناعية والتجارية الحديثة، والمولدة للأخطار التكنولوجية، التي تحدث أضراراً، يصعب إسناد تبعة الخطأ فيها على المسئول وفقاً للقواعد العامة التقليدية للمسئولية المدنية، ولذلك يقتضى الأمر إلغاء تبعة الغنم والربح على المسئول الذي يمارس النشاط المحدث لهذا الضرر بغض النظر عن أى خطأ، إستناداً إلى فكرة تحمل تبعة هذا النشاط، فتقع عليه مسئولية تعويض الأضرار الناشئة مقابل الغرم أو الفائدة.

فتعتبر المسئولية الموضوعية صماماً قانونياً فعالاً لضمان حقوق المضرورين، وتسهيل تعويض الأضرار الناشئة عن النشاط المهني أو الحرفي للمتعاقد المحترف، وذلك في الحالات التي يعجزون عن إثبات خطأ فيها في مواجهة المحترف، وبالتالي يمكن الإعتماد على المسئولية المدنية الموضوعية، في مجال مساءلة المحترفين، وذلك لتركزها على حدوث الضرر.

ولما كانت النظرية الشخصية القائمة على أساس الخطأ غير كافية لمعالجة كافة أنواع الأضرار، وقد لا يستطيع المضرور إثبات خطأ المتعاقد المحترف المسئول عن الضرر، وبالتالي لا يحصل على التعويض المناسب، فقد أصبح من الضروري أن يبحث الفقه عن نظرية جديدة حديثة تتناسب مع الأضرار الناتجة عن الأفعال التي يحظرها القانون، وتهدف النظرية الجديدة لتوسيع نطاق المسئولية، وتسعى وراء هدف رئيسي، وهو وصول التعويض إلى المضرورين بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة عادلة. فإذا كان الأساس القانوني لقواعد المسئولية العامة يتمثل في الخطأ، فإن الضرر وحده يكفي لقيام المسئولية تجاه المتعاقد المحترف الذي يقوم بممارسة النشاط أو الفعل، شريطة قيام علاقة سببية بين الضرر والنشاط الذي أدى إلى حدوث الضرر، فالضرر هو مناط المسئولية، وقد أخذ القانون الداخلى بفكرة المسئولية عن

المخاطر^(٢٥٤)، نظراً لأن المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ لم تعد تساير التقدم الصناعي والتكنولوجي داخل المجتمع.

وصعوبة إثبات الخطأ، بل إستحالة إثباته- في بعض الأحيان- مما يتعذر على المضرور إقتضاء التعويض اللازم والمناسب له أيضاً، إضافة إلى ذلك فإن الصفة الاحترافية المتوافرة لدى المتعاقد المحترف تعد كفيلاً لكي تتسع قواعد المسؤولية لتشمل كل صور الضرر، فقد يتخذ المحترف الحيطة اللازمة بما يمنع وجود خطأ أو إهمال، ومع ذلك يحدث ضرر يصيب الأفراد، وهو ما أدى بالفقه إلى اللجوء إلى تعديل قواعد المسؤولية التقليدية، وجعلها تتلاءم مع متطلبات العصر الحديث، والثورة العلمية، فلم يشترط الخطأ أو الإهمال والتقصير لتحقيق المسؤولية، بل يكفي لتحقيقها مجرد حدوث الضرر، وهذه هي نظرية المسؤولية الموضوعية، والتي تقام فيها التبعة على عاتق المسئول عن نشاط خطر يحدثه بالغير من أضرار دون اللجوء إلى إثبات الخطأ من جانبه، فالمسؤولية الموضوعية لا تستند إلى المعيار الشخصي^(٢٥٥).

فهي مسؤولية تقوم على فكرة الأفعال المشروعة، نظراً لأن مسؤولية القائمين على الخطأ لم تعد تساير التقدم الصناعي والتكنولوجي داخل المجتمع، وبالتالي لا تتسع قواعدها لتشمل كل صور الضرر، فقد يتخذ المتعاقد المحترف الحيطة اللازمة بما يمنع وجود خطأ أو إهمال، ومع ذلك يحدث ضرر يصيب المتعاقد معه، ولذلك يتحقق تيسير حصول هذا الأخير على التعويض على الرغم من عدم إثبات خطأ في مسلك المدين المحترف، أو القول بوجود خطأ مفترض، بل تستند المسؤولية كلية إلى الضرر، ولا يمكن للمسئول دفع المسؤولية بنفي الخطأ أو الخطأ المفترض أو حتى إثبات السبب الأجنبي، فالمسؤولية على المخاطر تقوم على تعويض الضرر ولو بغير خطأ.

^(٢٥٤) د. صالح محمد محمود بدر الدين، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٣٤.

^(٢٥٥) د. عبد الوهاب محمد عبد الوهاب، المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تلوث البيئة، رسالة الدكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص ٢١٨ وما بعدها.

الخاتمة

بعد أن فرغنا من البحث موضوع الدراسة، يمكننا أن نستعرض أهم النتائج والتوصيات التي يمكن أن يقدمها، وفقاً للآتي:

- ١- مفهوم الاحتراف محل الدراسة لا يقف عند حد المفهوم التقليدي لدى فقهاء القانون التجاري، بل يمتد ليشمل فضلاً عن المعاملات التجارية، المعاملات المدنية أيضاً، فتعريف الاحتراف لدى غالبية فقهاء القانون التجاري، وإن إنطوى فى معناه على الإعتياد إلا أنهم رهنوا الإعتياد بصفته الإنتظام والإستمرار، ليحمل بذلك جوهر فكرة الاحتراف، والتي تقوم على الإعتياد المقترن بالممارسة المنتظمة والمستمرة للنشاط، سواء كان مهنيًا أو حرفيًا أو تاجرًا أو صانعًا، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو إعتباريًا.
- ٢- وفى خضم الحديث عن التفرقة بين الإعتياد والاحتراف، قد تبين لنا أن الإعتياد فى مرتبة أدنى من الاحتراف لسببين، أولهما أن الإعتياد هو عنصر أساسى يترتب عليه وجود الاحتراف إذا ما إقترن بالإنتظام والإستمرار، أما السبب الثانى فيمكن رده إلى خصوصية الاحتراف، بتوافر العنصر الجوهرى له، وهو الخبرة والدراية والكفاءة الفنية، والتخصص التى يكتسبها شخص المحترف.
- ٣- وقد رأينا أن نضع ضابطاً عاماً فى حال تحققه لدى المدين المتعاقد أيًا كانت صورة نشاطه، سواء كانت تجارة أو صناعة أو مهنة حرة أو حرفة أو نشاط آخر، عد متعاقدًا محترفًا، وهذا الضابط تمثل فى "الصفة الاحترافية" والتي قد خلصنا إلى تعريفها بأنها: "تلك الصفة التى تنشأ عن الخبرة التى يكتسبها الشخص طبيعيًا كان أو إعتباريًا، سواء بالإعتياد على ممارسة النشاط بإنتظام وإضطراد، أو بالإجازات العلمية المتحصل عليها، والتي تفوق الحد الأدنى المتطلب لممارسة النشاط، مما يسهم فى تفوقه فى التخصص والكفاءة والدراية الفنية لنشاطه المهني أو الحرفي أو الفنى أو الصناعى".
- ٤- وقد توصلنا إلى وجود عدة عناصر تساهم فى إكتساب الصفة الاحترافية لدى المدين المتعاقد، والتي تمثلت فى إعلان الشخص عن تمتعه بالصفة الاحترافية، فضلاً عن الممارسة المعتادة لنشاط ذو هدف ربحى، وأخيرًا العنصر الجوهرى

للصفة الاحترافية والذى يتمثل فى الخبرة والدراية الفنية، والتي رأينا أن نقسمها إلى نوعين، الأول الخبرة العملية، وذلك عن طريق إعتياد الشخص وتكراره القيام بممارسة نشاط معين بانتظام وإضطراب، والثانى الخبرة العلمية، والتي تتحقق بعدم إكتفاء المتعاقد بالحد الأدنى من الدرجات العلمية المتطلب لممارسة النشاط، بل يسعى لتجاوزه والحصول على مؤهلات أعلى فى تخصصه مما يساعد على رفعة قدره وتعظيم جدارته فى التفوق فى مجاله فيرتقى إلى مصاف المحترفين.

٥- كما ذهبنا إلى أن أمر جعل التحصل على إجازات علمية تفوق ما تتطلبه المهنة من درجات علمية سبباً فى إضفاء الصفة الاحترافية، من شأنه أن يساهم بفاعلية الإجازات العلمية التى يتحصل عليها بعض المهنيين، فعلى سبيل المثال الأطباء والمحامون والمهندسون وغيرهم، فالمحامى الحاصل على درجة الماجستير أو الدكتوراة فى القانون، ليس من المنطق أو العقل أن يعامل كمن هو حاصل على درجة الليسانس فى الحقوق، خصوصاً أن تلك الدرجات العلمية قد تساهم بنسبة كبيرة فى إختياره وكيلاً دون غيره، كذلك الأمر بالنسبة للأطباء والمهندسين وغيرهم.

٦- هناك فارق كبير بين المحترف من وبين المهني، على الرغم من أن كلمة مهني ومحترف فى اللغة الفرنسية، يعبر عنها بكلمة واحدة دون تمييز لغوي، وهى "Le Professionnel" الأمر الذى قد يثير الخلط والإلتباس لدى البعض، وقد ذهبنا إلى أن إكتساب الصفة الاحترافية ليس قاصراً على المهني بإعتباره ممارساً لمهنة حرة، بل يمكن لطوائف أخرى إكتسابها، كالتجار والصناع والحرفيين وغيرهم، وكل مهني ليس بالضرورة مكتسباً للصفة الاحترافية، ومن ثم يعتبر متعاقدًا محترفًا.

٧- وفى ظل أخذ المشرع المصرى بالمفهوم الضيق للمستهلك لإعتماده على معيار الإستعمال الشخصى أو العائلى، متفقاً فى ذلك مع نظيره الفرنسى، إنتهينا إلى وجوب إضفاء صفة المستهلك على الشخص الذى يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لغرض مهني ولكن ليس فى دائرة إختصاصه الفنى، فالمهني الذى يتعاقد

خارج نطاق تخصصه، ولو لإشباع حاجة مهنية يجب أن يعتبر مستهلكًا، ويتمتع بذات الحماية المقررة له في القانون، فالمتعاقد المحترف يتسم بخبرته ودرايته الفنية العالية في دائرة تخصصه، ولا يقبل عقلاً تمتعه بالدراية الفنية بكافة المجالات، فمهما بلغ من مؤهلات علمية أو قوة إقتصادية إلا أنه يظل خارج نطاق تخصصه الاحترافي من المستهلكين.

٨- وفيما يتعلق بحالة تعاقد المحترفين خارج نطاق تخصصهم، فقد ذهبنا إلى القول بأن إعتبار المحترف مستهلكًا فيما يخرج عن دائرة إختصاصه الاحترافي، هو الأقرب لما تقتضيه العدالة والمنطق السليم، فاحتراف المتعاقد بتوافر الصفة الاحترافية بما تتطوى عليه من إنتظام وإعتياد لممارسة النشاط، إضافة إلى الخبرة العالية والكفاءة الفنية ودرايته بأصول نشاطه، والتحصل على المؤهلات العلمية التي تجاوز الحد الأدنى المتطلب لممارسة نشاطه، لا يصح أن تصبح نقمة عليه، وعقابًا لما وصل إليه خدمة لمجتمعه ولنفسه.

٩- ويتضح أثر الصفة الاحترافية على المتعاقد المدين من ناحية الالتزامات الملقاة على عاتقه، وذلك بتشديد بعض الالتزامات، فيلتزم المتعاقد المحترف بعدة التزامات منها الالتزام بالإعلام بشقيه قبل التعاقد والتعاقدى، والالتزام بالنصح والإرشاد، والالتزام بضمان السلامة، فضلاً عن الالتزام بالمحافظة على السر المهني، وأخيرًا التزامه بالفاعلية والنزاهة.

١٠- وقد إنقسم الفقه والقضاء فيما يخص الطبيعة القانونية للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف إلى إتجاهين أساسيين، أولهما إتجاه عقدي والآخر تقصيري، إلا أنه مع التطور المهني إتجه البعض إلى ترديد خضوع المهني إلى مسئولية ذات طابع خاص، تنشأ عن طبيعة المهنة ذاتها وما تمليه من التزامات وواجبات، وقد توصلنا إلى أن أنصار الإتجاه المهني ذو الطبيعة الخاصة وإن عارضوا أنصار الإتجاه التقصيري في فكرة الهدم الكلي للعقد، فإنهم أجازوا هدمه جزئيًا، بما يتفق مع نظريتهم المهنية، لذا كان إتجاهنا صوب الرأي القائل بأن مسئولية المتعاقد المحترف لا يمكن أن تخرج عن نطاق التقسيم التقليدي للمسئولية

المدنية ما بين مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية، ولكن نظراً لتوافر الصفة الاحترافية لدى المتعاقد المحترف، فإن تلك الصفة تنعكس على سلوك والتزامات المحترف، ويجب التوصل إلى نوع من التطويع لأحكام المسئولية المدنية التقليدية التي تنطبق عليه، توصلًا للمسئولية الاحترافية.

١١- وقد تعرضنا إلى الأساس القانوني للمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف، وإنتهينا إلى أن الصفة الاحترافية بما تسبغه على المتعاقد من خبرة ودراية فنية تساهم بصورة كبيرة في تشديد التزامات المتعاقد المحترف، وبالتالي لن تكون قواعد المسئولية المدنية للمحترف بمنأى عن التشديد، لذا فإن محاولة تأسيس تلك المسئولية على فكرة الخطأ سواء كان واجب الإثبات أو الخطأ المفترض إفتراضًا يقبل إثبات العكس تكون غير ذات جدوى، وذلك لعدم تحقيق الثمرة المرجوة من تطبيق أحكام أحدهما، ألا وهي جبر ضرر المضرور، إما بصعوبة إثبات الخطأ في جانب المحترف، أو لإمكان درء الأخير مسئوليته بإثبات السبب الأجنبي.

١٢- وبعد إنتقاد التقسيم التقليدي للمسئولية المدنية وثبوت قصورها إن لم يكن عجزها عن تحقيق الدور العلاجي للمسئولية المدنية، كان الملاذ للخروج من ذلك يكمن في إعتناق المسئولية الموضوعية، والتي لا تعبأ بفكرة الخطأ بقدر إهتمامها بتحقيق الضرر، فمحل تلك المسئولية وموضوعها يتمثل بصفة أساسية في الضرر، ولا يملك المسئول دفع هذه المسئولية بنفى الخطأ، فهي تقوم على أساس تعويض الضرر، بغض النظر عن حدوث خطأ من جانب المسئول، بل يستوى الأمر حال كون سلوكه يمثل أمرًا مشروعًا.

١٣- ويكون إنعقاد المسئولية المدنية للمتعاقد المحترف بتطلب مفترضًا أساسيًا يتمثل في توافر الصفة الاحترافية، إلى جانب الشروط العامة للمسئولية العقدية، والتي تتمثل في وجود رابطة عقدية بين المحترف وبين المتعاقد معه، وقيام الضرر.

وبناء على ما تقدم نوصي المشرع المصري بالمقترحات الآتية:

١- النص صراحة على الصفة الاحترافية، وعلى الرغم من أن التعريفات بصفة عامة يضطلع بها الفقه، مع خروجها عن عمل المشرع، إلا أننا نرى أفضلية تناولها بالتعريف عند النص عليها، وذلك بإعتبارها ضابطاً عامّاً، وعنصرًا فعلاً في تشديد الالتزامات التي يتحملها المتعاقد المحترف، فضلاً عن تشديد مسؤوليته المدنية، لتصبح مسئولية موضوعية محلها الضرر، وذلك دون النظر لوجود خطأ من جانب المحترف من عدمه.

٢- تعديل نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦، وذلك لهجر الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك لإعتماده على معيار الإستعمال الشخصي أو العائلي، وأن يستعيز عنه بالأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك، إذ يجب إضفاء صفة المستهلك على الشخص الذي يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لغرض مهني، ولكن ليس في دائرة إختصاصه الفني، فالمتعاقد المحترف يتسم بخبرته ودرايته الفنية العالية في دائرة تخصصه، ولا يقبل عقلاً تمتعه بالدراية الفنية بكافة المجالات، فمهما بلغ من مؤهلات علمية أو قوة إقتصادية، إلا أنه يظل خارج نطاق تخصصه الاحترافي من المستهلكين.

٣- النص صراحة على الالتزام بالإعلام بشقيه-قبل التعاقد والتعاقدى-، مع مراعاة النص على حظر الإتفاق على إستبعاده، وحظر تقييد حدوده ونطاقه، فضلاً عن جعل البطلان جزاءً للإخلال به، وذلك إقتداءً بالمشرع الفرنسي، الذي أخذ زمام المبادرة بالنص على هذا الالتزام وجعله متعلقاً بالنظام العام، طبقاً لنص المادة ١-١١١٢ من القانون المدني، والتي تم إقرارها وفقاً للمرسوم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ بشأن تعديل القانون المدني الفرنسي.

٤- النص على وجوب الالتزام بحسن النية سواء في مرحلة المفاوضات السابقة على العقد، أو مرحلة إبرامه إضافة إلى مرحلة تنفيذه، والنص على جعله متعلقاً بالنظام العام، وعدم الإقتصار على نص الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون المدني لمحدودية نطاقها، وذلك بسلوك درب المشرع الفرنسي بالنص

على وجوب الالتزام بحسن النية فى المادة ١١٠٤ من القانون المدنى بموجب المرسوم رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦.

٥- أن القواعد التقليدية للمسئولية المدنية -التي تقوم على أساس الخطأ- أصبحت بمثابة حجر عثرة فى سبيل قيام المسئولية المدنية بدورها العلاجى أو الإصلاحي، فضلاً عن تضيقها نطاق الحماية المدنية للمضرور، فقد بات مطلباً ملحاً تردد ردحاً طويلاً من الزمن لدى فقهاء القانون المدنى وباحثيه، ولا مناص من مواكبة التطور الإقتصادى والصناعى والتكنولوجى، والذى إنعكس بدوره على مجتمعنا المصرى، وذلك بما يقتضيه من ضرورة تطويع أحكام المسئولية المدنية لتمكن من مواجهة كافة الحالات التى تستدعى دورها الإصلاحي.

٦- أن يتم تحرير أركان المسئولية المدنية بصفة عامة، والمسئولية المدنية للمتعاقد المحترف بصفة خاصة من الصبغة الشخصية التى تقوم عليها، سواء أسست المسئولية المدنية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، أو أسست على الخطأ المفترض فى جانب المدين المسئول، بأن تكون مسئولية موضوعية محلها الضرر، فهى تمارس دوراً علاجياً فعالاً، وتقوم على فكرة الأفعال المشروعة، نظراً لأن المسئولية القائمة على الخطأ لم تعد تساير التقدم الصناعى والتكنولوجى داخل المجتمع، وبالتالي لا تتسع قواعدها لتشمل كل صور الضرر، فقد يتخذ المتعاقد المحترف الحيلة اللازمة بما يمنع وجود خطأ أو إهمال، ومع ذلك يحدث ضرر يصيب المتعاقد معه، ولذلك يتحقق تيسير حصول هذا الأخير على التعويض على الرغم من عدم إثبات خطأ فى مسلك المدين المحترف، أو القول بوجود خطأ مفترض، بل تستند المسئولية كلية إلى الضرر، ولا يمكن للمسئول دفع المسئولية بنفى الخطأ أو الخطأ المفترض أو حتى إثبات السبب الأجنبى، فالمسئولية عن المخاطر تقوم على تعويض الضرر ولو بغير خطأ.

قائمة بأهم المراجع

أولاً مراجع باللغة العربية:

- د. أحمد السعيد الزقرد، التزامات الفندقى ومسئوليته المدنية فى مواجهة السائح أو العميل، ١٩٩٥.
- د. أحمد السعيد الزقرد، الروشنة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانونى والمسئولية المدنية للصيدلى دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ١٤، ١٩٩٣.
- د. أحمد شوقى عبد الرحمن، المسئولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، ٢٠٠٣.
- د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٦.
- د. ثروت فتحى إسماعيل، المسئولية المدنية للبائع المهنى، الصانع- الموزع "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.
- د. جابر أشرف السيد، المسئولية عن فعل الأشياء المستخدمة فى تنفيذ العقد، مجلة كلية الحقوق جامعة حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، العدد الخامس، ٢٠٠١.
- د. جابر محجوب على محجوب، قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس الزامها ونطاقه (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، ٢٠٠١.
- د. حسام الدين عبدالغنى الصغير، د. عاطف محمد الفقى، القانون التجارى، نظرية الأعمال التجارية، التاجر- المتجر، مطبعة المعارف، ٢٠٠٧.
- د. حسن عبدالباسط الجميى، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. حسن عبدالباسط جميى، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك فى عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. حسن عبدالرحمن تدرس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة فى مواجهة مخاطر التطور العلمى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

- د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الإستهلاك، دار الفكر العربى، ١٩٩٧.
- د. خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراة، جامعة أسيوط، ١٩٩٦.
- د. داليا عبد المعطى حسين، التراضى كأساس لاتفاق التحكيم، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. رابى محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهنى فى ضوء القانون الجزائرى، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد ٢٥، العدد الأول، ٢٠٠٩.
- د. سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى، المجلد الأول، فى الالتزامات فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، ١٩٩٢.
- د. سميحة القليوبى، الوسيط فى شرح القانون التجارى المصرى، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- د. طلبة وهبة خطاب، المسؤولية المدنية للمحامى، مكتبة عبد الله وهبة، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.
- د. عادل جبرى محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهنى أو الوظيفى، دار الفكر الجامعى، ٢٠٠٣.
- د. عبد الحميد عثمان الحفنى، المسؤولية المدنية للموثق دراسة مقارنة بين القانون المصرى والفرنسى، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ١٢، ١٩٩٢.
- د. عبد الحميد عثمان محمد، المسؤولية المدنية عن مضار المادة المشعة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩٣.
- د. عبدالراضى محمد هاشم عبدالله، المسؤولية المدنية للأطباء فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

- د. عبدالعزيز المرسى حمود، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام فى عقد البيع فى ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة، "دراسة مقارنة"، ٢٠٠٥.
- د. عدنان إبراهيم سرحان، التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات، دراسة فى القانونين الفرنسى والإماراتى، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثانى، ٢٠٠٧.
- د. عدنان إبراهيم سرحان، المهنى المفهوم والإنعكاسات القانونية، بحث منشور فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية جامعة الإسكندرية، العدد الأول، ٢٠٠٣.
- د. على سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة فى عقد البيع، ١٩٩٠.
- د. عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤.
- د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
- د. محمد المرسى زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني"، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨.
- د. محمد حاج بن على، مسئولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، الجزائر، العدد الثانى، ٢٠٠٩.
- د. محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف فى الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د. محمد شكرى سرور، مسئولية المنتج عن الأضرار التى تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى، ١٩٨٣.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، المسئولية المدنية للمحامى تجاه العميل، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإيجابى من المسئولية المدنية المهنية "دراسة تطبيقية على بعض العقود"، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

- د. محمد عبدالظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. محمد على عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٠.
- د. محمد محي الدين إبراهيم سليمان، مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، مطبعة حمادة الحديثة، ٢٠٠٨.
- د. محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- د. محمد وحيد محمد على، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. محمود التلي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٨.
- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، ١٩٧٨.
- د. محمود عبدالرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠١١.
- د. محمود مختار بريرى، قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الأعمال التجارية والتاجر، وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، مفهومه - التزاماته - مسؤوليته، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.
- د. مواقي بنانى أحمد، الالتزام بضمان السلامة، (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، العدد العاشر، دون تاريخ نشر.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، ١٩٨٢.

- غادة أبو بكر صالح عبدالعاطي، الالتزام التعاقدى بالسرية، رسالة ماجستير، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٧.
- مهند ناصر الزغبى، طبيعة مسئولية والتزام الطبيب فى عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية "دراسة تحليلية فى ضوء أحكام الشريعة والقانون المدنى الأردنى"، دراسات- علوم الشريعة والقانون (الأردن)، المجلد ٤١، العدد الثانى، ٢٠١٤.

ثانياً: مراجع باللغة الفرنسية:

- André Demichel, Droit médical Imprimerie, Paris, 1983.
- Charmantier (André- Perraut), Le secret professionnel, ses limites et ses abus, Paris, 1926.
- Demouge, Traite des obligations en general, T. 3, 1925.
- (F(Defferra, une analyse de l'obligation de sécurité a l'épreuve de la cause étrangère, Dalloz, 1999.
- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil les obligations, Dalloz, éd 10, 2009.
- G. Viney et P. Jourdain, les condition de la responsabilité, 3^o édition, L.G.D.J., 2006.
- Jean Calais-Auloy: «Propositions pour un nouveau droit de la consommation», La documentation française, Paris, 1985.
- Jean Calais-Auloy, Franck Steinmetz, Droit de la consommation, D. 5e éd.2000.
- Jérôme Julien, Cours de droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien, 2009.
- Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2009.
- Philippe Le Tourneau, La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, 2009.

- Philippe Le Tourneau, responsabilité civile professionnelle, Ed.2, Dalloz, 2005.
- Philippe le Tourneu, Responsabilité (en général), mai 2009 (dernière mise à jour: janvier 2014).
- Sandrine Henneron, La protection de la partie faible dans les relations entre professionnels, Annales de l'école doctorale, Ester Editions, 1997.
- SINAY– CYTERMANN (A), les relations entre professionnels et consommateurs en Droit Français, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, L.G.D.J., 1996.
- Yves Picod, Hélène Davo, Droit de la consommation, Dalloz, 2005.
- Laude Anne, “aperçu de la jurisprudence national en matière de responsabilité du fait des médicaments défectueux “ R.D.S., Sept-Oct. 2005>
- Jean-Luc Aubert, Jacques Flour, Eric Savaux, “ Les Obligations” Dalloz, Paris 1999.
- G. Perarnau, De la responsabilité civile et pénale du pharmacien d'officine, Thèse Strasbourg, 1955.
- Patrick SRELOOTEN, Vers une responsabilité professionnelle, in Mélanges offerts à Pierre HEBRAUD, université des sciences sociales de Toulouse, 1981.
- J. Ghestin, La responsabilité civile du fabricant dans les états membres du march commun, 1974.