



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa



جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

محاضرات المسؤولية المدنية المهنية

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر
القانون الخاص

من إعداد
الدكتورة بن محاد وردتي

السنة الجامعية 2020 - 2021

مقدمة

تعتبر الكتابة أداة هامة في إثبات الحقوق والإلتزامات وقد سعى الإنسان عبر مختلف الحقب الزمنية وتفان في سبل المحافظة على حقوقه وأمواله وممتلكاته وقد دلت الحقائق التاريخية أن الكتابة عرفت تطورا ملحوظا متلاحقا إلى أن استقر الحال على الأنظمة المعاصرة في شكل دواوين التوثيق أو مرافقه، وتعود الأصول التاريخية لمهنة التوثيق وكتابة المعاملات إلى بلاد ما بين النهرين فكانت المنبع الأصيل، حيث امتازت بدقة تنظيم المسائل المتعلقة بالنشاط الإنساني، فقد عرف العراقيون القدماء أولى المدونات والمخطوطات القانونية ارتسمت عبر أزمنة متلاحقة وما الآثار المكتشفة إلا إنعكاسا لمدى إهتمام تلك الشعوب والأنظمة بتنظيم وضبط التصرفات القانونية وتوثيقها كالبيع والشراء والرهن وعقود الزواج والإيجار وغيرها من المعاملات اليومية¹.

وقد سعت من أجل الحفاظ على الحقوق والإلتزامات وبآثارها إلى التنصيب على إلزام الأشخاص بوجود إفراغ تصرفاته في قوالب شكلية عن طريق كتابتها أو غيرها من الطقوس حيث ذكر في المادة السابعة من شريعة حمورابي أنه: "إذا اشترى رجل أو إستلم على سبيل الأمانة فضة أو ذهباً أو عبداً أو ثورا أو شاة أو حمارا أو أي شيء آخر من يد رجل بدون شهود وعقود، فإن ذلك الرجل سارق ويجب أن يعدم"². كذلك نفس الإهتمام لدى القوانين الآشورية، حيث كانت تلزم على كل من يملك عقارا عن طريق الشراء يستلزم تنفيذ عدة إجراءات لضمان صحة نفاذ مثل هذه التصرفات منها الإعلان على الملأ عدة مرات حتى ينتبه من له حق أو على صاحبه (البائع) لمراجعة محرر العقود³. وكانت التصرفات الواردة على الملكية العقارية المدونة تحفظ في معابد المدينة التي كانت تشبه مصالح التسجيل بالمفهوم الحديث وقد عثر على بعض العقود الواردة على الملكية العقارية وسندات الدين⁴.

أما في عهد الرومان فكانت الشكلية الطابع المميز آنذاك لعوامل متعددة، فكان في البدء المجتمع زراعيا والتعاقد في بداياته محدودا ليتطور بعد إنفتاحهم على التجارة واتسعت على إثره القوانين حيث أصبحت تميز بين الشكل والإرادة ومنح لها قسطا من الإهتمام إذ ظهرت العقود العينية التي تجعل من التسليم ركنا جوهريا كالقرض والوديعة وغيرها من التصرفات⁵.

وظلت الكتابة تتطور إلى أن إزدهرت في ظل أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، حيث أوجب الشارع الحكيم في كتابه العزيز على الكتابة لصيانة حقوق الأفراد والمجتمعات وأرسى دعائم نظام توثيقي ضبط أحكامه وأساسه والشروط الواجب توافرها في محرر العقود على نحو بدت فيه المهنة في أسمى معانيها فتجلت معالم التوثيق كمؤسسة راقية إلى جانب مرفق القضاء في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحقوليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو

¹ - إبراهيم عبد الكريم غازي، تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية، مطبعة الأزهر، بغداد 1973، ص 103.

² حسن النجفي، التجارة والقانون بدأ في سومر، مركز البحوث والمعلومات، بغداد 1983، ص ص 95-96.

³ هشام علي صادق، تاريخ النظم القانونية والإجتماعية، الدار الجامعية، بيروت 1982، ص 308-

⁴ المرجع نفسه، ص 309.

⁵ - بن محاد وريدة، مهنة التوثيق في ظل قانون، ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، سنة 2005، ص 23.

فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تنسوا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلك أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وأن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم"¹.

ولقد خلف الفقه الإسلامي بعد نزول القرآن الكريم، تراثاً فقهياً علمياً في جميع الميادين منها توثيق المعاملات حيث أنشأت دواوين خاصة بكتابة الوثائق والمحركات إلى جانب محكمة القاضي فيضطلعون بكتابة وتدوين مختلف التصرفات والوثائق وتبيان كيفية وطرق كتابة والالفاظ المستعملة في إنشائها وتشكيلها وكذا مسك السجلات والمحاضر المعدة لذلك وطرق حفظها² وكان جمهور الفقهاء يرتادون محاكم القضاة المنتشرة لأن مهنة أو صنعة التوثيق لم تكن مستقلة عن وظيفة القضاء³ حينئذ وانتشر فن الكتابة وتطور تطوراً بالغاً من حيث الدقة في الصياغة، وصنفت بموجب ذلك مصنفات فقهية متعددة يستفاد منها مدى التطور والنمو لهذا الفن الذي يضطلع به كاتب العدل أي الموثق عبر مختلف الأزمنة وامتدت إلى زمن الدولة العثمانية وامتد معها تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المعاملات والتصرفات في سائر الأمصار. والجزائر باعتبارها من الدول الإسلامية التي خضعت للحكم العثماني عرفت هي الأخرى مهنة التوثيق⁴.

إذا كان دور الموثق في تحرير العقود، هو توفير الأمن القانوني لمعاملات الأفراد ومن ثمة تكريس دور الموثق في التخفيف من اللجوء إلى القضاء بتحرير عقود ذات فعال ية قوية تساهم بشكل مباشر أو غير مباشر في تطوير الحياة الاقتصادية والاجتماعية للبلاد.

وقد عرف هذا القانون قفزة نوعية من الجانب البشري، حيث التحق العديد من الموثقين الجدد إبتداء من سنة 1990، ويرجع ذلك لما عرفته البلاد من تغيرات في مجالات عديدة كتبني تحرير المعاملات، فكان لزاماً على السلطة وفي سبيل ترسيم المعاملات بين الناس⁵ زيادة عدد المكاتب وتوسيع حينئذ للنطاق الجغرافي الإقليمي بجعله يشمل كافة التراب الوطني، وتعززت بذلك المهنة، بصدر القانون الحالي الجاري به العمل رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتضمن مهنة التوثيق، الذي أكد على ضمان استقلاليتها حيث يقع على كاهل ممارسيها عدة التزامات مهنية. سواء في مواجهة المتعاملين معها أو إتجاه الأجهزة المنظمة لهذه المهنة، ويترتب عن الإخلال بها قيام مسؤولية الموثق.

¹ - سورة البقرة الآية 282.

² - لأكثر تفاصيل أنظر: بن محاد وريدة، المرجع السابق، ص 27.

³ - علاقة القضاء بالتوثيق، دراسة للغة الوطنية للموثقين، نشرة الموثق، العدد 06، سنة 1999، ص 32.

⁴ - يعد الأمر رقم 319/66 المؤرخ في 15/10/1963 أول أمر يهتم بتنظيم مهنة التوثيق، ثم تلاه الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970، والذي استمر العمل بمقتضاه إلى غاية صدور قانون رقم 88/27 المؤرخ في 12/07/1988، والذي تزامن مع صدور وتعديل العديد من القوانين، وحالياً فإن المهنة منظمة بالقانون رقم 06-02 المذكور سابقاً.

⁵ - هشام تفالي، المسؤولية المهنية للموثق، ماجستير جامعة الجزائر، سنة 2007، ص: 11 وما يلها،

من خلال أحكام هذا القانون المنظم لمهنة الموثق، أضفى المشرع صفة الضابط العمومي للموثق، وخوله جزء من السلطة العمومية بمنحه ختم الدولة بغرض إضفاء الرسمية على العقود التي يتولى تحريرها، كما يسعى إلى تحصيل الرسوم والحقوق الجبائية لفائدة الخزينة العمومية، فضلا عن كونه يمارس مهامه في مكتب عمومي يتمتع بحماية خاصة.¹ يعتبر الموثق كباقي المهنيين ينتهي إلى مهنة منظمة ومستقلة، حيث يسأل مدنيا وتأديبيا وجزائيا كسائر المهنيين الآخرين غير أنه يتميز عنهم كونه ضابط عمومي،² هذه الصفة هي التي تؤثر في مسؤوليته من كل الجوانب.

إن تحديد طبيعة المسؤولية ليست بالأمر الهينوصفة الضبطية العمومية للموثق تجعله يتواجد في مركز قريب من الموظف العمومي للخدمة العمومية التي يلزم بتقديمها وطابع العمومية التي يكتسبها مكتبه مما يجعل مسؤوليته تقصيرية إتجاه طالب الخدمة لإنعدام الصفة التعاقدية وتعلق مسؤوليته بالنظام العام.

غير أنه في المقابل يتمتع الموثق بإستقلالية تامة في تسيير مكتبه، حيث يتلقى أتعابه عن خدماته من طرف الزبون تدخل في حسابه الخاص، مما يرجح أن تكون مسؤوليته تعاقدية في مواجهة زبونه وتقصيرية إتجاه غيره. كما أن مسؤولية الموثق تعرف تشديدا، لأسباب داخلية وأخرى خارجية عن المهنة، فالقانون المنظم للمهنة رقم 02-06 جعل من الموثق ضابط عموميا، أمده بجزء من السلطة العمومية، قصد تمكينه من أداء مهامه وواجباته القانونية في أحسن الظروف، أما الأسباب الخارجية فهي مختلف القوانين الأخرى كقانون العقوبات مثلا، كل ذلك بهدف حث الضابط العمومي على المحافظة على فعالية ونجاعة

يتعين الإنتباه، أن ثمة مصلحتان جديرتان بالحماية، فيتعين الحيطة والحذر في تحقيق التوازن بينهما، ومن هنا باتت هذه الجدلية القائمة بين حماية حقوق الزبائن من جهة وحقوق الموثقين من جهة أخرى والتي كانت من وراء دفع القضاء إلى كسر جمود القواعد العامة للمسؤولية المدنية، لرد الإعتبار لهذا التوازن المفقود بين طرفي علاقة الموثق بزبونه، عن طريق إيجاد نوع من الحماية الكافية لهؤلاء العملاء، وتوفير جو من الطمأنينة والأمن للموثق لممارسة مهامه النبيلة.

كما يعد موضوع مسؤولية الموثق المدنية، طرحا جديدا على المستوى الوطني³ خاصة وهي بدورها تطرح عدة مسائلنحاول معالجتها بالنظر إلى الجدل المثار بين رجال الفقه والقانون حول التكييف القانوني لها.

¹ - أنظر المادة 4 " يتمتع مكتب التوثيق بالحماية القانونية، فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه، إلا بناء على أمر قضائي مكتوب، وبحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا."

² - أنظر المادة 3: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة."

³ - مقتطفات من كلمة وزير العدل حافظ الأختام، في الجلسة العلنية المنعقدة للمجلس الشعبي الوطني بتاريخ 15/03/2005 المنظمة لتقديم مشروع القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج.ر. للمداولات، 2005، 147، ص: 4 حيث يقول: "...إن مشروع تعديل القانون المدني يأتي إذن، في سياق السياسة العامة للدولة ومنحائها، نحو التفتح على المجتمع الدولي وشعوب العالم، بغرض التكامل والتواصل معها في شتى المجالات لضمان تقدم بلادنا ورفاهية شعبنا، ولذلك فهو يهدف إلى ملائمة الأحكام الأساسية في قانوننا المدني الحالي مع الحاضر السياسي والواقع الإقتصادي للبلاد..."

قد يبني المشرع لضرورات إجتماعية¹ ولصعوبة إثبات الخطأ ولإلتواء القول بفرضه المسؤولية على عنصر الضرر وحده، أي أن على المضرور إثبات أن ضررا ما أصابه من نشاط الموثق.

الفصل الأول

التكيف القانوني لمسؤولية الموثق المدنية ونطاقها

تعتبر مهنة التوثيق في الجزائر كما هو الحال في فرنسا، من المهن المتعددة المظاهر، من ناحية تعتبر وظيفة عامة، حيث يخضع الموثق لمجموعة من الإلتزامات والواجبات التي تفرضها عليه القوانين واللوائح المعدة أساسا لمهنة التوثيق، ومن جهة أخرى، تعتبر من المهن الحرة² حيث يتمتع الموثق ببعض الحرية في ممارسته لهذه المهنة، كما أنه قد يقوم ببعض المسائل الخاصة التي يطلبها الزبون أو العميل. وعلى حد تعبير R.BOURSEAU فإن "مسألة تحديد طبيعة مسؤولية الموثق تتعلق أساسا بطبيعة الوظيفة التوثيقية"³.

إن المسؤولية المدنية تنهض عموما، عند إخلال المرء بما إلتزم به قبل الغير إتفاقا أو قانونا، والجزاء فيها يكون بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال، وهكذا فإن مسؤولية الموثق تعالج عندما يخل أصحاب المهنة بإلتزاماتهم التي تتطلبها صنعتهم والتي ينتظرها ويتوقعها عملاءهم، لذا سأتناول في (المبحث الأول) الإلتزامات الفقهية في تحديد طبيعة مسؤولية الموثق بين تقصيرية وعقدية، وبعد ذلك أتناول في (المبحث الثاني) تحديد مضمون وطبيعة الإلتزامات الموثق والتي يشكل الإخلال بها خطأ، تنهض بموجبه مسؤولية الموثق إتجاه زبونه، فما هو إلتزام الموثق إتجاه زبونه؟ ومن ناحية أخرى ما إستقر عليه القول حول طبيعة هذا الإلتزام هل هو إلتزام بتحقيق غاية محددة أم ببذل عناية؟.

المبحث الأول

الإلتزامات الفقهية في تحديد طبيعة مسؤولية الموثق المدنية

لقد تردد الفقه والقضاء كثيرا بين ما إذا كانت مسؤولية الموثق تقصيرية أو عقدية، لذا نجد أنه ظهر في هذا

¹ - عاطف النقيب . النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، 1984، طبعة مشتركة بين منشورات عويدات، بيروت وديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، ص 21.

² - تعرف المهنة الحرة بأنها " المهنة التي يباشرها المكلفون بصفة مستقلة، والتي يكون العنصر الأساسي فيها العمل، وتقوم على الممارسة الشخصية لبعض العلوم والفنون، ولا يمنع من إعتبارها كذلك أن يكون الربح فيها مختلطا، ونتيجة إستثمار رأس المال والعمل، متى كان العمل هو المصدر الأول والغالب، وأصحاب المهنة الحرة متعددون لاحتصرتهم كالتصيد والمحامى والطبيب والمهندس وما إلى ذلك، أنظر في ذلك محمد عبد الله جمعة، التهريب الضريبي لدى أصحاب المهنة الحرة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2005، ص ص 52-51.

³ - BOURSEAU.Rene. « La responsabilité du notaire instrumentant », in Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels, centenaire J.L.M.B., p 34.- v aussi CASMAN. H, « quelques reflexions en matière de responsabilité professionnelle du notaire » Rev.Not.Belge, Bruxelles, 2004, p.450

الشأن ثلاث اتجاهات فقهية على الخصوص، إتجاه يرى أن مسؤولية الموثق عن أخطائه المهنية عقدية تستمد أساسها من الإخلال بإلتزام عقدي (المطلب الأول) واتجاه آخر، يرى أن الموثق موظف رسمي أو ضابط عمومي يشارك في تسيير مرفق عمومي من مرافق الدولة والذي من خلاله يتحقق الأمان والإستقرار القانوني للأوراق والمحركات التي يتطلب القانون والأطراف إضفاء الصيغة الرسمية عليها، وهو ما يستلزم تغليب الطابع أو العلاقة القانونية الطبيعية التقصيرية (المطلب الثاني) واتجاه ثالث آخر، يرى أن مسؤولية الموثق ذات طبيعة متغيرة¹ في حالات نجدها عقدية²، وفي حالات أخرى تكون مسؤولية تقصيرية، فأنصاره ينظرون إلى الدور الذي يلعبه الموثق³، فإذا كان بصدد تنفيذ بعض الواجبات التي تفرضها مهنته كضابط عمومي، فإن مسؤوليته تكون مسؤولية تقصيرية، أما إذا كان يقوم ببعض الأعمال الخاصة لعميله فإنها تعد من قبيل المسؤولية العقدية ومن هؤلاء، من يقول بضرورة الجمع بين النوعين من المسؤوليتين لأن مجرد لجوء العميل إلى الضابط العمومي الموثق بصفته موظفا رسميا، قد أوجد نوع من العلاقة العقدية بينهما، غير أن تطبيق هذه القواعد لا يمكنه من التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية متى ثبت أن خطأ الموثق يرجع إلى جهله أو عدم إلمامه بقواعد المهنة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

المسؤولية العقدية للموثق

يرى كثير من الفقهاء أن أصحاب المهن الحرة تكون علاقاتهم مع زبائنهم قائمة على تقديم الخدمات الفنية من خلال عقود، وبالتالي فإن مسؤوليتهم تكون ذات طبيعة عقدية عند الإخلال بأي إلتزام من الإلتزامات الناشئة عن العقد، كما أنه يبدو من خلال الواقع أنه لا يوجد خلاف في طبيعة مسؤولية الموثق اتجاه غير الزبائن، فتكون دون أدنى شك ذات طبيعة تقصيرية، غير أنه في مواجهة زبونه والناجمة عن تحرير العقود، وما يستتبع ذلك في النشاط

¹ الإتجاه الذي يقول بالطبيعة المتغيرة والمتبدلة لمسؤولية الموثق قد قوبل بالرفض من لدن غالبية الفقه على أساس أنه اعتمد على التفرقة وفقا للدور الذي يضطلع به الموثق، فكانت تفرقة مصطنعة، لأن الموثق يلتزم أصلا بإضفاء الطابع الرسمي على المحركات ويقوم حينئذ بتوجيه النصح للعملاء وما عداها فهي إلتزامات قانونية مكملة للعمل الأساسي الذي يقوم به. وبناء على ما سبق فلا يمكن القول أو قبول فكرة أن الإلتزامات الرئيسة للموثق تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن ذلك الذي تخضع له الإلتزامات الفرعية طبقا للمبدأ القائل أن "الفرع يخضع دائما للأصل" ضف إلى ذلك أن الفصل بين وظائف ومهام الموثق أصبح صعبا لسبب بسيط وهو عدم التفرقة بين أعمال ووظائف الموثق، الأمر الذي يصعب في تحديد إمكانية تحديد نوع المخالفة، ومن ثم صعوبة تحديد التكييف القانوني للمسؤولية. ما فيما يخص الإتجاه الرابع الذي حاول الجمع بين المسؤوليتين، فهو الآخر مرفوض ومردود، بدليل وجود أحكام قضائية حاولت ذلك، لم يعد لها وجود أي لا وجود لحكم يجمع بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية.

² -Décors : la responsabilité du Notaire en matière d'urbanisme, thèse aix 1970, p:309 ; Pauly : Nature de la responsabilité civile de Notaires, Thèse Bordeaux 1952, p:55 et S... . H et L. Mazeaud et Tunc traité Précité, p : 594, N° 513 et S... . LOTZ, la resp.civ. Des Notaires, Lib. Techniques, Extra du Juris. Resp. Civ. FASC. XXXI, A, N°26.

³ - انظر في ذلك:

J.De Poulpique, Op.cit, N° 132, p:154 ; J.L.Aubert Op.cit. p : 37 N° 18 ; Cass. comm. 27 Avril 1976, Bull.Civ. 1V, N° 139,118 ; Rep.Def. 1977, Art31343, N°15, p : 402, obs.Aubert.Cass.C.iv.12 Mai 1976, Bull.Civ, I, N° 168, p : 134.

التوثيقي، فقد كانت محل خلاف فقهي¹ وقضائي، حيث نجد أن الفقه والقضاء قد اختلفا حول طبيعة مسؤولية الموثق المدنية.

واستنادا لهذا، فإن تحديد طبيعة مسؤولية الموثق تتعلق أساسا بالإلتزام الذي أخل به، فإذا كان الضرر ناتجا عن خطأ مصدره العقد المبرم بينه وبين الزبون تكون مسؤوليته عقدية، قد يقوم الموثق ببعض الأعمال الخاصة لحساب العميل، من ذلك مثلا أن يتعهد للعميل بحفظ بعض المستندات أو النقود، في هذه الحالة لا توجد صعوبة في تكييف العلاقة بينهما على أنها علاقة عقدية². مصدرها عقد الوديعة، كما قد يقوم بإدارة بعض أعمال العميل بناء على عقد وكالة، هنا أيضا لا تثار الصعوبة في إعتبار الوكالة مصدرا للإلتزام الموثق، معنى ذلك أن الموثق متى قام بأعمال خاصة لا تتعلق ولا ترتبط بوظيفة الموثق كمحرر للعقود فإنه لا تثار صعوبة في تحديد طبيعة العقد الذي يربطه بعميله، فهو يحدد في هذه الحالة على أساس الأعمال التي تعهد الموثق القيام بها إلا أن الصعوبة تظهر في الحالة التي يقوم فيها الموثق بأداء أعمال تتعلق بوظيفته الرسمية كمحرر للعقود، فذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بأن مسؤولية الموثق عقديه³ بناء على ما يربطه مع زبونه بعقد، وإذا أخل بالتزاماته المتولدة عن هذا العقد قامت مسؤوليته العقدية وغالبا ما يكون هذا العقد هو عقد تحرير العقود وإضفاء الرسمية عليها. وتترتب على هذه المسؤولية إلتزامات تقع على عاتق الموثق بحيث يفرضها القانون صراحة للإلتزام بالنصح والتبصير (الفرع الأول) والإلتزام بفاعلية العقود (الفرع الثاني) والإلتزام بالحياد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الإلتزام بالنصح والاعلام

يعتبر إلتزام الموثق بالنصح والتبصير الركيزة الرئيسية التي تثقل كاهل المهنيين في علاقاتهم بغير المهنيين، وبصفة خاصة في المهن القانونية وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق على أنه: "يجب على الموثق... وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد إنسجام إتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها وكما يعلم الموثق الأطراف بمدى إلتزاماتهم وحقوقهم ويبين لهم الآثار والإلتزامات

¹ - إن سكوت المشرع الجزائري حيال هذه المسؤولية، ساعد على الخلاف حول طبيعتها وهو بصدد تنظيمه لمهنة الموثق فيما يخص القواعد التي تحكم مسؤولية الموثق مدنيا مكتفيا - في هذا الشأن - بتنظيم مسؤوليته التأديبية، تاركا بعد ذلك للقواعد العامة في القانون المدني دورها في حكم مسؤوليته عن التعويض، إعتقادا منه بكفايتها وملاتمتها وقد نتج عن هذا الصمت من جانب المشرع وفي نفس الوقت عدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية للتطبيق على مسؤولية الموثق وتضارب أحكام القضاء وارااء الفقهاء.

² - J .GOEMARE.« La Responsabilité du notaire est-elle contractuelle ou aquilienne ? » Rev .not.Belge .2009 .pp.143-144.

وأنظر أيضا هشام تقالي، المسؤولية المهنية للموثق، ماجستير جامعة الجزائر، سنة 2007، ص20 وما يليها. و الكوشة يوسف، مسؤولية المحضر القضائي، مذكرة ماجستير قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص13.

³ - تقالي هشام، المرجع نفسه، ص: 13 حيث يرى: " أن مسؤولية الموثق هي عقدية اتجاه الزبون مما يمكن للضابط العمومي الإتفاق مع الزبون للحد من آثار هذه المسؤولية...".

التي يخضعون لها، والإحتياطات والوسائل التي يتطلها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم".

لقد كان للقضاء الفرنسي الفضل الكبير، في إيجاد العديد من الإلتزامات ومنها الإلتزام بالإعلام والنصح والتبصير، الذي إرتسمت معالمه في العديد من قرارات محكمة النقض الفرنسية وغيرها من المحاكم ولكن هذا لم يمنع الفقهاء والشراح في كتاباتهم من محاولة تحديده وتمييزه عن غيره من الإلتزامات المشابهة له ومدى إعتبره إلتزاما مستقلا، وعلى ضوء إجتهدات القضاء الفرنسي وأراء الفقهاء والشراح –وإن كانت متباينة- سنحاول تحديد تعريفه وأساسه وطبيعته.

أولا: تعريف الإلتزام بالنصيحة أو بالتبصير

يقصد بهذا الإلتزام تزويد الزبون بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بإتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض قبول الخدمة المقدمة بإرادة حرة ومستنيرة، وللإعلام أهمية خاصة بالنظر إلى الآثار القانونية المترتبة على التصرفات القانونية المقبل عليها، لأن جهل الزبون بهذا العمل ومخاطره تجعل واجب النصح أكثر من ضروري، ومما لا شك فيه أن للتبصير دور مهم في شتى المجالات، لذا ينبغي على الضابط العمومي الحصول على رضا الزبون وحتى يكون رضاه سليما وصحيحا لا بد من تزويده بالمعلومات والبيانات الكافية التي تسمح له بالتعبير، عن إرادته تعبير حرواعي وهذا الواجب لا يقتصر على مرحلة دون أخرى، بل هو التزم يثقل كاهل الموثق في مراحل إعداد المحررات التوثيقية إذ عليه إحاطة الزبون بكل الحقوق والإلتزامات والآثار المتعلقة بذلك القانونية والمحاسبية وقواعد التعمير والإحتياطات¹ الواجب مراعاتها لتجنب آثار غير مرغوب فيها الخ... أما بالنسبة لصفات المعلومات الواجب الإدلاء بها، فيجب أن تكون بسيطة ومفهومة وملائمة فالمعلومة التي تعطى بطريقة فنية خالصة تتساوى مع عدم التبصير، إذ يجب أن يأخذ بعين الإعتبار المستوى الثقافي للزبون، فلا يجوز إغراقه بالمصطلحات القانونية الفنية حتى لا يكون مجرد متلقي للخدمة التوثيقية بل مشارك فيها، كما يجب أن تكون المعلومة دقيقة وكافية على نحو يحقق للزبون العلم الكافي الذي يساعده على إتخاذ القرار الواعي المتبصر.

أثار تحديد الإلتزام بالنصح نقاشا وتباينا في الآراء بين الفقهاء، ويرجع هذا التباين أساسا إلى تعدد الألفاظ والمسميات الفقهية التي إستخدمها هؤلاء الشراح للدلالة على ما يقدمه أحد المتعاقدين للآخر من بيانات ومعلومات هذا من جهة، ومن جهة أخرى إختلفوا حول المعيار أو الأساس الذي بموجبه نكون أمام هذا الإلتزام أو ذلك، لذلك يقتضي الأمر عرض هذه الألفاظ وتباينها (1) ثم التمييز بين الإلتزام بالنصح والتبصير وغيره من الإلتزامات (2).

1-تعدد الألفاظ تباين آراء الفقهاء حولها: إن المتتبع لكتابات الفقه المتداولة للإلتزامات التي يكون موضوعها تقديم أحد متعاقدين للمتعاقد الآخر مجموعة من البيانات أو معلومات حول العملية العقدية، يجده متردد في الألفاظ والعبارات المستخدمة في التعبير عن وجود هذا الإلتزام ومعناه، أحيانا يستعمل عبارة الإدلاء بالبيانات² وأحيانا

¹-Cass .com .12 octobre1993 Bull .civ.IVn°336;defrénois1994, art.35845n°73note J-L.AUBERT:"En vertu de son devoir de conseil le notaire aurait dû prévoir les conséquences fiscales de l'acte qu'il était chargé de rédiger et en informer son client "

²- أظر نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1990 ص...

لفظ التبصير¹ وتارة لفظة الإخبار² ولفظ الافضاء³ وتارة لفظ إعلام⁴ وتارة أخرى لفظ النصيحة⁵ وأحيانا لفظة التحذير⁶. أما الشراح الفرنسيون فقد إستخدموا لفظ⁷ *renseignement* يقصد به البيانات والمعلومات التي تساهم في معرفة شخص ما أو شيء ما، واستخدموا لفظ⁸ *Information* ولفظ⁹ *Conseil* كما وجدت كذلك لفظة¹⁰ *mise en garde*¹¹ وقد أدى هذا التعدد في المسميات إلى إيجاد خلاف في الفقه الفرنسي حولها، بين من يرى بتوحيدها وأنها تعبر عن إلتزام واحد، وبين من يرى أنها تشكل إلتزامات متنوعة، وإن كتابات الفقه المعاصر أثبتت أنها إلتزامات ذاتية ومستقلة عن بعضها البعض وتتماشى بصفة تنازلية من حيث الشدة حسب معياري الحيادية والتدخلية، فالنصيحة هي الأكثر شدة أو تدخلية ثم يليها الإخبار أقلها شدة وأكثرها حيادية، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط بينها، والإلتزام الموثق بالنصح والإرشاد قد يمتد ليشمل كذلك بيان الإحتياجات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها القانون لضمان تنفيذ إرادتهم، فهو إذن إلتزام أساسي ومكمل للإلتزام بإضفاء الصيغة الرسمية على المحررات.

2- التمييز بين الإلتزام بالنصيحة وغيره من الإلتزامات:

أ - التمييز بين الإلتزام بالنصيحة والإلتزام بالتحذير: يرى بعض الفقه أن كل من الإلتزام بالنصيحة والإلتزام بالتحذير يشكلان صورة أو شكل لنفس الإلتزام، في حين يرى عموم الفقه الفرنسي إلى أن هناك مفارقة بين هذين الإلتزامين وأن الإلتزام بالنصيحة هو أشد من الإلتزام بالتحذير، إلا أنه ورغم إجماع هذا الفقه على وجود هذا التمايز إلا أنهم انقسموا إلى فريقين. إتجاه يأخذ بهذه التفرقة على إطلاقها بين جميع العقود دون تمييز بين عقود خدمات وعقود أشياء، في حين يرى اتجاه آخر - لم يحظ بتأييد ومؤازرة الفقه - أن الإلتزام بالنصح يقتصر على

¹ - سهير منتصر، الإلتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

² - أنظر محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة 1983، ص 21 وما يليها.

³ - أنظر محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، سنة 1983، ص 21 وما يليها.

⁴ - أنظر زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2006، ص 129 وما يليها. وقادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007، ص 111 وما يليها.

⁵ - أنظر بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى سنة، 2005.

⁶ - محمد شكري سرور، المرجع نفسه، ص 24 وما يليها وزاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 145 وما يليها

⁷ - Juglart (M), L' obligation de renseignement dans les contrats, RTD civ 1945, p.1 et s (8)-

⁸ - Magnan M F, L' obligation d information dans les contrats, Essai d une theorie, preface de Ghestin

⁹ Chistianos (V), conseil, mode d' emploi et mise en garde en matiere de vente de meubles corporels à l' etude de l' obligation d' informer, these; paris II. 1985.

¹⁰ - Aboukorin (A), L' obligation de renseignement et de conseil dans L' execution des contrats, these, dijon, 1989.- Perron (x), L' obligation de conseil; these; Rennes I, 1992.

¹¹ - Christianos (V), Conseil, mode d emploi et mise en garde en matiere de vente de meubles corporels à l' etude de l' obligation d' informer, thèse; paris LGDJ 1992.

عقود الخدمات وحدها، وأن الإلتزام بالتحذير يكون في جميع العقود لأخرى¹. وعلى هذا فقد عرف بعض الفقه² الإلتزام بالتحذير بأنه: "إلتزام تبعية يقع على أحد الطرفين بأن يحذر الطرف الآخر أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد، أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية". كما يمكن تعريفه على أنه: "إلتزام بتنبيه المتعاقد الآخر أو إثناء عزمه عن مسلكه الخطر وبقدر من الإصرار والعزيمة"³

فالإلتزام بالتحذير يقترب من الإلتزام بالنصيحة من حيث أنه يتضمن قدرا من التدخل في مسلك الزبون

يقتضي جلب انتباهه ولفت نظره بطريقة واضحة بصدد خطر أو مخاطر معينة تتعلق بموضوع العقد وتقديم النصح له بشأن التصرف الذي يجب اتخاذه لتفادي بعض الأخطار، مما جعل بعض الفقه يرى بأن كل تحذير يتضمن نصيحة ولكن نصيحة سلبية تقتضي الإمتناع عن سلوك معين مرفقا ببيان عن الخطر الذي قد ينشأ في حالة عدم إتباع النصيحة. المرجع نفسه ص 14.

ب- التمييز بين الإلتزام بالنصح والإعلام البسيط: في ظل التطور العلمي والتقني الذي يشهده العصر،

تستوجب بعض العقود قيام أحد طرفيه والذي يكون غالبا متخصصا بتزويد المتعاقد الآخر معه بما يحتاجه من معلومات أو بيانات في مجال معين، محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 224. حتى يتحقق الإنتفاع المتوقع من العقد المراد تحقيقه، بمعنى آخر مراعاة مدى ملائمة وفاعلية الظروف الملائمة لتنفيذ العقد بالنسبة لأغراض العمل الخاصة، أحمد عبد التواب بهجت المرجع السابق، ص 77. هذا وللإعلام عنصران متلازمان وهما عنصر شخصي ومعناه مراعاة بواعث المتعاقد الآخر من هذا التعاقد وهو ما يمثل الطابع الشخصي لهذا الإلتزام، وعنصر الملائمة *opportunité* أي الغرض منه، فالأول يعني الإفصاح عن الرأي بصدد مسألة والثاني يهدف إلى مراعاة مدى التوافق وملائمة آثار العقد المادية والقانونية والإقتصادية لمصالح العميل الخاصة ويتميز عن التحذير بعنصر الحياد، المرجع نفسه، ص 79. ووفقا للرأي السائد في الفقه، فإنه يمكن القول أن الإلتزام بالتحذير هو إلتزام مشدد بالإخبار، والإلتزام بالنصيحة هو إلتزام مشدد بالتحذير، أي أن النصيحة تستغرق كل من التحذير والإعلام أو الإخبار البسيط، والتحذير يستغرق الإخبار وليس العكس صحيحا.

وبسبب هذه الأهمية، أرى ضرورة دراسته من جوانب عدة فأبين أولا أساس الإلتزام، ثم نطاقه وحدوده،

وأخيرا عبء إثباته كالتالي:

ثانيا: أساس الإلتزام بالنصيحة والإرشاد

بادئ ذي بدء يجب أن نعترف بأنه نظرا ندرة الفقه وأحكام القضاء في هذا الشأن، فإني سأحاول البحث عن أساس الإلتزام بالنصيحة في التشريعات الأخرى، فالدور الذي يقوم به الموثق في الجزائر، لا يختلف كثيرا

¹ -أنظر في عرض هذه الإتجاهات: أحمد عبد التواب بهجت، المرجع السابق، ص 97.

² - نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 17.

³ - أحمد عبد التواب بهجت، المرجع نفسه، ص 80.

عن نظيره الفرنسي، فهذا الأخير لا يقتصر دوره على مجرد إضفاء الصيغة الرسمية بل يقوم بدور آخر أكثر إيجابية، حيث يلجأ إليه الأفراد للإستفادة بخبرته ونصائحه في مجال الشراء وبيع ورهن العقارات.

وبالرجوع إلى بعض نصوص القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، نجد المادة 12 من القانون رقم 06-02 للتوثيق الجزائري تنص على أنه: "يجب على الموثق قبل توقيع عقود الشأن على المحرر المراد توثيقه، أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته، وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم..."¹ والهدف من تلاوة صيغة المحرر ومرفقاته على ذوالشأن هو تبيان للمتعاقدين بوضوح للنتائج التي قد ترتب على تعهداتهم. يضاف إلى ذلك أن القانون يلزم الموثق بأن يتأكد من أصحاب الشأن عن موضوع المحرر الذي يرغبون في صياغته، اذن فلا يكفي تحرير عقود منسجمة ومطابقة مع إرادة الأطراف ليتعداه لصياغة التصديق على توقيعاتهم مما يجعل رضائهم معيبا كان له الإمتناع عن التصديق.

فهذه الإعتبارات وعلى ما يبدو، تلزم الموثق، بأن يتلو على المتعاقدين الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته، وأن يبين لهم الأثر القانوني، وينهي إلتزامه عند هذه المرحلة، وهذا يؤدي إلى تبصير المتعاقدين بمزايا ومخاطر المترتبة على العقد الأمر الذي قد يشجعهم على الإستمرار في عملية التوثيق أو العدول عنه، وهو نفس الأمر في القانون الفرنسي، كما أن القانون يوجب على الموثق أن يستوثق من الأطراف عن موضوع المحرر الذي يرغبون في التصديق على توقيعاتهم فيه، الأمر الذي يتيح للأطراف فرصة مناقشة كل ذلك للموثق أن يقوم بواجب تبصير العملاء بالآثار القانونية التي ترتب على المحرر المراد توثيقه أو التصديق على التوقيع فيه.

فيفرنسا، تأكد أو تقرر إلتزام الموثق بتوجيه النصح للعملاء، إلا أن المستقر عليه فقها وقضاء، أن الموثق الفرنسي يلتزم بإبداء النصح للعملاء، لأن ذلك الإلتزام يعد إلتزاما أساسيا ومستقلا عن الإلتزام بإضفاء الصيغة الرسمية للمحررات، فالفقه الفرنسي يذهب إلى أنه، إذا كان قانون فاننوز الحادي عشر والقوانين اللاحقة عليه، لم تنص صراحة على إلتزام الموثق بتبصير العملاء، إلا أنها في نفس الوقت لم تتضمن أي نص يفيد إستبعاد هذا الواجب. بل على العكس، فإن روح التشريعات الفرنسية الصادرة في هذا الخصوص تؤكد وجود هذا الإلتزام.

إذا كان الفقه الفرنسي، قد إتفق على وجود هذا الإلتزام إلا أنه إختلف في بيان الأساس الذي يعتمد عليه، وظهر في هذا المجال، نظريتان الأولى ترى أن أساس الإلتزام بالنصيحة، هو الثقة التي يضعها العملاء في الموثق والثانية، تفيد أن إعتياد الموثقين على تبصير عملائهم بمخاطر العقود التي يقدمون على إبرامها هو السبب في إلتزامهم بهذا الواجب.

1-:- نظرية ثقة العملاء في الموثق: يرى أنصار هذه النظرية، أن الأساس الذي يقوم عليه الإلتزام بالنصيحة، يكمن في الثقة التي يضعها العملاء في الموثق "فهذا الأخير، بحكم خبرته ودرايته للقانون، وكذلك إلمامه شبه التام بقواعد القانون وإجراءاته، هي التي دفعت العملاء إلى تحرير عقودهم، وعلى هذا إذا أخل الموثق بهذه الثقة فإنه يسأل على

¹ - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية بتاريخ 28 مارس 2000. لمزيد من التفاصيل، أنظر Hadi Slim :، المرجع السابق ص: 22.

أساس قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في المواد 1382 و1383 و1384 من التقنين المدني الفرنسي والمواد 124 و136 من القانون المدني الجزائري¹

2:- نظرية إعتياد الموثق على نصح وتبصير العملاء : يرى أنصار هذه النظرية أن إلتزام الموثق بالنصيحة يستمد أساسه من الواقع العملي، حيث إعتاد الموثق على تبصير العملاء بالمخاطر التي قد يتعرضون لها، من جراء العقود التي يبنون إبرامها، فهي عادة تعد بمثابة تعارف الناس عليها والعرف مصدر من مصادر القانون يترتب على الإخلال به أن تنشأ مسؤولية الموثق التقصيرية¹.

يبدو أنه من الصعب الأخذ بإحدى هاتين النظريتين ورفض الأخرى فكل منهما قد أصابا قدرا من الحقيقة، فالموثق هو ضابط عمومي تنازلت الدولة عن جزء من سلطاتها العامة بهدف تحقيق الإستقرار القانوني للمعاملات التي تتم بين الأفراد. والدولة لا تمنح سلطاتها العامة إلا لأشخاص تتوافر فيهم القدرة والدراية على تحقيق الصالح العام، وبالتالي فهو يقوم بذلك، كإلتزام تفرضه عليه المهنة، التي كانت سببا في منحه جزء من سلطات الدولة فلا يمكن التخلص منه بحجة أن مهمته قاصرة على تحرير العقود ، الثقة الممنوحة له أولا من الدولة بتعيينه في مثل هذه المهن كانت سببا في ثقة الأفراد فيه. في هذا الصدد قضت محكمة روين ، في حكمها الصادر سنة 1841" أن الموثقين هم مستشارون عينتهم الدولة، لتوثيق محررات الأفراد، ولوضع ثقتهم فيهم".² غير أن هذه الثقة، غير كافية لتشجيع الأفراد للإلتجاء للموثقين بل إن إعتياد الموثقين وإستمرارهم في تبصير العملاء، يعد عاملا مشجعا لهؤلاء، ومن ثمة يصعب على الموثقين التملص مما إعتادوا عليه، فأصبح للعميل حق مكتسب في الحصول على ضمانات من شأنها تفادي الوقوع أو التعرض للمخاطر في المحررات، ويؤكد ذلك التطور الحاصل فيما يخص الإلتزام بالنصيحة الذي تحول من إلتزام أخلاقي إلى مهني ولائحي.

وبخصوص موقف الفقه والقضاء الفرنسي، فقد إعتاد منذ القدم على تأكيد ذلك، من ذلك دوائر العرائض بمحكمة النقض، قضت بأن " الموثق ليس مجرد كاتب للعقود، بل يلتزم بتقديم نصائحه للعملاء الذين يلجأون إليه للإستفادة من خبرته ووظيفته".³

وفي حكم لها آخر قضت أن "عمل الموثق يتضمن إضفاء الصيغة الرسمية على الإتفاقات التي يبرمها الأفراد، وذلك فضلا عن أن المهام الأساسية التي تقع على عاتقه، أن يبصر عملاؤه بالنتائج المرتقبة لتعهداتهم

¹ - و أنظر بخصوص هاتين النظريتين

J.de Poulpiquet op.cit. p : 195 et S.

² -

³ - انظر قرارات محكمة النقض الفرنسية اوردتها 2002.

pourvoi n°99-16875 .arret.n°109 f-d . Inedit :

le notaire ne peut decliner le principe de sa responsabilite en alleguant qu'il na fait que donner la forme authentique aux operations conclu es par les parties " cass .civ 1re.22jan.cass /civ .1re .1er decembre 1998 .defrenois 1999 .art /36956 ;n°20 .obs ;J-.aubert! professionnellement tenues d eclairer les parties sur les consequences de leurs ates ;les notaries ne peuvent decliner le principe de leur responsabilite en alleguant qu ils se sont bornes a donner la forme authentique aux declarations recus par eux

وأن يسد بخبرته النقص الذي ينتج من عدم خبرتهم، وهو ما يتمثل بصفة أساسية في إلتزامه بتبصير العملاء على نحو جيد ومنتج يتفادون معه المخاطر التي تتعرض لها مصالحهم".¹

ويرى القضاء الفرنسي، أن الموثق ملزم بإبداء النصح والتبصير لعملائه، أيا كانت طبيعة العقد المراد توثيقه، منها العقود الناقلة للملكية، إذ يلزم بتبصيرهم بكل العناصر الضرورية لوجود حق الملكية، وما قد يعتريه من خلل، إذ قد يحسبه من الحقوق الخاصة المطلقة، قد يرد عليه قيود كثيرة، كالرهن أو حقوق الإرتفاق وهي تؤثر في قيمة الحق، فيلزم عندئذ الموثق بإخطار عميله. وفي حكم آخر قضيبمسؤولية الموثق عن تعويض المشتري لتقصيره بواجب النصيحة،

متى ثبت بعد إتمام البيع أن المساحة الفعلية للأرض، تقل كثيرا عن المساحة الثابتة في العقد وأن الموثق لم يبين ذلك للعملاء.² وفي حكم آخر أيضا بخصوص عقد الهيئة قضت بأن "الأضرار التي فوجئ بها الواهب وعانى منها، بعد إجراء الهيئة، تدل على أنه لم يتلق التوجيه والتبصير اللازمين من الموثق".³

أستنتج مما سبق، أن إلتزام الموثق بواجب النصح والإرشاد في القانون الفرنسي، يعد إلتزاما قضائيا، فالقضاء الفرنسي، يعد هو المصدر الرئيس لهذا الإلتزام إلى جانب عنصر الثقة في شخص الموثق وإعتياده في تبصير العملاء، ضف إلى ذلك أن طبيعة عمل الموثق تفرض عليه مثل هذه الإلتزامات فهو إذن إلتزام قانوني مهني ناتج عن مجموع الإلتزامات المفروضة عليه قانونا. وهذا ما إنتهى إليه المشرع الجزائري في ضرورة إدراج والنص عليه في القانون، وحسنا فعل المشرع الجزائري في حسم الخلاف وجعله واجبا قانونيا بنص صريح متفاديا كل الخلافات السابقة.

ثالثا : نطاق الإلتزام بالنصيحة

تجدد الإشارة أنه فيما يتعلق بتحديد مجال ونطاق الإلتزام بالنصح والإرشاد التي يضطلع بها الموثق رغم ثقله القانوني، ورغم التنصيص عليه في التشريع الجزائري، إلا أنه بسبب عدم وجود آراء فقهية وأحكام قضائية جزائرية في هذا الشأن فسوف أعتمد في بحثها على آراء فقهاء وأحكامالقضاة الفرنسيين ودراسة ذلك تستوجبمني تحديد المستفيدين من هذا الإلتزام (1) ثم أتناول مداه في نقطة أخرى(2).

1-: المستفيدون من الإلتزام بالنصيحة : الأصل أن الإلتزام بالنصح يقع على عاتق الموثق لصالح عملائه، أي الأطراف المتعاقدة، وكذلك الخلف الخاص والعام، يستوي في ذلك أن يكون العميل دائما أو عرضيا⁴ وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 2007: "بأنه يقع الموثق واجب إعلام ونصح جميع أطراف العقد..." أي يجوز للموثق أن ينصح بعض العملاء دون البعض الآخر، ورغم أن المبدأ يقضي بإلزام الموثق بتقديم لنصائح

¹ - أنظر في ذلك : الأحكام المنشورة في د/ عبد الحميد الحنفي، المرجع السابق ص: 113،

-Cass. Civ. 1ere le 16 Jan. 1979, D. 1979, 1.R.240.

² - Cass. Civ. 2 Juil. 1970, Sem. Jurid. 1971, 2, 16785.

³ - أنظر في ذلك -Cass.Civ.1 ere 8 Mars 1977, Bull.Civ. 1, N° 121 Rêp.Def. Art. 31561, n° 104, Aubert « Le Notaire qui a averti son client de l'existence de Lacunes insurmentables affectant une origine de propriété ne peut être tenu de réparer les dommages résultant en suite de l'inefficacité de l'acte ».

⁴-Cass.civ. 1re 15 mai 2007, Défenois 2007, art.38667, n°64note R.LIBCHABER.

للعلماء الذين لجأوا إليه، طالبين توثيق عقودهم وقد قضت محكمة النقض أيضا: "كل من أصابه ضرر من تصرف الموثق الخاطئ يستطيع الرجوع عليه بالتعويض"¹.

ويعتبر هذا الحكم تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية، وقد استفاد منه، مبدأ مسؤولية الموثق إتجاه الغير، فمتى كان الضرر الذي أصاب هذا الغير، بسبب إهمال الضابط العمومي في تقديم النصائح لأي من العملاء، فإن لهؤلاء الرجوع عليه بالتعويض.

والرجوع بالتعويض هذا لا يؤسس على إهماله في تقديم النصح للغير، كل ما في الأمر أن الضرر الذي أصاب الغير، يعتبر مظهرا لخطأ الموثق في تقديم النصائح للعميل². وإن كان الموثق ملزما بالنصيحة للعملاء، في المقابل فهو ملزم بعدم الأضرار بالغير.

ومن جهة أخرى نجد أن العملاء غير ملزمين بالأخذ بها، فلهم الخيار في الأخذ بها أو الإعراض عنها، وهذا ما قضت به محكمة "فوجير" في حكمها الصادر خلال سنة 1957. بخصوص عقد إيجار تجاري، حيث نصح الموثق العملاء بعدم إبرام العقد على أساس وجود شرط يضاعف من قيمة الإيجار وهو شرط عدم المنافسة، غير أن العملاء أصروا على إبرامه وعندما لجأ هؤلاء للقضاء مطالبين بالتعويض رفضت دعواهم وعللت المحكمة أن الموثق نفذ إلتزامه بالنصح وأنه لا يملك أن يفرض النصح على العملاء بل يكتفي بالتوجيه³.

2: مدى الإلتزام بالنصيحة: يختلف الإلتزام بالنصح من حيث مداه، وتدق المسألة من جوانب عديدة، في مدى إتساعه ليشمل كل المعلومات التي يجب منحها للعميل أم أن مداه قد يضيق في بعض الأحوال

أ: الإلتزام الموثق فيما يتعلق بالمسائل الجوهرية: إعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي، أن إلتزام الموثق بالنصح هو إلتزام عام ومطلق، بحيث يلتزم بتقديم وتوضيح كل العناصر الأساسية والفرعية وهو إتجاه على ما يبدو يهدف إلى تحقيق الحماية الفعالة للعميل غير أنه يبدو من الناحية العملية التطبيقية أنه غير مقبول وذلك للأسباب التالية:

أن إلتزام الموثق، بتقديم النصح للعملاء في كل ما يتعلق بالمسائل الجوهرية والفرعية، من شأنه أن يجعل هذا الإلتزام مستحيلا والسبب هو كثرة الإجراءات وتنوعها لإضفاء الصبغة الرسمية على المحررات إلى جانب تعدد الأوراق والمستندات، التي تصاحب العملية، ضف إلى ذلك أن الموثق، أيا كانت درجته العلمية وخبرته وإلمامه، يستحيل عليه الإلمام بجميع المخاطر التي قد تترتب على العملية القانونية التي يتدخل في إنجازها.

كما أنه من الناحية المنطقية لا يمكن مطالبة الموثق بتقديم نصائحه للعملاء في خصوص المسائل الفرعية، يفترض في العميل أنه على علم بها، أو أنه مفروض فيه العلم بها، كما لو كان متخصصا في مسألة معينة، وكانت النصيحة⁴ تتعلق بأمر من الأمور التي تدخل في إختصاصه.

¹-.M. ESPAGNO,La responsabilite civile des notaries,these dactyl.,Toulouse n°7.).

²-Cass.Civ.1ere 14 Nov.1979.Bull.Civ.1.N° 284, p: 231;Cass.Civ.1ere 27 Avr. 1978.

³-Bourges, 9 Jul. 1974, Rêp.Def. 1477, Art.31560.note.Aubert; Cass.Civ. 27 Avr. 1978, J.C.P. 1979,11. 19078, Note. M. Dagot.

⁴- د/ عبد الحميد الحنفي، المرجع السابق ص: 118 وما بعدها .

كما أنه ليس من العدل أن نلزم الموثق بتقديم النصح في أمور لا يعلمها أو لا تدخل في إختصاصه، فالإلتزام بالنصح يجب أن ينصرف إلى المسائل التي يعلمها أو يفترض أن يعلمها، هنا لا يمكن أن ينسب للموثق خطأ، متى أخل بتقديم النصيحة. وهذا ما قضت به محكمة النقض في حكم لها تتلخص وقائعه في ما يلي: "أعد الموثق كراس الشروط، وإجراءات شهروبيع عدة عقارات بالمزاد، وفي الإعلانات المتعلقة بالبيع، وجد بيان يحدد مساحة الأرض بـ 2300 متر مكعب وفي دفتر الشروط وجد الشرط المألوف الذي يقضي بأن "لا يحق للراسي عليه المزداد الرجوع على البائع، فيما يتعلق بمساحة الأرض المعلن عنها، فالبيع يتم دائما تحت العجز والزيادة"¹.

وبعد رسو المزداد على الشركات المتعاقدة وتسلمت فعلا الأرض المبيعة، تبين لهم أن المساحة الفعلية تقل كثيرا عن تلك المعلن عنها، وبناء على الشرط المدون في دفتر الشروط لم يكن للمشترين الرجوع على البائع، فاتجهوا إلى الموثق مطالبين بالتعويض على أساس إخلاله بواجب النصح، فقد ذكر الموثق في دفتر الشروط وفي إعلانات البيع، المساحة التي ذكرها الخبير، ولم ينصح العملاء بضرورة التحقق من صحة البيان غير أن قضية الموضوع، ومن بعدهم قضية محكمة النقض، رفضوا هذا الإيدعاء على أساس أن الموثق وإن كان هو الذي أضاف هذه المساحة في الإعلانات وفي الدفتر إلا أن مهمة تحديد من إختصاص الخبير المستعان به من قبل المتعاقدين صحيح أن الموثق لم يتحقق من صحة النتائج إلا أنه لم يكن لديه شيء ظاهر يدعوه للتشكيك في صدق بيانات الخبير".

وعليه إنتهت المحكمة إلى القضاء بعدم مسؤولية الموثق، إلا إذا تمكن المشترون من إثبات أن التقرير كانت به أمور ظاهرة من شأنها دفع الموثق إلى التحقق منها.

ب- العناصر المؤثرة في تحديد مدى الإلتزام بالنصح : مفهوم الإلتزام بالنصيحة يتأثر بالدراية والخبرة التي تتوفر في العميل وهي بصدد بيان مدى الإلتزام بالنصيحة، جرت المحاكم الفرنسية، على الأخذ بعين الإعتبار مدى الخبرة والدراية والتخصص المهني للعميل، وعليه كانت المحاكم تميل إلى التوسع في هذا المفهوم، كلما قلت خبرة أو دراية العميل بالعملية القانونية²،

وعلى العكس من ذلك، فإن مفهوم الإلتزام بالنصيحة، يضيق كلما كان العميل من الأشخاص الذين يفترض فيهم العلم أو الدراية أو الخبرة، بالعملية القانونية المراد توثيقها، أو كان العميل يستعين في إدارة أعماله بمستشاره الخاص³.

فقد إعتاد القضاء، على التوسع في مفهوم الإلتزام بالنصح، كلما تبين أن العميل جاهل أو لم تتوافر فيه الخبرة أو الدراية الكافية بشؤون القانون وكان هذا الجهل هو السبب في وضع كل ثقته في الموثق، لرعاية مصالحه القانونية، ومن أمثلة ذلك، الشباب، المرأة المتزوجة، ذوي العاهات، المزارعين، صغار التجار، وعلى العموم كل

¹-Trib. Gra. Inst. Strasbourg, 3ème ch. Civ. 22 Avril 1983, J.C.P 1985, éd. G. 11. 20349, note M. Dagot.

²- أنظر هذا الحكم المشار إليه في:

J. de Poulpiquet. Op. cit. p : 197

³- Zerouk Kedour écrit : si le devoir de conseil est absolu dans son principe, il est d'une étendue extrêmement variable ; tantôt, il s'amplifie, tantôt il s'atténue sa portée et sa mesure dépendent des circonstances c'ent une question de fait, elle est laissée à la appréciation des juges du fond. Thèse précitée, p : 120.

الأشخاص الذين يجهلون إدارة الأعمال أو الشؤون القانونية، ومن جهة أخرى، يذهب القضاء إلى التضييق من مفهوم الإلتزام بالنصح، متى كان العميل من رجال الأعمال أو المعتادين على أعمال التوثيق وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض، بأنه بسبب ما توافر للعميل من خبرة، لا يعد الموثق ملتزماً بأن يقدم له النصح في أمور يعلم بها أو يفترض أن يعلم بها،¹ وهذا ما قضت به محكمة "إفل" برفض دعوى المسؤولية المرفوعة من المهندس المعماري ضد الموثق، والذي إدعى فيها أنه كان على الموثق إخطارهم بأن الأرض محل العقد، تدخل في خطة التحديث أي الأماكن التي تتحول من أرض غير صالحة للبناء إلى أرض بناء، فقضت المحكمة أنه يفترض في المهندس أن يكون على علم بذلك".²

في حكم لمحكمة "فرساي" أن إلتزام الموثق بالنصح، هو إلتزام نسبي، وأن الشركة المدنية العقارية الدائنة يفترض في ممثلها العلم أو كان يجب عليهم العلم بأن مدة قيد الرهن مدة محددة".³

غير أن معيار العلم أو الخبرة بشؤون العمال، وإن كان من شأنه أن يخفف من مدى إلتزام الموثق بالنصح، إلا أنه لا يؤدي إلى إعفاء الموثق⁴ منه فهي إذن مسألة واقع يرجع أمر تقديرها لقضاة الموضوع. وهذا ما يفسر وجود بعض الأحكام تقول بمسؤولية الموثق عن الإخلال بواجب النصح، رغم "كون العميل من الملمين بشؤون الأعمال".⁵

كما قد يحدث أن يستعين أحد الأطراف بمستشاره الخاص وهنا يضيق الإلتزام بالنصح، لأنه يفترض أن هذا المستشار مسؤول عما قدمه من نصائح. وهذا لا يعني إعفاء الموثق من إلتزامه بالنصح، فهو مسؤول عن إلتزامه كل ما في الأمر أن دوره في تنفيذه ينحصر في حدود ضيقة. كما أن مدى الإلتزام بالنصح، يتوقف على ما إذا كان الموثق، قد قام بالعملية لوحده أم إشتراك معه موثق آخر، وفي هذا الخصوص نميز بين فرضين:

الفرض الأول: حيث يكون إشتراك الموثقين معا أمراً مفروضاً، حيث توجد حالات معينة تستوجب أكثر من موثق، هنا يلتزم كل موثق بأن يقدم النصح للعملاء كما لو كان يقوم بالعملية بمفرده، فإذا ثبت أن أحد الموثقين، قد تدخل في العملية، بصفة تبرعية، هنا يضيق الإلتزام بالنصيحة وهي حالة نادرة الحدوث.

¹ - أنظر في ذلك:

: Tribunal Civil. Seine 2 Avr. 1953. J.C.P 1953 éd.not, 11, 7656 note. Besson; Gaz. Pal. 1953.341.

- أنظر ذلك:

- Rèp. 11 Jan. 1943, Rèp. 1943. Versailles 6 Fev. 1985, Sem .Jurid, éd. Not. et imm. 1988, 11 n° 4 p :20.

³ - كما أن المادة 18 من القانون 02/06 السابق الذكر تلزم الموثق على تحسين مداركه العلمية وهو ملزم بالمشاركة في أي برنامج تكويني وبالتحلي بالمواظبة والجدية خلال التكوين، بالإضافة أن المادة 24 من القرار المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين تلزم الموثق بتحسين معارفه الفكرية والإقتصادية والإجتماعية، كما عليه أن يبذل جهوداً في البحث وأن لا يتوانى في تحسين خدماته.

⁴ - Cass. Civ. 29 Janv. 1964 ; J.C.P 1964, 11. 13702 not P. Espagne

⁵ - أنظر في ذلك:

Tribunal. Paris 17 Mars 1971, Gaz.Pal. 1971, 2.806.

الفرض الثاني: أما إذا إشتراك الموثق الثاني، بطلب صريح من أحد المتعاقدين، وهذا يحدث كثيرا، أين يصير كل متعاقد على تدخل موثقه، في الوقت الذي لا يكون تدخله ضروريا، فتعارض مصالح الموثقين، دفع بالقضاء الفرنسي إلى التوسع في مفهوم الإلتزام بالنصح الذي يقع على عاتق كل موثق في مواجهة عميله.

في كل هذه الحالات نجد أن القضاء يلجأ عادة في تحديد مدى الإلتزام بالنصح يبحث في الدور الذي يقوم به كل موثق في العملية المشتركة بينهما.

كما يتأثر مدى الإلتزام بالنصح، فيما إذا كان عمل الموثق بمقابل أو على وجه التبرع. فالموثق، الذي يطلب اجرا معيناً، لا يقبل منه أي تقصير في أدائه لإلتزامه بالنصح¹ على العكس من ذلك فإن الموثق الذي يقوم بعمله بصفة تبرعية، فإنه يستطيع التمسك بذلك، ومن ثم يطالب بتضييق نطاق إلتزامه بالنصح. وعليه قضت محكمة النقض، بأن مسؤولية الموثق التي تترتب عن إخلاله بإلتزامه بالنصح، لا تنصرف إلى الأوراق العرفية التي يشارك في تحريرها على سبيل التبرع².

غير أنه من الناحية التطبيقية، يميل القضاء إلى التضييق من مدى الإلتزام بالنصح كلما كان إلتجاء العملاء إلى الموثق لاحقا على تحرير الورقة، ذلك أن العملاء هنا قد اتفقوا مسبقا على الموثق، وعلى العكس، يميل إلى الحد من نطاق هذا الإلتزام، كلما ثبت أن العميل يلجأ إليه بصورة عرضية³. شروط العقد، لذا يكون من البديهي ألا يسأل الموثق عن أخطاء وقع فيها الأطراف، في وقت سابق على تدخله وعليه إذا تبين لأحد الأطراف أن الثمن مبالغ فيه، فإنه لا يرجع على الموثق بالتعويض، على أساس الإخلال بواجب النصح، طالما أن الموثق لم يتدخل في المفاوضات المتعلقة بتحديد الثمن وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في نزاع بين مشتريين قد إستندوا في دعواهم إلى أن الثمن الذي تم بموجبه البيع مبالغ فيه، ومن ثم يعد الموثق مسؤولا عن ذلك،

رفضت المحكمة ذلك وقضت " وإن كان يفترض في الموثق العلم بأسعار السوق، في المنطقة التي يمارس فيها عمله، إلا أن ذلك قاصر على الحالات التي يطلب فيها العميل من الموثق، تحديد الثمن.

وأكثر من ذلك ذهب في بعض أحكامها إلى إعفاء الموثق من إلتزامه بالنصح، متى ثبت بيقين أن الأطراف قد تعهدوا بإبعاده منها، هنا ترجع عدم مسؤولية الموثق إلى كونه من المستحيل عليه تقديم النصح للعملاء⁴.

أما إذا ثبت أن الثمن قد تم تحديده بواسطة مأمور عقاري، وأن الموثق لم يتدخل في المفاوضات الخاصة بالثمن، فإنه لا يمكن أن يسأل عن إهمال أو إخلال بإلتزامه بالنصح⁵.

¹ - Cass. Civ. 2 Jan. 1924. 1, 15. Rèp. Gen. Not. art. 20580

² - Cass. Civ. 1ere 7 Juil. 1964. D, 1964. 711.

³ - Cass. Civ. 1ère 19 Avr. 1972, Bull. Civ. 1 N° 105 p: 95; Rèp. Def. 1972.

⁴ - Cass. Civ. 1ere. 8 Mars 1977. Bull. Civ. 1, N° 121, p: 93. Rèp. Def. 1977. Art 31561 N° 104 p: 151. Obs. Aubert. ;"ne peut etre declare responsable le notaire qui a été tenu a l'ecart des negociations qui ont abouti a l'operation prejudiciable et qui est intervenue alors que la convention des parties était déjà parfaite ;de sorte que son de conseil ne pouvait plus être

⁵ - فيما يخص هذه النقطة، أنظر الشرح المتعلق بإثبات خطأ الموثق.

رابعاً: إثبات الإلتزام بالنصح والإرشاد

يخضع هذا الإلتزام، من حيث الإثبات إلى القواعد العامة التي تقضي بأن " منيطالب بتنفيذ الإلتزام، أن يقوم بإثباته، وكذلك من يدعي التخلص من إلتزامه عليه أن يثبت الوفاء به أو يثبت الواقعة التي أدت إلى إنقضاءه ". وبتطبيق هذه القاعدة على إلتزام الموثق بتقديم النصح للعملاء،

نجد أن على العميل الذي يدعي عدم قيام الموثق بالإلتزام بالنصح، إقامة الدليل على ذلك، وقد درج القضاء الفرنسي على إصدار أحكام عديدة في هذا السياق، فذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن " الموثق لا يلتزم بإثبات إنعدام الخطأ، فمسؤوليته عن الإخلال بالإلتزام بالنصح لا تقع بقوة القانونيل يقع على العميل إثبات ذلك . طبقاً للقاعدة التي تقضي بأن البينة على المدعى¹ وفي حكم محكمة فرساي بأنه: " يفترض دائماً أن الموثق قد نفذ إلتزامه بالنصح لأنه لا يجبر شخص على إثبات أمر سلمي. والقول أن للعميل أن يقيم الدليل على إخلال الموثق بالإلتزام بالنصح وإن كان يشكل قاعدة عامة، إلا أنها قرينة بسيطة، يمكن إثبات عكسها، فقد تشير بعض الظروف إلى إهمال الموثق في تنفيذ إلتزاماته بالنصح ومن المستندات ما يؤيد دعوى العميل عندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى الموثق، فقاضي الموضوع، يستطيع دائماً ووفقاً للظروف أن يوزع عبء الإثبات بين الخصوم وفي هذا الشأن ذهبت محكمة " اكس بروفنس "، إلى: " أن الثابت من وقائع النزاع خلو العقد من أية إشارة على قيام الموثق بتقديم النصح للعميل مما يستلزم نقل عبء الإثبات إلى الموثق . بيد أنه قد يصعب على الموثق، أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ إلتزامه، وذلك في الحالة التي يجب عليه ذلك، فبلجاً إلى وسيلة تضمن له إثبات ذلك أي إلى تحرير ورقة، تفيد أنه أخطر العميل بالمخاطر المحتملة للتصرفات التي ينوي إبرامه وتذهب بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى أنها بمثابة تأمين للموثق من مخاطر إدعاء العملاء في تنفيذ الإلتزام بالنصيحة.

الفرع الثاني

الإلتزام بفاعلية العقود والمحركات

من أجل تحقيق رغبة المشرع في ضمان السلامة والأمن القانوني، قبل التعاقد الرسميفإن القانون يلزم الموثق في إطار نشاطه التوثيقي، القيام بالنسبة لكافة العقود تقريباً بضرورة التأكد من صحة الوثائق والسندات والأوراق المقدمة بين يديه وأن يطلع عليها وأن يبذل ما في وسعه للتأكد من جديتها، فكانت الغرفة المدنية الأولى قد قررت وأكدت ذلكفي أولى قراراتها بالنسبة للموثق² وتوالت أحكام القضاء على ذلك النحو³ وهكذا تقرر أنه يجب على الموثق البحث والتحقق من صفة البائع في عقد البيع المحرر من قبله، دون الإكتفاء بالبحث عن أصل الملكية لعقد سابق والذي إتضح أنه غير صحيح" وبنفس الكيفية البحث ومراقبة أصل الملكية وحالة الرهن الخاص

¹ - أنظر فيما يخص ذلك حكم كولمار الصادر في 05 أبريل 1938، أورده د/ عبد الحميد الحنفي، المرجع السابق ص: 126

-Colmar 5 Avril 1938, Gaz. Pal. 1938, 11, 125 ; Bourge 20 Mars 1899, D. 1899, 11, 493; Angers. 20 Juin. 1934, J. not. Art. 38351

² - Cass. civ 1ère 1 février.1989, Bull.n°69.

Civ, 1ère, 12 février 2002, Bull n°54.-civ.1ère 23 nov 1999,Bull.n°299

Cass.civ.1ere ,05 octobre 1999, Bull.n°258.

www.courdecassation.fr/publications/-26/rapport-annuel-36/rapport-2002-14...10/11/2016.

بالعقار فكان من واجبه التأكد من فعالية الضمان الذي يشكله، فقد تدخل فيها اعتبارات وعوامل كثيرة تتجاوز الموثق وإمكاناته، قد لاتخضع لسيطرة الموثق لذا أعتبر هذا الإلتزام من باب بذل العناية وليس بتحقيق نتيجة، لأجل تمكينهم من الحصول على عقود منسجمة، كسندات الملكية وبطاقات الهوية والمحاضر... وحتى الوثائق غير الرسمية منها والمقدمة إليه بغرض استعمالها أو الإستئناس بها في تحرير العقود والمحركات، وإلا انطوى العقد على عيب عدم الإلتزام بالشكليات ومخالفة القواعد الإجرائية المستوجبة قانوناً، ومن ثم إذا ثبت إلحاق ضرر بأحد المتعاقدين بسبب عدم نصح الموثق وإرشاده وتبيان الحقوقه والإلتزامات المترتبة عن العقد قبل تحريره، إلتزم الموثق بتعويضه في مجال البحث والتحرير في عقود تحويل الملكية العقارية والتي يلتزم الموثق السهر على أن تكون كل الشروط مجتمعة لضمان انتقال الملكية للمشتري¹ وهكذا "قضي بأنه على الموثقين قبل تحرير مثل هذه العقود إجراء مراقبة الوقائع والشروط الضرورية لضمان جدية وفعالية هذه العقود".

يمكن القول أن إلتزام الموثق بالنصح والإرشاد أو الإعلام وإن كان يمتد ليشمل كل مراحل العملية التوثيقية، فإنه قبل تحرير ذلك، يعتبر من الإجراءات الجوهرية، وإلا كيف يفسر النص عليه من قبل المشرع الجزائري بقواعد أمره²، هذا من جهة ومن جهة، أخرى فإن الفقه والقضاء حالياً يعتبر أنه الإلتزام الأساس الذي تهنض به مسؤولية الموثق بكافة صورها. ورغم إختلاف نطاق تطبيق كل من الإلتزامين، إلا أن القضاء الفرنسي قضى بوحدة إثبات وحدود تطبيقهما، ففي مجال مسؤولية الموثق فضت الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2001 بأن الموثق لا يعد مغلاً بالإلتزامه بالإعلام وبالنصيحة. لحظة أنه أعلم زبونه ببقاء بعض الإلتزامات التقنية لوكيل عقاري، رغم ذلك أبدل زبون تمسكها بالتعاقد وتحملة مسؤولية قراره باستعمال العبارة "قراري بالتعاقد يعد أمراً شخصياً وأتحمّل كل ما ينتج عن ذلك". من خلال هذا الحكم، نجد أن قرار المشتري الأخير³ أو المستهلك بالتعاقد يعد حداً للإلتزام بالإعلام والنصيحة، ليس فقط للبائع المحترف أو المنتج وإنما كل محترف (cette limite vaut pour tous les professionnels)

هذا بالنسبة لإرادة المستهلك المتعاقد، أما بالنسبة إلى إرادة الطرف الآخر بالتعاقد⁴ فضت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في مجال مسؤولية الموثق في حكم لها بتاريخ 18 ديسمبر 2001 بأن: "الموثق لا يعد مغلاً بإلتزامه بالإعلام والنصيحة، عندما يكون العيب معلوماً لدى العامة، كعلم السكان المجاورين بوجود نزاع قضائي على حديقة عقار أقدم الموثق على تحرير عقد بيعه لفائدة مشتري إدعى بمسؤولية الموثق الذي لم يعلمه بذلك" أو تعلق الأمر بشراء سيارة فيما لو كانت سياحية أو نفعية "لأن مثل هذا التوجيه يعد مألوفاً لدى العامة. سيكون هذا الإلتزام محل شرح في فروع لاحقة.

¹-Cass, civ 3^e, 10 juillet 1970, Bull civ I II, n°484 ; Defrenois 1971, art. 29868, n°43, obs. J.-L. Aubert. - V. aussi Cass. civ. I^{re} 18 janvier 1978, art 31788, n°45, obs. J.-L. Aubert.

²- حاج بن علي محمد، تمييز الإلتزام بالإعلام عن الإلتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع - دراسة مقارنة - الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، 2011، ص 81-82.

³- حاج بن علي محمد، المرجع نفسه، ص 79 - 80.

⁴- حاج بن علي محمد، المرجع نفسه، ص 79 - 80.

الفرع الثالث الإلتزام بالحياد

يعتبر الإلتزام بالحياد¹ من الإلتزامات القانونية المهنية، التي يضطلع بها كل مهني في علاقاته بزبائنه، وتتميز بنوع من التشديد خاصة في المهن القانونية المنظمة والتي ينتظر من أعضائها جانب من الحيطة والحذر في ممارسة مهامهم المخولة لهم قانونا، ويعد الموثق ممن يقع عليهم واجب الحذر خاصة عند إيداع الأموال لحساب عميله، وبالنسبة لمحافظي البيع بالمزايدة عند إعداد دفاتر البيع مع ضرورة تبيان كل المعلومات المحددة وضمنان رسمية المبيعات ولا يكون الموثق محايدا إلا من خلال معاملة طرفي العقد بنفس المعاملة² وهذا ما قضت به الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض على أنه: "يلتزم الموثق بواجب الإعلام والنصح في مواجهة جميع أطراف العقد دون تحيز لطرف دون الآخر" فلا يجوز له أن يحيي مصلحة طرف على حساب الآخر، بل هو مطالب بحماية مصالح وحقوق طرفي العقد³.

لذلك فإستقلال المهنة يعد من أهم الضمانات لخضوع الموثق للقانون وحده، مما يبعث الطمأنينة في نفوس المتعاقدين وأن عدالة التوثيق تحول بينه وبين تلقي عقود الشخصية أو عقود أقاربه والقيام بالأعمال المدنية والتجارية ومن ثم تكريس عدالة الخدمة التوثيقية، من أجل ذلك، وضع المشرع قواعد من شأنها حماية المتعاقد من تأثر الموثق بهذه العوامل، التي تعيق حياده⁴ وتبعده عن مواطن الشبهات ومظنة المحاباة، وحماية لمبدأ الحياد وحقوق الأطراف فقد تكفل المشرع بوضع نصوص في قانون التوثيق كمنعه من تلقي بعض العقود ليس تشكيكا أو طعنا في نزاهته إنما لصلته بالمتعاقدين أو لوجود مصلحة له في العقد⁴، كما أورد المشرع نصوصا في قانون العقوبات في القسم الأول بعنوان الإختلاس والغدر بغية تكريس واجب الحياد المهني لبعض الوظائف⁵.

المطلب الثاني المسؤولية التقصيرية

¹ - Article 12, Code de déontologie notariale adopté par L'assemblée générale de la Chambre nationale des notaries le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005.

² .Cass.civ.1ère, 11 decembre 1999, Bull.n° 164.

³ - Article 11, Code de déontologie notariale adopté par L'assemblée générale de la Chambre nationale des notaries le 22 juin 2004 et approuvé par A.R. du 21 septembre 2005

⁴ - Cass.Civ. Ire, 15 mai 2007, Defrénois 2007, art.38667, n°64 ; note R.LiBCHABER :v.également infra,n°99.

⁵ - تنص المادة 132 من قانون العقوبات على أنه : " القاضي أو رجل الإدارة الذي يتحيز لصالح أحد الأطراف أو ضده يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 1,000 دج. وانظر المادة 126 من نفس القانون : " يعد مرتشيا ويعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من يطلب عطية أو وعدا أو يطلب أو يتلقى هبة أو هدية أو أية منافع أخرى وذلك... ". كما تنص المادة 19 من قانون التوثيق على أنه : " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي :- يكون فيه طرفا معنيا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت... وانظر المادة 21 من نفس القانون: " لا يجوز للموثق العضو في مجلس شعبي محلي منتخب تلقي العقد الذي، تكون فيه الجماعة المحلية التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه.

تعتبر المسؤولية التقصيرية "القانون العام للمسؤولية المدنية" وهي التي يمكن تطبيقها على حالات الإخلال بالالتزامات التي تستمد مصدرها من القانون واللوائح¹. كما أن القواعد التي تحكم ممارسة مهنة التوثيق ترفع المشكلة فوق التصور التقليدي لأي تعهد أو إلزام عادي وتجعله يتعدى النطاق العقدي الذي يتجلى ويبدو ضيقا للغاية في العلاقة بين الموثق والعميل. وإذا كان الموثق يعد عنصرا أساسيا في علاقات القانون الخاص²، فإنه في نفس الوقت همزة وصل بين الأفراد والسلطة العامة، فهو ضابط عمومي أسندت إليه مهمة تحقيق الإستقرار القانوني³. للتصرفات التي يبرمها الأفراد، بالنصح⁴ الذي أيقن الفقهاء أنه السبب الرئيس في إتهيار الجانب أو التصور العقدي لمسؤولية الموثق، وظهور الجانب التقصيري لها، فإنها تصير المسؤولية العقدية للموثق بدأ من اللحظة التي لجأ فيها القضاء الفرنسي إلى الإلتزام بالنصيحة، بدل من فكري الوكالة والفضالة، يمكن مسائلة الموثق مسؤولية تقصيرية إذا بينت ظروف الحال على إنتفاء العلاقة التعاقدية بينه وبين عميله، لأن نطاق هذه المسؤولية يتحدد في جميع الأحوال والظروف التي ينصب فيها الإخلال على إلتزام لم تكن الإرادة مصدرا له فيحالة ما إذا أخل الضابط العمومي بالواجب القانوني العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير وغالبا ما تتحدد الحالات التي توصف فيها مسؤوليته على أنها تقصيرية عند إخلاله وخرقه للقواعد المهنية (الفرع الأول)، إمتناعه عن تقديم الخدمة (الفرع الثاني) وكذا إذا ترتب عن خطئه جريمة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

خرق الموثق لقواعد المهنة

يلتزم الموثق بإتباع سلوك معين لأداء مهامه والتي تكون واجبة الإحترام لإعتبارها جوهر عمله يستوي أن يكون مصدرها القانون أو الأعراف المهنية.

أولا: مخالفة القواعد المهنية: تنظم التشريعات المتعلقة بمهنة التوثيق القواعد التي يستوجب على الموثق أن يعتمد عليها أثناء تأدية مهامه المخولة له قانونا، فأى إخلال بالإلتزام مهني يندرج ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية حتى

¹ - أنظر ملاحظات هشام تفال في تراجعه عن التصور العقدي وقوله بضرورة تغليب الجانب التقصيري لمسؤولية الموثق على التصور العقدي بقوله: "والظاهر من أحكام المسؤولية المدنية للموثق أنها في غير صالح المضرور خاصة إذا كان زبونا، ذلك إذا أخذنا بعين الإعتبار أن الغاية المنشودة من إقرارها هي تمكين المضرور من الحصول على تعويض، وهي الغاية التي تعترضها الكثير من الصعوبات في مجال المسؤولية المدنية، ولعل أبرزها الطبيعة العقدية للمسؤولية وما تحمل من آثار في غير صالح المضرور وإرتكاز أحكامها على الخطأ وما يشكله من عناء لإثباته من قبل المضرور، وصعوبة حصوله على التعويض في-) حالة إفسار الموثق وإمتناع شركة التأمين على الأداء كون الخطأ الذي إرتكبه الموثق عمديا أو جسيما، بالإضافة إلى كل هذا، فإن الزبون يتعامل مع شخص مهني محترف له صفة الضابط العمومي وحامل لتفويض من السلطة العمومية، وهذه كلها عوامل في غير صالح الزبون. وعليه يكون من الأجدر على المشرع إضفاء الطبيعة التقصيرية على مسؤولية الموثق المدنية، هشام تفال، المرجع السابق ص 84 85.

² - J.Poulpiquet, op.cit, n° 239 P : 250 du meme auteur, **responsabilité professionnelle des notaires**, DALLOZ 2003 p : 12.21 et s. l'auteur écrit : **c'est la responsabilité délictuelle qui parait (...) s'adapter le mieux à la prédominance des devoirs légaux du notaire sur ses devoirs conventionnels qui ne sont qu'accessoires.**

³ - Jean-Luc-Aubert, op.cit, N°16 p :36 ; J.de Poulpiquet, p :29,85 et S. -

⁴ - أنظر في ذلك: أنظر في ذلك: المادة الثالثة من قانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق في الجزائر والمادة التاسعة من المرسوم الصادر في فرنسا بتاريخ 02 نوفمبر 1945 وكذلك المادة العاشرة من قانون الإثبات المصري.

ولوكان هناك عقد لأن الإلتزام المهني والإخلال به يشكل خطأ مهنيا يصاحب الإلتزام الثاني من العقد متزامنا ومعاصرا، فإن الأول يطغى على الثاني فيجعل المهني (الموثق) وزبونه من الغير بالنسبة للآخر، وعند رفع الدعوى بسبب هذا الإخلال فإن المحكمة تلجأ إلى أهل الخبرة للإحاطة بأي إلتزام لا تستطيع أن تتبينه بين ثنايا العقد لأنها لاترجع لإرادة الطرفين عند تقديرها للخطأ، وإنما تبحث فيما إذا كان تنفيذ الإلتزامات التي تفرضها القواعد المهنية.

تتمثل القواعد المهنية التي تهض المسؤولية التقصيرية للموثق في إخلاله لذكر البيانات الإلزامية التي يمكن للموثق أن يرتكبها، كونها سببا في وقوع الكثير من الأضرار وعليه توجب مسؤوليته حيث نجد أن القانون فرض بعض الأوضاع والشكليات، يجب مراعاتها عند تحرير الورقة، فبعضها يتعلق بأطراف المحرر، والبعض الآخر يتعلق بالشكل الذي يجب أن يكون عليه المحرر المراد إضفاء الصيغة الرسمية عليه، حيث يترتب على عدم توافر هذه الأخيرة، بطلان الورقة وعدم إكتسابها للصيغة الرسمية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة "باريس" في حكمها الصادر في 26 مارس 1984 بأن: "الإضافة التي تتم في صلب المحرر ودون مسوغ قانوني باطلة ولا يترتب عليها أي أثر، يستوي في ذلك أن تكون قد حدثت لحظة توثيق المحرر أو بعد ذلك ولا يلزم إقامة الدليل على أنه كان يقصد بها الغش". كما يسأل الموثق عن أي إخلال في قواعد الإختصاص سواء كان شخصا أو موضوعيا أو محليا كما سيفصل في مباحث لاحقة في القسم الخاص بالإلتزامات المهنية وما يترتب عن ذلك من أضرار للعميل، فبعد مسؤولا حسب تعمده أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله، وحتى عن إهماله وفيه قضت محكمة "بورديو الفرنسية": "بأن الموثق الذي يتجاوز حدود إختصاصه، فيصيب الموثق المختص أصلا بضرر يتمثل في حرمانه من توثيق عقود الأفراد المقيمين في دائرة إختصاصه وما يترتب عنه من ضياع حقه في الحصول على أجره منهم".

بناء على ما سبق، يكفي للمتضرر إثبات مخالفة الموثق لقاعدة واجبة التطبيق ليكون ذلك بمثابة خطأ يترتب مسؤوليته إتجاه الغير.

ثانيا: مخالفة الأعراف المهنية: تعتبر الأعراف المهنية منبها أصليا للقواعد التي يلتزم فيها المهني بإحترامها، وخاصة فيما بين المهنيين، فيقع على كل مهني العلم بها، حيث أن القضاء تواترت أحكامه على تأكيد إلتزام الموثق بالقواعد التي يحددها عرف المهنة، وأن الإخلال بها يعد خطأ تقصيريا يمكن بموجبه المضرور التمسك به عندما يقيم الدليل على ذلك.

الفرع الثاني

إمتناع الموثق عن تقديم الخدمة

نص المادة 15 من القانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على أن: "لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالف للقوانين والأنظمة المعمول بها"¹

أولا: مسؤولية الموثق الذي رفض تقديم الخدمة

¹ - انظر قانون رقم 02-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

الأصل أن الموثق ملزم بأداء خدماته متى طلب منه، فالمرشح لم يجعل سلطة التوثيق سلطة تقديرية بيد الموثق يوثق بمقتضاها متى ولمن شاء، إنما هي سلطة قانونية يلتزم الموثق بموجبها توثيق أي عقد متى طلب منه، أي أن فكرة النظام العام والامن القانوني التي تغلب على الوظيفة التوثيقية تلزم الضابط العمومي على الإستجابة الفورية لتقديم الخدمة وتطبيقاً لأحكام القانون ومراعاة لأخلاقيات وأدبيات المهنة حتى ولو كان العقد المراد توثيقه غير مخالف للقانون وبالرجوع للمادة 41 منه والتي تنص على أن: "يتقاضى الموثق مباشرة أتعاباً عن خدماته من زبائنه حسب التعريف الرسمية..." توجد حالات يمكن للموثق رفض تقديم خدماته لزبونه إذا رفض هذا الأخير منحه مقابل أتعابه لأن القانون يلزم الموثق بحساب وتحصيل الأتعاب والأموال المستحقة مع التسعيرة التي تقابلها في التعريف الرسمية المحددة في المرسوم التنفيذي رقم (08-243) الذي يحدد أتعاب الموثق كما يشمل الحساب جميع الحقوق والرسوم المختلفة المستحقة للخزينة العمومية،¹ والتي تختلف بطبيعة الحال من عقد إلى آخر، كما له أيضاً رفض ذلك إذا صادف أيام العطل الوطنية أو خارج عن ساعات العمل القانونية أو تعرضه لمانع مادي ناتج عن مرض أو غير ذلك.²

يشكل إمتناع الموثق عن تقديم الخدمة، خطأ تقصيرياً يلزم فاعله بالتعويض متى كان يشكل إنحرافاً عن سلوك الشخص المعتاد، فضلاً عن المسائلة التأديبية، غير أن المحكمة الفرنسية فيما يخص مسؤولية الممتنع قررت بأنه: "إذا كان كل إنسان يسأل عما بدر منه من إهمال فإن الإمتناع لا يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية إلا إذا كان هناك إلتزام على الممتنع بوجوب القيام بالعمل الذي إمتنع عن القيام به³ فيكون عندئذ الممتنع (الموثق) مسؤول عن إمتناعه في جميع الأحوال التي يترتب عن إمتناعه حالة تكون سبباً في إلحاق الضرر بالغير، لأنه لم يتخذ كل الإحتياطات اللازمة لمنع إحتمال وقوع الضرر، فيكون عرضة للمسائلة التقصيرية نتيجة لخطئه السلي وإهماله وتقصيره هذا".⁴

ثانياً: مسؤولية الموثق الذي لم يرفض تقديم الخدمة: (عقود مخالفة للنظام العام) : تعين التذكير بأن مبدأ النظام العام في الوظيفة التوثيقية والذي بموجبه يجب على الموثق تقديم خدماته متى طلب منه هذا يعني أن مثلما سبق الإشارة إليه أن رفض الموثق المبرر لا يكون إلا على سبيل الإستثناء وأن مساءلة الموثق لتقديمه الخدمة لا يكون مقبولاً إلا إستثنائياً هو الآخر.

كما يبدو جلياً أن مقومات العقد التوثيقي والضمان والأمن القانوني التي منحها القانون للوظيفة التوثيقية تحظر على الموثق تقديم خدماته في كل الحالات التي يكون فيها العقد محل الخدمة مخالف للنظام العام وحسن الآداب وأبعد من ذلك يجب عليه الحذر من تحرير أي عقد تنكر أو تهدم فيه حقوق معلومة لديه أو للغير، حيث قضي بمسؤولية الموثق الذي قبل إعداد عقد عن طريق التزوير في حقوق الغير: "يجب على الموثقين الإمتناع عن تقديم خدماتهم لإضفاء الصيغة الرسمية على إتفاقية والتي يكون على علم أنها لا تعترف بحقوق الغير".⁵ كما

¹-CF.J.De poulpiquet,Rép.civ,Dalloz,V°Notaire ,n°268..

²-CF.G.Rouzet, Précis de déontologie notariale, PU Bordeaux,2° éd.,p.78 et s.

³- نقلا عن د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية... الخطأ، المرجع السابق، ص 207.

⁴- نقلا عن د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية... الخطأ، المرجع السابق، ص 210.

⁵- انظر في ذلك:

قضي أيضا: " يكون الموثقون مسؤولون حتى في مواجهة الغير عن كل خطأ سبب ضرر أثناء تأدية نشاطهم"... فهم ملزمون بصفاتهم تلك بفحص دقيق للعقود التي يتلقونها ويحظر عليهم إضفاء الصيغة الرسمية على أي إتفاق يعلمون أنه غير قانوني وغير مشروع.¹ ويمكن القول أن على الموثق التأكد من أن الخدمات المطلوبة من المتعاقدين أن لا تخالف القانون والأنظمة المعمول بها وهو ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/02/1983 الذي قضى أنه: " متى أوجب القانون في الإلتزام التعاقدية مشروعية المحل اعتبر محضورا كل إتفاق مخالف لذلك ولما أيد حكم قضى على البائع برد ثمن بيع سيارة محظور بيعها بحكم القانون واللوائح التنظيمية يكون قد إلتزم صحيح القانون وأعطى قراره الأساس القانوني مما يجعل الطعن فيه مردود غير جدير بالقبول.² فإن العقد يكون معيبا بعيب الشكل حسب المادة 15 من قانون التوثيق وأحيانا قد لا يخالف العقد النظام العام وإنما يكون أحد الأطراف المتعاقدة مصاب بخلل عقلي يؤدي إلى هدم الفاعلية والقيمة القانونية للعقد وهذا ما قضت به محكمة النقض بمسؤولية الموثق الذي حرر عقدا دون مراعاة ضعف القوى العقلية لأحد طرفي العقد".³ والإشكال الذي يطرحه يختلف عن المثال السابق، بداية لأن في الوقت الذي يتدخل فيه الضابط العمومي لم يكن العقد مشوب بعيب الإبطال ثم لأن وجود خلل عقلي لأحد أطراف العقد يثير إشكالية الحماية، حماية الطرف المصاب أساسا وأيضا احتمال إلغاء العقد أو الإتفاق بسبب الخلل العقلي وحماية حقوق الطرف الآخر الذي يجهل الحالة وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قولها: " إنه ينبغي على الموثق المكلف بضمان شرعية وفاعلية العقود المعدة من قبله، التحقق من قدرات الزبون العقلية عندما تثير ظروف خاصة لشكوك حولها"⁴ ومن هنا يتجلى مدى حرص المشرع ومن ثم مهنة التوثيق على توفير الأمن القانوني والتي تستدعي جانبا من الحيطة والحذر من جانب المهني.

الفرع الثالث

إرتباط خطأ الموثق بجريمة جنائية

كثيرا ما تثار مسألة إختياريين متابعة الموثق أمام القضاء المدني أو الجزائي، وبالرجوع إلى قواعد الإجراءات الجزائية، يمكن للضحية أن يختار القضاء الجزائي لمتابعة الموثق بدعوى التعويض، فيمكن له تحريك الدعوى العمومية بالتوجه أمام وكيل الجمهورية أو عن طريق التأسيس كطرف مدني أمام قاضي التحقيق، وغالبا ماتكون الأفعال المتابع بها الموثق، مكيفة على أساس جنحة أو جنائية.

- CASS .civ.1^{re}. 3mars 2002, Bull.civ.1, n°81 ; Defrénois 2002.art.37607, n°73, note.J-L.AUBERT .

¹- Cass .civ.1re,10 janvier 1995,Bull.civ.1,n°24,Defrénois1995,art.36024,n°20,obs/J-L.AUBERT.

²-قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/1983، ملف رقم 30072، المجلة القضائية، 1989، الجزء الاول، ص 37. - نقلا عن د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية... الخطأ، المرجع السابق، ص 207.

²- نقلا عن د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية... الخطأ، المرجع السابق، ص 210- انظر في ذلك:

³-CASS.civ.1re, 9 janvier 1963, Bull.civ.1, n°21

⁴- أنظر في ذلك:

CASS.CIV.1re 24février 1998, Bull.civ, n°73 : «IL appartient au notaire, tenu de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes recus par lui, de vérifier la capacité de son client lorsque des circonstances particulières lui permettent de mettre en doute ses capacités mentales»

جرت بعض المحاكم على تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، عندما يشكل الإخلال بالإلتزام جريمة فيما يتعلق بالتعويض الناشئ عن الجريمة، ويفسر ذلك بأن المحكمة الجنائية ليست لها الولاية في البحث بل تبحث في مسؤولية المهني بل في الضرر الناشئ عنها وليس لها ذلك إلا على سبيل الإستئناس مما لا يجوز القياس عليه ولا حتى التوسع فيه، وللمضروور الحق في رفع دعواه المدنية المترتبة عن الجريمة إلى المحكمة المدنية وليس للمضروور حينئذ أن يعدل عن هذه الدعوى إلى المحكمة الجنائية لأن المسؤولية المدنية هي الأصل، غير أنه يختلف الأمر إذا رفع دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية بالتبعية للدعوى الجنائية وفي هذه الحالة يملك حق العدول ورفعها أمام المحكمة المدنية¹ ويعود هذا الإرتباط بين الدعويين لوحدة الفعل الضار المشكل للجريمة عن الضرر فيتعين ثبوته إلى المدعى عليه في كلتا الدعويين، والهدف من ذلك هو تسهيل مباشرتها وجعل القاضي الجنائي أكثر إحاطة بظروف وملابسات الضرر الناجم عن الجريمة مما يسهل عليه تقدير التعويض طبقاً لأحكام المادة 2 ق إ ج² يكون من الضروري إحترام قواعد الإختصاص وضمان عدم التعارض بين الحكمين الصادرين في الدعويين وذلك بإضفاء حجية عن الحكم الجنائي³ وقد تثار مسألة مدى حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية، والتي عالجها المشرع في المادة 339 ت م ج، فالقاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجنائي بصفة مطلقة وإنما يتقيد بما يلي :

- الحكم الذي يتقيد به القاضي المدني حكماً جنائياً

إستناداً لقاعدة " الجنائي يوقف المدني "⁴ أي يجب أن يكون صدور الحكم الجنائي سابقاً وبصفة نهائية عن الحكم المدني كما أنه لا يعتد بالأحكام التمهيدية، وتطبيقاً لمبدأ تقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي توقف الدعوى المدنية فيما يتعلق بوصف الجريمة وأسنادها إلى فاعلها، مثلما أوردته المادة 4 من ق إ ج، كما يكون في وسع ذات المحكمة أن تقضي في كلا الدعويين بحكم واحد، أو أن تحيل الملف على المحكمة المدنية لأنها الأصل في ذلك.⁵

- أن يتقيد القاضي المدني بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فصلها ضرورياً:

مفاد ذلك أن يرتبط القاضي المدني في هذه الحالة، بالحكم الجنائي وبالوقائع التي فصل فيها الحكم وكان هذا الفصل ضرورياً للفصل في الدعوى الجنائية، فإذا قضى بإدانة الموثق بفعل التزوير في محررات رسمية، فلا يجوز للقاضي المدني رفض دعوى التعويض بحجة إنعدام التزوير في المحرر الرسمي، أما إذا قضى بخلاف ذلك، أي ببراءته فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من قبول طلب التعويض ضمن الضحية ومؤدى ذلك أن إختلاف الخطأ المدني عن الخطأ الجنائي الذي يكون القصد الجنائي ركناً أساسياً فيه، كجريمة التزوير في المحررات الرسمية وجريمة الغدر

¹ - د/علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام...، المرجع، ص 112.

² - الأمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج. ر. عدد 48، الصادرة في 10/06/1966 معدل ومتمم.

³ - د/ بلحاج العربي، دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون القضائي الجزائري، م، ج، ع، ق، إس، العدد 2، الجزائر 1994، ص 383-384.

⁴ - د/ معراج حديدي، الوجيز في الإجراءات الجزائية مع التعديلات الجديدة، الجزائر 2002، ص 81. د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري...، المرجع السابق، ص 145.

⁵ - د/ بلحاج العربي، دعوى المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص 381-382.

وخيانة الأمانة، في حين أن المسؤولية المدنية تتحقق ولو وقع إهمال أو تقصير من جانب الضابط العمومي، ضف إلى ذلك، أن الخطأ الجنائي محدد بصفة دقيقة في قانون العقوبات، تطبيقاً للقاعدة المعروفة " لاجريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹ وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 5 جانفي 1983 حيث جاء فيه أن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً² وعلى العكس من ذلك فقد وضع المشرع قواعد عامة في المسؤولية المدنية وترك بذلك حرية للقاضي في تكييف سلوك الشخص فيما إذا كان يشكل خطأ يرتب مسؤولية أم لا.

المطلب الثالث

التوجه نحو نظام موحد لمسؤولية الموثق

إن خلو المدونات المدنية في القانون الجزائري والفرنسي -إلى وقتنا هذا - من أحكام خاصة بالمسؤولية المدنية للموثق، دفع الفقه والقضاء الفرنسي إلى محاولة تطويع نصوص القانون المدني التوسع في تفسيرها حتى يتمكن من إسعاف المتضررين من نشاطه، لكن هذا لم يحل دون تسجيل عجز تلك القواعد المزدوجة لوضع حلول مناسبة لهذه المسألة (الفرع الأول) وهذا ما دفع البعض من الفقه إلى البحث عن نظام خاص ومستقل وموحد لمسؤولية الموثق (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عجز القواعد العامة عن وضع حلول مناسبة

مع عدم وجود تنظيم قانوني خاص بمسؤولية الموثق، وأمام تزايد حجم الأضرار والأخطار دفع القضاء إلى تلمس الحلول في القواعد العامة لصياغة أحكام حظيت بإهتمام من الفقه غير أنه لم يكن ليشفع للأحكام التي صيغت على هدي القواعد العامة من بعض المؤاخذات، فقد وجهت بعض الإنتقادات إلى تلك الحلول المستخلصة من النظام المزدوج لهذه المسؤولية على النحو التالي:

أولاً: الإختلاف غير المبرر في معاملة المضرورين

لقد أدى إعمال وتطبيق القواعد العامة إلى تفاوت غير مقبول في معاملة الزبائن المتضررين، لمجرد إرتباطه بعلاقة عقدية أم لا مع المسؤول، فكانت ومازالت بعض الأحكام القضائية القديمة، تحضى بتأييد جانب من الفقه تذهب إلى أن مسؤولية الموثق تتوقف على الدور الذي يقوم به، فمتى قام الموثق بأعمال خاصة لحساب العملاء، ترتبت على كاهله في حالة الإخلال، المسؤولية العقدية.³ أما إذا قام بواجب مهني، بوصفه ضابطاً عمومياً، وأخل بهذا الواجب، فإنه يسأل على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية والسؤال الذي يطرح نفسه هو لماذا هذه التفرقة

¹ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 380.

² - المرجع نفسه، ص 380.

³ - G. Durry, la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Université Mc. Gill, 1986 n° 168 : « on ne saurait nier l'existence d'un contrat entre le notaire et son client, meme quand l'appel au notaire est imposé par l'exigence d'un acte Authentique ».

بينمضربين محتملين يفترض أنهم تعرضوا لمصدر واحد من الضرر، كما أن هذه التفرقة لن يكون لها مبرر طالما أن القضاء الفرنسي قد كرس ذلك بخصوص بعض أنواع المسؤوليات المهنية (كالمنتج) سيكون محل تفصيل فيما يخص إثبات الخطأ في مباحث لاحقة .

ثانيا: تنوع واختلاف القواعد المطبقة

قد تكون مصدرا للشك، وعدم اليقين وإنعدام الإستقرار القانوني بين الجهتين وأن الحلول الممنوحة من المتصور أن تختلف، حتى ولو تماثلت الظروف على إعتبار أنها رهينة الجهد القضائي الذي أخرجها عما أراده لها واضعوها، كما أن الأحكام التي ينتهي إليها القضاء تجد تأسيسها لامحالة في القواعد العامة ذات التركيب الثنائي (عقدية تقصيرية) تتراوح إلتزاماتها المطالب بتأديتها بين بذل عناية وتحقيق نتيجة، حيث نجد أنه في هذا الشأن وبالنظر للطبيعة المتغيرة لتدخل الموثق، نادى جانب آخر من الفقه بضرورة تطبيق أحكام كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة هذا التطبيق وإنقسموا إلى فريقين:

الإتجاه الأول: ذهب إلى إقتراح مبدأ التطبيق المتناوب أو المتعاقب، لقواعد كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية، حسب ظروف كل واقعة وبمراعاة الشروط التي يتدخل فيها الموثق وعليه تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية أحيانا، وقواعد المسؤولية العقدية أحيانا أخرى، فالموثقون يخضعون لأنظمة المسؤولية من طبيعة مختلفة.

الإتجاه الثاني: ويرى هذا الفريق بعدم التسليم بفكرة التطبيق المتناوب أو المتعاقب لأحكام كل من المسؤوليةين ويقترح بدلا منهما التطبيق الجامع أو الشامل لمبادئ وأحكام كل من المسؤوليةين ويربأن الموثق بالرغم من أنه ضابط عمومي، إلا أن لجوء الأطراف إليه غالبا ما يكون بإبرام عقد معه ويتجلى ذلك في الممارسة الصحيحة لنشاطه¹، وفي حالة الإخلال بالتزاماته فيكون للزبون إختيار نظام المسؤولية الذي يلجأ إليه، إلا أن وجود العقد² لا ينفى حق العميل في اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية عن الأضرار المترتبة عن تقاعس وإهمال الموثق في أداء مهامه،

هنا نكون إزاء حالة من حالات الجمع بين المسؤوليةين وإن كان هذا هو موقف الفقه هناك، وعلى حد تعبير Goémare والذي إعتبر أن مسؤولية الموثق في علاقته بزبونه هي ذات طبيعة تقصيرية عند تلقيه وتكليفه بتحرير عقد رسمي، وعقدية في حالات أخرى كتحرير عقود عرفية أو عند القيام بوظيفة النصح والإعلام، وقد إعتد هذا الفقيه على قرارين صادقين عن محكمة النقض³ تمت المصادقة عليهما بقرار آخر مؤرخ في 24 سبتمبر 2009،

¹ - Civ. 3ème, 10 jul 1970, n° 68-13, 508, n° 68-13. 564, bull. civ. N°484 -civ. III, 1ère, 12 Avr 2005, n° 03. 14.842, bul. Civ. N° 178 « **Attendu qu'en vertu de leurs statut, les notaires professionnellement tenu d'éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes, ne peuvent décliner le principe de leurs responsabilités en se bornant de donner la forme authentique aux déclarations reçues** ». Civ. 1er; 23 jan 2008, n° 06-17, 489, bu. Civ. II, 27; D, 2008, 483. **La cour de cassation a désormais pris partie: "Les obligations du notaire lorsqu'elles le tendent qu'assurer l'efficacité d'un acte instrumenté par lui et ne constituent que le prolongement de sa mission de rédacteur d'actes, relevant de la responsabilité délectuelle"**.

²-Cass.,24 septembre 2004, Rev. not. belge, 2009, p,214 et cass.,23 octobre 2008, R.W., 2009-2010, p.1349 et not E.Noridin.

³-P.Joisten « **Un notariat sur mesure, mais au fond... Qui fait la mesure** » ?, op .p, 819-

والذي كرس مبدأ الإزدواجية (مسؤولية تقصيرية بالنسبة للعقود الرسمية وعقدية بالنسبة للعقود الأخرى) وتم تعميم تطبيقه من قبل أغلب المحاكم الأخرى.

قبل أن يجف حبر هذا القرار، أصدرت المحكمة العليا الأخرى في قضية تخص مسألة تقادم مسؤولية الموثق والذي لم يأخذ بعين الاعتبار حكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2012 والذي تصدت فيه إلى التمييز في مدد التقادم باختلاف العقود المحررة من قبل الموثق وعلى حد تعبير الفقيه Joisten أنها أرادت توحيد تلك المدد إلى مدة عشرة سنوات بالنسبة لكل دعاوى مسؤولية الموثق رافضة مبدأ الإزدواجية وطرح التمييز بين العقود الرسمية والعقود العرفية جانبا دون الإفصاح مباشرة للتوجه نحو الطابع العقدي لهذه المسؤولية¹ ودون تبرير موقفها حيث، أنه وأمام غموضه لم يلق قبول من قبل غالبية الفقه، كما لاحظ ذات المؤلف، ليصدر قرار محكمة النقض بتاريخ 6 جوان 2013² أي بعده بقليل وعلى حد تعبير أحدهم أنه هو الآخر لم يكن ذا جدوى لتوضيح طبيعة مسؤولية الموثق، حيث لم تؤكد ولم تنف ذلك ويستمر الجدل حول طبيعة المسؤولية المدنية للموثق بين عقدية وتقصيرية.

إلا أن القضاء عندنا لم يحفل هو الآخر بمسألة تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الموثق المدنية، غير أنه كان بالإمكان خدمة ذلك، لو تعمق وتصدى لهذه المسألة بحلول عملية لما يثار لديه من مسائل حولها، خاصة أن مدة التقادم هي واحدة، بإستثناء بعض الأحكام النادرة في القضاء الفرنسي والذي تبني في بعض أحكامه مسائله الموثق، على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية³ ومن ذلك حكم محكمة باريس الذي أكد بوضوح : أنه "بموجب المادتين 1382 و1383 من القانون فإن الموثقين مسؤولين تجاه عملائهم عن الأخطاء المرتكبة كموظفين عموميين في ممارسة وظائفهم، بل أن بعض الأحكام ذهبت إلى الأخذ بالتطبيق الجامع للمسؤوليتين وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في فرنسا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 01-07-1958⁴ وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكم قديم لها أنه " متى وجدت ثمة علاقة بين المضرور والموثق، فإن المسؤولية في هذه الحالة تعد عقدية لأن ما حدث من ضرر، إنما صدر من الموثق بصفته وكيلًا إقترف خطأ أثناء أدائه ما عهد إليه صراحة أو ضمنا"⁵. فإختيار الموثق يعد تعبيرًا عن إرادة ورغبة العميل، ومن ثم يجب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بالتزاماته المتضمنة في العقد، وتطبيقا لذلك قضت محكمة باريس بأنه " لا يمكن إجبار العميل على التوقيع على محرر تمت صياغته بواسطة موثق طالما أن العميل لم يساهم في إختيار ذلك الموثق"⁶.

¹ - أنظر هشام تفالي، المسؤولية المهنية للموثق، ماجستير جامعة الجزائر، سنة 2007، ص 20 وما يليه. والكوشة يوسف، مسؤولية المحضر القضائي، مذكرة ماجستير قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 13.

² - Cass.civ ,6 juin 2013 ,J T .,2013 ,P,629 et J,GOEMARE",La responsabilite notariale », op.,cit.,p.305

³ - سليمان مرقص، "الوافي في شرح القانون المدني"، ج 1، ط2، مصر الجديدة، 992، ص 380.

⁴ - أنظر في ذلك:

⁴ - Cass. Civ 1er juillet 1958. T.C.P. 1958, D, not; 11, 10.767, note Espagne.

⁵ - Cass.civ .Ire.7 juillet 1964 D.1964 .p.711 l'arrêt relève que, selon les juges du fond le notaire avait " agi. non en qualité de notaire, mais comme mandataire purement bénévole". Il va de soi que, dans de telles circonstances. Le comportement de l'officier public ne doit plus être apprécié comme tel, mais comme le serait celui de n'importe quel particulier. Et se trouve soumis au régime d'indulgence que prévoit l'article 1992. Alinea 2. Du code civil, au profit du mandataire non salarié.

⁶ - أنظر ملاحظات جون لوك أوبيير:

- J.L.Auber « Cette liberté de choix est d'ailleurs expressement prévue par l'article 11 du règlement national des notaires, il impose au notaire de laisser le choix de son notaire au client et donc de s'abstenir de toutes

في خضم الجدل الفقهي الدائر والحاصل إلى حد الساعة بين الفقه والقضاء، و إذا كان الفقه قد جرى على التمييز بين نوعين من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، نجد إتجاها آخر فقهيًا تجلى حديثًا يعتبر أن مسؤولية الموثق هي من نوع خاص يجب أن تستقل بذاتها، فهي ذات طبيعة مهنية¹، لا يمكن إخضاعها لأي من التقسيمين التقليديين.

الفرع الثاني

ضرورة القول بذاتية المسؤولية المهنية للموثق

ذهب جانب من الفقه إلى القول، أن مسؤولية الموثق لا تعدو أن تكون ذات طبيعة مهنية خاصة،² إذ يفند محاولة إخضاع الموثق إلى هذا التقسيم الثنائيبخصوص مسؤوليته المدنية والبحث عن صورة تتلائم ووضعه القانوني وبالتالي تأكيد ذاتية المسؤولية المهنية، حيث أن القوانين لم توضع لتطبق على كل المواطنين، ولكن على مجموعات من الأفراد يمكن تمييزهم عن طريق النشاط المهني الذي يزاولونه، وعلى حد تعبير الأستاذة G Viney، والتي ترى ضرورة إفساح المجال لأنظمة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية والعقدية، خاصة في المجال المهني، حيث يبدو واضحًا تزايد تدخل المشرع لتوفير حماية للمستهلكين، وتوحيد القواعد...³ هذا ويضيف بعض الفقه أنه إذا كان للمسؤولية المدنية، وبنفس تقنياتها الوقاية من الأخطار وردع المخل وإصلاح الضرر، فسيضعفنا هذا وبلا شك، من الإنشغال بالبحث عن أساس جديد للمسؤولية المدنية كما أن المركز القانوني للشخص أصبح يؤثر على ما يتمتع به من حقوق وما يترتب عليه من إلتزامات وهذه الخصوصية لمسؤولية الموثق تتأتى من:

أولاً: أن الموثق يمارس نشاطه، من خلال النظام القانوني العام للدولة والذي يشكل جزءاً منه، فهو يباشر مهنته لإثبات الأعمال القانونية للأفراد (المعاملات العقارية، التبرعات الرهون وعقود الزواج والشركات بإختلاف أنواعها) وإذا كان الموثق يمارس مهام خاصة متعددة، فإن مهمة التوثيق هي أهمها على الإطلاق. والموثق حينما يمارس مهنته، إنما يمارسها باستقلال عن هيمنة أو تأثير الأفراد وهو ما ينسجم مع المغزى من إنشاء وظيفة التوثيق، ألا وهو ضمان تحقيق الأمن القانوني سواء بالنسبة لأعمال التي تخضع لمقتضى الشرعية أو الصحة التي يرغب الأطراف في توثيقها.

ثانياً: من المعلوم أن الوكيل يقوم بعمل قانوني باسم ولحساب الموكل، غير أنه يلاحظ أن الموثق لا يوكل في أمور عامة لموكله وإنما يكون ذلك في حدود اختصاصه، فهو وكيل ومفوض في ذات الوقت عن الدولة صاحبة الإختصاص الأصيل. يضاف إلى ذلك أن الموثق لا يمثل العميل لا لأنه يجب أن يكون طرفاً في العمل الذي يقوم به، حيث أن

pressions sur celui-ci s'impose à tous les notaires: les manquements à celui-ci sont sanctionnés disciplinairement.»

¹- ويؤكد ذلك "ريبيز" بقوله: يجب على البعض وهو يقصد المهنيين كافة أكثر من غيرهم بسبب الوظائف التي يشغلونها والثقافة والخبرة التي اكتسبوها والثقة التي توضع فيهم لتجنب مواطن الزلل في سلوكهم وهنا يتضح رسوخ الفكرة المهنية، وتأثيرها على تحديد المسؤولية، فلم يعد هناك نوع واحد من المسؤولية بل عدة أنواع تحدد مداها طبيعة المهنة التي يزاولها الشخص ومدى الإلتزامات التي تفرضها عليه

²- د/ محمد محي الدين ابراهيم سليم، ذاتية مسؤولية الموثق، المرجع السابق، ص 35.

³- G. Viney, *Traite de droit civil* sous la direction de Jacques GHESTIN, **Introduction à la responsabilité**, L.G.J.L., 2^{ème} éd, 1995, n°243.

النائب أو الوكيل ليس طرفا في العمل الذي يباشره لموكله وإنما ينشأ ذلك من مضمون مهنة التوثيق التي تقوم على تأكيد التصرف وليس إنجاز، ومع ذلك قد يحصل الموثق على تفويض من الموكل أو العميل، إلا أنه تفويض لا يكون مرتبطا بإنجاز أعمال وظيفته، بل هو أمر ثانوي، كذلك الإجراءات التي قد يتخذها الموثق بصفته وكيلا عن أحد طرفي العقد كاستلامه الدفتر العقاري من المحافظة العقارية أو طلب شهادة حالة العقار... إلخ، ومع ذلك يمكن تكييفه على أنه من قبيل إدارة الأعمال وفي هذه الحالة يمكن أن يتدخل الموثق تلقائيا للقيام بذلك العمل مما قد يثير شبهة تجاوز حدود صلاحياته وإن كان هذا التفويض وإدارة الأعمال قد يفسر كل منهما نشاط الموثق إلا أنه لا يمكن أن يساهما في تحديد النشاط التوثيقي على وجه خاص ومحدد .

ثالثا : إضافة إلى وجود العنصر أو الوجه التعاقدي في عمل الموثق، الواضح والجلي في علاقته مع الزبون، ذلك وكما هو معلوم أن الموثق لا يستطيع رفض تقديم الخدمة، أي لا يستطيع رفض التعاقد بالنسبة للعميل الذي لجأ إليه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مقابل الأتعاب لخدماته يكتسي طبيعة تنظيمية، بموجب جداول الرسوم المنظمة قانونا والتي لا يملك حيالها الأطراف أي مرونة أو حرية في مناقشتها. ومع ذلك فإنه يمكن القول بوجود مظهر تعاقدية غير قابل للنزاع لتدخل الموثق، من خلال سعي العميل الذي يملك حرية الاختيار للمفاضلة بين موثق وآخر وحق اللجوء لأحدهم دون غيره. والتركيز على ضرورة هذا التوجه، لا يعني أن تغرس لدى الموثق ذلك التوجس أو الخوف والرغبة من شبح المسؤولية، فيقلل ذلك من عزمته وروح المبادرة عنده. مما دفع البعض إلى التوجه نحو البحث عن أساس آخر أو تنظيم مهني مستقل يصلح لها .

أولا : مبررات قيام مسؤولية الموثق نتيجة إخلاله بالالتزام مهني (واجب النصح والإرشاد):

يؤكد قيام مسؤولية الموثق على الأساس المهني أي نتيجة إخلاله بالالتزام مهني بالالتزام بالنصح والإرشاد، مجموعة من الإعتبارات والمبررات نبرزها فيما يلي :

- 1 - عدم تمكن الفقه والقضاء من إخضاع المسؤولية التوثيقية، لإحدى صور المسؤولية المدنية بل اعتبرها مسؤولية ذات طبيعة خاصة، فخطأ الموثق غير الخطأ العقدي، نجده أكثر وضوحا عند تعريفه من خلال إعتبارات واقعية تتعلق بالتخصص والجانب الفني في تنفيذ الإلتزام وتأثير الأعراف والقواعد المهنية، فيتم قياس الخطأ التوثيقي من خلال قياس سلوك الموثق على سلوك موثق آخر من نفس التخصص والدرجة في العقدي أو التقصيري، وهذا ما يؤكد ميول واتجاه المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية.
- 2 - لا يعد موضوع حقوق الزبون موضوعا حديثا، فالعلاقة معروفة منذ أمد بعيد كالمحامي أو الطبيب أو أي مهني آخر، وقد أنشأت إلتزامات على كاهله لمصلحة¹ زبونه، وهذه الإلتزامات هي في الحقيقة تشكل حقوقا للزبون. ولكن الجديد هو ما أفرزته التطورات في هذا المجال فكان لزاما أن يتدخل المشرع ويعيد تنظيم العلاقة بين الموثق والزبون وبالتالي إلقاء على كاهل الموثق إلتزامات أخرى غير المتفق عليها في العقد مثل الإلتزام بالإعلام والسلامة القانونية.

¹ - عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، 1996، ص163.

3 - عدم الإعتراف بشروط الإعفاء من المسؤولية، حيث يعتبر أي شرط يعني أو يقيد مسؤولية الموثق باطلاً وكون المسؤولية بالنتيجة في هذه الحالة تنشأ عن الإخلال بواجب وقاعدة اخلاقية

تعتبر القواعد المهنية وأعراف المهنة هي مصدر التزام الموثق، حيث يحددان مدلول ومفهوم المعطيات التوثيقية المكتسبة، وهي بدورها تحدد مضمون إلتزام الموثق بتحرير العقود وما يتصل بها، وثمة نصوص في قانون أخلاقيات مهنة التوثيق تعد قواعد أمره تتصل بالصالح العام وتعد بالتالي هي مصدر نشاط الموثق وليس مصدر إلتزامه العقد وما يؤكد ذلك.

أ - عدم النص على هذه الإلتزامات في العقد التوثيق.

ب - أطراف العقد الذي يربط الموثق بزبونه ليس بإمكانهم تعديل الإلتزامات المهنية والتي تفرضها قواعد أخلاقيات المهنة واعرافها.

ج - أن هذه الإلتزامات المهنية التي تثقل كاهل الموثق تجاه الزبون يحصل على خدماته حتى ولو لم يربط بينهما عقد، فالإلتزامات الموثق لا تتغير بحسب وجود عقد أو إنتفائها بالمركز القانوني للموثق، هو مركز خاص بمهنة التوثيق التي يمارسها وليس بالنظر إليه كشخص مجرد، ويتم معالجة مسائل المسؤولية بشأنه بحسب الطبيعة الخاصة للإلتزامه فعدم مراعاته للمسائل التقنية الخاصة بعمله تقوم مسؤوليته بإهماله هذا الواجب المهني وهذه المسائل قد تعتبر بالنسبة للرجل العادي، ولكن الحال بالنسبة للموثق بحكم تخصصه فالمسؤولية عن الأخطاء الفنية تختلف عن المسؤولية عموماً، وتستوجب توقيع جزاء أشد لأن للموثق إلتزامات خاصة قبل العمل.¹

نستنتج أن مسؤولية الموثق قد لا تخضع للقواعد التقليدية في المسؤولية العقدية التقصيرية التي تعد لكليهما، قاصرة على إحتواء الإلتزامات الجديدة التي ألقاها القضاء على عاتق الموثق والتي تجعل مسؤوليته مستقلة عن نوعي المسؤولية المدنية، والسبب في ذلك أنها لا تنشأ في الواقع من إخلال بالتزام عقدي أو إخلال بإلتزام عام بالحيلة والحذر وإنما تستمد من إلتزام بواجب مهني، أساسه جملة مستمدة من القسم " أقسم بالله العلي العظيم، أن أقوم بعمله أحسن قيام، وأنا أخلص في تأدية مهنتي وأكتم سرها وأسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف، والله على ما أقول شهيد"،² وتلقي مهنة التوثيق بظلالها على إلتزامات الموثق ومسؤوليته وتتصل إلتزامات الموثق إتصلاً وثيقاً بالمصلحة العامة، وتخضع لسلطان النظام العام كما تعتبر الأعراف المتعلقة بالنشاط التوثيقي، هي المصدر للإلتزامات الموثقين حيث تحدد للموثق مدلول المعطيات العملية المكتسبة، والتي من خلالها يتم تحديد مضمون إلتزام الموثق في تحرير العقود، كما تحدد قواعد أخلاقيات المهنة بكل دقة مضمون إلتزام الموثق وما يجب على المهني التقيد بها، فلا تتغير بوجود العقد من عدمه.

ثانياً: الآثار المترتبة على قيام مسؤولية الموثق نتيجة الإخلال بالتزام مهني:

¹ - جابر محجوب، "قواعد أخلاقيات المهنة، أسامي الزامها ونطاقها" طبعة 2، بدون دار نشر، 2001، ص 215 وما بعدها.

² - أنظر المادة 8 من القانون رقم 06 - 02 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

- يترتب على إعتبار مسؤولية الموثق ناشئة، من إخلال بواجب مهني عدة آثار منها :
- 1- إخضاع المسؤولية التوثيقية، لقواعد موحدة بصرف النظر عن طبيعة علاقة الموثق بالزبون، سواء كانت عقدية أو تقصيرية، فالإلتزامات تنشأ عن مصدر مستقل عن إرادة الأطراف، وهذا يؤدي إلى زوال الإزدواجية الحالية في تنظيم مسؤولية الموثق والتي كانت وما زالت مثار جدل بين الفقه والقضاء فالمصدر واحد هو إخلال بواجب مهني¹.
 - 2- أن خطأ الموثق ناتج عن الإخلال بالترام مهني، فمعيار تقدير التعويض يكون مهنيا، وفقا لأعراف وتقاليد المهنة والأصول والمعطيات العلمية المكتسبة والمستقرة والمعاصرة وليس وفق معيار الرجل العادي.
 - 3- إذا أعتبر الإلتزام المهني، كأساس لمساءلة الموثق هو تجسيد لفكرة المخاطر المهني رجل متخصص في مجاله، يسعى لتحقيق الربح من وراء النشاط الذي يقوم به ويباشره لصالح أشخاص يجهلونه مما يجعلهم في موقف الطرف الضعيف في العلاقة مع المهني وهذا تكريسا لإقامة مسؤولية الموثق على أساس المخاطر.
 - 4- وبالتالي يبدو أن قواعد أخلاقيات المهنة، ذات طابع مؤثر أمام المحاكم المدنية كما أنها تعد مصدرا للإلتزامات المهنة، وهذه تفرض على الموثق بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي تربطه بالزبون إحترامها، على أن تؤدي مخالفتها إلى قيام مسؤولية مهنية.

المبحث الثاني

تحديد طبيعة الترام ونطاق مسؤولية الموثق

الموثق كغيره من أصحاب المهن الحرة المنظمة، يعتبر مسؤولا عن إخلاله بواجباته وإلتزاماته التي تفرضها عليه مهنة التوثيق، وحتى نستطيع أن نضع الموثق أمام مسؤولياته لابد من معرفة طبيعة هذه الواجبات والإلتزامات المفروضة من أجل تحقيق الأمن القانوني لحقوق الأفراد. لذلك سأتناول تحديد طبيعة الواجبات التي يقع على كاهل الموثق القيام بها خلال ممارسته لأعماله نشاطه المهني التوثيقي (المطلب الأول)، ثم سأبحث في نطاق مسؤوليته. (المطلب الثاني)

المطلب الأول

تحديد طبيعة إلتزامات الموثق المهنية

يلقي النظام القانوني بصفة عامة والقانون رقم 06-02 المنظم لمهنة التوثيق، على وجه الخصوص على كاهل الموثق مجموعة من الإلتزامات المهنية، ويقصد بها تلك الواجبات التي تتصل إتصالا مباشرا بمهنة التوثيق، أي الإلتزامات التي يشكل الإخلال بها أخطاء تستوجب قيام المسؤولية المدنية أو المسؤولية الجزائية أو المسؤولية معا، وبإعتبار الموثق ضابطا عموميا ومهنة التوثيق ليست سلطة أو امتياز تجعل ممارستها في منأى عن المساءلة، وإنما هي خدمة عمومية وتكليف للقائمين بها، الهدف منه خدمة الصالح العام .

¹ - جابر محجوب علي محجوب، المرجع السابق، ص176.

قد يكون المدين ملتزما باستيفاء واقعة محددة، فيكون الإلتزام حينئذ إلتزاما محددًا بدقة، ولا يكون قد وفي به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزما فقط بأن يقدم عنايته، وأن يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى تلك النتيجة، وقد جرت غالبية الفقه على تسمية النوع الأول بالإلتزام بنتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني بالإلتزام العام بالعناية والحرص، وأن معيار التمييز بينهما هو درجة احتمال تحقق النتيجة التي يقصدها الدائن⁽¹⁾ تتحدد التزمات الموثق وفقا لما تقضي به قواعد المهنة وقوانينها ما لم ينص العقد - إن وجد - بزيادة الإلتزامات أو الحد منها، في حدود التي يجوز فيها الإلتفاق على ذلك.

إن الإثبات يقع على الدائن المدعي، وهذا تطبيقا للقواعد العامة¹ في الإثبات لذلك سنتعرض لكل من هذين النوعين من الإلتزام، الإلتزام بتحقيق نتيجة أصلا (الفرع الأول)، والإلتزام ببذل العناية إستثناء في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإلتزام بتحقيق نتيجة (الأصل)

إن صفة الضابط العمومي التي عهدت من قبل المشرع للموثق لإضفاء الرسمية للعقود التي يتلقاها ويتولى حفظها وإيداعها ونصح وتبصير الزبائن من أهم الواجبات الأساس له، فهو يستثمر في حقل أو جزء من صلاحيات السلطة العامة، فيوثق الإلتفاق الحاصل بين الأطراف ويمنحه القوة التنفيذية، هذه هي مهمة تقديم الخدمة العامة والتي يتعين فيها على الضابط العمومي التقيد بالواجبات المعنية بدقة وحرص ويقظة، ليس لأي سبب سوى لعدم الإخلال والمساس بثقة السلطة العامة وثقة الزبائن في نطاق مهنة التوثيق. فلماذا كان عليه مستعينا بمعطيات علمية حديثة ومتطورة وبمسايرة حركية التشريع والخبرة المهنية أن يمنح لعملائه نتيجة توثيقية محددة، لا يتسرب إليها أدنى شك، أي عملية لا تقدر في ضوء الإحتمال وتعبير آخر، فام السبب وراء إلتزام الموثق بتحقيق نتيجة محددة في تلك الحالات تكمن أصلا في ما ينطوي عليه العمل التوثيقي من غلبة وتفوق عنصر اليقين والجزم على عنصر الإحتمال في تحقيق النتيجة وعة، الأمر الذي يبرر إبتعاد العملاء للتوثيقي عن فكرة العناية التي تحوم حولها بعض نشاط الموثق وفي مجال ضيق.

أولا: الإلتزام الناشئ عن التأكد من عدم مخالفة مشروع الإلتفاق للنظام القانوني في إطار عمله القانوني يتلقى الموثق العديد من الإلتفاقات بين الزبائن قصد ترسيمها، فإذا كانت متفقة مع النظام القانوني الساري به العمل فإنه يمكن ترسيمها ومن ثمة ترتيب آثارها القانونية، وإذا كانت عكس ذلك فإنه يحظر على الموثق ترسيمها، هذا الإلتزام الناشئ عن التأكد من عدم مخالفتها من طبيعة الإلتزامات بتحقيق نتيجة وفي هذا نصت المادة 15 من ق ت على أن " لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقانون

¹ - سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني في الإلتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، مصر الجديدة، دون دار النشر، القاهرة، 1992، ص 04.

والأنظمة المعمول بها"، و لتحقيق النتيجة المرجوة، يستلزم إهتمام الموثق ومتابعة المستجدات العلمية والقانونية¹ والإطلاع على حركية التشريع المتطورة ومن ثمة توثيق محررات وفقا للنظام القانوني.

ثانيا: الإلتزام الحاصل عن عمليات حساب المصاريف والرسوم الواجبة قانونا

تأتي هذه العملية بعد التأكد من عدم مخالفة مشروع الإتفاق للنظام القانوني والأنظمة المعمول بها، فيلتزم الموثق بحساب وتحصيل الأتعاب المستحقة والمحددة قانونا بموجب المرسوم رقم 243-08 المحدد لأتعاب الموثق² وحقوق الخزينة العمومية المختلفة بحسب طبيعة كل عقد مراعيًا في ذلك بأن لا يحصل على مبالغ أقل أو أكثر مما هو محدد قانونا، كما يحق لإدارة التسجيل إعادة النظر في تقدير القيمة المالية للأموال العقارية أو المنقولة وبصفة عامة للأموال المباعة، إذا ما تبين لها أن طرفي العقد قاموا بتقويم المبيع على أساس سعري يقل بكثير عن ثمنه الحقيقي بغرض الحصول على تخفيض الرسوم لإدارة التسجيل تطبيقا لنص المادة 101 من ق ت على أنه: "إذا كان الثمن أو التقدير الذي كان أساسا لتحصيل الرسم النسبي أو التصاعدي يقل عن القيمة التجارية الحقيقية للأموال المنقولة أو المبنية تستطيع إدارة الجبائية أن تقدر أو تعيد التقدير..." وهذا ما ذهب قضاء مجلس الدولة بتاريخ 17/01/2000 بقوله: "حيث أن المستأنف عليه مدير الضرائب قدم في الملف نسخة من عقد البيع لقطعة فلاحية مجاورة للقطعة موضوع النزاع مساحتها هكتار و 54 أرو 79 سا، فإن ثمن شراء هذه القطعة الأخيرة يعتبر ضئيل وغير مناسب للواقع خاصة أن تاريخ البيع يعود إلى سنة 1994 وفي منطقة فلاحية وممتازة"³.

حيث أن المجلس قد سبب قراره بما فيه الكفاية، وأسس على أحكام قانون التسجيل المشار إليها علاه و اعتبره من قبيل الإلتزام بتحقيق نتيجة أي محددًا وأي إخلال في إجراء العمليات الحسابية لتحصيله قيمة مالية أقل أو أكثر، يرتب ضررا يصيب الأطراف أو الخزينة العمومية، فلا يكون الضابط العمومي حينئذ التذرع بقيامه ببذل عناية كافية ومع ذلك حدث الضرر أيا كان الضرور الذي يكون غير ملزم بإثبات الخطأ ويبقى للموثق أن يثبت أن خطأه راجع لسبب أجنبي، لايد له فيه

ثالثا: الإلتزام الموثق بتحصيل الديون من الودائع وردها إلى أصحابها

يعتبر الإلتزام الموثق الحاصل عن تحصيل الديون من الودائع في مواجهة الدولة باعتبارها دائنة أو دفعها لمصالح الخزينة العمومية أو للأطراف بعد استيفاء الإجراءات القانونية من قبيل الإلتزامات بتحقيق نتيجة، وبموجبها يضمن الموثق ديون الدولة ورد وتسليم الودائع لأصحابها أو ما تبقى منها في حالة خصم الديون، ويكون الموثق قد أخل

¹ - تلزم المادة 24 من القرار المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، الموثق بتحسين معارفه القانونية والإقتصادية والإجتماعية، كما تلزمه ببذل جهودا في البحث وعدم التوان في تحسين خدماته أمام زبائنه.

² - انظر نص المادة 41 من القانون رقم 06-02 على أنه: "يتقاضى الموثق مباشرة أتعابا عن خدماته من زبائنه حسب التعريف الرسمي مقابل وصل مفصل³ قرار مجلس الدولة مؤرخ في 17/01/2000 ملف رقم 897172 قضية زعنات الزويبر ضد مديري الضرائب لولاية قسنطينة (قرار منشور).

بالتزامه هذا ومن ثمة مساءلته مدنيا في حالة عدم إعلام الزبائن بضرورة إيداع أو عدم إخطار إدارة الضرائب بتلك العملية قصد تحصيل ديونها أو الصرف باستغلال تلك الودائع أو القيم المالية في غير الغرض المخصص لها أو أن يمتنع عن ردها لأصحابها.

رابعا: الإلتزام بالتأكد من صحة العقود الموثقة وسلامتها

في إطار عملية تحرير العقود والمحركات الرسمية، وضع عدد هائل من الإجراءات العملية التي يستلزم التقيد بها لمنع الوقوع في أخطاء مادية، منها على الخصوص واجب تلاوة وقراءة العقد على مسامع أطرافه بغرض تبصيرهم وتنويرهم بمدى إلتزاماتهم وحقوقهم والإحتياجات التي يمنحها القانون لضمان تنفيذ إرادتهم، لأن الموثق في إلتزامه المهني يقوم بفحص العقد والتأكد من صحته وسلامته وتلاوته قبل توقيعه من قبل الأطراف لا يتعهد فقط ببذل عناية في أدائه لذلك العمل، وإنما يقطع يجزم بيقين أن عقده صحيح وخالي من الاخطاء المادية ومن ثمة سليما يعكس بحق إرادة الأطراف.

خامسا: الإلتزام الحاصل بتسليم النسخ

يعتبر الإلتزام الناشئ عن تسليم النسخ¹ من قبيل الإلتزام بتحقيق نتيجة، إذ بموجبه يضمن الموثق تمكين وتسليم الأطراف نسخ من العقود واستخراجها كل ما تطلب الأمر ذلك والموثق لا يلتزم فقط ببذل عنايته وحرصه في ذلك إنما عليه إلتزام محدد بالتسليم الأطراف ولورثتهم متى طلبوا منه ذلك وليس في استطاعته التذرع بفقدانه لأصول النسخ أو إنعدام وجودها ماعدا وجود سبب أجنبي لا يد له فيها كالفيضانات والحريق والزلازل الخ...

الفرع الثاني

الإلتزام ببذل عناية (إستثناء)

إذا كان الأصل، هو إلتزام الموثق بتحقيق نتيجة محددة أو إلتزاما محددًا في سبيل صحة العقد وسلامته وتأكيد إستئثار كل طرف بالحقوق المتفق عليها قبل التعاقد، فإنه توجد حالات أخرى لا يستطيع الموثق أن يضمن للأطراف المتعاقدة نتيجة محددة، فيكون إلتزامه عندئذ ببذل عناية في سبيل صحة العقد وسلامته، تتوافر هذه الحالات أين ينفذ الموثق إلتزامه ببذل عناية فقد نص المشرع على هذا الإلتزام في المادة 172 ق م ج على انه: " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته وأن يتوخى الحيلة في تنفيذ الإلتزامه فإن المدين يكون قد أوفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولم يتحقق الغرض المقصود..."

يتضمن الإلتزام ببذل العناية، تعهد المدين القيام بعمل معين لتحقيق غاية معينة غير خاضع لتحقيقها، فيكون الإلتزام ببذل عناية والفرن الكافيين لتحقيق الغاية المرجوة² تطبق هذه المادة على مهام الموثق الذي

¹ - نص المادة 11 من قانون التوثيق: "يقوم الموثق ضمن الشروط التي يحددها القانون بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها او نسخ عادية منها أو المستخرجات، والعقود التي لا يحتفظ بأصلها".

² - د/ مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 37.

يقدم توجيهاته ونصائحه ويزوده بالنصائح والمعلومات والإرشادات التي يراها نافعة للعملية القائمة بين يديه وبحسب خبرته وعلمه وفنه غير أن النتيجة تتوقف على قبول وإتباع الزبون لتلك النصيحة، كذلك الإلتزام بالتحذير أيضا ضمن الإلتزامات التي استقر الفقه والقضاء على أنه إلتزام ببذل عناية، وقد استند إلى معيارين الأول هو درجة احتمال النتيجة، الثاني يتعلق بالدور الذي يلعبه الدائن في تحقيق النتيجة أو تخلفها، لأن النتيجة المرجوة من التحذير هي تجنب الزبون من مخاطر مرتبة ببيع العقود والتصرفات، فالموثق لما يقوم بالتحذير من مخاطر بعض التصرفات يتعهد فقط ببذل عناية وكل ما يستطيع لإحاطته بالمعلومات والإرشادات ومن ثم فإن الزبون له دور إيجابي في تحقيق النتيجة بمدى إتباعه لتحذيرات المقدمة لهم قبل الموثق.

أولا: الإلتزام بالنصح والتبصير والإعلام

تضاربت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية لكلا هذين الإلتزامين، بين كونهما إلتزامين ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، مما إنعكس على ضبط الأساس القانوني لكل منهما، غير أن الصفة الإحترافية للشخص المسؤول دفعت المحكمة العليا بباريس من إفتراض إلتزام المهني المحترف بنصح زبونه وتوجيهه إلى أفضل إختيار، تطبيقا لتنفيذ العقود بحسن نية وبالتالي يقوم المحترف بتبيان مزايا وعيوب العمليات والتصرفات الممكنة مع بقاء الزبون حرا في إتباع هذه الإرشادات والنصائح من عدمه وهذا شيء منطقي لذا يبقى القرار الأخير في يده، فإما يسلك سبيل تلك النصائح وإما تركها وفي هذه الحالة الأخيرة يتحمل نتائج قراراته، ولعل أهم نصيحة يوجهها الموثق عند تحرير عقد بيع مثلا لطرفي العقد هو تنبيههم إلى أن التنقيص في الثمن المتفق عليه "ثمن البيع" لن يخدم مصلحة فلو إتفقا أن الثمن هو خمسة ملايين دينار، ثم إتفقا على التصريح في صلب العقد على ثلاث ملايين دينار، هنا يستلزم القانون الجبائي على الموثق نصحهما حتى لا يتعرضا لمشاكل وعقوبات مالية مع مصالح الضرائب ودفع غرامات التأخير لما لها من صلاحيات في إعادة التقييم وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره بتاريخ 17 جانفي 2000 قضى فيه¹: "وحيث أن المستأنف عليه مدير الضرائب قدم في الملف نسخة من عقد البيع لقطع فلاحية مجاورة للقطعة موضوع النزاع مساحتها هكتارو 54 أرو 79 سا، فإن الثمن شراء هذه القطعة يعتبر ضئيل وغير مناسب للواقع خاصة ان تاريخ البيع يعود الى سنة 1994 وفي منطقة فلاحية ممتازة وحيث أن المجلس سبب قراره بما فيه الكفاية، وأسس على أحكام قانون التسجيل والتي تسمح لإدارة التسجيل إعادة التقييم بالنتيجة قيمة الضريبة المستحق دفعها وذلك وفقا للقوانين السارية والاسعار المطبقة في نفس الجهة مما يتعين على مجلس الدولة تاييد القرار المطعون فيه...".

ثانيا: الإلتزام بالموثق بتحقيق الفاعلية²

¹ - ملف رقم 897172 قضية زعتات الزوبير ضد مديرية الضرائب لولاية قسنطينة (قرار غير منشور، المرجع السابق .)

² - Cass.civ.1re ,7 fevrier 1989, Bull.civ.1, n°69 « Le notaire, en tant que rédacteur de L'acte ,est tenu de prendre toutes les dispositions utiles pour en assurer l'efficacité »

-Cass.civ.1re ,25 janvier 1989, Bull.civ.1, n°40 « L'obligation qui pèse, sur les notaires de s'assurer de la validité et de L'efficacité des actes qu'ils dressent s'étend à tous les actes auxquels ils donnent la forme authentique».

وهو إلتزام ببذل عناية بموجبه يضطلع الموثق بالإطلاع على المستندات والوثائققبل تحرير العقد وأن كل ما يلتزم به الموثق هو أن يبذل عناية كرجل عادي من أوسط مهنتهفي سبيل الوقوف على مدى سلامة وصحة تلك الوثائق، لأن صحة التعاقد في بعض الأحيان تتوقف على عوامل واعتبارات كثيرة قد تتجاوز الموثق وإمكاناته كالتزوير والتزييف لتلك الوثائق والمستندات وانتحال شخصية الغير، وتعود العلة في تكييف هذا الإلتزام من قبيل الإلتزامات ببذل عناية هي أن عمل في هذا المجال ينطوي على نسبة لا يستهان بها من التخمين وإحتمال وليس على اليقين في ظل تطور وسائل الإجرام، ويترتب على ذلك أن لا يلتزم الموثق بأية نتيجة إلا في الأحوال التي ثبت فيها تقصير الموثق بواجبه ببذل العناية الكافية واليقظة اللازمة في فحص تلك الوثائق والمستندات وقد تعرضت لتناول هذا الواجب في النقطة المتعلقة بإثبات خطأ الموثق وفق طبيعة الإلتزام .

المطلب الثاني

نطاق مسؤولية الموثق المدنية

لا يكفي أن يحدث الضرر بفعل شخص حتى يلزم بتعويضه، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ¹ أي أن النشاط الذي يمارسه المرء ينتج عنه مساس بحق لدى شخص آخر، ولا يكون مصدر المسائلة ما لم يكن هذا النشاط خاطئاً، وعلى المضرور لكي يصل إلى حقه في التعويض، أن يقيم الدليل على الخطأ الذي أتاه الفاعل² ضف إلى ذلك، أن ظهور الصناعة وسيطرة الآلة وتطور المجتمع وتغير الوضع حيث تنوعت الروابط بتنوع المعاملات وإقتضت الحاجة إتساع نطاق الإستعانة بالغير وبروز أهمية النشاط المشترك وما تحتمه حالات الضرورة العملية في عصر التخصص والتكنولوجيا. ولم يشمل التطور ذلك فقط إنما شمل حتى التشريعات³ والمفاهيم القانونية والأخلاقية للمهنيين ولم يعد الشخص مسؤولاً وحده عما يحدثه شخصياً من أضرار للغير بأخطائه أو بأفعاله الضارة بل أصبح مسؤولاً عن أخطاء غيره ممن يستعين بجهوده في نشاطهم المهني، فقد يستعين بموثقين أو مستخدمين.

يمارس الموثق مهنته بنفسه، وقد تقتضي الحاجة أو الضرورة إلى الإستعانة بمساعدين لإنجاز بعض الأعمال التي توكل اليهم وهذا هو الغالب. فنطاق مسؤولية الموثق يتحدد وفق هذا الأساس، وأعني بذلك أن تقام بسبب أخطائه المهنية الشخصية (الفرع الأول) في الوقت الذي تكون فيه مسؤوليته بسبب الأخطاء المهنية لمساعديه، ((الفرع لثاني) ويكون لكل حالة من حالات المسؤولية أحكامها الخاصة.

الفرع الأول

مسؤولية الموثق عن أفعاله الشخصية

القاعدة العامة أن الموثق يسأل عن فعله الشخصي، ويمكن أن يساهم خطأ الغير وخطئه في إحداث الضرر، قد يخطئ في أداء مهامه ولعل من أبرز هذه الحالات مسؤوليته في تحرير العقود وإضفاء الرسمية عليها والتي يشترط القانون أن يكون مختصاً بذلك وأن يحترم بعد ذلك الأوضاع والأشكال المقررة قانوناً، وعليه سأتناول (أولاً) مسؤولية الموثق قبل تقديم الخدمة ومسؤولية الموثق عن الإخلال بالقواعد والأوضاع والأشكال المقررة قانوناً (ثانياً) ومسؤوليته عن إخلاله بللتزامات اللاحقة (ثالثاً)

¹ - د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 1999، ص 62

² - د/محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للإلتزام (القواعد العامة - القواعد الخاصة) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 62.

³ - أثرت القوانين العربية والقانون الجزائري بالقانون الفرنسي. راجع تاريخ تطور المسؤولية عن عمل الغير علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 96-97. - علي علي سليمان المرجع السابق، ص: 5. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 178

أولاً: مسؤولية الموثق أثناء تقديم الخدمة: يختص الموثقون دون غيرهم بتحرير العقود وإضفاء الرسمية عليها، وذلك بحسب التشريعات المنظمة لمهنة التوثيق، لذا يعتبر الموثق المؤهل والمرخص له بتحرير العقود والمحركات كمبدأ عام حيث اعتبر القانون المساس بمبدأ إحتكار الموثق في تقديم هذه الخدمات ممارسة غير مشروعة لمهنة التوثيق، ولكن رغم ما يتمتع به من إحتكار في هذا المجال، إلا أنه قد يرتكب أثناء تقديم الخدمة، أخطاء يترتب عنها مسؤوليته الشخصية إتجاه الزبون الذي يرغب في تحرير عقود رسمية ومن أبرز هذه الأخطاء، تلك المتعلقة بطائفة من الأشكال السابقة على تحرير العقد التوثيقي كالإخلال بقواعد الإختصاص (أ) والثانية تتعلق بواجب الإعلام والنصح (ب): إخلال الموثق بقواعد الإختصاص: تنص المادة 324 من القانون المدني على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه... في حدود سلطته واختصاصه"¹ يستخلص من هذا النص أنه لا يكفي أن يكون قد قام بتحريره موثق بل يجب أن يكون هذا الأخير مختصاً بتحريره من الناحية الشخصية والإقليمية ومن الناحية لموضوعية أيضاً، أي أن القانون المنظم لمهنة التوثيق قد حدد حالات إنتفاء الإختصاص الشخصي للموثق.

تعتبر الأشكال التي تمثل ضماناً لحقوق الأفراد، تلك التي يمكن أن تغير في ماهية الحق أشكالاً جوهرية، يجب على الجهة المختصة بإصدارها احترامها، لأن الجزاء المترتب على مخالفتها هو بطلان هذه التصرفات، تجد أمثلة عديدة لهذا المنع من الإجراءات، ويقصد به وجوب تأكد الموثق من أن الخدمات المقدمة والمطلوبة من المتعاقدين تدخل في دائرة إختصاصه، وأن لا تخالف القانون والأنظمة المعمول بها فإن تبين له عدم إختصاصه لسبب شخصي أو موضوعي أو زمانياً يستلزم الأمر منه رفض التوثيق تطبيقاً لأحكام المادة 15 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

الإخلال بقواعد الإختصاص الشخصي لوجوده كطرف أو لمصلحته في العقد : يكون ذلك في أي عقد تكون له مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها صلة معينة من قرابة أو مصاهرة، وهذا ما يعرف بموانع الإختصاص الشخصي والتي سلبت من الضابط العمومي أهليته رغبة من المشرع في حماية حياده تجاه أطراف العقد من وراء هذا المنع والوارد في المواد 19 و 22² من الفصل الثالث من قانون التوثيق الحالي رقم 06-02، وترتيباً على ذلك لا يجوز للموثق أن يوثق ببيعاً يكون فيه البائع أو المشتري فرع أو أصلاً له لغاية الدرجة الرابعة، أو أخاً أو أختاً أو عمماً أو عمة أو خالاً أو خالة أو ابناً وكذلك الحال بالنسبة لصلة المصاهرة، فلا يجوز للموثق أن يكون بينه وأصحاب الشأن أية صلة وبالتالي لا يجوز له أن يوثق لزوج أو لأحد أقارب زوجه إلى غاية الدرجة الرابعة لقيام صلة المصاهرة بينهم.

لا يجوز للموثق بوجه عام أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة كأن يكون شريكاً لذوي الشأن في الصفقة الموثقة من جانبه، وذلك حرصاً من المشرع في رفع مظنة المحاباة أو التأثير في إرادة أحد المتعاقدين، ويبقى مسألة تقدير المصلحة في العقد الوارد في المادة 22 من القانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ج.ج. عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم

² - تنص المادة 19 من قانون التوثيق رقم (06-02): "لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي...". والمادة 22 من نفس القانون على أنه: "يحظر على الموثق، سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص بصفة مباشرة أو غير مباشرة..."

التوثيق كواقع وموضوع من إختصاص المحاكم.

الإخلال بقواعد الإختصاص الإقليمي والموضوعي للموثق : ينصرف المقصود بالإختصاص الوطني للموثق إلى صلاحياته في تلقي العقود المختلفة مهما⁽¹⁾ كان الموطن أو محل إقامة الأطراف أو مكان إبرام العقد أو الصفقة أو الموطن المختار لتنفيذها، أو مكان وجود الأموال محل العقد، سواء كانت منقولة أو عقارية.

ينبغي التنبيه إلى أن الإختصاص الإقليمي للموثق لا يمس بضرورة إحترام الإختصاص الإقليمي للهيئات التي يتعامل معها الموثق في إطار الإجراءات الشكلية، التي يشترطها القانون لتمام العقود على مستوى الهيئة المختصة إقليمياً، بغض النظر عن موقع مكان تلقي العقود وتحريرها كمصالح التسجيل¹ والمحافظات العقارية وكذا مصالح السجل التجاري. أي أنه إذا قام بذلك متجاوزاً حدود إختصاص يدخل في دائرة مكتبه، فإنه يلزم بالتعويض للموثق المختص أصلاً، وفيه قضت محكمة "بورردو" الفرنسية: "بأن الموثق الذي يتجاوز حدود إختصاصه، فيصيب الموثق المختص أصلاً بضرر يتمثل في حرمانه من توثيق، عقود الأفراد المقيمين في دائرة إختصاصه، وما يترتب عنه من ضياع حقه في الحصول على أجره منهم".²

ثانياً: الإخلال بواجب تقديم النصيحة والإعلام: تنص المادة 12 من القانون رقم 02-06 على أنه: "يجب على الموثق ... أن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد إنسجام إتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها تضمن تنفيذها، كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، يبين لهم الآثار والإلتزامات التي يخضعون لها، والإحتياجات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم". يعتبر واجب النصح والإرشاد وإعلام الموثق العصب الذي تهض به مسؤولية الموثق وهذا ما إستقرت عليه دائرة العرائض لمحكمة النقص الفرنسية، في حكمها الصادر سنة 1872 قد ذهبت إلى أنه: "لا يعد الموثق مجرد محرر للعقود فقط، بل يلتزم أيضاً بتقديم النصائح للأطراف المتعاقدة".³

في حكم لاحق، قضت نفس المحكمة بأن " عمل الموثق لا يقتصر على مجرد إضفاء الصفة الرسمية على المحررات، بل يجب عليه أيضاً أن يبصر عملاؤه بالمخاطر والآثار المرتقبة لتعهداتهم، وأن يسد بخبرته النقص

¹ - انظر في ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16 / 07 / 1997 ملف رقم 157310 ومما رد فيه من إبطال عقد الشهرة منصب على عقار محبس، باعتبار عقد الشهرة مؤسس على عقد عرفي صحيح رغم كونه يتعلق بأرض محبسة، ان الارض المحبسة لايجوز التصرف فيها بالبيع او بغيرهما وليس للمحبس له الا حق الانتفاع، نشرة القضاء، عدد 56 ص 105. فإن الموثق قد إتخذ الإجراءات طلب المعلومات من المحافظة العقارية لتقف على أنه محبس من ثمة عدم تكملة إستئناف إجراءات الشهرة لوجود مانع قانوني.

² - Bordeaux, 28 MAI 1912, D.1913, 11, 216. Voir aussi, Cass. Req. 6 janv. 1908. D.1910, 1, 519 ; aussi .Cass.civ.1er Avr. 1968, D.1868, 1, 421

³ - أنظر في ذلك :

Chambre de requêtes de la cour de cassation; 02 Avril 1872 .

الذي ينتج من جراء عدم خبرتهم، وهو ما يتمثل بصفة أساسية في إلتزامه بالنصيحة على نحو جيد ومنتج يتفادون معه المخاطر التي تتعرض لها مصالحهم"¹.

لما كانت هذه الإجراءات التمهيدية والسابقة على العقد ذات أهمية في توفير الأمان القانوني للأطراف المتعاقدة، فإن إخلال الموثق بها أو إغفالها بعدم تقديم النصح للعملاء وإمتناعه عن طلب المعلومات الكافية عن كل عقد، وهي تختلف فيما بينها من عقد لآخر تجعل منه مخطأ بسلوكه هذا، لما يؤدي إلى المساس بحقوق المتعاقدين كإكتشاف أن المساحة المباعة في الشيوخ ناقصة أو غير موجودة أصلا كون أن البائع قد تصرف فيها كلية² والمواد 61 و 71 من المرسوم رقم 63/76. يلزم القانون بموجب هذا النص، الموثق إحترام ومراعاة الإجراءات السابقة على تحرير العقد، في مجال النصح وتبصير إرادة الأطراف المتعاقدة، بما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات وإلا عرضت عقودهم للبطلان، والتعويض إذا ما لحقهم أضرار وهو من الإجراءات الجوهرية، لذا أعتبر هذا الواجب الأساس الذي تمهض به مسؤولية المهني.

طلب المعلومات أو أخذ الرأي مسبقا : يلزم القانون الموثق قبل تحرير العقد التوثيقي إستشارة فرد أو هيئة من الهيئات، حينئذ يتعين عليه القيام بهذه الإجراءات حتى لو كان الرأي غير ملزم للموثق، مثال ذلك طلب رأي طبيب محلف لتحديد الأهلية في الشهادات الطبية للإعتماد عليها في تقرير الأهلية القانونية بالنسبة للوكالات في التصرفات القانونية، أو طلب معلومات الخاصة بالعقار من الأطراف أو من المحافظة العقارية لموقع العقار، والإخلال بذلك يرتب عيبا في الشكل لعدم طلب المعلومات المسبقة عن العقد.

عدم التأكد من شخصية المتعاقدين: يجب على الموثقين التأكد من شخصية المتعاقدين وحضورهم أمامه، ذلك بالتأكد من صحة وسلامة الوثائق الرسمية كشهادات الميلاد وبطاقات الهوية الوطنية أو أي مستند آخر له قوة الشرعية، وصفة كل طرف كأن يكون ممثلا بنفسه أو غيره وأن يكون العقد محل التوثيق لا يتعدى حدود الوكالة أو وصيا قضائيا³ وإذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف يتأكد من ذلك بشهادة شاهدين بالغين تحت مسؤوليتهما⁴ وأن يتأكد من إسم ولقب وعنوان وأهلية وشخصية الشاهدين، أي ألا يكونا من أقاربه أو أصحابه لغاية الدرجة الرابعة أو المستخدمين الذين هم تحت سلطته وكل هذه الشكليات يشترط القانون على الموثق مراعاتها والتقيدها قبل تحرير العقد توثيقه، فلو صدر العقد الرسمي دون مراعاة هذه الشكليات ودون إتباع الأوضاع المقررة لها قانونا، فإن العقد يكون مشوبا بعيب الشكل لتعلق هذه الشكليات بالنظام العام ومن ثم تمهض مسؤوليته جراء ذلك .

¹ - Cass. Civ. 22 Janvier 1891, D.891,1,194

²-Cass.civ. 1^{re} 13 novembre 1991 ,Bull..civ .1, n° 310 «L' immeuble vendu deux fois par le meme vendeur à 17 ans de distance » ; defrénois 1992 ,art.35212, n°17, obs , J.-L.Aubert ,précité note 2,p,32 ; » **Le notaire avait commis une faute professionnelle grave en ne procedant pas à des recherches suffisantes sur L'origine de propriété du terrain vendu,a pu en déduire que cette faute avait contribué à la réalisation du prejudice subi les acquéreurs évincés et par les premiers acquereurs ,quelle qu'ait été la gravité de la faute retenue contre les vendeurs ,dont le caractère dolosif a été au demerant écarté par L'arret d'appel** « Cass.civ 1^{re} ,18 janvier 1978 , (defaut de propriété).»

³ - تنص المادة 80 ق م "إذا كان الشخص أصم أبكم، أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"...

⁴ - تنص المادة 324 مكرر 3 من ق م "يتلي الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين.

ثانياً:الإخلال بالأوضاع والأشكال الجوهرية المتعلقة بالعقد: حتى يكون العقد التوثيقي صحيحاً ومشروعاً يجب مراعاة بعض الشكليات وإتباع لإجراءات من الموثق المختص بتحريره،¹ لما تنطوي عليه هذه العملية من صيانة للحقوق لتفادي بطلانها، فقد ينص المشرع على البطلان كجزاء على مخالفة قواعد الشكل والإجراءات المقررة، وفي هذه الحالة يكون السند التوثيقي معيباً وباطلاً، أما إذا سكت المشرع فإن الأمر يرجع في ذلك إلى القضاء العادي والذي يبحث في مدى أهمية الشكل المطلوب والذي صدر السند الرسمي بالمخالفة له حتى يتمكن من تحديد ما إذا كانت المخالفة مؤثرة على مشروعية وصحة العقد، أم أنها تنطوي على أهمية بسيطة لا تؤثر على المشروعية.²

إن قواعد الشكل هذه تنطوي على أهمية بالغة، إذ أنها تقررت لحماية المصلحة العامة وهنا يبرز دور القضاء في إقامة التوازن الدقيق بين الحفاظ على المصلحة العامة وحقوق وحرية الأفراد، عن طريق احترام قواعد الشكل وعدم عرقلة النشاط التوثيقي

ولأجل ذلك فإن من المسلم به أن أية مخالفة من قبل الضابط العمومي يؤدي إلى بطلان العقد الرسمي، دون الحاجة إلى النص على ذلك صراحة، ولهذا فإن القاعدة الإجرائية المعروفة "لابطلان إلا بنص" لا تسري في النشاط التوثيقي، لأن المناط في تحقيق البطلان أو عدمه هو مدى مخالفة الموثق لإجراء جوهري أو غير يقصد بالإجراءات تلك الصور والمظاهر الخارجية، التي تلزم القوانين واللوائح أن يفرغ العقد التوثيقي فيها، وإلا كان باطلاً، منها ما كان مشتركاً في جميع العقود (أولاً) ومنها قواعد أخرى خاصة ببعض العقود دون غيرها خاص ورد على سبيل المثال في المادتين 26 و 29 من قانون التوثيق والتي تتعلق بسائر العقود وكذا البيانات المذكورة في المادة 324 مكرر من القانون المدني، والمواد 61 و 71 من المرسوم رقم 63/76. يلزم القانون بموجب هذا النص، الموثق احترام ومراعاة الإجراءات السابقة على تحرير العقد، في مجال النصح وتبصير إرادة الأطراف المتعاقدة، بما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات وإلا عرضت عقودهم للبطلان، والتعويض إذا ما لحقهم أضرار، وهو من الإجراءات الجوهرية، لذا أعتبر هذا الواجب الأساس الذي تنهض به مسؤولية المهني³، ومنها أيضاً بيان الكتابة باللغة العربية : الكتابة باللغة العربية تطبيقاً لأحكام المادة 26 من قانون التوثيق والتي ألزمت القانون بها تحت طائلة بطلان تحرير المحررات بها، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع ترك له حرية إختيار الوسيلة التي يراها مناسبة، وعليه يكون المشرع الجزائري قد واكب التطور الحاصل في ميدان الكتابة من أجل تحسين خدماته وربحاً للوقت .

إلى جانب مراعاة ا لبيانات المتعلقة بإسم ولقب ومقر الموثق وتتجلى أهمية ذلك في تحديد الإختصاص الشخصي للموثق وأهليته في تلقي العقود الرسمية، وهذا ما نصت عليه المواد 19 و 20 و 21 من القانون المتعلق

¹ - تنص المادة 15 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على: " لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي

عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالف للقوانين والأنظمة المعمول بها " والمادة الثالثة من قانون فانتوز « Les Notaires sont tenus de prêter leur ministère lorsqu' ils sont requis ».

² - أنظر المادة 75 / 1 من قانون التسجيل التي تنص على أنه: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الإقتضاء، في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم".

³ - أنظر المادة 1318 من التقنين المدني الفرنسي:

- Cass civ 1re 2 juin 1993 L' acte qui n est point authentique par L incompetence ou L incapacite de L officier...
» Bull.civ1,n° 169 L'arret rappelle que la nulite de L acte est absolue

بالمهنة. كما تبدو الحكمة من إدراج بيان بمقر المكتب وتوجيه الزبائن وتحديد الإختصاص الإقليمي له، حيث يحظر على الموثق تحرير العقود في غير مكتبه إلا في حالات محددة قانونا كذا بالنسبة لمصالح التسجيل¹ بالإضافة إلى بيان اسم ولقب وموطن المترجم وموضوع العقد التوثيقي، كالبيع والوكالة. وكذا البيان المتعلق بتوقيع الموثق وأطراف المعاملة والذي بدونه لاحياة للعقد من الناحية القانونية تطبيقا لنص المادة 324 مكرر من ق م والتي تنص على أن: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء..."

كما يلتزم الموثق ببيان التنويه على تلاوة القوانين الجبائية ومضمون العقد وتوقيعات الأطراف الموثقوما يحويه من بيانات خاصة بهكل هذه الأشكال والأوضاع تدل على مدى حرص المشرع على تتبع مراحل تحرير العقد الرسمي، حتى يحقق النتيجة المرجوة من قبل الأطراف وتحقيق الأمن والسلامة القانونية. جوهري، فنجد القضاء يلتزم بإحترام النص إذا ما نص المشرع عليه صراحة "البطلان القانوني" ولكن عند عدم النص عليه لا يفيد في تقرير البطلان عند مخالفة الموثق إجراء جوهري وقد تم تبين ذلك في مبحث سابق خاص بصور خطأ الموثق .

ثالثا: الإخلال بالإجراءات اللاحقة لتحرير العقد التوثيقي

في إطار ممارسته لوظيفته التوثيقية، يجد الموثق نفسه ملزم بالقيام بعدة مهام أخرى مرتبطة بالمهمة الأساس التي لا تنتهي بمجرد الإنتهاء من تحريره لتبدأ سلسلة أخرى يفرضها الإلتزام بالرسومية، فلا يكتسب العقد أو المحرر قيمته القانونية إلا بها وأن الإخلال بها يرتب مسؤولية على الضابط العمومي منها الإخلال بالإجراءات المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري (أ) ومن أجل تحقيق حججه في إعلام الغير بالإخلال بإجراءات قيد الرهون (ب) الإخلال بواجب حفظ العقود وتسليم نسخا منه (ج) كما يلي:

أ: الإخلال بالإجراءات المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري²

يشمل هذين الإلتزامين جميع العقود التي يحررها الضابط العمومي ويودعها لدى مصالح التسجيل بعد أداء الرسوم³ أو بالمحافظة العقارية المختصة، وإجراءات القيد بمصلحة السجل التجاري أو أمام المحاكم المختصة. ما يلاحظ أن في هذه الإجراءات اللاحقة على تحرير العقد، وتوقيع الأطراف والموثق عليه، لا تؤدي كلها بالضرورة إلى بطلان العقد لذا ما يهمننا في هذه المسألة، هي تلك الإجراءات التي بتخلفها يبطل العقد التوثيقي، وتنهض مسؤولية الموثق.

ب: الإخلال بإجراء اتقيد الرهون: يلتزم الموثق بالقيام بإيداع ملحقة السجل التجاري المختصة، خلال ثلاثين يوما من تلقي العقد التأسيسي لها وهو ما أشارت إليه المادتين 120 و 121 من القانون التجاري. والحكمة التي توخاها المشرع

¹ - انظر المادة 2/75 من قانون التسجيل:

² "Tout intéressé ayant publié son propre droit, établissant qu'il a subi un dommage du fait Du défaut de publication dans le délai légal, ou du fait d'une publicité incomplète » J. de Poulpiquet, Op. Cit. n° 62, P : 66

³ - نظر المادة 06 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق يمكن للموثق قبل تحرير العقد، أن يطلب من الأطراف دفع مبلغ مالي مسبق من الأتعاب، لتغطية المصاريف والحقوق الأولية مقابل وصل إستلام. يسترجع الزبون المبلغ المدفوع في حالة عدم إتمام الخدمة المطلوبة من قبل الموثق ويكون هذا المبلغ من حق الموثق إذا كان العدول من قبل الزبون.

منها، هي إعلام الغير بأن الأموال محل العقود التوثيقية مثقلة بالرهون لفائدة جهة معينة، ومن ثمة عدم جواز التصرف فيها أو لتعلق حق الغير بها، فكان الأصلح للمشرع أن يرتب غرامات مالية، بسبب عدم القيد في الآجال القانونية، كما فعل بالنسبة لإجرائي التسجيل والشهر والمتعلقان أساسا بمصلحة الخزينة العمومية ولم يرتب بشأن تخلفها البطلان. وبالتالي فهو جزاء شديد الوطأة، حيث يهدم مصالح وحقوق أكثر من تلك التي يحميها خصوصا مصلحة الدائن. كذلك فيما يتعلق باجراءات التسجيل .

ج:الإخلال بواجب حفظ العقود وتسليم نسخا منها: يعتبر الموثق بمثابة المودع الحقيقي أرشيف التوثيقي، والواقع أن عملية حفظ العقود ليست إختصاص مهني، يثقل كاهل الموثق فقط وإنما هو واجب وإلتزام ناتج عن الحماية القانونية، التي يهدف من خلالها المشرع حفظ حقوق المواطنين، فقد نصت المادة 10 من قانون التوثيق بأنه: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع...". وتأسيسا على ذلك، فهو المودع الرسمي لكافة العقود التوثيقية، حيث يلتزم برعايتها وحفظها تحت طائلة قيام مسؤوليته، تطبيقا لأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 على أنه: "يعد الموثق مسئولا عن حفظ العقود التي يعدها أو يتسلمها للإيداع". وبالتالي فإن مهمة حفظ العقود تبدو ذات أهمية بالغة وهي مرتبطة بالنظام العام والأرشيف التوثيقي هو بمثابة تراث إنساني حضاري. كما أن الموثق غير ملزم بمنح الأطراف أصول العقود التي يتولى تحريرها لأنه مكلف بمنحهم نسخة أو صورة تنفيذية لإستعمالها كدليل بدلا من الأصل الذي يحتفظ به في أصول عقوده، ويحظر عليه منح أكثر من صورة تنفيذية واحدة إلا بحكم قضائي¹.

¹ - تنص المادة 32 من القانون 06-02 الحالي على أنه " لاتسلم الا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية، غير أنه يمكن تسليم نسخة تنفيذية ثانية بأمر صادر عن رئيس محكمة تواجد المكتب، ويرفق الأمر الصادر بالأصل"

الفرع الثاني

مسؤولية الموثق عن أخطاء مساعديه

تمتد مسؤولية الموثق المهنية الناجمة عن خطئه الشخصي لتشمل الأخطاء المهنية الصادرة عن مساعديه وذلك في الأحوال التي يستعين بهم في تأدية نشاطه المهني في مجال التوثيق، حيث يعملون تحت إشراف ورقابة الموثق المسؤول، وهذا يعني أنه في حالة ما إذا ارتكب أحدهم خطأ بسبب العمل الذي أوكل إليه وسبب ضرراً للزبائن والعملاء، فإن المسؤولية تقع على الموثق وهذا ما يطلق عليه بالمسؤولية عن فعل الغير¹ إذ تقع على عاتق (الموثق) بناء على حدوث ضرر جراء فعل شخص آخر (المساعد).

المقصود بالغير² كل من يعمل في المكتب العمومي تحت إشراف الموثق ومسؤوليته وبالتالي وحتى تتحقق مسؤولية الموثق باعتباره متبوعاً عن أعمال تابعيه لابد من توافر شروط معينة لقيامها (أولاً) وتطبيقاتها (ثانياً) ينتج عنه آثاراً قانونية (ثالثاً).

أولاً: شروط قيام مسؤولية الموثق عن أعمال مساعديه

يتحمل الموثق (المتبوع) المسؤولية المهنية عن مساعديه (تابعيه) إن ارتكب هذا الأخير خطأ يضر بالغير، وهذا حسب ما جاء في المادة 136 م ج التي تنص على أن: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله الضار متى كان واقعا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حر في اختيار تابعيه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

لكي تقوم مسؤولية المتبوع³ عن أفعال تابعيه اشترط المشرع الجزائري توافر شرطين أساسيين وهما علاقة التبعية بين الموثق ومساعديه (أ) وإرتكاب المساعد فعلاً ضاراً، حالة تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها (ب).

أ- علاقة التبعية بين الموثق ومساعديه مع التسليم بأهمية الشرط، إلا أن أغلب القوانين المدنية لم توضح مدى تحقيق تلك العلاقة، وما هي العناصر المكونة لها. وسكوت التشريع¹ عن ذلك أدى إلى إختلاف الرأي بشأن هذه

¹ - تعتبر مسؤولية المتبوع عن تابعه من أشد أنواع المسؤولية، إذ بينما المسؤول مسؤولية شخصية يفترض أنه غير مخطئ، حتى يثبت الضرر خطأ ضده، وبينما المسؤول عن حراسة الحيوان أو عن حراسة الأشياء غير الحية يستطيع أن يتخلص من مسؤوليته بنفي العلاقة السببية، والمسؤول عن تهمد البناء يستطيع كذلك أن ينفي عن نفسه المسؤولية بنفي العلاقة السببية، فإن مسؤولية المتبوع عن تابعه غير قابلة للنفي بتاتا، سواء في القانون المدني الجزائري أو في أغلب القوانين العربية الأخرى، أو في القانون الفرنسي والقوانين التي حذت حذوه، لا بنفي الخطأ عن نفسه ولا بنفي علاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي يسببه التابع...، علي علي سليمان، مرجع سابق، ص: 36. وانظر أكثر تفصيلاً في كيفية ظهور المسؤولية، د محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري... المرجع السابق، ص 177-181.

² - أنظر الأستاذ مخلوفاً محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في القانون المدني الجزائري ماجستير الجزائر 1987. كما ينبغي التمييز بين فعل الغير الذي يعتبر صورة من صور السبب الاجنبي المعفى من المسؤولية حسب ما هو منصوص عليه في المادة 127 م ج، وفعل الغير الذي يستعين به الموثق في عمله والذي لا ينفي مسؤوليته المدنية

³ - د/ عاطف النقيب، المسؤولية عن فعل الغير منشورات عويدات 1987، ص: 110-111.

العناصر ولم يقتصر هذا الإختلاف على فقه القانون الخاص بل تجاوزه إلى فقه القانون العام. يتعين لقيام مسؤولية المتبوع² أن توجد علاقة تبعية (Lien de préposition)، بحيث يكون أحدهما خاضعا للآخر، حيث تكون السلطة للمتبع (Le commettant) ويكون الخضوع والتبعية للتابع، فهما يتكاملان، فيتمثل ذلك في امتثال التابع لأوامر وتعليمات المتبوع فيما يتعلق بتنفيذ العمل، فتتحقق هذه العلاقة بينهما متى كانت له سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه⁽³⁾

إلا أن القانون الجزائري حسم هذا الخلاف في المادة 136 من القانون المدني بقوله: "وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه"⁽⁴⁾ متى كان عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه"

يبدو لكثير من الفقهاء أن التبعية⁽⁵⁾ عنصر أساس لقيام مسؤولية المتبوع عن تابعه غير أنها ليست تبعية إقتصادية وإنما هي تبعية قانونية تتجلى في صورة رقابة وتوجيه. وبهذا أخذ المشرع الجزائري والمصري في المادة المشار إليها سابقا وجرى القضاء عليها. ومع ذلك رأى بعض الفقه ضرورة تحديد نطاق ومدى هذه التبعية لوجود صور كثيرة لها، منها التبعية الفنية التي تفيد الخضوع التام لإشراف وتوجيه المتبوع (الموثق) للتابع (المساعد) في كل جزئيات ودقائق العمل.

منها التبعية الإدارية أو التنظيمية التي تترك للتابع⁽¹⁾ الحرية الفنية في مباشرة العمل وتنفيذه وأن خضع لأوامر وتوجيهات المتبوع في الإدارة والتنظيم. ويكاد الفقه والقضاء يجمعان، على الإكتفاء بالتبعية الإدارية أو التنظيمية دون تطلب التبعية الفنية لقيام علاقة التبعية.

بالتالي، أن العبرة في قيام السلطة الفعلية في المراقبة والتوجيه هي بوقت حصول الضرر، وفي حالة ما إذا كانت قائمة في ذلك الوقت أمكن إعتبار الضرر صادرا من طرف التابع (المساعد)، وبالإضافة إلى وجود العلاقة التبعية بين التابع والمتبوع فإن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 136 ت.م. ج يشترط أن يكون العمل الذي يقوم به التابع (المساعد) لحساب الموثق (المتبوع)، فلقيام هذه الرابطة التبعية يجب أن تتعلق سلطة المتبوع بالعمل الذي يكلف به التابع ولحسابه أي ثمرة ذلك العمل تتحقق للمتبوع والأجر الذي يستحقه هو مقابل أدائه الذي تم لحساب صاحب العمل والمصلحة. وعليه فسلطة المتبوع في إصدار تلك الأوامر لا تقوم إلا إذا تم العمل لحسابه

¹ يقول د/ علي فيلالي: " ولقد إمتنع المشرع الجزائري عن تعريف علاقة التبعية سواء وقت وضعه النص الأصلي للمادة 136 سنة 1975 وعند تعديلها بمقتضى القانون 05-10 موضحا فقط في الفقرة الثانية من هذه المادة أن رابطة التبعية تقوم حسب الصياغة الأصلية "... ولم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه"، وحسب الصياغة الحالية أي بعد التعديل "... ولم يكن المتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، ويتضح من هذا أن المشرع الجزائري أخذ بالحلول التي إنتهى إليها الفقه والقضاء الفرنسيين، المرجع السابق ص: 129 و130.

² - عرفت محكمة النقض الفرنسية، المتبوع على أنه: " ذلك الشخص الذي يختار شخصا آخر للإستعانة بخدماته لحسابه ولمصلحته الخاصة ويكون له عليه حق الأمر والتوجيه" عرائض 05 نوفمبر 1955، 1، 1957، ص: 375. هذا التعريف ذكره محمد مخلوفي، المرجع السابق ص 65 .

وخارج هذا النطاق ليس للمتبوع أي سلطة على تابعه¹ ومن ثم تنتفي مسؤوليته عن أعمال تابعيه التي لم تكن لحسابه

ب: إرتكاب المساعد فعلا ضارا حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها

إشترطت أغلب التشريعات المختلفة لقيام مسؤولية المتبوع إرتكاب مساعديه عملا غير مشروع أو إقرارا خطأ سبب ضررا للغير، ومع أن صياغة المادة 5/1384 من القانون المدني الفرنسي لم تنص على ضرورة صدور خطأ من التابع لقيام مسؤولية المتبوع إلا أن الفقه والقضاء يتفقان على ضرورته وقد حددت بعض الأحكام خطأ التابع بالخطأ التقصيري، أما التشريعات العربية فقد تضمنت هذا الشرط وإن اختلفت في صياغته. فالبعض منها يذكره بإسم العمل غير المشروع وبعضها يسميه العمل غير المباح، والقانون الجزائري " لا يسأل المتبوع إلا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار..."² والصياغة القديمة لهذا النص كان يستعمل عبارة "العمل غير المشروع". والقانون العراقي وصفه بالتعدي، وأيضا كانت التسمية فإن المعنى المستفاد من النصوص هو واحد.

خطأ المساعد حال تأدية الوظيفة

إن مسألة تكييف ما صدر عن التابع من فعل الضار وإعتباره في حدود تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها، مسألة من أدق مسائل المسؤولية المدنية ولذلك ينبغي توخي الدقة في التحديد على نحو يتفق وقصد المشرع. وحسنا فعل المشرع الجزائري إذ وضع حدا للإختلافات

الفقهية حيث كان الإتجاه العام لدى غرف محكمة التمييز الفرنسية نحو التحرر من النطاق الضيق الذي وضعته الفقرة الخامسة من المادة 1348 لجعلها تشمل الأفعال الضارة بالغير والمرتبطة بالوظيفة التي يقوم بها التابع إرتباطا ولو ضعيفا ولكنه واقعي، فيكون الموثق (المتبوع) مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن خطأ التابع (المساعد) وهو يؤدي العمل الذي كلف بأدائه³ (مثل هذا الخطأ الذي يرتكبه التابع أثناء تأدية وظيفته لا يثير صعوبة فهو يرتكبه وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته بغض النظر عن ظروف الزمان والمكان، فتمت ثبت هذا الخطأ إنعقدت مسؤولية المتبوع (الموثق)

تبعا لذلك.

¹ - عرفت محكمة النقض الفرنسية التابع: "أنه الشخص الذي يعمل لحساب شخص آخر يملك عليه سلطة التوجيه والرقابة: compte d'une autre personne, laquelle grâce à son égard en fonction de direction, de surveillance, et de contrôle».

هذا التعريف، أورده د/ علي فيلالي، المرجع السابق ص: 133.

² - نص المادة: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه عند تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةه، ... وتتحقق العلاقة التبعية ولو لم يكن لمتبوع حرا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

³ - أ ميدو، مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه، http://www.justice.lawhome.com/vb//showthread.php?T=13544.

خطأ المساعد بسبب الوظيفة يعتبر الخطأ واقع بسبب الوظيفة اذا لم يكن بوسع التابع ليرتكب الخطأ او يفكر فيه لولا الوظيفة او بواسطة التسهيلات التي سمحت بها وظيفته¹. وهذا على حد تعبير أحدهم أنه: "يفترض أن ترتبط المسؤولية بصلة تقوم بين الفعل الضار والوظيفة التي كلف بها التابع ويكفي لقيام هذه الصلة أن تكون الوظيفة قد هيأت للتابع السبل لإقتراف الخطأ بمعنى أنه ما كان يفكر أو يتمكن منه لولا الوظيفة"² وإستنادا لهذا، يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بينه وبين الوظيفة، وأن تكون هذه الأخيرة السبب المباشر والرئيس في إحداث الضرر لذا تعد الوظيفة أمرا ضروريا لازما لإحداث الفعل الضار من قبل التابع، وعليه فإن الفعل الضار غير المشروع يكون واقعا بسبب الوظيفة إذا كان التابع لم يكن بوسعه أن يرتكب ذلك الفعل الضار لولا وظيفته، أو أن التابع لم يفكر أصلا في إحداث الضرر لولاها،

حيث يرى بعض الفقه أن المتبوع لا يسأل إلا عن الأعمال غير المشروعة التي يتسبب فيها التابع حال تأدية وظيفته و يرى البعض الاخر أن الإخلال بأي واجب تفرضه الوظيفة أو يتصل بممارستها وله علاقة بها يعتبر خطأ، كما جرت المحاكم على عدم الإكتفاء بإرتكاب الخطأ أثناء تأدية الوظيفة، وإنما عد المتبوع مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها تابعه مما تكون لها علاقة بوظيفته فيكون الموثق (المتبوع) مسؤولا عن مساعديه (تابعيه)، وذلك عند تجاوز الحدود المرسومة لوظيفته عن قيامه بأعمال لا تتطلبها هذه الوظيفة أو تنهاها عنها، وحتى سوء إستعمال التابع لوظيفته باستغلاله الإمكانيات الموضوعية في يده لمصلحته الشخصية، فكل ذلك لا يمنع من اعتبار فعل التابع واقعا بسبب الوظيفة، والهدف من ذلك هو حماية المضرور الذي لا يعلم عادة حدود وظيفة التابع عند إقترافه الفعل إن كان يؤدي عملا من أعمال وظيفته أم أنها خارجة عنها³ أما إذا كان المضرور على علم أنه يتعامل مع مساعد الموثق وأنه يتجاوز حدود وظيفته، فإن الفقه والقضاء أجمع على أن المضرور إذا تعامل مع التابع في مثل هذه الحالة فإنه يكون قد عامله بصفته الشخصية لا بوصفه تابع مما قد تنفي مسؤولية المتبوع في هذا المقام.

خطأ التابع بمناسبة الوظيفة

يقصد بهذه الحالة ذلك الخطأ الذي تقتصر الوظيفة على تيسير وتسهيل إرتكابه أو مساعدته أو تهيئة الفرصة لإرتكابه، غير أنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو مجرد التفكير فيه⁴ وانطلاقا من هذا يمكن التمييز بين الخطأ بسبب الوظيفة والخطأ بمناسبة حيث يتمثل الأول في أن المسؤولية تتحقق متى كانت الوظيفة لها دور رئيسي في إتيانه بهذا الخطأ ولولاها لما وقع من التابع ذلك الفعل غير المشروع، أما الخطأ بمناسبة الوظيفة فيكون متى إقتصر دور الوظيفة على تسهيل إرتكابه دون أن تكون ضرورية⁵، نجد أن المشرع الجزائري قبل تعديله للقانون

¹ -د/ أحمد إبراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير (دراسة تحليلية انتقادية تاريخية موازنة بالقانون المدني الاردني والقانون المدني الفرنسي)، دار وائل، الاردن، 2003، ص. 275.

² - أبو ميدو، المرجع السابق، ص. 23.

³ - د/ مصطفى العوجي: " إذ كيف يمكن تصور أن تابعا عمل أثناء الوظيفة مستعملا وسائلها لغايات شخصية وضع نفسه

خارجها؟ وطالما أن الشرط الأول لم يتحقق فيبقى المتبوع مسؤولا

⁴ -د/ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ص. 1170

⁵ - أبو ميدو، المرجع السابق T=13544 http://www.justice.lawhome.com/vb/showthread.php?

المدني لم يكن يوسع من نطاق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ولكن بعد ذلك وتحقيقا لحماية المضرور أصبح نص المادة 136 ت م ج المعدلة " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر ... متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها واضعا بذلك حدا للجدل الفقهي السائد في فرنسا حيث ساد تعارض بين الغرفة المدنية والجنائية، إذ أن الغرفة المدنية تشترط علاقة ضرورية بين الوظيفة والعمل غير المشروع للتابع، أي علاقة سببية حتى تنهض مسؤولية الموثق (المتبوع)، بينما الغرفة الجنائية فتوسع من مسؤولية المتبوع وتقيم مسؤوليته إذا ما ارتكب التابع الخطأ بمناسبة الوظيفة¹ وإذا كان الحال كذلك ما حكم الخطأ الذي يرتكبه والذي يكون أجنبيا عن الوظيفة؟

لا تقوم مسؤولية المتبوع في هذه الحالة لأن الفعل الذي صدر من التابع كان أجنبيا عن الوظيفة أو خارج نطاق مهامه من حيث الزمان ومكان العمل هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عمل التابع ليس له علاقة لا بالوظيفة، ولا بهدف المهمة المسندة إليه، وكما أن خطئه ليس له أية علاقة بالوسائل التي وضعت تحت تصرفه، مما يستنتج أن ذلك الشخص لا يعتبر تابعا مما لا مجال للقول بمسؤولية المتبوع عن فعل الغير.²

وخلاصة القول، فإن مسؤولية الموثق عن أخطاء مساعديه تشمل كل الأخطاء سواء كانت إيجابية أو سلبية بهدف حماية حقوق المتضررين، لأنه قد يكون مصدر الخطأ الذي يحدثه مساعد الموثق ناشئا عن إهماله أو عدم تبصره،³ وذلك في حالة ما إذا كان الخطأ راجعا إلى تقصير في إيداع الأموال أو النصح والإعلام بقيام مسؤولية التابع تقوم تبعا لذلك مسؤولية المتبوع، حيث يكون هذا الأخير مسؤولا إزاء المضرور الذي يحق له الرجوع عليه .

ثانيا: تطبيقات مسؤولية الموثق التقصيرية عن فعل الغير

إتضح من عرض شروط المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير أن أهم شرط هو عنصر التبعية، فهو العنصر الجوهرى في تمييز هذه المسؤولية عن المسؤولية العقدية عن الغير لإنعدام عنصر التبعية في هذه الأخيرة.

سنحاول في هذا المجال تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عن الغير⁴، على مسؤولية الموثق عن أفعال أعوانه من غير الموثقين الذين يستخدمهم المتبوع لتنفيذ واجباته في (أ) ثم أبحث مسؤولية الموثق عن أفعال أعوانه من الموثقين الذين يعملون معه في المكتب. لبيان ما إذا كانت تنطبق عليهم شروطها لاسيما علاقة التبعية (ب).

¹ - H.L.J Mazeaud et Chabas. Lecons de droit civil. N°479.

² - Cass. Ass. Pleniére .19 mai 1988 .640 .conclusions dowling- carter .d.1988 .513. note Larroumet et RTCD .1989.85

La regle est que” Le commettant ne s’exonere de sa responsabilite que si son prepose a agi hors des fonctions auxquelles il etait employe sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions »

³ - Cass. ass Pleniére /10 juin 1977.jcp.1977.18730 et D.1977.465.note Larroumet

⁴ -راجع د/ علي فيلاي الذي كتب قائلا: "إن المسؤولية عن فعل الغير كما أسلفنا هي مسؤولية من طبيعة خاصة لكون الأصل فيها أن المرء لا يسأل إلا عن فعله الشخصي ولا يتحمل تبعة فعل غيره ، إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد يكون في بعض الأحيان شديد الوطأة على الضحية ، كأن يكون الفاعل غير مميز ، فلا يمكن اثبات الخطأ من جانبه ومن ثم لا يسأل، أو أن يكون تابعا لامال له فلا تتحصل الضحية على التعويض، مما جعل المشرع يفرض على بعض الأشخاص كالأب والمعلم والمتبوع مسؤولية دون حاجة إلى إثبات خطئهم، وهي كذلك مسؤولية إستثنائية وإحتياطية، المرجع السابق، ص: 96

أ:مسؤولية الموثق عن أفعال مساعديه من غير الموثقين

من المعلوم أن أغلب الموثقين يستخدمون عددا من الأشخاص من غير الموثقين¹ لتنظيم وتهيئة مهنته في تحرير العقود الرسمية التي أوجب القانون كالكتاب مثلا وهؤلاء الأشخاص يتقاضون عادة مرتبات شهرية، يعملون لمدة غير محددة وفق نظام دائم ومنظم. وبالتالي يخضعون لرقابة وإشراف وتوجيه الموثق له سلطة تعيينهم وإقصائهم ومعاقبتهم. فهل تتوافر في علاقتهم بالموثق الذي يعملون في مكتبه علاقة تبعية؟ وهل يسأل الموثق إذا ما أحدث أي منهم مضرا للغير؟ وهل يسأل الموثق أو الضابط العمومي عن تلك الأضرار² مسؤولية تقصيرية عن الغير إذا توافرت شروطها؟ لاشك أن الموثق يكون مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها تابعوه أثناء أو بمناسبة تأديتهم

أكدت ذلك المادة 10 و16 من القانون رقم 06-02 السالف الذكر، كما أن القانون المدني كما سبق أن ذكرت جاء بقاعدة عامة أو نص عام في مادته 136 ما يفيد مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه، وكذلك فعل كل من التقنين الليبي في مادته 187 والمغربي المادة 85 معدلة واللبناني المادة 157 والتقنين السوري المادة 175، كل هذه التشريعات أطلقت كل منها النص ومبدأ المسؤولية لتشمل السيد المتبوع أو الولي أيا كان في إقامة هذه المسؤولية على توافر الشروط المذكورة أنفا وخاصة عنصر التبعية، وبمقتضى تلك النصوص يسأل أي شخص يعهد بعمله إلى شخص آخر وثبت له عليه سلطة الرقابة والتوجيه في طريقة أداء هذا العمل، لأنه يعتبر متبوعا فيسأل مسؤولية مفترضة عن فعل تابعه عند توافر الشروط الأخرى، وللمتبع حق الرجوع على التابع في الحدود التي يكون التابع مسؤولا عن تعويض الضرر³.

أما القانون التونسي فقد قرر تطبيقها على نطاق ضيق، وجعل منها مسؤولية إحتياطية فهي تطبق بمقتضى نص المادة 85 مدني تونسي ليس على كل سيد أو متبوع كما نصت التشريعات العربية الأخرى وإنما فقط على مسألة الدولة والبلديات عما يقع من مستخدميها منغش وخطأ جسيم ولا يمكن التمسك بها إلا بعد إثبات إعسار

¹ - المادة 16 من القانون رقم 06-02 السالف الذكر، "يمكن للموثق أن يوظف تحت مسؤوليته الأشخاص الذين يراهم ضروريين لتسيير المكتب..".

² - من التعاريف الفقهية للفعل الضار الواقع بسبب الوظيفة ما يقوله مخلوفي محمد في: " أن فعل التابع يعد واقعا بسبب الوظيفة إذا كان التابع لا يستطيع إتيانه لولا الوظيفة بحيث تكون الصلة بينه وبين الوظيفة قائمة على إرتباط سببي ومباشر، فإن لم تكن الوظيفة هي التي مكنته من إرتكابه ما كان في إستطاعته إتيانه"، المرجع السابق، ص: 139. كما عرفه الشيخ عمر دفع الله بأنه: "الفعل الذي وقع من التابع لا عند تأديته عملا من أعمال الوظيفة وإنما يرتبط مع ذلك بما عهد إليه من عمل برابطة سببية ووثيقة بحيث ما كان التابع يستطيع إرتكابه ولا ما فكر في إرتكابه لولا تلك الوظيفة " أورده د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 157.

³ - أما التشريع العراقي فلم يورد مبدأ عاما وإنما أقر هذه المسؤولية في حالات محددة في المادة 219 ولا شك أنه مسلك م 2 حل نقد من حيث نطاقها ومن حيث حكمها..

³ - إذا تحققت مسؤولية المتبوع ولم يستطع دفعها، فإن المادة 137 من القانون المدني الجزائري تمكنه من الرجوع على تابعه من أجل استرداد مبلغ التعويضات الذي دفعه للضحية وذلك في: "... في حالة ارتكابه خطأ جسيما". وفي ذلك يقول د/ علي فيلالي: "أصبح النص الحالي أكثر تقييدا بحق لحق رجوع المتبوع على تابعه، حيث يشترط خطأ جسيما من قبل التابع، في حين كان النص القديم يمكن المتبوع من استرداد ما دفعه للضحية من تعويضات كلما تحققت مسؤولية التابع طبقا للشريعة العامة...، ونرى أن تعديل نص المادة 136 مدني وذلك بتقييد حق المتبوع في الرجوع على التابع ليحقق أكثر عدالة". المرجع السابق ص: 167.

المستخدمين. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هو هل يسأل الموثق عن جميع أخطاء تابعيه، أم أن ثمة أخطاء محددة يسأل عنها ؟

لقد أجب عن هذه التساؤلات القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، منها الحكم الصادر خلال سنة 1969: "متى ثبت أن كاتب الموثق، قد أهمل في تقديم النصائح الواجبة للعميل، أو قدم نصائح ضارة، فإن ذلك يعتبر خطأ من جانبه ويسأل عنه الموثق تطبيقاً للمادة 5/1384 من ت.م، شريطة إقامة الدليل على وجود علاقة بين خطأ الكاتب والوظيفة القائم بها". وفي حكم آخر قضت بأن: "يسأل الموثق عن أعمال كتابه، بشرط أن يثبت بأن الكاتب قد ارتكب الخطأ حال تأديته لوظيفته أو بسببها. وكان هناك إساءة في استعمال سلطات الوظيفة".¹

كما أن هناك حكم آخر يقضي بأن: "الوظيفة التي يشغلها كاتب أو تابع الموثق، لا تقتصر في قيام التابع بعمله تطبيقاً لأوامر وتعليمات الموثق، بل يعد التابع قد قام بأعمال وظيفته، حتى ولو كان ذلك بعيداً عن أوامر وتوجيهات الموثق، وأن ما يتحمله المتبوع مما يترتب على ما يقوم به تابعه من نشاط، إنما لا يقتصر على ما قصده منه، بل يترتب أيضاً من استعمال التابع لتلك الوسائل الموضوعية تحت تصرفه من أجل ذلك النشاط".

في بعض الأحكام قضي بأن المتبوع (الموثق) لا يسأل عن أخطاء تابعيه إلا إذا صدرت من التابع أثناء قيامه بأعمال وظيفته، بشرط أن يقوم التابع بالعملية باسمه ولحساب المتبوع".

يتضح من إستقراء هذه الأحكام، أن تابعي الموثق يكونون في حالة خطأ ومن ثمة يسأل الموثق عن الأضرار الناتجة عن أخطائهم في الأوضاع والفروض التالية:

1- أن يقع الخطأ من الكاتب التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها، ويتفق ذلك مع ما جاء في المادة 3/1384، وهنا لا يسأل الموثق عن الأخطاء التي تقع من المستخدمين أثناء تأديتهم لأعمال خارجة عن حدود الوظيفة، منها تلك التي يطلبها الزبائن منهم بصفتهم الشخصية وليس بوصفهم تابعين للموثق، كما لا يسأل الموثق أيضاً عن الأعمال التي يقومها الكتاب²، وتكون منقطعة الصلة بالوظيفة، فيما إذا حصل الكاتب ولحسابه الخاص على قرض من أحد الزبائن، ففي هذه الحالة فإن إدعاء الزبون بأنه قدم القرض للتابع بصفته تابعاً للموثق³ كما لا يسأل الموثق إذا أثبتت الظروف أن التابع والزبون تعمدوا إستبعاد الموثق من التدخل في العملية التي تمت بينهما، فإن ثبت أن المفاوضات المتعلقة بالقرض العقاري كانت قد تمت بين الغير وأحد مساعدي الكاتب الذي كان يسعى إلى تحقيق كسب مادي بعيداً عن المكتب، مستغلاً في ذلك بعض المعلومات التي توصل إليها بسبب وظيفته، فإن الموثق لا يسأل عن الأضرار الناجمة عن خطأ مساعدي الكاتب.

¹ - أنظر أيضاً قرار أورده

- j l aubert. **la responsabilite civile du notaire**. P. 38. 39
-cass civ. 1er 24 nov 1976. defrenois 1977. art 31441 n° 57 p 863 "L' arret parait admettre l' eventualite d' une telle responsabilite. D' un notaire. du fait d' un cleric. Ayant realise des operations de banque » .

² - أنظر في ذلك

Cass. Civ. 1 Mai 1932, D.1932, 366 ; Savatier, **Règles Générales de la resp. Civ**
³ , Rev. Trim. De dr.Civ 1934, 453 (3) . - Cass. Civ. 1ere 8 Déc. 1987, D, 1988, 20, Cass. Civ. 17 Déc. 1964, J.C.P. 1965, 11, 14124

2- في حالة تعسف التابع في استعمال سلطات الوظيفة، وكان الزبون يعتقد أن الكاتب ينفذ إلتزاماته المهنية، حيث يفترض هنا أن هذه التصرفات التعسفية إرتبطت بمهامه، أو أن الكاتب إتخذ مظهرًا يوحي بأنه يمارس مهنته الرسمية، كإستعماله لختم أو أدوات وأوراق المكتب أو أن كل هذا تم في المكتب وخلال ساعات العمل الرسمية، مما أدى إلى إيهام الزبون أن التابع يقوم بمهنته بصفة عادية. أما إذا كان الكاتب، إستمر في أداء عمله أثناء العطل، وبرضاء الموثق الصريح أو الضمني وبالتالي يكون إمتدادا لوقت العمل ومن ثمة القول بمسؤولية الموثق عن فعل تابعه.

ومهما يكن يستطيع الموثق التخلص من مسؤوليته كمسؤول متبوع بإثبات أن التابع قد قام بهذا التصرف بإسمة الشخصي أو لحسابه وأن المتضرر كان على علم بذلك. هذا وبالقانون الصادر بتاريخ 25 جوان 1973 تحت رقم 73-546 المعدل لنص المادة العاشرة من قانون فانتوز، حينئذ أصبح للموثق أن يمنح لأحد الكتاب العاملين معه في مكتبه رخصة يستطيع بموجبها ممارسة بعض أعمال التوثيق المرخص له القيام بها. وقد يتبادر إلى الذهن سؤال فيما إذا كان هذا الكاتب المرخص له تابعا للموثق، أي أن الموثق يسأل عن أخطائه أم أنه بموجب هذه الرخصة يصبح مستقلا عن الموثق فيما يخص الأعمال المرخص له القيام بها ؟

في هذا السياق، جاءت المادة 4/18 من القانون السالف الذكر مؤكدة أن: "الكتابة المرخص لهم بمزاولة المهنة، يمارسون أعمالهم تحت رقابة ومسؤولية الموثق" يستخلص مما سبق أن الكاتب المرخص له *clerc habilité* ببعض الأعمال، يمارس وظيفته بوصفه تابعا للموثق¹، ومن ثمة يسأل طبقا للقواعد العامة الخاصة بمسؤولية التابع والمتبوع وهذا أمر بديهي، لكون الكاتب المرخص له يبقى تابعا أي أن رابطة التبعية لا زالت قائمة والرخصة لم تنف وجودها وعليه، يمكن القول أن ذلك الترخيص ليس إلا مجرد تسهيل للكاتب في ممارسة أعماله ومن ثمة تخفيف العبء عن الموثق في ممارسة بعض مهامه وحبذا لو أضيف مثل هذا الترخيص في قانوننا.

ب: مسؤولية الموثق عن نائبه من الموثقين

من الواضح أن العنصر الجوهري الذي تتميز به المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير عن غيرها من المسؤوليات هو عنصر التبعية، ولما كان من الجائز أن يستعين الموثق أو الضابط العمومي بجهود موثق آخر يعمل تحت إشرافه في مكتبه فإن التساؤل يثور عندئذ عما إذا كانت العلاقة بينهما تكون علاقة تابع لمتبوع؟ أم أن ممارسة الموثقين لمهنتهم أيا كان وضعهم، لا تكون إلا على سبيل الإستقلال؟ بإعتبارها مهن قائمة على الشخصية المتميزة لمن يمارسها مما ينفي وجودهم في مركز التبعية والخضوع لمن يتعاقد معهم بشأنها وينفي بالتالي إرتباطهم بمقتضى هذا التعاقد بعقد عمل.

يتجه الفقه في الدول العربية إلى أن التعاقد مع ذوي المهن إذا أدى إلى تبعيتهم ولو مجرد تبعية أو تنظيمية للمتعاقدين معهم، فلا مانع في إعتبارهم في هذه الحالة وحدها مرتبطين بعقد عمل، رغم إحتفاظهم بإستقلاليتهم الفنية في أداء أعمالهم، لأن وجود التبعية كاف لتوافر التبعية القانونية. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في

¹ -أنظر المادة 10 فقرة 4 من قانون فانتوز تنص على أن

"L'habilitation s'exerce sous la surveillance et la responsabilité du notaire "

قرارها أكد قيام علاقة التبعية وأشار إلى العديد من مظاهرها كقوله: "العلاقة غير محدودة بالإنتهاء من مهام معينة" و"تخصيص مكان للمحامي التابع في المكتب" وعبارة "له الحق في الرقابة والإشراف".¹ يفهم مما تقدم، أن المحامي يستطيع أن يعمل لدى محام آخر، دون أن يكون مخالفا شرط عدم جواز الجمع بين مهنة المحاماة ووظيفة أخرى، وأنه إذا عمل تحت إشراف وتوجيه محام آخر فإن ذلك لا يؤثر على إستقلاله المهني. ذلك فإن حكم المادة 147 من القانون المدني المصري التي نصت بشكل عام على مسؤولية المتبوع يسري على المحامي عند توافر عنصر التبعية لاسيما وأن قانون المحاماة المصري لم يتضمن ما يمنع ذلك أو يقيد.

عليه، فإن المحامي في مصر يمكن أن يكون تابعا لمحام آخر إذا توافرت علاقة التبعية، ويكون المحامي المتبوع مسؤولا عن أفعال المحامي التابع الخاطئة التي تسبب ضررا لمن تولى الدفاع عنهم. فما هو مصير ذلك في القانون الجزائري؟²

بالرجوع إلى أحكام قانون 02-06 يتضح بأن الموثق يكون مسؤولا على أعمال غيره في حالتين: الأولى مسؤوليته عن مستخدميه والثانية مسؤوليته عن زميله الموثق، بالنسبة للأولى، مثلما سبق شرحه لاثير أي إشكال، فإن الأمر لا ينطبق على الثانية التي تثير عدة تساؤلات خاصة في طبيعتها ولماذا يتحمل الموثق أخطاء غيره؟

أقرت المادة 34 من القانون 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق مسؤولية الموثق المدنية عن الأخطاء غير العمدية التي يرتكبها نائبه في العقود التي يحررها هذا الأخير.

قبل ذلك نصت المادة 1/33 على أنه: "عند غياب الموثق أو حصول مانع مؤقت له يجب بناء على ترخيص من وزير العدل، حافظ الأختام، تعيين موثق لإستخلافه يختاره هو أو تقترحه الغرفة الجهوية من نفس دائرة إختصاص المجلس القضائي".

يتضح مما سبق، أنه لا يمكن الحديث عن الموثق النائب إلا إذا صدر ترخيص بذلك من قبل وزير العدل لحافظ الأختام، إذ قد يتعرض الموثق المستخلف والموثق النائب إلى عقوبات تأديبية وجزائية، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن القول إطلاقا بأن طبيعة هذه المسؤولية هي من طبيعة تقصيرية¹ تحكمها قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه. لأنه وببساطة لا توجد علاقة تبعية بين الموثق المستخلف والموثق النائب، فهذا الأخير مستقل تماما في أداء مهامه ويعمل لحسابه، وإن كان يعمل في مكتب الموثق المستخلف، ولا يعني أبدا أنه يعمل لحساب الموثق المستخلف، لأن جوهر الإنابة ليس الحفاظ على دخل مادي للموثق المستخلف، بقدر ما هو تعبير عن رغبة المشرع في إستمرارية² مكتب الموثق في أداء خدماته للمتعاملين معه حتلا تتعطل مصالحهم إذا غاب الموثق المستخلف أو حصل مانع مؤقت له، وذلك بالنظر إلى الطابع الذي يتسم به مكتب الموثق بإعتبارة مرفق عمومي.

¹ - هشام تفالي، المرجع السابق، ص 68.

² - من هنا يمكن إستنتاج توجه المشرع، نحو إعتناق المسؤولية الموضوعية في مجال التوثيق، راجع ذلك بالتفصيل فيما يتعلق بإثبات خطأ الموثق.

بالتالي فهي تقصيرية إستنادا على أن مصدرها هو القانون، ذلك أن التفويض الذي يتلقاه الموثق من قبل السلطة العمومية، لا ينحصر في إضفاء الصيغة الرسمية على العقود التي يحررها، بل يتعداه إلى منح الموثق صلاحية تسيير المرفق العمومي للرسمية والمتمثل في المكتب العمومي للتوثيق في جوانبه الإدارية والمالية والإقتصادية والجبائية.

من خلال هذا الطرح تتبلور الطبيعة القانونية للمكتب العمومي للتوثيق، الذي يعتبر مرفقا عاما يخضع لنظام خاص، تتداخل فيه أحكام القانون العام من حيث إنشاء المكتب وإلغائه وتعيين مسيرهم عن طريق قرارات يصدرها وزير العدل حافظ الأختام، وقواعد القانون الخاص من حيث تسيير المكتب العمومي للتوثيق الذي يضطلع به الموثق الذي يعتبر شخص من أشخاص القانون الخاص. كما أن عملية الإستخلاف، لا تعني إلغاء مكتب التوثيق العمومي الذي أقامه الموثق المستخلف، فمن مظاهر بقائه أن الموثق النائب ينتقل إلى مكتب الموثق المستخلف لتسييره، بقاء اللوحة الإشهارية الخاصة بالمكتب، وإشارة الموثق النائب إلى مكتب الموثق المستخلف في العقود التي يحررها من جهة ومن جهة أخرى، فإنه في حالة شغور مكتب التوثيق بسبب الوفاة أو العزل لا يتم إلغاء المكتب العمومي بل يعين موثق تسند له مهمة تسيير المكتب وتنتهي مهامه بعد الإنتهاء من إجراءات التصفية، ففي هذه الحالة لا يتم إلغاء المكتب بصورة آلية عند شغوره النهائي، ومن باب أولى ألا يتم ذلك إذا كان هذا الشغور مؤقتا، أي أن المكتب العمومي للتوثيق ما يزال على ذمة الموثق المستخلف.

هذه الطبيعة القانونية المركبة للمكتب العمومي للتوثيق، تبرر لجوء المشرع إلى إقرار مسؤولية المستخلف عن الأخطاء غير العمدية المرتكبة من قبل زميله النائب.

هذا، ويمكن أن تكيف هذه المسؤولية على أنها ذات طبيعة عقدية، وذلك في ظل الرأي القائل بوجود مسؤولية عقدية عن فعل الغير، فإذا تحقق شرط وجود العقد بين الموثق المستخلف والذون، بموجبه يكلف الأول بتحرير العقد الذي يؤديه الثاني، ويمكن تصور حدوث مثل هذا أثناء ممارسة الموثق نشاطه، كتعاقد البنك معه على تحرير الرهون الرسمية، فإذا كان تعيين الموثق النائب أثناء سير العقد الذي يربط الموثق المستخلف بذبونهورضي هذا الأخير مواصلة التعامل مع الموثق النائب، فإن أي ضرر يلحق الذون ناتج عن خطأ غير عمدي إرتكبه الموثق النائب، يكون الموثق المستخلف مسؤولا في مواجهة ذبونه مسؤولية عقدية عن الخطأ غير العمدي الذي إرتكبه نائبه.

وبناء على ما سبق وحتى تقوم مسؤولية الموثق المستخلف، يتعين على المضرور إثبات بأن الموثق النائب قد إرتكب خطأ غير عمدي في حالة ما إذا كان الخطأ عمدي، فإن الموثق النائب هو المسؤول مدنيا.

ثالثا: الآثار المترتبة عن تحقق مسؤولية الموثق

تأسس مسؤولية المتبوع (الموثق) إلى جانب مسؤولية التابع إسناد الفرع للأصل، وقيام هذه المسؤولية ترتب نتائج قانونية حيث ينشأ للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة خطأ التابع، حتى

يمكن من الرجوع على التابع وحده، أو على المتبوع، أو على كليهما كونهما متضامنين (أ) وفي حالة ما اذا اختار الرجوع على الموثق (المتبوع) فيحق لهذا الأخير الرجوع على المساعد (التابع) بما دفعه (ب)

أ:رجوع المتضرر على المساعد أو الموثق:للمتضرر إمكانية الرجوع بدعوى التعويض على مساعد الموثق (المتبوع) وفقا لأحكام المسؤولية الشخصية، أو الرجوع على الموثق (المتبوع) تطبيقا لأحكام المادة 136 ت م ج أو بناء على نص المادة 126 ت م ج إذا اختار الرجوع على كليهما.

رجوع المضرور على الموثق (المتبوع):قد يختار المضرور الرجوع مباشرة على الموثق المسؤول بصفة منفردة للمطالبة بالتعويض عنالضرر الذي لحقه ، لأنه صادف ذمة مالية ميسورة مقارنة بالتابع¹ وحيث لا يقع على المضرور إثبات خطأ الموثق لأن مسؤوليته تكون مفترضة بموجب القانون كما أنها تقوم إلى جانب مسؤولية المساعد التابع إن تحققت شروطها، أي أنه لايستلزم إدخال التابع في الدعوى المقامة ضد الموثق (المتبوع)² ولكون إلتزام الموثق هو بتحقيق نتيجة وبناء عليه، فإن المضرور يعفى من إثبات فعل الموثق، ويكفيه إثبات علاقة التبعية، وأن الضرر الذي لحقه كان نتيجة فعل تابعه حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، وعلى العكس من ذلك يمكن للموثق إدخال مساعده (التابع) في الدعوى المرفوعة ضده وأن يطالبه بالحكم عليه بما قد يقضي عليه لصالح المضرور شريطة عدم سقوط مسؤولية مساعده بالتقادم.³

ما يلاحظ أنه من الناحية العملية قلما يعود المضرور على الموثق لمطالبته بالتعويض لكونه مؤمنا على مسؤوليته المدنية اتجاه الغير، وليس للمضرور عندئذ سوى الرجوع على شركة التأمين بغرض الحصول على التعويض عما لحقه من ضرر، وحيث أن التأمين أصبح إجباريا على ذوي المهن الحرة بموجب الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم⁴ وما جاء في المادة 41 من القانون 02-06 المتضمن مهنة التوثيق، نجد أن المادة 186 من نفس القانون قد حددت الأشخاص الملزمين باكتتاب التأمين والمواد الخاضعة لذلك على سبيل المثال .

بناء عليه للموثق التأمين على مسؤوليته الناجمة عن خطئه والخطأ الصادر عن مستخدميه، سواء كان تقصيرا أو عقديا، ثابتا أو مفترضا يسيرا أو جسيما، إلا أنه لا يستطيع التأمين من مسؤوليته المترتبة عن غشه، بيد أنه يمكن له أن يؤمن مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص المستخدمين لديه. وهذا ما يتفق مع ما أورده المشرع في أحكام المادة 2/178 ت م ج التي بموجبها يعفى المسؤول نفسه في نطاق المسؤولية العقدية

¹ - عيساوي زاهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة ماجستير جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 95

² - مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل الغير ... المرجع السابق، ص 157.

³ - د/احمد ابراهيم الحيارى، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، المرجع السابق، ص 289.

"لايشترط لمسائلة المخدم عن خطأ خادمه ان يكون الخادم حاضرا او ممثلا في الدعوى التي تقام على المخدم، ماذا، فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لايجوز دون مطالبة المخدم، اذ هذا التنازل ليس فيه ما ينفي مسؤولية الخادم حتى يمكن ان يقال بعدم مسؤولية المخدم."

⁴ أمر رقم 07.95 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، ج ر عدد 13 الصادرة في 03/08/1995 معدل ومتمم.

عن الخطأ الجسيم والغش الصادر من مستخدميه ما نصه: "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامهم".

كما يمكن تصور إشتراك خطأ المساعد والموثق (المتبوع) في إحداث الضرر اللاحق بالمضروب في حالة ما إذا كان الخطأ المرتكب من قبل المساعد نتيجة تنفيذ الأوامر الصادرة من قبل الموثق وهنا يمكن له الرجوع عليهما.

ب: رجوع المضروب على المساعد (التابع): إذا إختار المتضرر من النشاط التوثيقي الرجوع على التابع لوحده بإعتباره مسؤولاً، فيكون ذلك على أساس المسؤولية الشخصية وفقاً لأحكام المادة 124 ت م ج، والتي تقضي على كل من تسبب في ضرر للغير أن يلتزم بالتعويض، فيقع بالتالي على المضروب إثبات الضرر والعلاقة السببية لأن إلتزام المتبوع (الموثق) هو بتحقيق نتيجة، غير أنه إذا كنا بصدد إلتزام ببذل عناية

في هذه الحالة يجب إثبات أركان المسؤولية مجتمعة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهم، كما له دفع المسؤولية طبقاً للقواعد العامة مع مراعاة عدم إدخال الموثق في الدعوى المرفوعة شريطة أن لا يكون الموثق مشتركاً في الفعل الضار لأنها مقرره لصالح المضروب دون غيره. إلا أن بعضاً من الفقه يرى أن هذا الرجوع غير ممكن إلا في حالة إرتكاب التابع خطأ جسيماً أو مقصوداً ويؤسسون ذلك أن المتبوع لا يسأل معاونه عن أخطائه البسيطة، وكان محل تأييد بقرار (Rochas) حيث إستبعدت الأضرار الناشئة عن أخطاء شخصية للمعاون في مسؤولية المتبوع وتأسيساً لذلك حرمت المحكمة المضروب من الرجوع على معاون الذي تصرف دون أن يتجاوز المهمة المسندة إليه من طرف المسؤول¹ فإذا تحققت المسؤولية على التابع، فليس له إلا نفيها إن كانت على خطأ واجب الإثبات فينفي الخطأ عن نفسه أو ينفي العلاقة السببية بينه وبين فعله و الضرر.

ب: رجوع الموثق (المتبوع) على مساعديه: تنص المادة 137 ت م ج على أنه: "للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيم" وتطبيقاً لها إذا رجع المضروب على الموثق لاستيفاء مبلغ التعويض كان لهذا الأخير حق الرجوع بما دفعه على التابع لكونه تابعاً له ومسؤول عنه لا مسؤول معه، بعد أداءه أما قبل الوفاء به للمضروب فلا حاجة لرجوعه على مساعديه حتى ولو صدر حكم يقضي بإلتزامه بالدفع، طالما أن الوفاء لم يتم بعد أضف إلى ذلك أن الرجوع قبل ذلك يكون غير مؤسس ولا يسقط هذا الحق إلا بمضي 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار² ينبغي التنويه إلى أن المشرع الجزائري خول للمتبع حق الرجوع على التابع قبل تعديل المادة المذكورة سابقاً في حدود ما دفعه، وذلك دون تحديد الأخطاء إن كانت جسيمة أم يسيرة³ مما يفتح المجال واسعاً أمام المتبع للرجوع على

¹ - مخلوفي محمد، مسؤولية المتبوع عن فعل... المرجع السابق، ص 176.

² - نص المادة 137 قبل تعديلها: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر".

³ - لتفاصيل أكثر انظر بن رقية بن يوسف، العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيرة بينهما في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، د.س.ن، ص ص 270-264.

مساعدية مهما كانت درجة الأخطاء الصادرة فحتى الأخطاء البسيطة تبرر رجوعه، إلا أنه إستدرك ذلك وحسنا ما فعله بتعديله المادة السالفة الذكر، فعمل على التضييق من نطاق إمكانية الرجوع باشتراكه الخطأ الجسيم، وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس¹ أن: "المسؤول مدنيا عن فعل الغير يجبر الضرر الحاصل للضحية بفعل تابعه الواقع منه بصورة عمدية أو جسيمة، يكون له حق الرجوع على مرتكبه بكل ما دفع من تعويضات، وذلك بواسطة دعوى ضمان أصلية ولا يكون هذا الحق مقرا له إلا إذا كان مرتكب الفعل الضار متعسفا في إساءة إستعمال الوظيفة أو مرتكبا لخطأ جسيم أثناء ممارسته الوظيفة "

في وقتنا الحالي إن المتبوع سواء كان موثقا ومحاميا أو غيره من المهنيين يكون ملزما بالتأمين على مسؤوليتهم المهنية الشخصية أو التبعية أي عن الأخطاء الصادرة عن مساعدتهم بعد دفع أقساط التأمين وتبعاً لذلك يمكن للمضرور الرجوع على شركة التأمين للحصول على التعويض ولا يخشى التابع تبعه الرجوع عليه بما دفعه بشرط ألا يصدر من جانبه خطأ جسيم² وفي هذا الصدد يمكن التمييز بين فرضين: أ أحدهما، إذا كان الضرر نتيجة خطأ التابع وحده، فهنا في حالة ما إذا دفع التعويض كله للمضرور، فلا مجال لرجوعه على المتبوع، والثاني، حالة ما إذا كان نتيجة خطأ الموثق (المتبوع) ومساعدته، في شكل أوامر صادرة من المتبوع (الموثق) هي السبب في إحداث الضرر فلا قيمة لتبرير أفعاله ونفي مسؤوليته، ولكن يستطيع المساعد (التابع) التمسك بها لمواجهة المتبوع إن رجع عليه بعد أداء التعويض للمضرور فتكون كعامل مخفف لمسؤوليته³.

¹ - إن مساءلة الموثق على أساس فعل الغير، قليلة الحدوث في القضاء الفرنسي، ذلك أن التصرفات التي يقوم بها التابع تعتبر كأنها تصرف قام به الموثق ذاته، حيث أن الفعل الذي يرتكبه التابع هو بالضرورة خطأ الموثق من خلال عدم إتخاذ تدابير الحيطة والحذر عند مراقبة العمل، أنظر از aubert، المرجع السابق، 43 ص و44. وهذا ما أكدته المادة 10 من القانون 02-06 السالف الذكر.

² - Le tourneau philippe. Responsabilite civile professionnelle 10^{eme} édition dalloz paris 2005 p 76

³ - فجالي مراد، مسؤولية المتبوع عن عمل ... المرجع السابق، ص 86.

الفصل الثاني

قيام المسؤولية وآثارها

تتحقق المسؤولية المدنية للموثق بتخلفه عن تحقيق النتيجة أو بذل العناية التي ينتظرها منه الزبون، ويكمن الهدف من هذه المسؤولية هو تهدئة المضرور وبعث الثقة فيه والطمأنينة، لاختلاف مسؤولية الموثق المدنية من حيث الأحكام مع المسؤولية التي تخضع للقواعد العامة لعدم وجود نصوص خاصة تحكم مثل هذه المسؤولية، مما يؤدي إلى تطبيق القواعد العامة على هذه مسؤولية، فلقيام المسؤولية المدنية للموثق يجب أن يصدر منه خطأ أثناء قيامه بعمله والذي يمهد له الطريق لمساءلته، فمخالفة الموثق للإلتزام من إلتزاماته المفروضة عليه تترتب عنه المسؤولية، إذ يتطلب القانون لقيامها توفر شروطاً وأركاناً معينة والتي تشكل جوهر وأساس مساءلته (المبحث الأول) ومع تحقق مسؤولية الموثق المدنية يعطى الحق في التعويض للمضرور بالمطالبة بحقه نتيجة لما أصابه من ضرر لإخلال الموثق بواجباته القانونية وذلك بغض النظر إن كانت مسؤوليته شخصية أو غير ذلك، فإن هذا يخول للمضرور الحصول على حقه. (المبحث الثاني)

المبحث الأول: شروط تحقق مسؤولية الموثق المدنية

المبحث الثاني: آثار تحقق مسؤولية الموثق المدنية

المبحث الأول

شروط تحقق مسؤولية الموثق المدنية

تقوم المسؤولية عن الأفعال الشخصية على خطأ ثابت، أي خطأ يقع على الدائن، وهو المضرور إثباته في جانب المدين المسؤول طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ومنها "البينة على من أدعى".

إن المسؤولية مفهوم يستدل منه على معنى المساءلة بمعنى قياس نتائج عمل ما وهذه الأخيرة نجدها مرتبطة إرتباطاً وثيقاً بالمرء، وبصفة عامة تتمثل في كل عمل يأتيه شخصاً ويعد إخلالاً بالإلتزام يسبب بموجبه ضرر للغير مما يستوجب المؤاخذة ومن ثمة المساءلة .

إذا كان الفعل الذي ارتكبه الموثق مثلاً مخالفاً لقواعد الأخلاق والآداب، وصفت مسؤوليته بأنها أدبية، أما إذا كان القانون يؤاخذ على ذلك التصرف حينئذ نكون أمام مسؤولية قانونية، وهي أن يحاسب المسؤول عن ما أحدثه من ضرر للغير، وهذه تنقسم بحسب ما إذا كان الضرر يقتصر على الجماعة أم يصيب الأشخاص إلى مسؤولية عقابية يكون جزاؤها العقوبة، أو مسؤولية مدنية جزاؤها التعويض.

فمخالفة الموثق للإلتزام من إلتزاماته المفروضة عليه تترتب عليه المسؤولية حسب مصدر الإلتزام الذي أخل به إذا كان قانونياً أو إتفاقاً إذ يتطلب القانون لقيامها توفر أركان معينة والتي تشكل جوهر وأساس مساءلته تتحقق مسؤولية الموثق بتخلفه عن تحقيق النتيجة أو بذل العناية التي ينتظرها منهم الزبائن، ومسؤولية الموثق

المدنية لا تختلف من حيث الأحكام مع المسؤولية التي تخضع للقواعد العامة لعدم وجود نصوص خاصة تحكم مثل هذه المسؤولية، مما يؤدي إلى تطبيق تلك القواعد على مسؤولية الموثق ولقيامها يجب أن يصدر منه خطأ أثناء قيامه بعمله والذي يمهّد له الطريق لمساءلته، وهي تقوم على أركان ثلاثة هي الخطأ (المطلب الأول) وعبء اثبات الخطأ بعد تحديد طبيعة الالتزامات (المطلب الثاني) والضرر والعلاقة السببية (المطلب الثالث) على التعاقب.

المطلب الأول

مفهوم الخطأ

تقوم المسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ¹ سواء كان واجب الإثبات كما في المسؤولية عن الفعل الشخصي، أو كان مفترضا كمسؤولية عن فعل الغير، وفيما يخص مسؤولية الموثق نجد أن القضاء لا يكتفي لمساءلة الموثق بمجرد حدوث الضرر، بل يشترط ضرورة وقوع خطأ من قبل الموثق، مما يجعلنا نقول بأنه لولا هذا الخطأ لا يمكن الحديث عن المسؤولية المدنية، وما ينفرد به خطأ الموثق كونه ليس كخطأ الشخص العادي، وذلك بطبيعة الحال يرجع إلى الطبيعة الفنية لعمله الأمر الذي يستلزم معه ضرورة البحث في مضمون خطأ الموثق (الفرع الأول) تحديد صورته (الفرع الثاني) ثم ومحاولة إثبات خطأ الموثق (الفرع الثالث)

أسس القانون المدني المسؤولية عن الأفعال الشخصية على فكرة الخطأ، فنصت المادة 124 منه بصيغتها الفرنسية² على أن "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير، يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه". فهو من أدق المسائل، ونظراً لأهميته في مسؤولية الموثق إرتأيت التصدي من خلال هذا المطلب لتعريفه (الفرع الأول) مع استعراض وبيان عناصره (الفرع الثاني) ثم التصدي أيضاً لبيان نوعه ودرجته (الفرع الثالث) وفي الأخير لمعيار تقديره (الفرع الرابع).

الفرع الأول

تعريف الخطأ

لم يحدد المشرع مدلول الخطأ، لا في القانون المتعلق بمهنة التوثيق ولا بالقوانين المتعلقة بذلك، وإكتفى بتحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الموثق، بل تركه للقاضي، يسترشد في ذلك بما يستخلصه من طبيعة نهي القانون من عناصر التوجيه، على أن تكون مخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ³ ولعل سكوت المشرع

¹- نجد أن كل من المشرع المصري والفرنسي وكذا الجزائري يؤسسون المسؤولية المدنية على أساس الخطأ غير أن بعض التشريعات العربية ومنها التشريع الأردني اقتبس جل أحكامه من الشريعة الإسلامية، فأسس المسؤولية المدنية على أساس الضرر، وألزم محدثه بالتعويض حتى ولو لم يكن فعله يشكل خطأ.

²- يمكن الإعتماد على صيغة النص الفرنسي لا العربي، لكون هذا الأخير سقطت منه عبارة "بخطئه"، وهو ما يوجي معها أن المشرع الجزائري قد أسس لفكرة المسؤولية عن الأفعال الشخصية على فكرة الضرر، وهو ما لا يتفق مع فلسفة القانون، أنظر علي علي سليمان. ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص: 32.

³- أصل النص الفرنسي للمادتين 1832 و 1883 ق.م.فكما يلي:

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé, à le réparer". "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait Mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

الفرنسي في المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي عن تعريف الخطأ، هو الذي دفع الفقه هناك إلى الإضطلاع بمهمة تحديده حيث أن، لم يختلف الفقهاء في أمر كإختلافهم في تعريف الخطأ، حيث تباينت تعريفاتهم تباينا كثيرا إذ عرفه الفقهاء الإخوة "مازو" ¹ Mazeaud بأنه: "تقصير لمسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت المسؤول" كما عرفه الفقيه "سافتيه" Savatier على أنه: "إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته" ² أو هو إنحراف في السلوك أو تعدد من الشخص في تصرفه مجاوزا فيه الحدود التي يجب عليه الإلتزام بها في سلوكه، كون هذا الخطأ قصديا أو غير قصدي على حد تعبير الأستاذ السنهوري ³.

من أشهر التعريفات التي وردت تعريف بلانيول " بأن الخطأ هو إخلال بالإلتزام سابق" والذي يتمثل في الإلتزام الذي يقع على عاتق الكافة بعدم الإضرار بالغير ⁴ "وأخذ (مازو) على تعريف بلانيول أنه لم يحدد مضمون الإلتزام الذي تمت مخالفته، والخطأ حسب بلانيول هو: "الإنحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ، لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل، فإذا إنحرف عن السلوك الواجب أعتبر مخطأ واستوجبتمسؤوليته أي "الإخلال بالإلتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك"، إلا أن ذلك الفريق من الشراح لم يدخلوا في تعريف الخطأ معيار الإنحراف وهو معيار الشخص العادي.

يستخلص مما سبق، أن إختلاف وجهات نظر الفقهاء حول مدلول الخطأ أدى ذلك إلى التنوع في تعاريفه، حيث أنه لم يجمع الفقهاء على وضع تعريف موحد له، غير أن ما يلاحظ أنها كلها تصب في معنى واحد وان ما قيل عن أخطاء المهنيين من أطباء ومحامين وغيرهم فإنه يقال عن خطأ الموثق كونه من أصحاب المهن، وطبقا لذلك، فإن الموثق يعد مخطئا عند اخلاله بالالتزامات المفروضة عليه بموجب مهنته مما يستوجب ان يكون عمله مطابقا للأصول الفنية المقررة والثابتة، حيث أنه إذا لم يثبت وقوع تقصير منه وأنه إتخذ الإحتياطات اللازمة قصد تزويد الزبون بالمعلومات اللازمة وتحرير عقود مطابقة للقانون، فلا وجود لخطأ، أما إذا فرط في إتباع هذه لأصول أو خالفها، فهناك مجال للحديث عن الخطأ والمسؤولية.

الفرع الثاني

عناصر الخطأ

يتكون الخطأ من عنصرين أحدهما مادي (أولا) والآخر معنوي (ثانيا).

أولا: العنصر المادي (الإنحراف أو التعدي) ⁵

¹ - نقلا عن: صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص 9.

² - R.SAVATIER avait meme établi une liste des « fautes notariales entrainant responsabilité », op.cit., t.II, n°S 810 et s.

³ - يقول د/ السنهوري: "أن نص المادة 1382 مدني فرنسي، فيما ورد به من عموم، لا يحتمل هذا التحديد بل هو شامل لجميع الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية، عمدية كانت أو غير عمدية" أورده د/ علي فيلاي، المرجع السابق ص: 40 - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج: 1 رقم: 586

⁴ - راجع تفاصيل هذا التطور، د/ علي فيلاي، المرجع السابق ص ص 53، 54 .

⁵ - حيث تناولت المواد 128 الى 130 ت م ج الحالات التي يكون فيها التعدي خطأ.

هو إنحراف الشخص (الموثق) في سلوكه عن السلوك المألوف العادي، حيث أن الأفعال المشككة أو المتضمنة الركن المادي للخطأ لا يمكن حصرها، والسلوك الذي يأتيه المرء يكون إما بفعل إيجابي أو سلبي، فالخطأ الإيجابي لا يثير أي إشكالي إثارة مسؤولية الشخص المتسبب في الضرر للغير أن يكون واقعا على تصرف تستدعيه حماية الغير، إنما الإشكال يثور في حال ما إذا شكل هذا السلوك فعل سلبي (خطأ سلبي)، في صورة ترك أو إمتناع مقترن بفعل، ولا يعتبر هذا الأخير خطأ عند مخالفته القانون أو اللوائح، ولكن يكفي أن يقع على عمل تستدعيه حماية الغير¹ ومن أبرز صوره عند التخلف عن تنفيذ إلزام قانوني يأمر بفعل معين فمثلا الموثق يكون ملزما بتقديم الخدمة متى طلب منه بشرط أن لا يوجد مانع لذلك أما إذا إمتنع عن ذلك بدون وجه فإن ذلك يشكل خطأ سلبيا من جانبه مما يعرضه للمساءلة.

ثانيا: العنصر المعنوي

يتمثل في الإدراك، حيث يسأل المرء عن كل الأعمال والسلوكات غير المشروعة والصادرة عنه وإرادته الحرة والمميزة²، تطبيقا لأحكام المادة 125 من ت م ج: " لا يسأل المتسبب عن الضرر الذي يحدثه بفعله أو إمتناعه أو بإهماله منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا"³ وفي حالة ما إذا إعتراه جنونا فلا تنهض مسؤوليته عندئذ، كالإلزام الموثق بتقديم خدماته لعملائه بشرط أن لا يوجد ما يمنع تقديمها، فإذا إمتنع دون أي سبب سائغن ذلك، فإنه يشكل خطأ سلبي من جانبه مما يعرضه للمساءلة المدنية او التأديبية.

الفرع الثالث

نوع ودرجة خطأ الموثق

الصحيح الذي أصبح سائدا، هو أنه لافرق بين ذوي المهن وغيرهم في نوع ودرجة الخطأ،⁴ غير أنه يلاحظ أن المشرع أورد نصا وحيدا في القانون رقم 02-06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق والذي اقتصر على تبيان درجة خطأ الموثق دون تعريفه وهونص المادة 34 على أنه: " يكون الموثق مسؤولا مدنيا عن الأخطاء غير العمدية التي يرتكبها نائبه في العقود التي يحررها هذا الأخير " يعتبر هذا النص الوحيد في قانون التوثيق الذي أشار إلى درجة الخطأ التوثيقي، والذي يستشف منه أن الموثق إذا كان مسؤولا عن الأخطاء غير العمدية المرتكبة من قبل نائبه فمن باب أولى وفي ظل غياب النص أن يكون مسؤولا كذلك عن الأخطاء الصادرة منه سواء كانت عمدية أو غير عمدية.⁵

¹ - نقلا عن غفران سكرية، المسؤولية المدنية للصيدالة، المرجع السابق، ص 8.

² - ابراهيم سيد احمد، الضرر المعنوي فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2007، ص 10.

³ الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر. عدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

⁴ - د/محمود جمال الدين زكي، المرجع نفسه، ص: 582.

⁵ - السائد فقها هو مسؤولية الموثق عن جميع أخطائه، غير أنه يوجد رأي فقهي يقول أنه توجد حالة إستثنائية لا يسأل فيها الموثق، رغم ارتكابه ارتكابه للخطأ، وهي الحالة التي يكون فيها وكلاء متبرعا، أي أنه لا يتدخل بوصفه ضابطا عموميا يساهم في توثيق المحررات بل بصفته وكيل متبرع ويعزى هؤلاء إلى حكم محكمة النقض الصادر سنة 1967، حيث قررت فيه المحكمة أن مسؤولية الموثق لا تمتد بقوة القانون إلى الحالة

قد ثار خلاف حول نوع الخطأ الذي يسأل على أساسه، فهناك من يراه على نوعين خطأ عادي وخطأ فني ومنهم من ترائى له أنه على غير ذلك، فنظرا لأهمية تحديد الخطأ في مسؤولية الموثق فيجب تحديد معنى كلا هذين النوعين كمايلي:

أولا: الخطأ العادي "المادي"

الخطأ العادي أو المادي كما ترائى لجانب من الفقه تسميته هو ذلك الخطأ الذي يقع عند إخلال الموثق بواجبات الحيطة والحذر التي يلتزم بها جميع الناس، فهو بذلك يخرج عن نطاق المهنة التي يمارسها المرء، والخطأ العادي يتساوى فيه الموثق وغيره من أصحاب المهن الحرة والمنظمة ومع الناس العاديين جميعا، من ذلك سمي بالخطأ العادي لأنه لا يقع من فئة معينة بل يقع من كافة الناس ومردده الإخلال بقواعد الحيطة والحذر. ¹ وهذه الأخطاء وإن وقعت من الموثق أثناء قيامه بمزاولة مهنته إلا أنها ليست لها علاقة بالمهنة ولا تعد من قبيل الأخطاء المهنية والتي تكون المهنة سببا فيها بل هي مجرد خطأ مادي أو عادي من الموثق كما أن غيره من أصحاب المهن أو حتى من كافة الناس ويرجع ذلك للإهمال وعدم أخذ أسباب الحيطة والحذر. والخطأ العادي حتى ولو وقع أثناء تأدية المهنة أو في وقت آخر أو من شخص عادي من غير أصحاب المهنة، فإن القاضي لا يحتاج في هذا لخبير في تقدير الخطأ لأنه عادي ولا يندرج ضمن الأخطاء المهنية وصدر أثناء مزاولته لمهنته.

ثانيا: الخطأ المهني أو "الفني":

يعرف الخطأ الفني أو المهني، بأنه "الخطأ الصادر عن الأشخاص المنتمين إلى المهنة المختلفة وذلك بإنحرافهم وخروجهم عن القواعد والأصول المهنية التي تقتضيها أصول المهنة التي ينتمون إليها" إذا فالخطأ المهني هو إخلال صاحب المهنة بواجب محدد مفروض على فئة معينة من الناس وهم أصحاب المهن من الصيادلة والأطباء والمحامين والمهندسين إلى الجهل بالقواعد والأصول الفنية المهنية التي تفرضها مهنتهم أو حدوث خلل منهم أثناء تطبيقها".²

يتحقق الخطأ المهني في حالة الموثق عند خروجه عن أصول المهنة الفنية والمهنية المفروض عليه إتباعها مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالأشخاص المتعاملين معهم ذلك عدم مراعاة الأشكال والأوضاع المقررة قانونا في كتابات المحررات الرسمية أو الإمتناع عن النصح أو التبصير، فيقع على القاضي عند تحديد الخطأ توخي الحيطة والحذر وأن يستعين بأهل الخبرة في مجال المهنة والقوانين المنظمة والضابطة لها عند نظر أي قضية تتعلق بمهنة التوثيق.

التي تثبت فيها أن الموثق لم يقوم بتحرير ورقة رسمية، بل اقتصر دوره على إتمام محرر عرقي، وكان تدخله هنا كوكيل متبرع مثل سائر الوكلاء العاديين.

¹ - د/جاسم علي سالم الشامسي ، مسؤولية الطبيب والصيدلي ، المسؤولية الطبية ، ج 1 ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المؤتمر السنوي لجامعة الحقوق ، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2004، ص403.

² - يرى د/ السهوري في هذه التفرقة أي التمييز بين الخطأ المهني في مزاولة المهنة، فوق أنه دقيق في بعض الحالات ولا مبرر له، فإذا كان الطبيب وغيره من المهنيين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، والواجب إعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطئه المهني مسؤوليته عن خطئه العادي، فيسأل عن هذا وذلك، حتى عن الخطأ اليسير "د/السهوري، مصادر الإلتزام، المجلد الثاني، 1981، بند 485، ص، 1147-1149.

وخلاصة القول في هذا المجال أن الموثق يتحمل مسؤولية الأخطاء التي تصدر منه سواء كانت مهنية أو عادية وعن مستخدميه بصفته متبوعاً، وبغض النظر عن درجته إذا كان يسيراً أو جسيماً طالما سبب ضرراً للغير أو لزوجته، والسبب في كل هذا وذلك، هو خلو النصوص القانونية من التفرقة بين أنواع الخطأ سواء كان مهني أم عادي، حيث جاءت النصوص القانونية عامة في الخطأ سواء كانت الأضرار مباشرة متوقعة وغير المتوقعة. بالإضافة إلى إلزام الموثق بدفع تعويض من حسابه الخاص متى كان خطؤه متعمداً، عملاً بالمستقر عليه العمل قضائياً. أنه " لا يجوز للموثق دفع مسؤوليته عن الأضرار اللاحقة بهم من جراء خطأ الموثق الجسيم"

حيث أنه: "لا يمكن لأي شخص إستبعاد أو تحديد مسؤوليته عن الأضرار¹ المادية اللاحقة بالغير نتيجة خطأ عمدي أو خطأ جسيم، ويتمثل الخطأ الجسيم في عدم الإكتراث وعدم الإحتياط أو إهمال جسيمين² حيث حرر عقود القرض بنفسه وتسليمه لنماذج منها على بياض إلى المقترضين ولم يجمع بنفسه المعلومات الضرورية اللازمة لإتمام القروض بل إكتفى بمعلومات أخبره بها قسيساً وهي كاذبة، بالإضافة إلى أن درجة جسامه الخطأ تأثرت بسلوك الموثق السلبي³ كإمتناعه عن تنبيه الزبائن إلى ما يجب إتخاذه من إجراءات في هذا المجال، وقد تأكد ذلك سنة 1937 حيث قضى بإلزام الموثق بدفع كامل التعويض بعد تأكدها من تصرفاته السلبية أي إهماله في إخطارهم بضرورة إيداع نفقات التسليم والتخزين⁴. ويبدو أن المحكمة قد إستنتجت جسامه الخطأ من التصرفات المعيبة الصادرة من الموثق، لهذا تبدو أهمية الطريقة التي يتم بها تحديد وتقدير خطأ الموثق، فخصوصيته تتجلى في المسلك المتبع لتقديره وكذلك في تحديد من الذي يتحمل عبء الإثبات. وإذا كان خطأ الموثق يتحدد أساساً في الإلتزامات المهنية التي تطرقنا لها بالبحث، وأنها تنحصر في الإلتزامين أساسيين، هما الإلتزام بالرسمية والإلتزام بتقديم النصح، إلا أنه يتفرع عنهما إلتزامات أخرى متعددة.

الفرع الرابع

معياري خطأ الموثق

¹ - المادة 124 مكرر مدني ...، ود/ علي فيلاي يقول: "أن نية الأضرار بالغير هي معيار التمييز بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ص: 85 ود/ عبد الحميد الحنفي، المرجع السابق، ص: 182.

² - أنظر نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، مجلة جامعة آل البيت، الأردن، العدد 18، ص: 43.

³ - تنص المادة 113 فقرة 02 ق.ت.ف. على ما يلي:

" يحق للمؤمن ان يستعيد التعويضات التي دفعها للمؤمن له في حالة ارتكاب هذا الاخير اخطاء واغفالات ذات صبغة احتيالية، وكذلك المادة 102 " لا يضمن المؤمن الاخطار الناتجة، كما تقضي المادة 126 ايضا بعدم ضمان الاضرار والخسائر المنجزة عن خطأ عمدي يرتكبه ربان السفينة. " ثم صار هذا النص إلى المادة 01-113 من تقنين التأمين الصادر في 1976 وعليه يكون النص الفرنسي كالآتي:

« Toutefois, l'assureur ne répond pas, nonobstant toute convention contraire, des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ».

⁴ - J.Flour et J.L.Aubert, les obs.v. 2, Sources : Le fait juridique ;1981,P : 121.

- Le brière de l'isle « La faute intentionnelle du Notaire a propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle » D.1973.259 p :116.

تختلف آراء الفقه¹ حول المعيار الواجب الأخذ به لتقدير خطأ الموثق أو يقاس به سلوك الموثق، للقول بوجود الخطأ من عدمه، ثم ننسبه إليه ، الأمر الذي يستوجب تحديد الشخص الذي يتحمل عبء الإثبات لهذا الخطأ، إذا كان الخطأ التقصيري إنحراف في السلوك الشخصي ويتصور عامة أن يرد في حالتين ذاتية وموضوعية، فيقاس عندئذ الإنحراف مقياسا شخصيا إذا أختيرت الوجهة الذاتية أو مقياسا مجردا إذا أثرنا الوجهة الموضوعية.

أولا: إستبعاد المعيار الشخصي في تقدير خطأ الموثق

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الموثق ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، ومعنى ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث في حالة الموثق الذي ارتكب الخطأ نفسه، لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر منه أقل حيطة من سلوكه الذي يبذله في رعاية شؤون نفسه ليتبين من خلال ذلك إن كان يستطيع تفادي الفعل الضار² المنسوب إليه، فإذا كان كذلك أعتبر مخطئا، أما إذا كان الموثق ليس باستطاعته أن يتفادى ذلك بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر، اعتبر غير مخطئ³ ففي المعيار أو المقياس الشخصي الذاتي، ننظر إلى الشخص المنحرف نفسه لا إلى الإنحراف فيقع التساؤل هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه إنحرافا، أي في سلوكه، أم لا ؟ فإذا تبين أنه كان في مقدوره تفادي الضرر المنسوب إليه أعتبر مخطئ.

يعاب على هذا المعيار أنه يستلزم البحث في ظروف وأحوال كل موثق على حده، ومراقبة تصرفاته وأحواله، وهذا ما يتعذر بلوغه في الحياة العملية، ضف إلى ذلك أن هذا المعيار يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة، إذ يمكن لأي موثق أن يسلك نفس السلوك ونفس التصرفات ويكون في نفس الظروف إلا أن الخطأ يسند إلى أحدهما دون الآخر، ومن إعتاد اليقظة والتبصر يسأل على أقل هفوة يرتكبها،⁴ ومن إعتاد التقصير، أفلت من ذلك أنه إعتاد التقصير، وبعبارة يؤدي إلى مكافئة من إعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره، ومجازاة من إعتاد اليقظة إلى أقل هفوة يهفوها، لذلك فضل بعض الفقه اعتماد معيار مبني على معطيات موضوعية .

ثانيا: الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الموثق :

¹ - أنظر أكثر تفصيلا في الجدل الفقهي حول المعيار الواجب الأخذ به: د/حسين على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية (الخطأ)، ج 2، دار وائل للنشر، عمان، 2006 ص ص 14-18.

² - معيار خطأ الموثق يثار في حالة الإلتزام ببذل العناية، أما في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة فسلوكه ليس بحاجة للقياس مع سلوك شخص آخر، لأن مسؤوليته تتحقق بمجرد عدم تحقق النتيجة.

³ - د/عبد الرزاق أحمد السهنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول، ص: 779، فقرة 5288، دار النشر للجامعات المصرية ص: 779

⁴ - يقول د/ علي فيلاي: "أنه هناك تفاوتات نفسيا بين الأشخاص، فمنهم من هو شديد الحرص واليقظة ومنهم من هو مهمل إلى درجة كبيرة، مما يثير مسألة المعيار الواجب إعتماده لتقدير ما إذا كان السلوك الذي إتبعه الفرد يعتبر تعديا وإنحرافا يسأل عنه أم هو سلوك عادي يستوجب المأخذة ؟ فقد ننظر إلى هذا السلوك بالرجوع إلى نفسية صاحبه وهنا تكون العبرة بمعيار ذاتي شخصي Concrêt كما يمكن تقدير سلوك شخص في ضوء إعتبارات أكثر موضوعية، فنقيس أو نقارن هذا السلوك بسلوك الشخص العادي أو الرجل المعتاد، أي بمعيار مجرد ... abstrait يظهر أن المشرع يقول د/ علي فيلاي قد إعتد بالنسبة للأخطاء العقيدية المعيار المجرد في العديد من أحكام التقنين المدني إلى عناية الرجل العادي، ولا شك إذن في أن القضاء سيعتمد المعيار المجرد، خاصة وأنه سهل التطبيق". المرجع السابق ص: 70 و71.

المقياس المجرد يقيس الإنحراف بسلوك شخص مجرد من ظروفه الشخصية، وهو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، وقد عرفه الفقه الروماني برب الأسرة العاقل¹.

وفقا لهذا المعيار ينظر إلى المألوف من سلوك الشخص العادي، ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه الإنحراف، فإذا لم ينحرف عن المألوف من سلوك الشخص العادي فلا يعد منحرفا، وانتفى عنه الخطأ، أما إذا انحرف فمهما يكن من أمر فطنته ويقضته فقد إنحرف وثبت خطؤه. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه، هل يعد الموثق شخصا عاديا بالمفهوم الوارد في المعيار المجرد²؟

بالرجوع لأحكام القضاء ولآراء العديد من الفقهاء، نلاحظ أن المستقر عليه هو الأخذ بالمعيار المجرد ولكن ليس بنفس المفهوم، أي ليس بمفهوم الرجل العادي المتوسط، لأن الموثق مهني متبصر ومتخصص في التوثيق يلجأ إليه الأفراد عادة لتقديم خدمة تتصل بمهنته، لهذا يكون من الطبيعي أن يضع خبرته وفنه في تنفيذ إلتزاماته، دون أن يدعي بأنه لا يملك القدرة على العمل.

فإذا كان معيار الرجل العادي هو المعمول به فإنه الرجل العادي في مهنته، وعلى هذا الأساس أن يقارن سلوك الموثق بسلوك موثق آخر حريص محاطا بنفس الظروف الخارجية، وبدراسة بعض الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال فإنه يوجد إجماعا كبيرا على تمتع الموثق بصفات خاصة تفرضها عليه مهنته كضابط عمومي³ يساهم في تسيير مرفق عمومي، وهي صفات ليست شخصية بل هي صفات ضرورية لممارسة نشاطه، أما الظروف الشخصية الذاتية للموثق ليس لها إلتاثير ضيق وضعيف على مسؤوليته.

من الصفات التي يتحلّى بها الموثق أيضا الحيطة والحذر، فيجب عليه أن يحتاط لكل الأساليب الإحتيالية التي قد يلجأ إليها الأطراف، فالموثق كما سبقت الإشارة إليه يسأل عن كل أخطائه، فهو يسأل عن مجرد إهماله

¹ - إنتقد د/ السنهوري المعيار الموضوعي قائلا عليه الأخذ بالمعيار الموضوعي من تسليم جزئي لقيام المسؤولية على تحمل التبعة، ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من اليقظة والفتنة إذا أخذ بهذا المعيار كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي، فقد يكون استنفذ ما في وسعه من جهد وبذل، ما في طاقته من حرص ويقظة ولكن كل ذلك لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي فيعد نزوله عن هذا المستوى تعديا يصبح مسؤولا، ومسؤوليته هذه إذا كانت تقوم على خطأ بالنسبة للمعيار الموضوعي فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة للمعيار الذاتي، ومن هنا يحى تحمل التبعة، فإن المطلوب من الناس جميعا وهم مأخوذون بالمعيار الموضوعي أي بلغوا من الفتنة واليقظة ما بلغ أواسطهم من ذلك فمن علا عن الوسط كان علوه غنما ومن نزل عنه كان نزوله غرما، هكذا يعيش الإنسان في المجتمع وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه... د/ عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية... مرجع سابق، ص: 333.

² فالمني اليقظ الذي يفترض في تصرفاته التقدير المجرد هو في حقيقة الأمر كائن مفترض بعيد عن الواقع، والمسؤول هو كائن بشري يعيش فعلا في ظروف تحيط به، ولتحقيق المقارنة السليمة، يجب أن يخرج من عالم التجريد إلى عالم الحقيقة، بحيث نضع النموذج الذي اتخذناه في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول، وهذه الظروف هي مستقلة عن شخصية المني والظروف الداخلية هي الظروف اللصيقة بشخص المسؤول والمتعلقة بخصائصه، كالحالة النفسية والسن... كما يجب إضافة المستوى المهني حتى يكتمل المعيار "قول د/ مصطفى العوي، المرجع السابق، ص: 247. د/ مصطفى العوي، المرجع السابق، ص: 282، د/ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، 1987، بيروت، ص: 122 وما يليها.

³ - في الجزائر، أنظر المادة 19 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وفي فرنسا المادة 02 من المرسوم 71-941 الصادر في 26 نوفمبر 1971، في مصر أنظر المادة 4 من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الصادر في 03 نوفمبر 1947

البسيط، وهذا ما أكدته محكمة "أنيبال" الإبتدائية الفرنسية في حكمها الصادر في جانفي 1987¹، تتلخص وقائع الحكم في أن أحد البنوك، كي يفتح إنتمانا لحساب أحد العملاء، طلب من الموثق التعهد بدفع جزء من ثمن العقار الذي يرغب العميل في شرائه، في حالة إمتناع العميل عن دفع هذا الثمنو فعلا تعهد الموثق للبنك، وكان تعهده واضحا ومحددا، فقد كتب في تعهده: "أنه ملتزم بدفع المبلغ المطلوب بمجرد إتمام البيع"، غير أن الموثق قد نسي أن يضيف في تعهده الصيغة المعتادة في هذه الأحوال وهي "شريطة أن يتبقى مالا حرا".

كما توقع البنك، فإن العميل لم يقوم بدفع المبلغ المطلوب منه، ومن ثم رجع البنك على الموثق مطالبا إياه بدفع المبلغ، مضافا إليه الفوائد ومصاريف الدعوى. غير أن الموثق إحتج على ذلك أنه لم يقصد بذلك التعهد، أن يكون تعهدا شخصيا، بل أنه تعهد بوصفه وكيلًا عن العميل، إلا أن المحكمة رفضت إدعائه، وأقامت مسؤولية الموثق على أساس الإهمال، ومن ثم طبقت نص المادة 1382 من التقنين المدني، واعتبرت أن الموثق قد إرتكب خطأ، يتمثل في الإخلال بواجب الحيطة والحذر، الذي يفرض عليه عدم إرسال مثل هذا التعهد، ومن ثم إلتزامه بتعويض الأضرار التي لحقت بالبنك. كما أن هناك أحكاما ذهبت إلى تقرير مسؤولية الموثق، لمجرد السهو والإغفال البسيط...."

ثالثا: أهمية العادات في تعيين المعيار الذي يقاس به سلوك الموثق:

إن الذي يتوخاه القاضي وهو بصدد قياس السلوك الضار للموثق بسلوك موثق آخر من نفس الفئة والتخصص والدرجة العلمية، محاطا بنفس الظروف الخارجية التي لازمت السلوك المسبب للخطأ أن يبحث كذلك في آداب المهنة وما جرى عليه العرف فيها، فإنه لا يعتد فيها بالملزم فقط بل أيضا في كل عادة درج عليها أهل هذه المهنة، إذ أن مجرد وجود العادة يدل على أنها تمثل ما يجري عليه عامة الناس، ويجعلها بهذه الصفة صالحة للتعويل عليها باعتبارها دليلا على مسلك الموثق العادي المعتمد فقها وقضاء في تعيين الواجبات القانونية، فلو جرت العادة على أن الموثق يتلقى أكثر من إرادة في وقت واحد نظرا لوجود عدد كبير، أو البطء في إتمام إجراء بسبب كثافة العمل اختصارا في الوقت، وهو ما يجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار في تحديد السلوك الخاطئ للموثق المسبب للضرر.

تجدد الإشارة أن الصفات السالفة الذكر، لا تعد صفات ذاتية خاصة بالشخص الموثق بل هي صفات مهنية تتصل أساسا بمهنة التوثيق ذاتها، فهي تتسع وتضيق وفقا للمهمة المطلوب إنجازها وعليه، فإن الموضوعية لأبد من إطلاقها، والتخصص يجب أن يكون كاملا غير منقوص. كما أن الحيطة والحذر يجب أن يتسع ليشمل كل الاحتمالات

خلاصة القول، أن المعيار المجرد الذي تعود إليه المحاكم عند تقدير خطأ الموثق. ليس أي مهني إنما هو المهني المتبصر الذي يزيد حرصه المهني العادي، فلا يكفي مجرد الحرص أو الخبرة العادية لا تتفق مع أهمية ووزن المهنة التي يشغلها.

¹ - أنظر في ذلك

المطلب الثاني

عبء إثبات خطأ الموثق وفق طبيعة الإلتزام

أولاً: عبء الإثبات في إلتزامات الموثق بتحقيق نتيجة¹

إذا كان الأصل في القواعد العامة للإثبات أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، فإنها إستثناء عندما يكون الإلتزام الموثق بتحقيق نتيجة في المسائل الفنية فإن الأمر يتطلب تخفيف العبء الملقى على الزبون، وفي مثل هذه الحالات السابقة يكفي للزبون الذي يدعي تضرره من عمل الموثق، أن يثبت وجود الإلتزام على عاتق الموثق بتحقيق نتيجة معينة مع إثبات عدم تحققها بحدوث الضرر بسبب خطأ الموثق، وبذلك تبقى مسؤولية الموثق قائمة، ما لم يثبت أنه قام بتنفيذ إلتزامه على أكمل وجه وتحققت النتيجة المتفق عليها، أو أن النتيجة المقصودة لم تتحقق بسبب تدخل سبباً اجنبي عنه أو خطأ الزبون نفسه أو خطأ الغير الذي حال دون تحقيقها، ويخضع تقدير مدى توفر السبب الأجنبي وغيره لتقدير قاضي الموضوع الذي يراقب كل دليل إثبات يقدم أمامه ثم يقرر إستبعاده أو إعلان مسؤولية الموثق أو يقرر صحة إدعاءات الموثق، وبذلك ينسب له الخطأ ومن ثم إلقاء بعبء المسؤولية على كاهله عن الأضرار اللاحقة بزبونه، نتيجة عدم تحقق النتيجة المرجوة أو المتفق عليها سلفاً.

والجدير بالملاحظة أن الموثق في الإلتزام بتحقيق نتيجة، لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي عليه قطع العلاقة السببية بين عمله والضرر اللاحق بالزبون، أو يدعي أن فعله لا يشكل خطأ، لأن مسؤوليته قائمة على أساس خطأ غير قابل لإثبات العكس، في حين يمكنه دفعها في حالة الإلتزام ببذل عناية عن طريق إثبات أن فعله لا يشكل خطأ قياساً على عناية موثق معتاد محاط بنفس الظروف التي أحاطت به، إضافة إلى أنه يمكن دفعها بإثبات السبب الاجنبي. ومن أمثلة الإلتزام بنتيجة مايلي:

- الإلتزام بإضفاء الصيغة الرسمية على المحررات التي يطلب الأطراف توثيقها.

- الإلتزام بمراعاة قواعد الإختصاص الموضوعي والمكاني المنصوص عليه قانوناً

كما رأينا بخصوص مزاولة الموثق لإختصاصه رغم عزله أو إيقافه يؤدي إلى بطلان المحرر، الأمر الذي قد يلحق بالأطراف ضرراً، وكذلك إذا كان عمله محل شهمة المحاباة أو التواطؤ، كأن يقوم الموثق بتحرير ورقة تخصه شخصياً أو تربطه بأصحاب الشأن صلة قرابة أو مصاهرة² أيضاً إذا تجاوز الموثق حدود إختصاصه المكاني في هذه الحالة يكون الموثق مخطئاً دون حاجة إلى إثبات من جانب الأطراف.

¹ - J. Frossart, **la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats**, L.g.d.j, 1965 n° 157.

- H.Mazeaud, « essai de classification des obligations », RTD ; C iv, 1936, 1 s.

وايضا يرجع الفضل بظهور هذا التقسيم وجذبه لإنتباه الفقه والقضاء إلى الفقيه ديموج، فهو أول من سلط الأضواء على التقسيم والذي ظل

وما يزال مهيمنا على فكر الكثير من الفقهاء على الرغم مما تعرض له من إنتقادات ومن ظهور تقسيمات جديدة لتحل

² - أنظر في ذلك:

- الإلتزام بحفظ الأصول وتسليم الصور الموثقة، يكون الموثق مسؤولاً عن أي ضياع أو تلف لأصول المحررات¹ وكذلك الإلتزام بحفظ المرفقات والمستندات المقدمة من ذوي الشأن².

- الإلتزام بالسرايمني، فالموثق الذي يفشي سرا توصل إليه أثناء أو بسبب مهنته تنشأ مسؤوليته دون حاجة لإثبات خطئه من جانب زبونه³.

- الإلتزام بالتسجيل والشهر حسب المواعيد المقررة قانوناً، فالموثق الذي يهمل شهر عقود البيع أو تسجيلها في تلك المواعيد، تتعدّد مسؤوليته مباشرة ودون إثبات الخطأ من قبل العميل.

تجدد الإشارة هنا أن هذه الإلتزامات لا تعد حصراً لكل الإلتزامات بنتيجة، بل هي مجرد أمثلة عنها وعليه فإن عدم تنفيذها، يخلق قرينة على خطأ الموثق وعلى الموثق إذا أراد تفنيدها إثبات السبب الأجنبي.

ثانياً: عبء الإثبات في إلتزامات الموثق ببذل العناية

على الزبون الذي يدعي تضرره من خطأ الموثق، إثبات أن الموثق التزم فعلاً بتقديم الخدمة له، وأن هذا الأخير لم يبذل العناية المطلوبة أثناءه مع إثباته للضرر الذي يدعيه والعلاقة السببية بينهما، وعلى هذا الأساس فخطأ الموثق لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة الزبون بضرر لأن الخطأ واجب الإثبات يستطيع الموثق أن ينفيه بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ إلتزامه ما ينبغي من عناية أو تدخل سبب أجنبي تسبب في إلحاق الضرر بالزبون، فيجب على الزبون إقامة الدليل على إهمال الموثق.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي⁴ إلى القول بأن الإلتزام بالفاعلية⁵ الذي يقوم به الموثق كإلتزام متفرع عن الإلتزام بالنصيحة، يعد من الإلتزامات ببذل العناية، وقد إستند هؤلاء على بعض أحكام القضاء الصادرة في هذا الخصوص، ومنها الحكم الصادر من محكمة باريس بتاريخ 12 مارس 1962 حيث قضت فيه: بأن "الموثق بوصفه المبصر الطبيعى لذوي الشأن، يجب عليه أن يبين لهم الآثار التي ستترتب على العقود التي سيبرمونها، ومن ثم وبناء على هذه الصفة، يفترض أن الموثق قد قام بالإلتزام بالنصيحة. فإذا ما ألزمناه بعد ذلك بإقامة الدليل على أنه قد إلتزم بذلك، فنكون بصدد التشكيك في نزاهته المهنية ونقيم قرينة غير مقبولة على إخلاله بتنفيذ أحد إلتزاماته الجوهرية⁶.

فهذا الحكم يفترض أن الموثق قد نفذ إلتزامه بالنصيحة على أكمل وجه، ويكون على من يدعي عكس ذلك إثبات ذلك، الأمر الذي يدل على أن واجب النصح هنا، هو بمثابة إلتزام ببذل عناية. يبدو أن هذا الحكم، قد تأكد

¹ - أنظر في ذلك المادة 10 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق. مرجع سابق.

² - أنظر في ذلك المادة 14 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق. مرجع سابق.

³ - أنظر في ذلك المادة 1/10 من نفس القانون.

⁴ - أنظر هذه الأحكام أوردها د/ عبد الحميد الحنفي المرجع السابق، ص 176.

T.g.I paris 1er. Ch.1er. fer. 1989. sem. Jur. 1989 ed .g.no 49.11.2 1374 note M. DAGOT .

⁵ -Cass.civ. 1. 6 mars 1984 bull.civ.1. N° 67

⁶ - 12 mars 1962. d.1962. 445 .rev. trim.dr.civ.1962.P. 639. Paris .

بأحكام أخرى لاحقة، تضع على عاتق الزبون عبء إثبات أنالموثق لم يقم بتنفيذ واجب النصح¹ غير أنه لا يشكل في حد ذاته القاعدة العامة في إثبات خطأ الموثق في الإخلال بالنصيحة² وهذا ما يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى الموثق، والذي يجب عليه إقامة الدليل على تنفيذه لإلتزامه بالنصيحة، من أمثلة ذلك إهمال الموثق في تقديم معلومات الكافية للعميل، وكذا إهماله في بيان المخاطر التي قد تترتب علىالعقد في إبرامه وعدم تبصيره بأفضل الحلول المتناسبة مع حالة الزبون. ففي هذه الأمثلة تنشأ قرينة على أن الموثق لم يقم بواجب النصح.³

ثالثا:التخفيف من تحمل الزبون لعبء الإثبات

وبناء على ما سبق ذكره، فإذا كان عبء الإثبات في ذاته يمثل مشقة لكل من يلقي به على عاتقه، فهو من المؤكديشكل مشقة زائدة في مجال التوثيق، اذ يعتبر في حالات كثيرة تكليفا بما لايطاق، وذلك بالنظر لخصوصية العلاقة بين الموثق والزبون، لذا سأعرض إلى محاولات التخفيف هذه إلى تبيان دور وتجربة قضاء النقض الفرنسي في نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام أو النصح والتبصير⁴ وكذا توجهه نحو إعتناق مسؤولية موضوعية في مجال إثبات إثبات خطأ الموثق.⁵

أ:دور القضاء في نقل عبء الإثبات في مجالالإعلام أو النصح والتبصير: إن تطبيق القواعد العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، يفضي إلى جعل الزبون في دعوى المسؤولية بمثابة المدعي، الذي يتعين عليه إقامة الدليل على خطأ الموثق، فعبء الإثبات وفقا للمبادئ التقليدية، يقع على عاتق المدعي، وهذا هو الواقع ما لم يختلف على تطبيقه من حيث المبدأ سواء في القضاء المدني والإداري، رغم هذا الموقف المبدئي وبعد الإستقرار عليه زمنا طويلا، عدلت محكمة النقض الفرنسية عنه في نطاق محدد، حيث ألقت حديثا بعبء إثبات إعلام الزبون أو النصح المقدم على عاتق الموثق.

تحديد من يقع عليه عبء إثبات توافرا لإلتزام بالنصح أو الرضا المتبصر :تعتبر المادة 1315 ت م ف التي تقابلها المادة 323 ت م ج والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري أساسا للقاعدة العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، ومنها استخلصت قاعدة أن عبء الإثبات على المدعي المضرور في دعوى المسؤولية للموثق نتيجة خطأ الموثق، فعليه إذن عبء إقامة الدليل على هذا الخطأ وإلى وقت قريب على إلقاء عبء الإثبات على عاتق الزبون ذلك منذ قرار 28 فبراير 1989.

يمكن القول أنه في مجال تحديد المكلف بعبء إثبات خطأ الموثق، لم تطبق محكمة النقض الفرنسية إلا الفقرة الأولى من المادة 1315 ت م ف التي تقضي بأنه: "يجب على من يطالب بتنفيذ الإلتزام إثباته" بمعنى آخر، فإن هذه المحكمة لم تلجأ في هذا الصدد لإلعمال نص الفقرة الثانية من ذات المادة.والحقيقة أن هذا القرار من محكمة النقض الفرنسية، يعد تشديدا منها تجاه الزبون الذي كان لزاما عليه بمقتضاه، أن يثبت واقعة سلبية مؤداها أنه

¹ - Cass.civ.10 Jull.1984 bull.civ.1984 no 225 rep not.def.1985.art.33408.obs.aubert.J.not. 1985.art 58300

² - T.g.i..strasbourg. 3eme.ch.civ. 22 avril 1983 J.C.P 1985 ed.g. 11. 20349.note M.DAGOT

³ - Cass.civ.10 Jull.1984 bull.civ.1984 no 225 rep not.def.1985.art.33408.obs.aubert.J.not1985.art 58300.

⁴ - 1er Ch. 5 mars 1984. J.C.P 1984 Op. cit. Paris.

لم يصدر عنه رضاء يجيز للموثق تحرير العقد، ولا شك في صعوبة إثبات مثل هذه الواقعة السلبية خاصة وأنه الطرف الضعيف.

على كل حال، فالقاضي يفصل في الأمر متمتعاً بسلطة تقدير أدلة الإثبات التي يستعين بها الزبون الذي يكون له الحق في اللجوء إلى كافة طرق الإثبات لإثبات ما يدعيه، ولا شك في أن محكمة النقض في هذا القرار لم تتجاوز تطبيق القواعد العامة التي تقضي وفقاً للمادة 1147 ت م ف، بأن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي عدم التنفيذ وتأسيساً على ذلك، فإن الزبون الذي يدعي عدم تنفيذ هذا الإلتزام، عليه إثبات ذلك، ولكن يثور التساؤل عن مدى صحة تأسيس محكمة النقض الفرنسية حكمها على القواعد العامة؟

الذي يبدو في الحقيقة، أن تطبيق القواعد العامة غير ذي محل فمجال تلك القواعد هو إثبات تنفيذ الإلتزامات التعاقدية، ولا شك أن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بإثبات رضا الزبون، بإثبات قيام العقد ذاته لا إثبات تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه، وبعبارة أخرى فإنه في حالة إثبات خطأ الموثق فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الموثق قد نفذ العقد الموجود من قبل بينه وبين الزبون على نحو صحيح أم لا، وهنا يكون تطبيق القواعد العامة هو الأمر المنطقي

أما في حالة إثبات رضا الزبون، فإن الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان الموثق يتصرف بناء على عقد موجود أو بدون ذلك، أي أن الإثبات يتعلق هنا بقيام التعاقد ذاته، وهو ما يمكن معه تطبيق القواعد العامة، ولعل محكمة النقض إذ طبقت القواعد العامة في الإثبات أثرت مصلحة الموثقين وحمايتهم لئلا يكونوا محلاً لإدعاءات من جانب بعض الزبائن.

2- تراجع موقف محكمة النقض الفرنسية (قرار 25 فبراير 1997): بعد إستقرار دام قرابة النصف قرن، عدلت محكمة النقض هذا الإتجاه في قرار شهير لها المؤرخ في 25 فبراير 1997 حيث أُلقت عبء إثبات توافر الرضا على عاتق الزبون قياساً على المسؤولية المدنية للطبيب¹ حيث إستندت محكمة النقض في هذا القرار على نص المادة 1315 ت م ف، حيث قررت "لما كان الطبيب-الموثق- يقع على عاتقه إلتزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه- زبونه-، فإنه يتحتم عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الإلتزام" وهو ما يتعين معه القول أن محكمة الإستئناف قد خالفت النص المشار إليه آنفاً. وبالرجوع إلى نص المادة 2/1315 ت م ف التي استند إليها هذا القرار نجدتها تقضي بأنه: "وبالمقابل يجب على من يدعي أداء الإلتزام أن يؤيد ذلك بما يفيد إنقضاء إلتزامه".

ما يلاحظ بخصوص هذا النص، أنه يضع على عاتق طرفي الإلتزام عبء إثبات ما يدعيه، كما يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية منذ قرار 29 ماي 1951 حتى قرارها الصادر في 25 فبراير 1997 كانت تطبق الشق الأول من هذا النص، والذي يضع عبء الإثبات على الدائن (الزبون) ولقد أحدث تغييراً جذرياً في موقف المحكمة حيث أثرته هذه الأخيرة تطبيق الشق الثاني من النص والذي يضع عبء الإثبات على عاتق المدين المهني (الموثق والمحامي، والطبيب...)، حيث ألزمته بإثبات أداء إلتزامه، وتواترت قرارات المحكمة في هذا الخصوص حيث يمكن إثبات أدائه لهذا الإلتزام بكافة وسائل الإثبات، وبعبارة أخرى فإن محكمة النقض في قرارها الأخير تقدر أن الوضع

¹- Article 1315 al. 1 du C.C.F dispose : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

الطبيعي الأقرب للصواب، هو أن الزبون قد حصل على النصح والتبصير اللازم من المهني، حيث أنه لا يتصور أن يتقدم أمام المهني دون أن يكون قد أحيط بالحد الأدنى من المعلومات والنصائح عن طبيعة العقد ومخاطره، أما بعد صدور هذا القرار فقد قررت أن الأصل أو المبدأ العام هو رضا الزبون وأن الموثق يجب عليه إثبات أنه أدى إلتزامه بتبصير ونصح الزبون بكافة المخاطر.

خلاصة لما سبق، فإن القضاء الفرنسي قد تحول تحولا جذريا فيما يخص إثبات الإلتزام بالإعلام أو بتقديم النصح والتبصير، فبعد أن كان عبء الإثبات يقع على عاتق الزبون الذي يلتزم بإتيان الدليل على أن المهني لم يقم بإعلامه، وهذا يتطلب جهدا كبيرا باعتبار أن الزبون يصعب عليه إثبات الواقعة السلبية... "وقياسا على هذا الإجتهد فإن الإلتزام بالإعلام أي القيام بعمل هو الإلتزام إيجابيا ويقع الإلتزام بإثبات إعلام الزبون على عاتق الموثق بإعتباره المدين في ذلك، وعلى حد قول jean luc aubert: "يجب على الموثق أن يحضر كل الوسائل وأدوات لإثبات قيامه بهذا الإلتزام".¹

ب- توجه القضاء نحو إعتناق مسؤولية موضوعية في هذا المجال تخفيفا لعبء الإثبات: تبين فيما سبق، أن عبء إثبات خطأ الموثق يقع بحسب الأصل على عاتق الزبون، وإدراكا للصعوبات التي يواجهها الزبون في سبيل النهوض بهذا العبء، فقد حاول الفقه والقضاء عبر أدوات قانونية متعددة، رسم حدود هذا الإسناد المبدئي للعبء الواقع على عاتق الزبون المضروب في دعوى المسؤولية المرفوعة منه، هذه الأدوات المتعددة رغم إختلاف مضمونها إتحدت من حيث غايتها في إعفاء الزبون من عبء إثبات الخطأ² أو على الأقل التخفيف منه .

لم تغفل محكمة النقض الفرنسية - ولم يكن لها أن تغفل - دقة المشكلات التي تثار بخصوص ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للموثق، فقد رأت ضرورة التحلل ولو جزئيا منواجب الإثبات، وقد بدت مظاهر هذا التوجه أيضا نحو المسؤولية الموضوعية في أمر مهم وهو ميل القضاء نحو التوسع في تقرير قيام مسؤولية الموثق باللجوء إلى فكرة الخطأ الإحتمالي

1- ميل القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الموضوعية للموثق باللجوء إلى فكرة

الخطأ الإحتمالي:

مقتضى هذه الفكرة، هو في إستنتاج خطأ الموثق من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافا للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه، فأساس الفكرة أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع الخطأ، بالرغم من عدم ثبوت الإهمال بشكل قاطع من جانب الموثق .

إذا كانت القواعد العامة في المسؤولية المدنية توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه، فإن

القضاء الغربي حاول تذليل الصعوبات التي تواجه الزبون في سبيل إقامة الدليل على خطأ الموثق عن طريق

¹cass.Ire.29 Avril 1997.bull.civ .1.n°132.

"ainsi tenu d etabliir qu il a bien donner les conseils qu exigeait la situation de son client .le notaire peut ameliorer sensiblement sa position en dressant le constat lors de son intervention des conseils qu il a prodigues ...la responsabilite civile du notaire /p .160.

²- سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص19.

إستنتاجه من وقوع الضرر¹ وكان ذلك من خلال ما أطلق عليه الفقه فكرة الخطأ الإحتمالي *la faute virtuelle* أو الخطأ المضمّر *la faute incluse dans le dommage*. وبالتالي إحداث ثغرة في مبدأ ضرورة توافر الخطأ الثابت كركن لازم لقيام مسؤولية الموثق .

أهمية هذا الإفتراض لا تكمن في الواقع في مجرد الإعتراف بوجوده، فالقضاء بأخذه هذه القرينة، لا يجعل منها إلا قرينة بسيطة، أي قابلة لإثبات العكس من قبل الموثق وإنما تكمن هذه الأهمية أيضا في الآثار المترتبة عليها، فيما يتعلق بعبء الإثبات، إذ أنه من خلال فكرة الخطأ المحتمل، وما تتضمنه من افتراض الخطأ في جانب الموثق، فينقل عبء إثبات إلى هذا الأخير، فإفتراض الخطأ أو قرينة الخطأ، إنما يعني أنه لم يعد على الزبون المضروب إقامة الدليل على وجود خطأ في جانب الموثق المدعى عليه، وإنما أصبح على عاتق الموثق عبء نفي الخطأ في جانبه².

هذه الفكرة لا تتقيد بمعيّار خطأ الموثق الذي يوجب على القاضي مقارنة مسلك الموثق المدعى عليه بمسلك الموثق الوسيط من نفس مستواه، والموجود في ذات الظروف، حيث يكتفي عند الأخذ بهذه الفكرة مجرد إفتراض أنه لا بد وأن يكون هناك خطأ ما وإن بقي مجهولا.

ان هذه الفكرة وإن كان يبدو فيها وجه التشديد إزاء الموثقين، فإنها تكشف عن إدراك القضاء لقصور القواعد القواعد القانونية التقليدية عن توفير الحماية للعملاء المتضررين العاجزين عن إقامة الدليل على خطأ الموثق، فما كان على القضاء إلا تطويع هذه القواعد فيسبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات، حماية للزبائن ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة بين الموثق والزبون.

بالنسبة للقضاء العربي فلم أجد قرار يقضي بنقل عبء إثبات الإلتزام بإعلام إلا ما قضى به القضاء المغربي في قراره الصادر بتاريخ 27 افريل 2005³ وقياسا على هذا الإجتهد، فإن الإلتزام بالإعلام والنصح والتبصير، أي القيام بعمل هو الإلتزام إيجابيا، يقع الإلتزام بإثبات إعلام الزبون على عاتق الموثق بوصفه المدين بذلك .

2-تراجع محكمة النقض عن فكرة الخطأ الإحتمالي: رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 27 ماي 1998 نهج القضاء إلى أداة الخطأ الإحتمالي أو المضمّر خاصة في مجال المسؤولية الطبية، وذكرت من جديد

¹ - د / أحمد شرف الدين في كتابه مسؤولية الطبيب، أن فكرة الخطأ الإحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الإسم، ولا يعدو أن يكون الأمر إلا إستعمالا لوسيلة خلابة لمصلحة المضروب على حساب القواعد القانونية في اثبات الخطأ.

² - يرى -أنظر فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص:227، وأنظر أيضا،

-J.L.Aubert la responsabilite civile du notaire, op. cit, p : 160-161.

أنظر القرار عدد 1208 مؤرخ في 27/4/2005، الملف عدد 2004/1/886، مجلة المجلس الأعلى المغربي رقم 66-2006، ص: 35-37، وأورده فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 222-223، "من المقرر فقها وقضاء

³ - في المسؤولية العقدية أن المدين هو الذي يتحمل عبء الإثبات في حالة الإلتزام الإيجابي أي القيام بعمل في حين يتحمل الدائن العبء المذكور إذا كان الإلتزام سلبيا أي إلتزاما بالإمتناع عن عمل. وبالرجوع إلى وثائق الملف، يتبين أن المطلوب الباقي أحمد هو صاحب الحمام، وبالتالي فهو الطرف المدعي في العلاقة التي تجمعها بالطالبة على اعتبار كونه ملزما بتوفير الظروف الملائمة لإستحمام الطالبة بشكل طبيعي في حمامه، ولذلك فهو المكلف بإثبات وجود أرضية حمامه في حالة جيدة وقيامه بتنظيفها من الصابون وغيره من المواد المسهلة للإنزلاق والسقوط والمحكمة بالرغم من اعتبارها المطلوب هو الملزم ببذل العناية المذكورة، غير أنها ألزمت الطالبة بإثبات كون أرضية الحمام مبللة وتوجد بها بقايا الصابون المؤدية إلى سقوطها فقبلت بذلك عبء الإثبات وجاء قرارها معللا تعليلا فاسدا مما يعرضه للنقض."

بوجوب قيام خطأ ثابت وواضح في جانب المدعى عليه واصفة مفهوم الخطأ الإحتمالي أو المضمري بأنه مفهوم مغلوط¹ وهذا بالرغم من الأهمية التي تمثلها أداة الخطأ الإحتمالي أو المضمري لصالح المتضررين من ناحية ما تتضمنه من تخليصهم من عبء إثبات الخطأ" بأن وجود الخطأ لا يمكن إستخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته، إذا كان واجبا على محكمة الإستئناف أن تبحث ما إذا كان الجرح اللاحق بالعين ناجم عن خطأ واضح في جانب الطبيب".

هذا الإتجاه الحديث للقضاء الفرنسي، قد أكدته محكمة النقض الفرنسية، حيث نقضت حكما صادرا من محكمة إستئناف باريس، على أساس أن هذه الأخيرة، قررت أن الموثق قد نفذ الإلتزام بالنصح، ومن ثم ألقت على الزبون عبء إثبات العكس، ورأت محكمة النقض في نقضها لحكم الإستئناف، أن المحكمة لم تبين العناصر التي إستندت عليها للقول أن الموثق قد نفذ إلتزامه بالنصح، ومن ثم ألزمت الموثق بإقامة الدليل على ذلك. في حين أن محكمة النقض ثبت لديها من الوقائع أن العقار محل الشراء، كان مثقلا برهون عقارية، ولم يقيم الموثق بإتخاذ الإجراءات اللازمة لتطهيره منها، الأمر الذي أدى إلى إنخفاض قيمة هذا العقار لما أراد المشتري بيعه ثانية وما لحقه من ضرر جراء إهمال الموثق.²

عليه، فإن هذه النتائج الضارة المترتبة عن هذا المحرر تعد قرينة قوية على إهمال الموثق في تنفيذه لإلتزامه بالنصح وقد يفهم منها إما عدم قدرة الموثق أو إهماله وعدم تبصره المبني.

ج- خرق مبدأ الإلتزام ببذل عناية عن طريق التوسع في مجال الإلتزامات بتحقيقنتيجة:

يبدو أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمري لم تكن الأداة القانونية الوحيدة التي لجأ إليها القضاء في سبيل الحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الملقى على عاتق المضرور³

إنما لجأ إلى أدوات قانونية أخرى كحصر الألتزام ببذل عناية وبالتالي توسيع مجال الإلتزامات بتحقيق نتيجة.

إن التوسع في مجال الإلتزامات بتحقيق نتيجة⁴ يعود في حقيقة إلى توخي المشرع التخفيف من عبء الاثبات المثقل به كاهل الزبون، كما أن صفة الضابط العمومي قد عهدت من قبل المقنن للموثق لإضفاء الرسمية للعقود التي يتلقاها وحفظ الودائع، لأن التكليف ببعض من الواجبات الأساسية للمقاة على عاتقه إنما تجد مصدرها في هذا القانون. فالموثق إذن معني ومخاطب في العديد من المرات لاسيما في تحديد الواجبات الخاصة بإضفاء الرسمية للمحركات والعقود التوثيقية وتأمينها أي توفير الأمن والحماية الكاملة للمعلومات التي يتلقاها أثناء تأدية وظيفته أو

(2) - Cass .civ Ire ch.11 dec 2011.n° de pourvoi .10.27473 alors que l'existence d'une faute ne peut se déduire de la seule anomalie d'un dommage et de sa gravité, la cour d'appel qui devait rechercher si la blessure causée à l'œil ne procédait pas d'une faute caractérisée du praticien a violé le texte susvisé.

²-قرارات أوردها زروق قدور المرجع السابق، ص: 122 وما يليها

. Cass. Civ. 6 Avril 1965 D.1965.448 J.cp 1967 II note Espagnon, journal des Notaires, 1965, Art 47606 Cass. Civ. 2 janvier 1964.

³- إن حصر نطاق الإلتزام في مجال معين في النشاط التوثيقي يعني في ذات الوقت التوسع الكبير في الإلتزامات بتحقيق نتيجة المقاة على عاتق الموثق. وقد نتج عنه اختلاف في طريقة مساءلة الموثق بشأن التزاماته، حيث يكفي اثبات عدم تحقق النتيجة المتوخاة من قبل زبائنه لقيام مسؤوليته دون الحاجة لاثبات وقوع خطأ محدد من جانب الموثق.

⁴jeanne de pouliquet responsabilité des notaires 2eme éd mai 2009 p 91

بسيها، حيث ذهب جانب من الفقه إلى حد القول: "أن كل الواجبات التي يضطلع بها الموثق مهما كانت طبيعة هذا الإلتزام المهني فإن مسؤولية الضابط العمومي لا تتأسس على الخطأ وإنما على الضرر الذي أصابه وأن هذه المسؤولية القائمة على الخطأ الشخصي ماهي في حقيقة إلا مسؤولية تقوم على خطر نشاطه المهني".

ثالثا: دور الخبرة في إثبات خطأ الموثق : إذا كانت الأخطاء المرتكبة من قبل الضابط العمومي يمكن أن يستخلصها من قبل القاضي على ضوء الإلتزامات المهنية غير أنه توجد بعض الأخطاء تتعلق بالتوثيق كفن أو تقنية يتم تقديرها بالرجوع إلى المعطيات العلمية المكتسبة أو المستقرة في المجال التوثيقي، وهو ما يمكن الإستعانة فيه بالخبرة لعدم معرفة أو لعدم إلمام القاضي بالأمور الفنية المتعلقة بالنشاط التوثيقي.

تأسيسا على ذلك، فإن القاضي يتمتع بسلطة واسعة سواء من حيث قبول الأدلة وتقدير قيمتها الثبوتية، وأيضا كانت مواضيع الخبرة فإنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات كسائر وسائل الإثبات الأخرى، ولا تشذ عن هذا الأصل وبالتالي فإن الإستعانة بالخبير والتماس رأيه الفني أمر متروك لتقدير القاضي¹ وعليه سأعالج في نقطة

المطلب الثالث

الضرر وعلاقة السببية

إن إرتكاب الخطأ لوحده من قبل الموثق غير كاف لقيام المسؤولية المدنية بل لا بد أن يترتب عنه ضرر يصيب الغير وهذا الركن يشكل محور المسؤولية، حيث يعد ثبوته أمرا لازما لقيامه حتى يتمكن المضرور من إستيفائه لحقه في التعويض، لذلك قيل بأن الضرر هو روح المسؤولية ومناطقها بنوعها، وفقا للمقولة "لا ضرر، لا مسؤولية" (الفرع الأول) فالضرر هو الركن الثاني الأساس في المسؤولية، لأنها تعتمد عليه في قيامها فإذا وجد الضرر وكان نتيجة للخطأ الذي أتاه الموثق، وجب البحث عندئذ لثبوتها توافر الركن الأخير وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الضرر

الضرر هو العنصر الأساس أو الركيزة الأساسية التي تنهض المسؤولية من أجل جبره² ولا قيام لها بدونه وإذا كان يحتل هذا القدر من الأهمية فما هو الضرر وما هي أنواعه وعناصره وكيف يتسنى إثباته ؟

لقد عرف الفقه الضرر على أنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"³، أو هو: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 65648 الصادر بتاريخ 30.06.1990، مجلة قضائية، العدد الأول، ص.ص 132 و136. حيث جاء فيه "فيما يخص الوجه الرامي الى رفض تقرير الخبرة لان محرره لم يرد اسمه في قائمة الخبراء لوزارة العدل ولم يؤد اليمين، فان هذا الوجه لايم كن الاعتداد به..."

² - تنص المادة 124 مدني: "كل عمل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا..."

³ - د/ السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير الجزائر، 1982، ص 27.

مشروعة"¹، أو هو: "الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه"²، أو هو: "إخلال لمصلحة مشروعة"³ أو: "ما يصيب المرء في حق من حقوقه"⁴.

الضرر نوعان مادي وأدبي، أما الضرر المادي يقول د/ السعيد مقدم هو: "الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو انتقاص حقوقه المالية أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية..."⁵ وعرفه د/ بلحاج العربي على أنه: "ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي"⁶، وعرفه محمود جلال حمزة على أنه: "ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مالية، أي أنه إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية"⁷.

أما الضرر المعنوي فيترتب عند التعدي على حقوق ومصالح غير مالية "فهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقرنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالألم، التي يحدثها في النفس والأحزان ومن ثم ينتج بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، وليقوم وحدة غير مصحوب بأضرار مادية يكون قد لحق أمورا أخرى ذات طبيعة غير مالية كالعقدة الدنية والأفكار الخلقية"⁸.

مما سبق ذكره، فإن التعاريف الفقهية للضرر المعنوي تتمحور حول فكرة المساس والأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو إقتصادية⁹، وهذا ما انتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر التي تنص: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"¹⁰ فعكس الضرر المادي لا يترتب على الضرر المعنوي خسارة مالية أي انتقاص من الذمة المالية. وهذا هو السبب الذي أثار مشكلة تعويض الضرر المعنوي، ونذكر في هذا الشأن أن بعض الفقه كان يعارض مبدأ تعويض الضرر المعنوي بحجة أن مثل هذا الضرر ينقص من الذمة المالية للمضرور شيئا وأنه من الصعب

¹- د/ بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج 2 ص 143.

²- د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 75.

³- تعريف لعبد الحي حجازي، أورده محمود جلال حمزة، الفعل غير المشروع بإعتباره مصدر للإلتزام، ص 97.

⁶- تعريف لأبوستيت، أورده محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص 97.

⁵- د/ السعيد مقدم، المرجع السابق ص: 28.

⁶- د/ بلحاج العربي، المرجع السابق ص: 145.

⁷- تعريف لـ د/ تربي، أورده د/ علي فيلاي :

N. TERKI écrit a propos de définition du dommage Matériel: «de façon générale, on peut cependant les définir comme des atteintes à l'intégrité physique d'une personne, des atteintes aux biens et des atteintes ayant une incidence purement économique ».

المرجع السابق، ص: 207.

⁸- د/ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، جامعة القاهرة، ط 1978، ص: 71. ذكره د/ السعيد مقدم، المرجع السابق ص 35. وذكره د/ علي فيلاي في المرجع السابق، ص 289.

⁹- أنظر كل من د/ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 75 ود/ محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص: 106 وتعريف رشيد خلوفي أورده

د/ علي فيلاي: "إن الضرر المعنوي ينقسم إلى صورتين: الألم المعنوي أو الضرر الذي يمس بمشاعر الشخص والضرر الذي يمس بعض حقوق

الفرد أي بشخصية الفرد أو بالمساس بحرية من حرياته الأساسية، المرجع السابق، ص 290.

¹⁰- أضيفت هذه المادة بمقتضى القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني.

تقديره نقداً، وأن التعويض في هذه الحالة لا يقضي ولا يزيل الضرر، فالمبلغ النقدي لا يمحو الحزن والألم ولا يرد الضائع. ولا أحد يشك اليوم في مبدأ تعويض الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي لاسيما بعد إضافة المادة 182 مكرر السالفة الذكر. حيث لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون المدني قبل إصدار قانون 10-05 غير أن هذا لم يمنع القضاء من تعويضه¹.

القوانين القديمة لم تقرر التعويض عن الضرر الأدبي، وأقتصرت تطبيق أحكامها على نطاق التعويض عن الضرر المادي، وهو الثأر في صورة قصاص، ثم تحول إلى الدية الإيجابية وتطورت هذه الأخيرة حتى إنتهى الأمر إلى تقدير التعويض حسب نوع الأذى الذي يصيب الجسم أو المال⁽³⁾.

أما القوانين المعاصرة فقد أجازت التعويض في الضرر الأدبي ولكنها اختلفت في تحديد الحالات التي يجوز فيها التعويض عنه.

أما الفقه الإسلامي فقد اختلف الرأي في موقفه، فذهب كثير من الفقهاء المصيرين إلى القول أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين التعويض عن الضرر الأدبي، وأن الضمان فيه يترتب على الأضرار المادية ويهدف إلى تعويض ما فقد لإعادة الحالة السالفة بإزالة الضرر.

قد بت القضاء الفرنسي على التوسع في التعويض عن الضرر الأدبي. وصرح المشرع الجزائري صراحة في الأمر ونص على ضرورة التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية والتقصيرية وهو أيضا مسلك يحمد عليه.

بتطبيق ذلك على الموثق، يمكن القول أنه لا يكفي لقيام مسؤوليته التقصيرية، مجرد ثبوت خطأ في جانبه، بل يجب أن يترتب عنه ضرر، فلا تنهض مسؤوليته بدون الضرر، وحتى وإن فرضنا وجود خطأ دون أن يصاب أحد بضرر، كما لو أهمل الموثق إتخاذ إجراء معين ثم تبين له أنه لم يكن مجدياً أو منتجا.

طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على عاتق الزبون²، إذ يلزم بتقديم الدليل على أن الضرر اللاحق به هو نتيجة خطأ الموثق، إلى جانب إثبات جميع عناصر الضرر، أي أن الضرر كان محقق الوقوع، بأن وقع فعلاً أو أن وقوعه في المستقبل أمر محقق، وعليه أخيراً أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو ضرر مباشر.

¹ - علي فيلالي، أورد بعض المواد القانونية بشأن موقف المشرع الجزائري لهذه المسألة المادة 08 من قانون 12-78 المؤرخ في 1978/08/05 بتعويض الضرر المعنوي، المادة 05 من قانون الأسرة والمادة 4/03 إجراءات جزائية: "تقبل دعوى المسؤولية، عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية، راجع القانون 31/88 المؤرخ في 1988/07/19 المعدل والمكمل للأمر 74/15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار والذي أضاف إلى الملحق 05 الفقرة الثالثة، التعويض عن الضرر المعنوي، الجريدة الرسمية رقم 29 بتاريخ 88/07/20 راجع المجلس الأعلى، الغرفة الجنائية، القسم الثالث بتاريخ 1993/01/10. ملف رقم 95004، نشرة القضاة العدد 50، 1997 ص 60، المرجع السابق ص: 291.

² - أنظر في ذلك قضاء محكمة النقض المصرية أورده د/ عبد الحميد الحنفي بقوله: "إذا لم يثبت وقوع الضرر، فلا محل للبحث في نوع المسؤولية تقصيرية كانت أو عقدية" نقض مدني 1947/03/27، المحاماة السنة 28 ص: 562، رقم 172، إستئناف مختلط 1926/01/28، م 38 ص: 207، 1930/06/05، م 42، ص 544.

أولاً: شروط الضرر

لا يمكن للمضرور أن يطالب بالتعويض إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققاً، ويكون الضرر محققاً، إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلاً وتجسدت آثاره على الواقع. بينما الضرر الإجمالي هو ضرر لم يتحقق بعد، فقد يقع إذن في المستقبل وهذا هو وجه الشبه مع الضرر المستقبل ولكن وقوعه هو مجرد احتمال فقط، فقد يتحقق وقد لا يتحقق وهذا هو وجه التمييز مع الضرر المستقبل طالما أن وقوعه مستقبلاً أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض.

على عكس الضرر الإجمالي أو المحتمل فإن تفويت الفرصة يوجب التعويض عن ضياع الفرصة في حد ذاتها. فإذا كانت النتائج التي ستترتب على الفرصة الضائعة محتملة وهذا هو وجه الشبه مع الضرر الإجمالي، فإن ضياع الفرصة في حد ذاتها أمر محقق وهذا هو وجه الشبه مع الضرر المحقق⁽²⁾، لذا سأطرق لدراسة كل من الضرر المحقق الوقوع وتفويت الفرصة.

أ- يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع : يشترط في الضرر أن يكون محققاً وليس محتملاً، وأن يكون مباشراً، أما الضرر غير المباشر فلا تعويض عليه، ولكن الضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط، بل يشمل كذلك الضرر المستقبل طالما يكون وقوعه مستقبلاً أمراً محققاً وأكيداً. والمقصود بالضرر المستقبل المحقق هو الذي قامت أسبابه، غير أن كل نتائجه أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل ويكون الضرر المستقبل محققاً أيضاً، كلما كان تقديره من قبل القاضي أمراً يسيراً حيث تكون معالمه واضحة. وتجدر الإشارة في هذا الشأن، إلى أن المادة 131 مدني تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه، وهذا إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم من تحديد بصفة نهائية مقدار التعويض. وأما إذا كان الضرر الإجمالي فقط فلا يمكن المطالبة بالتعويض¹.

وفي المسؤولية التقصيرية يعرض عن الضرر المباشر متوقفاً كان أو غير متوقع خلافاً للتعويض في المسؤولية العقدية، التي يقتصر التعويض فيها على الضرر المتوقع وفق التعاقد من حيث مقداره وسببه إلا إذا نسب إلى المسؤول عن غش أو خطأ جسيم حيث يسأل عن المباشر المتوقع وغير المتوقع. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في كثير من أحكامها منها: "أن عدم حصول مشتري العقار، على القرض الذي طلبه للبناء، بسبب عدم صحة المحرر الموثق، يعد ضرراً محققاً، مما يستوجب إلزامه بدفع تعويض لهذا المشتري²."

وعلى العكس من ذلك فقد حكمت أيضاً بأن: "الدعوى التي يطلب فيها العميل من الموثق، رد المبلغ الذي وضعه بين يدي الموثق لحساب البائع، بسبب إكتشاف وجود رهن على الشيء المبيع هي دعوى سابقة لأوانها، خاصة وأن المشتري (الزبون) لم يتعرض لأي تهديد من قبل الدائن المرتهن"³ وفي نفس السياق قضت محكمة

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "مرجع سابق، ص 139 وما بعده.

² - Cass. civ. Ire, 6 janvier 1994, porvoi n°90-18775, inédit. v également, sur la notion de dommage certain, Cass. civ. Ire, 9 novembre 2004, Defrènois 2005, art 38135 n°10, note S. PIEDELIVRE: "Est certain le dommage subi par une personne par l'effet de la faute d'un personnel (en l'espece un notaire, NDA...)"

³ - Rouen 11 Avril 1962. J. C. P. 1963. Ed. Not. 11, 13265; Cass. Civ. 26 Mai 1942, J. not, Art. 41430. 6 Dec 1949, J.C. P. 1950, éd. not, 11, 5245.

النقض الفرنسية، برفض دعوى أقامها المستأجر من الباطن ضد الموثق، مدعيا فيها إهمال هذا الأخير المتمثل في إدخال مالك العقار في الإيجار من الباطن، حيث تبين لها أن ما نسب للموثق، لم ينجر عنه ضرر محقق، فالضرر سيكون محقق الوقوع عندما تحين لحظة تجديد الإيجار الأصلي، وبما أن اللحظة لم تحن بعد، فالضرر الذي سيصيب المستأجر من الباطن لا زال ضررا محتملا، الأمر الذي جعل إدعاؤه كاذب وعديم الأثر¹.

تفويت الفرصة : تتحقق تفويت الفرصة في أن يأمل شخص في منفعة تزول إليه وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو أن الأمور سارت طبق مسارها الطبيعي، إلا أن بسبب خطأ شخص آخر (الموثق) يحرم من هذه الفرصة ويبدد له أمله ويجعل من المستحيل الجزم بجذوى تلك الفرصة².

يجب التمييز بين الفرصة وتفويتها لأن إذا كانت الفرصة هي أمر محتمل فإن تفويتها يعتبر أمرا محققا وعليه يجب التعويض³ إذا كان الضرر محتملا هو ضرر غير محقق الوقوع، أي أنه قد يقع وقد لا يقع، ومن ثم لا يجوز التعويض عنه، فإن الحال عكس ذلك فيما يخص تفويت الفرصة، حيث يجوز التعويض عنها وذلك إن كانت الفرصة أمر محتمل، فإن تفويتها أمر محقق الوقوع، فيجب التعويض عنه⁴.

إذا كان الإتفاق قد قام على اعتبار الفرصة الضائعة في حد ذاتها ضررا محققا ينبغي التعويض عنه وينشأ به الحق للعميل في رفع دعوى بشأنه ضد الموثق⁵.

والقاضي - كقاعدة- وهو بسبيله إلى تقدير التعويض الواجب عن الضرر الحادث يبدأ أولا بتحديد الضرر وحصره ثم يقوم بتقديره ماليا وبتطبيق ذلك على حالة الفرصة الضائعة نجد أن للقاضي سلوك أحد طريقتين فإما أن ينظر إلى الفرصة على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها ويتحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة.

إما أن يعتبر هذه الفرصة وسيلة الضرور في الوصول إلى كسب حقيقي أو تجنب ضرر وبذلك تتحدد قيمة الضرر بهذا الكسب الإجمالي الذي كانت ستؤدي إليه الفرصة لولا ضياعها. أوفي الحالة التي يكون عليها لو تحققت الفرصة وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية⁶ "بأن القانون لا يمنع أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للضرور من رجحان كسب فرصة عليه العمل غير المشروع، وذلك أنه إذا كانت الفرصة أمر محتمل فإن تعويضها أمر محقق يجب التعويض عنه"⁷

¹-Cass.civ.1re, 2avril 1997, Bull.civ.1,n°116;Defrénois1997,art.36591,n°84,obs.J-L.AUBERT.

²-د/عاطف النقيب،النظرية العامة ...، المرجع السابق،ص287.

³- عبد الرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام،المجلد الثاني،ط3،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2000،ص978.

⁴- نقض مدني مصري، 22 مارس 1977، سنة: 28، ص: 732، أورده د/ عيد الحميد الحنفي، المرجع السابق ص: 194 .

⁵-Cour. D'app. De paris, 14, 14 oct. 1971 (JURIS-DATA)

² Cour-d'Aix, en-provence,1 Fev. 1962 Tr. Civ. De TOULON, 20 Nov. 1957, J.C.P. 1957 , 11 , N° 10318. Tr. Civ. De SEINE, 10 Mars 1970, Gaz-pal, 1966, p : 403.

¹-نقض مدني في 22 مارس 1977،ماخوذ عن د/محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني...،المرجع السابق،ص79.

وإذا كانت محكمة النقض لا تراقب قضاة الموضوع في تقديرهم للفرصة الضائعة فإنها تراعي ضرورة احترام مبدأ عدم تجاوز التعويض المقدر لها عن قيمة الفرصة التي كان من المحتمل تحققها⁽³⁾. أن هذا الفقد قد أعطى العميل حقا في التعويض. ففي حكم لمحكمة باريس⁽¹⁾ حكمت المحكمة بمبلغ إجمالي كتعويض عن الفرصة الضائعة وقد حدد هذا المبلغ كمقابل لإجمالي الضرر بدون تفصيل من جانب المحكمة لما يعتبر من التعويض مقابلًا للنفقات أو المصاريف يجب أن يكون الضرر مباشرا.

الفرع الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

وهو الركن الثالث للمسؤولية المدنية، ويقصد به أن يرتبط الخطأ بالضرر إرتباط السبب بالمسبب والعللة بالمعلول¹ سواء ما نشأ منها عدم تميز العقد أو ما نتج عن العمل غير المشروع، فإذا ارتكب الشخص خطأ أو إقترف فعلا أحدث ضررا بالمضروور وجب توافر علاقة السببية بين الخطأ في دائرة المسؤولية التقصيرية وبين الضرر وهذا الركن تتم به الواقعة القانونية التي تحرك

إن علاقة السببية ركن مستقل عن الخطأ، فقد يوجد الخطأ وتنعدم العلاقة السببية وقد يحصل العكس². وللعلاقة السببية وظيفة مزدوجة في المسؤولية المدنية فهي شرط لقيام المسؤولية ولذلك ينبغي أن يكون الخطأ أو الفعل الضار هو الذي أدى إلى وقوع الحادث. وهي التي تحدد نطاق المسؤولية، إذ يجب أن ينتج الخطأ والفعل الضار كل الضرر المطالب بالتعويض عنه.

وقد يدق التثبت من توافر علاقة السببية أحيانا نظرا لتعدد النتائج التي تترتب على سبب واحد، ولتعدد الأسباب التي تحدث الضرر.

فمن المعلوم أن فعلا ما لا يمكن إعتباره سببا للضرر الذي حدث إلا عند التثبت من أن الضرر لا يقع دون حدوثه ولكن هل يكفي ذلك لتوافر علاقة السببية بين الفعل والضرر؟ وهل تتعادل جميع الأسباب التي أدت إلى الأضرار؟ ويثير هذا الموضوع ثلاث تساؤلات ذات أهمية وهي تحديد العلاقة السببية (أولا) وكيفية إثباتها (ثانيا) على أن يترك موضوع طرق دفعها أونفمها لاحقا بمناسبة دراسة أسباب دفع مسؤولية الموثق الخاصة والعامه.

¹ - أنظر في العلاقة السببية: السهوري، الوسيط، ج 2 طبعة سنة 1981، دار النهضة العربية، ص: 1263، وما بعدها ومصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، ص: 130 ومحمود جمال الدين زكي، الوجيز، ص: 347، أوردها محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية للمحامي تجاه العميل، ص: 446 و447.

² ص المادة 124 مدني: "كل عمل أيا كان، يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير" والمادة 134 مدني يسأل أيضا متولي الرقابة عن الضرر...، الذي يحدثه ذلك الشخص الخاضع للرقابة، للغير بعمله الضار... "كما يسأل المتبوع طبقا للمادة 136 مدني: "... عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار..."، ويسأل كذلك حارس الحيوان كما جاء في المادتين 130 و139 مدني: "... عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء..." و"... عما يحدثه الحيوان من الضرر..."

Esmein. Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité. D. 1964.chr, 205 « ...c'est par le sentiment que les juges décident si la réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible d'un acte pour que son auteur en soit responsable »

أولاً: تحديد علاقة السببية : قد ينتج الضرر عن أسباب مختلفة ومتفاوتة، حيث الدور الذي لعبته في إحداثه، فقد يكون البعض منها منتجة للضرر لأنها لعبت دوراً رئيسياً في تحقيق الضرر، ومنها من شاركت في حصوله، ومنها من ساعدت أو زادت من حجمه ومنها من كان لها دور ضئيل، يبدو أنها أسباب كلها ساعدت في إصابة في إحداث الضرر غير أنها متفاوتة من حيث درجة المساهمة.

وفي هذا الشأن تعددت النظريات في تحديد الأسباب التي يترتب عليها الضرر لقيام المسؤولية ومن أبرزها نظريات التي تنازع عليها الفقه والقضاء كـمعيار لعلاقة السببية وهي :

أ: نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب: Théorie de l'équivalence des cours ou de l'équivalence des conditions 1885-1886:

قال بها الفقيه الألماني فون بوري (Von Buri) وبموجبها تتكافأ الأسباب التي يمكن القول أنه لولا حدوث أي منها لما وقع الضرر وتعتبر كلها أسباب لحدوثه¹ وكما انه لا يمكن إجراء التفرقة بين هذه الأسباب بحسب أهميتها أو خطورتها في إحداث الضرر، لأن كل الأسباب متكافئة، ومن ثم إذا إختفى أحدها لا يقع الضرر فكل سبب يعتبر ضرورة لحدوث الضرر وبدونه تكون الأسباب التي أحدثت الضرر عديمة الجدوى² وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 فيفري 2000 بأن الموثق يظل مسؤولاً عن خطئه حتى ولو تعددت الأسباب المنشئة للضرر ويسأل في هذه الحالة عن كافة الأضرار مع حقه في الرجوع على الأشخاص الآخرين الذي أحدثوا هذه الأضرار³ غير أن هذه النظرية انتقدت على أن تطبيقها صعب من الناحية العملية لاتساع فكرة السببية مما يؤدي إلى عدم إمكانية تحديد نطاق الضرر الذي يجب أن يسأل عنه مرتكب الخطأ أو المسؤول عنه ، ولقد تخلى الفقه والقضاء الفرنسي ومن حذا حذوه عن هذه النظرية وفضلوا الأخذ بنظرية سببية الملائمة أو السبب المنتج .

ب : نظرية السببية الملائمة : نادى بها الفقيه الألماني فون كريس (Von Kreis) la théorie de causalité adéquate، وبموجبها يجب التمييز بين السبب الفعل المنتج أو الأكثر ملائمة وبين السبب الثانوي ويعتد بالأول دون الثاني ويعتبر السبب منتجاً وفعالاً إذا أثبت أنه كافياً وحده لإحداث الضرر فيحتمل كل إمريء نتائج أفعاله إذا ثبت أن الضرر نتج عنها وحدها ولا يسأل عن النتائج البعيدة وليدة الصدفة⁴.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد سائر⁵ التشريعات العربية خاصة القانون المصري الذي بدوره سائر القانون الفرنسي والذي أخذ بنظرية السبب المنتج، وذلك في نص المادة 182 مدني التي تقضي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً

¹ - أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني للمهني دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص213.

² - Esmein. Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité D. 1964. chr, opcit , p206

³ - Cass.civ.1^{re}, 29 fevrier 2000 ,Bull. civ.I,n°72; Defrénois 2000, art.37138, n38, obs J-L, AUBERT.

⁴ - فالسبب المنتج يقول محمود جلال حمزة : "هو السبب المألوف الذي ينتج الضرر عادة، أما السبب العارض: فهو السبب غير المألوف الذي لا ينتج الضرر عادة ولكنه يساهم فيه عرضاً" المرجع السابق ص: 117 أورده د/ علي فيلال، المرجع السابق ص: 316 .

⁵ - المادة 182 مدني جزائري تقابلها المادة 1151 مدني فرنسي و 221 مدني مصري.

في العقد، أو في قانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض بالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب شرط أن يكون هذا نتيجة لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به...".

ويبدو أن القضاء كذلك بدا في القرار المؤرخ في 20 ديسمبر 1988 والصادر عن الغرفة الجنائية الأولى للمحكمة العليا¹ ولما كانت علاقة السببية بهذه الأهمية وركن مستقل في المسؤولية المدنية فإن إنتفاء هذه الرابطة يؤدي إلى إنعدام المسؤولية. إلا أن تقدير هذه الرابطة غالبا ما يكون صعبا بسبب تعدد ظروف الأحوال وتداخلها وصعوبة التقدير هذه تنجم إما عند تعدد النتائج أو عن تعدد الأسباب، ففي حالة حدوث عدة أضرار متسلسلة فيما بينها تنتج عن خطأ واحد فإن رابطة السببية لا تكون متوافرة إلا بالنسبة للنتائج المباشرة لذلك الخطأ....

ترى، هل يسأل الموثق عن كل الأضرار المتسلسلة التي حدثت وسببت ضياع حقه؟ أو يسأل عن الضرر المباشر لخطأ الموثق؟ وهو ضياع الحق. لقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 مدني: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير في الوفاء به..."²

وإذا طبقنا هذا المعيار الذي جاءت به هذه النصوص المذكورة أعلاه يمكن أن نعتبر ضياع الحق بتفويت نتيجة طبيعية أو مباشرة لخطأ الموثق أما ما أعقب ذلك من أضرار متلاحقة، فتعتبر غير مباشرة أي نتيجة غير طبيعية. والواقع أنه ليس من السهولة تحديد الأضرار المباشرة وغير المباشرة والتفرقة بينهما، دقة هذا الأمر حدا بالمحاكم إلى إعتبارها مسألة موضوعية من إختصاص قاضي الموضوع، الذي يفصل في كل حالة حدث دون أن يكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا.

وكذلك بالنسبة لحالة حدوث ضرر تشترك في إحداثه عدة عوامل أن تعين ما يعتبر سببا حقيقيا لهذا الضرر يستلزم بحث كل عامل على حده، لمعرفة ما إذا كان الضرر يقع لولم يوجد هذا العامل بالذات، فإذا تبين أن الضرر لم يكن ليقع لولا هذا العامل، وجب إعتباره سببا في حدوث الضرر، وبناء على ذلك تعتبر أسبابا جميع العوامل التي أدى إشتراكها إلى وقوع الضرر، جميعها متعادلة في المسؤولية. وهذا الرأي هو أساس نظرية تعادل

¹ - راجع نقلا عن د/ علي فيلالي المرجع السابق ص: 318 د/ سعيد مقدم، المرجع السابق ص 91 ومحمود جلال حمزة المرجع السابق ص: 117، ويرى الأستاذ نور الدين تركي أن نظرية السبب المنتج هي الأصلح، ويبدو أن القضاء الجزائري قد أخذ بها من خلال قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 17/11/1964 والمنشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية 1965، ص: 1962، والجدير بالذكر هنا أنه في سنة 1964 كانت الجزائر تطبق القانون الفرنسي وقبل 1975، كان القضاء الجزائري يعتد بالسبب المنتج مثل القانون الفرنسي. أورده د/ علي فيلالي، المرجع السابق ص: 318

² - أما القانون المدني المصري فنص على ذلك في المادة 221 التي تقول: "... ويشمل التعويض ما لحق الدائن بخسارة وما فاته من كسب شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام لو للتأخر في الوفاء به"، والمادة 207 من القانون المدني العراقي: "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع".

الأسباب التي قال بها العالم الألماني Von Buri، وهي التي يأخذ بها أكثر القضاة المعاصر، بالإضافة إلى وجود نظريتين أخريتين، أشرت إليها عند البحث في علاقة السببية كركن من أركان المسؤولية.

ثانياً: إثبات علاقة السببية: يثير موضوع إثبات علاقة السببية مسألتين في هذا المجال على وجه الخصوص وهما من يتحمل عبء إثبات علاقة السببية وضياع الفرصة.

أ: عبء إثبات علاقة السببية: ليس هناك من شك، في أن جدية الدعاوى التي يرفعها المتضررون جراء أعمال الموثق تتوقف في المقام الأول، بمدى تمكن المدعي من إثبات الضرر ونسبته للموثق. وقد تسعف النيابة العامة المتضرر في الإثبات، حينما يرتبط الإخلال المدني بخطأ جنائي وحينها تضطلع بتجميع أدلة الإدانة، وتكون عينها محل الإثبات الذي يتأسس عليه الطرف المدني للمطالبة بالتعويض، وهذا الافتراض لا يتحقق في كل الأحوال¹.

إن حق المتضرر في التعويض عن الأضرار الناتجة عن تدخل الموثق يرتبط من حيث الأصل بمدى إمكانية إثباته لمصدر الإلتزام الذي يقع على المدين (الموثق) بإصلاح الضرر أو جبره، سواء كان تصرف قانونياً أو واقعة مادية. وبغير هذا التدليل، فإن هذا الحق، وعلى رأي الأستاذ PLANIOL، لن يحيى، ولن يتعزز²، بل ولن يمكن المدعي من مزيته³.

هذا وبمقتضى الأصول العامة للمرافعات، فإنه يقع على المدعي إثبات الإلتزام، ويقع على المدعى عليه إثبات التخلص منه، وهو ما تؤكد المادة 323 من ق.م.ج (تقابلها المادة 1315 من ق.م.ف) بقولها "على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه".

وعلى هدي الحكم السالف، فإن قضاء المحكمة العليا جرى وفي غير ذي مرة، على إعتبار أن الحكم بما يخالف هذا المبدأ، يعد إنتهاكاً لقواعد الإثبات⁴.

¹ - B.Starck, Droit civil, obligation , n° 741 : «La solution de ce problème échappe à toute explication logique. On doit se fier au bon sens des magistrats qui ne retiendront que certaines conséquences et non les autres, sans que l'on puisse dire avec précision lesquelles et pour qu'elles raison on coupe à un certain moment l'enchaînement des quenséquences, pour déclarer les unes dorectes, les autres indirectes. Il ne parait pas contestable que la gravité de la portée de « direct » ou « d'indirect » du lien causal en qui s'explique ... p : 239 et s.

² - وهو ما أكدت عليه المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري 68-25 بقولها "إن الدليل حياة الحق، ومعقد النفع منه، حتى صدق بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المناوغة فيه، هو والعدم سواء". لأكثر تفصيل، أنظر: محمد سعيد رشدي حجية وسائل الإثبات الحديثة في الإثبات، النسر الذهبي للطباعة، د.ت، ص: 08، وراجع أيضاً د/ الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط، 2001، ص: 10.

³ - محمد سعيد رشدي، المرجع السابق ص: 09.

⁴ - قرار المحكمة العليا 1987/06/30، ملف رقم 49767، المجلة القضائية، عدد 3، 1990، ص: 03. وأيضاً القرار الصادر عن المحكمة العليا 1988/06/22، ملف رقم 53577، المجلة القضائية، عدد 2، 1991، ص: 20.

وغالبا ما ينصب الإثبات على وقائع مادية، وهو ما يعني التدليل عليها عن طريق الكتابة¹ أو البيئة² أو القرائن³ أو الإقرار⁴ أو اليمين، ولكن هل يعني هذا، أن إطلاق يد المدعي في تخير ما يشاء من طرق الإثبات السالفة، كفيل بتدليل عقبات الإثبات التي يواجهها المضرور في دعواه.

ومن دون المصادرة على المطلوب، فإن الواقع العملي الذي تجري إثارة مسؤولية الموثق من قبل المتضررين يدعو إلى التحفظ بل والتشكيك في الحكم السالف. وأمام تلك الإحتجاجات، سجل بعض التحول في مسلك القضاء الفرنسي، والذي ذهب أحيانا إلى إعتبار خطأ المهني مفترضا "La présomption de fautes"، بل أنه لم يتوان في التأكيد أحيانا، على إعتبار أن مجرد عدم تبصير العملاء، يكفي وحده لإثبات خطأ الموثق، وفي غياب أحكام خاصة تدير إثبات علاقة السببية، يجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية. ويبدو أن المبدأ الذي يحكم مادة الإثبات يقضي بأن البيئة على من إدعى، وقد أظهر أيضا القضاء بعض الليونة في تطبيق هذا المبدأ.

مبدئيا وبما أنه لا توجد قرينة قانونية، فإن المضرور هو الذي يتحمل عبء إثبات علاقة السببية *actori incumbit probatio* فيجب على المضرور إثبات خطأ المسؤول والضرر الذي أصابه وجود علاقة سببية بينهما وإلا كانت دعواه غير مقبولة طبقا للمادة 124 مدني. إلا أنه وحماية للطرف الضعيف المضرور جعلت المشرع يتدخل ليفترض علاقة السببية كما استخلص القضاء في بعض الحالات وجود قرينة. بمقتضى أحكام المادة 136 بمجرد توفر الشروط وأن الضرر حصل حال تأدية الوظيفة بسببها أو بمناسبتها⁵.

لا يعتبر الموثق مسؤولا عن تعويض الضرر، إلا إذا وجدت علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر⁶، وهذا ما يعبر عنه بالعلاقة السببية، وهذا الركن الثالث يستلزمه المشرع، فيما يترتب من إلزام بالتعويض على كل خطأ سبب ضررا للغير، في نطاق ومجال المسؤولية التقصيرية في المادة 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي⁷.

وتطبيقا لذلك على حال الموثق، يمكن القول أنه لا يكفي أن يقع خطأ من قبل الموثق أثناء تأديته لخدماته، أو أن يصاب أحد الأفراد بضرر، بل يجب أن يكون ذلك الخطأ بعينه هو الذي تسبب في الضرر، ثم يقع بالتالي على العميل أو الزبون عبء إثباته.

وللمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه. وفي هذا ذهبت محكمة النقض المصرية إلى وضع مبدأ في هذا المجال مقتضاه: "أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن

¹ - أنظر المواد من 323 إلى 336 من القانون المدني الجزائري.

² - أنظر المواد من 337 إلى 340 من ق.م.ج.

³ - أنظر المادتين 341 و342 من ق.م.ج.

⁴ - أنظر المواد من 343 إلى 350 من ق.م.ج.

⁵ - راجع ما أورده د/ علي فيلاي فيما يخص مفهوم علاقة السببية، المرجع السابق ص: 322-313.

⁶ - هذا فيما يخص المسؤولية عن الأعمال الشخصية طبقا للمادة 124 قانون مدني.

⁷ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جزء الثاني، توزيع دار الكتب ص: 180 وما يليها. - هشام تقياني، المرجع السابق، ص: 75 وما يليها.

يحدث ضرراً فإن القرينة على توافر السببية بينهما تقوم لصالح المضرور" وكذلك ما أكدته القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه مثل ما قضت به محكمة "باريس"، دفع غرامات التأخير، إلا أنه يجب على العميل أن يقيم الدليل على أن الضرر الذي لحق به كان نتيجة رغم ثبوت الخطأ في جانب الموثق، والمتمثل في سوء تقديره للرسوم المستحقة وثبوت الضرر في جانب العميل والمتمثل في مباشرة للخطأ الواقع من الموثق¹.

غير أنه قد يحدث أن يرتكب الموثق خطأ، ويصاب العميل بضرر، غير أنه لا يرجع إلى الخطأ، بل يثبت أن الضرر كان سيقع حتماً ولو لم يقع الخطأ في هذه الحالة لا يسأل الموثق عن تعويض زبونه، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حين قضت بأن: "الموثق ارتكب خطأ حقيقياً، حيث أغفل التحقق من حقيقة المال المرهون، ومع ذلك لا يعد مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق بالعميل. لأن الضرر كان سيقع حتماً. فقد ثبت من وقائع النزاع أن المال المقترض، كان قد دفع قبل تدخل الموثق، لذلك فإن إكتشاف الموثق للحالة التي كان عليها المال موضوع الرهن، لم يكن من شأنه منع وقوع الضرر².

وفي قضية أخرى في حكم مشابهه قضت محكمة النقض: "بأن إغفال الموثق شهر البيع العقاري في المدة القانونية، أي ثلاثة أشهر التالية لتحرير عقد البيع، يعتبر إخلالاً بالإلتزام بتحقيق النتيجة، وهو خطأ مهني، إلا أنه لم يكن السبب في وقوع الضرر الذي لحق بالمشتريين، فقد ثبت من وقائع النزاع أن الضرر يعود لكون العقار المباع مثقل برهن وأن هذا الرهن لم يظهر إلا بعد إتمام البيع³، وبناء عليه لا يحق للزبون أن يتمسك بخطأ الموثق للمطالبة بالتعويض، فووقوع الضرر كان حتمياً⁴.

ويوجد حكم آخر قضى بأن الموثق الذي يحزر سنداً صورياً، لا يسأل إلا إذا كان الضرر قد وقع فعلاً بسبب الصورية مباشرة. أما إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة لسبب آخر فلا يستحق المتضرر مطالبة الموثق بالتعويض⁵. أما فيما يخص إنعدام السببية فسأعرض لها بالبحث في المبحث الخاص بانتفاء المسؤولية بشيء من التفصيل لاحقاً.

وعملاً بالقواعد العامة التي تحكم الإثبات فيجوز للمضرور أن يثبت العلاقة السببية بكل الوسائل كالشهود، القرائن المادية والخبرات ... الخ.

ب: نظرية ضياع الفرصة وسيلة القضاء في تطويع ركن السببية :

¹ - أنظر في ذلك : - Cass .Civ.9 juin 1907, D. P.1910, 215 ; 30 Mars 1908, D.P. 1910, 255. 6 juil 1922, s, 1922, 1, 351, 18 mai 1925, GAZ. Pal. 1925, 2, 321 ; 28 juin 1938, S . 1, 1939,1, 15 ; 13 janv. 1942, D.C. 1942, 5, 57 ; cass. Rep. 10 Dec 1945.

² - أنظر في ذلك - Cass .Civ.1ère 15 Janv. 1985, D. 1985, 233 note J.L.Aubert ; J.not, 1985, art. 58300 , P. 1058, obs J.de poulpique ; Cass.civ.27 sep. 1938, Bull. civ, 1, N° 214 ; D.S. 1983, 11, P, 369, note J.L. Aubert. T.G.I. Strasbourg, 3ème ch. 22 Avril 1983, J.C.P 20349, note M.Dagot.

³ - أنظر في ذلك:

- T.G.I .Paris 1er Fév. 1989, Sem. Jurid. éd. G. 11, 21374, N° 49. M.Dagot

⁴ - أنظر في ذلك:

- Cass. Civ. 1, 28 Janv. 1975, Bull. Civ. 1, N° 32; J. not. 1976, art. 52991, P.791

⁵ - أنظر في ذلك:

- Riom, 16 déc. 1912, Rec. Gaz. trib. 1913, 1, seim, 2, 234.

لجأ القضاء لدرء الشك ومواجهته لعدم تيقنه من الرابطة السببية إلى تسهيل إثباتها إستعمال نظرية فوات الفرصة، وحاول ملائمتها مع موضوع المسؤولية التوثيقية

1- توجه القضاء إلى فوات الفرصة

إشترط القضاء لقيام المسؤولية المدنية للموثق فيما يتعلق بركن السببية، وجود علاقة سببية مباشرة ومؤكدة بين الخطأ والضرر اللاحق بالزبون، بيد أنه وبسبب عجز النظرية التقليدية في بعض الأحيان في إقامة هذه الرابطة بين الفعل الضار لجأ القضاء لفكرة تفويت الفرصة على الزبون لإقامة السببية بين فوات الفرصة والخطأ لتعويضه، بما أن الضرر الناتج عن ضياع الفرصة يشكل جزءاً أو نسبة من الضرر النهائي لذلك فإن لعلاقة السببية مفهوماً خاصاً في هذه الحالة. فإذا كانت فرصة ما تؤدي حتماً وبالضرورة إلى كسب معين فإن قيمة هذه الفرصة تقدر بهذا الكسب كاملاً، أي أن علاقة السببية تقوم بصورة كاملة بين فعل المتسبب في ضياع الفرصة وبين هذا الكسب الضائع.

أما إذا كانت فرصة ما لا تؤدي بالضرورة إلى كسب محقق أو تجنب خسارة معينة، بل يحتمل أنها تؤدي إلى ذلك فإن قيمتها تمثل نسبة فقط من هذا الكسب المحتمل، وبذلك تقوم علاقة السببية هنا بصورة جزئية بين هذه النسبة وبين الفعل المتسبب في ضياعه.

وبذلك يتضح أن قيمة الفرصة الضائعة تتوقف بدرجة كبيرة على مدى توافر علاقة السببية بين فوات الفرصة والضرر الذي ترتب عليها. ولأن علاقة السببية لهذه الحالة لها مفهوم خاص بقيامها على الإحتمال وليس على اليقين، فإن النظريات المعروفة في الفقه فيما يتعلق بعلاقة السببية قد تعجز عن تفسيرها في حالة فوات الفرصة

فنظرية تعادل الأسباب تقوم على تساوي كل العوامل الضرورية التي أدت إلى الضرر. أي أن كل الأسباب متعادلة في إنتاج الضرر بدون تمييز بسبب أو لعامل على آخر. وبذلك تقوم هذه النظرية على تأكيد يقين معينين، إذ أنها لا تعتبر إلا بالواقعة التي يثبت يقيناً أن لها دوراً في وقوع الضرر وهذا لا يتفق مع طبيعة علاقة السببية في حالة ضياع الفرصة، إذ لا يمكن القول بأنه لولا الخطأ المتسبب في ضياع الفرصة لكان قد تحقق المكسب، إذ أن هذا الخطأ لا ينشأ إلا لإحتمال وقوع الضرر. وبالتطبيق على الموضوع لا يمكن القول بأن لولا خطأ الموثق المتمثل في عدم تبصيره لكان قد حصل الزبون على حقه ونعتبره ضرراً كلياً يجب التعويض عنه كلياً، فإهماله ما هو إلا سبب إحتمالي.

أما عن نظرية السبب المنتج فإنها لا تنظر إلى كل الأسباب¹ والعوامل التي أدت إلى إحداث الضرر نظرة متساوية فهي لا تعتد من بين العوامل والأسباب إلا بتلك الأكثر ملائمة لإحداث الضرر، وهي التي تبدو - نظراً لأهميتها ودورها المتميز - السبب الحقيقي للضرر.

¹ - لمزيد من التفصيل، أنظر د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص: 277، د/ صبري السعدي، المرجع السابق، ص: 97.

وتترك هذه النظرية مجالاً أوسع لقاضي الموضوع في التقدير والإختيار¹، فينتقي من بين العوامل المعروضة عليه كأسباب للضرر سببا قويا يعتقد فيه أنه السبب الحقيقي للضرر. يتضح بذلك قيام هذه النظرية على درجة مع معينة من الحدس والتخمين وتفترض قدرا كبيرا من الإحتمال والترجيح.

ويوجد بذلك تقارب في الأفكار بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة، فكلاهما تقوم على درجة من الإحتمال وإن اختلفا فيما بينهما حول دور ودرجة الإعتداد بعنصر الإحتمال. إذ ينظر إلى الإحتمال في نظرية السببية الملائمة على أنه وسيلة للوصول إلى اليقين. أما نظرية فوات الفرصة فهي تفترض بالضرورة هذا الإحتمال، إذ تفترض أنه لولا الخطأ المتمثل في ضياع الفرصة لكان هناك إحتمال كسب الزبون أو شفاء المريض... ومع هذا التفاوت بين نظرية السببية الملائمة ونظرية فوات الفرصة إلا أن الأولى هي أكثر ملائمة والأولى قبولاً كأساس لتبرير التعويض عن فوات الفرصة ولتحديد قدر هذا التعويض، مع أخذ فكرة الإحتمال تلك النظرية بدرجة أكبر من التعمق بحيث تتساوى درجة إحتمال الضرر في كل من نظرية السببية الملائمة والتعويض عن فوات الفرصة.

وفي مجال مسؤولية الموثق، تبدو تفويت الفرصة، في حالة عدم قيام الموثق بتحرير العقد في وقت مناسب أو بالشروط المناسبة². وكذا الحال بالنسبة للموثق الذي ينسب إليه عدم الدقة في تنفيذ واجب النصح، فإنه يسأل عن تعويض الضرر الذي لحق بالعميل بسبب ضياع الفرصة.

2- تراجع القضاء النسبي عن فوات الفرصة في مجال الاعلام والنصح

تعتبر نظرية فوات الفرصة في مجال النشاط التوثيقي الوسيلة الميسرة في إثبات الرابطة السببية بين خطأ الموثق والضرر اللاحق بالزبون، ويستعين القاضي -في كيفية الوصول إلى المعطيات الفنية والعلمية الجادة وحساب الإحتمالات وبالتالي تقدير قيمة التعويض عن الفرصة الضائعة- بأهل الخبرة والمعرفة وأصحاب التخصص الذين يرشدونه إلى ما هو واجب من التعويض على ضوء ما يتوافر لديهم من معطيات ومن قوة في إحتمالات النجاح.

غير أنه تراجع عن موقفه، وتقلص بالتالي مجال تطبيق هذه النظرية كطريقة ووسيلة لإقامة النسبية بين الخطأ والضرر⁽¹⁾

إذا كانت نتائج التي أتى بها قرار 25 فيفري 1997 والمتمثلة في نقل عبء الإثبات بتنفيذ الإلتزام بالإعلام على عاتق الموثق، لا يمكن تناسيها، وكان ذلك موضوعاً لتأييد فريق كبير من الفقهاء من جهة، ومن جهة أخرى ذلك بصفة مباشرة إلى لجوء الموثقين للكتابة كوسيلة أمنة وضامنة لإثبات تنفيذ إلتزامهم هذا³ فمن خلالها وما دامت

¹ - يقول د/ محمد عبد الظاهر حسين: "... إلا أن ذلك لا يجعلنا نتراجع عن إعتبار مجرد فوات الفرصة ضرراً يلحق بالعميل ويعطيه الحق في رفع الدعوى بشأنه للمطالبة بالتعويض حتى ولو كانت نتيجتها غير مضمونة أو حتى لو أسفرت عن لا شيء. فالمهم أن لا نحرم العميل من حق مقرر له ثم يترك له باب الإختيار والمفاضلة بين إثبات السلامة وضمان أمواله بعدم رفع دعوى يشك في نتيجتها وبين المجازفة برفع دعوى وهو يأمل في الحصول على التعويض خاصة إذا تغلبت لديه إحتمالات حصوله على مكسب لو ضياع الفرصة". المرجع السابق ص: 449.

فهذان أمران يعتبران مبرر كافي لإعتبار الإلتزام بالنصح إلتزاماً مهنياً ومن ثم تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال به.

² - هشام تفاعلي، المرجع السابق ص: 76 وما يليها.

³ - انظر في ذلك :

موقعة من قبل الزبون سيتمكن الموثق من إيجاد دليل أو وسيلة أكيدة قد تسعفه لتفادي أي نزاع من قبل الزبون بشأن إعلامه ونصحه.

المبحث الثاني

آثار مسؤولية الموثق ووسائل دفعها

كل ضرر يحيق بالإنسان يجد مصدره في نشاط إنساني، وتشكل نتائج هذا الضرر موضوع المسؤولية المدنية، بما تقتضيه ضرورة إعادة التوازن الهش بين قطبيها، المسؤول عن الخطأ سبب الضرر والضحية الذي يتحمل الآثار المحزنة.¹ إلا أن التعويض عن الحوادث في النشاط الوثيقي لا زال يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية ولم يخصها المشرع الجزائري بعد بتنظيم قانوني مستقل، ويجد هذا الإحجام مبرراته فيما يتميز به الفن والعمل الوثيقي من خصوصية رغم هيمنة الجانب اليقيني على مهام الموثق وإلى حد كبير إلا أننا يجب أن لانغفل موقف المضرور وحقه في الحصول على تعويض للضرر الذي لحق به ولا يعني تعويض الضرر أننا نعاقب مباشر العمل الوثيقي، فالأساس الأخلاقي للمسؤولية المدنية لم يقتصر على مجازاة السلوك الخطر لمحدث الضرر، بل هناك أيضا من اتخذ قرارا أو مارس نشاطا أو إمتلك سلطة يتحمل نتائجها في حالة تبين ضررها لدى الآخرين، فهذا الأساس الأخلاقي للمسؤولية يتجه نحو نتائج الفعل، وليس نحو قصد الفاعل أو نيته وبالنسبة للكلفة الإقتصادية التي يخشى أن تعيق الموثق عن بحثه وتطوير ابتكاره، فيمكن التغلب عليها عن طريق التأمين الإجباري من المسؤولية أو من الأضرار بإنشاء صناديق جماعية لضمان المسؤولية.

تعتبر الدعوى بمثابة حماية قضائية مقررة للمضرور والهدف منها واحد، وهو جبر الضرر الذي لحق المضرور نتيجة النشاط الضار (المطلب الأول)، لكن رغم هذا الحق المخول للمضرور بموجب القانون، لا يعني أن كل ما يلحقه من ضرر يكون قابلا للتعويض من قبل المسؤول، بل لهذا الأخير بموجب ما خوله القانون نفي ودفع شبح المسؤولية عنه (المطلب الثاني)

المطلب الأول

آثار تحقق مسؤولية الموثق المدنية

يتولد عن المساس بحقوق الإنسان آثارا من بينها التعويض، ويتمثل في الجزاء المترتب عن تحقق أركان مسؤولية الموثق، بمعنى الحكم الذي يترتب عن تحقق المسؤولية والذي بموجبه يتحمل المسؤول (الموثق) اتجاه الزبون المضرور تعويضه عن كافة الأضرار التي تصيبه بصفة خاصة، رغم أن التعويض لا يمحو الضرر ولكنه يساعد على إصلاح ما حصل قدر المستطاع، وكما سبقت الإشارة إلى أن التعويض هو الجزاء المترتب عن إخلال الموثق بالتزاماته القانونية أو العقدية، وحتى نتمكن من حصر كل العناصر المتصلة به لابد معرفة المقصود بهذا التعويض ثم تحديد أنواعه التي يمكن أن تكون محلا وموضوعا له. (الفرع الأول) ثم التصدي لمعالجة تقديره في (الفرع الثاني) ثم التصدي لمسالة لا تقل أهمية والتي يمكن التعويض عن طريق شركة التأمين (الفرع الثالث)

. بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الصناعي، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص ص 67 68¹

الفرع الأول

التعويض

يهدف التعويض إلى منح المضرور مقابلا لما أصابه من خسارة، فهذا يبين أن للتعويض مفهوما واسعا (أولا) أضف إلى ذلك أن الحكم بالتعويض يخضع لمقاييسمع الأخذ بعين الإعتبار مداه و عناصره (ثانيا).

أولا: مفهوم التعويض : لم يعرف فقهاء القانون المدني، التعويض بوضع نصوص محددة، إنما تعرضوا مباشرة لبيان طبيقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية بسبب وضوح معناه إذ اعتبروه كل ما يلتزم به المسؤولي المسؤولية المدنية اتجاه من أصابه ضرر، فهو جزاء لعمل غير مشروع نشأ عنه حق في التعويض، أي مقابلة

نص المشرع الجزائري في المادة 124 من ت م ج على أن: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". فالتعويض بالتالي جزاء كلما تحققت في الحكم النهائي مسؤولية محدث الضرر وعلى حد تعبير الأستاذ السهوري: " أن التعويض تسبقه في غالب الأحيان دعوى المسؤولية ذاتها، لأن المسؤول لا يسلم بمسؤوليته ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى".

بينما ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى استعمال مصطلح الضمان¹ ولا يستخدمون إصطلاح التعويض كما عرفه الإمام الغزالي، بأنه: " الضمان هو واجب لرد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة" ويترتب على اعتبار التعويض وسيلة لجبر الضرر وعدم تأثر القاضي وقت تقديره إلا بالضرر المطلوب تعويضه حتى يكون ما يقضى له من التعويض مساويا لما ثبت لديه من ضرر لا يزيد عليه ولا ينقص عنه، كما أن التعويض لا يسقط بموت المحكوم عليه قبل أدائه وإنما يبقى دينا قائما يجوز التنفيذ بموجبه على تركته.

كما ذهب آخرون إلى ربط التعويض بالعقوبة عن طريق اعتبار التعويض تطبيقا لفكرة العقوبة الخاصة وذلك بمعاقبة كل سلوك خاطئ يأتيه المرء² جبر الضرر غير، أن الأمر خلاف ذلككون التعويضغاياته الضررالحاصل في ذمتأو في شعوره³ وعلى قدر الضرر وجسامته يكون هذا التقدير من اختصاص القاضي المدني يلزم فيه المسؤول بما يعرض المضرور، في حين نجد العقوبة تهدف إلى زجر المخطئ وتأديبه بما يناسب خطئه مع إمتداد تأثير ذلك إلى الغير⁴. يعتبر التعويض حق لكل مضرور بسبب الضرر اللاحق به نتيجة سلوكات خاطئة، وما دامت المسؤولية المدنية قد تميزت وانفصلت عن المسؤولية الجنائية، فإن ذلك يستتبع أن يتخلص العويض المدني من كل أثر جنائي وأن لا يتضمن أي وصف أو وظيفة عقابية، كما ينفصل الخطأ عن تقدير التعويض وإن كان هو أساس المسؤولية المدنية فإنالقاضي يعتد عند تقديره للتعويض بمدى الضرر الواقع دون اللجوء إلى عنصر آخر حتى قيل أن لاقيمة

الألفي محمد جبر الطيب، الضمان، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة عشر بتصرف نقلا عن بدر محمد الزغيب، المرجع¹ السابق، ص 68.

بعطوش حكيمة، تعويض الضرر المعنوي، مجلة نشرة القضاء، العدد 47، 1995، ص 88.²

سي يوسف كجارزاهية حورية، المرجع السابق، ص 278³

سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (1992)، ص 174⁴

للخطأ إلا في إسناد المسؤولية، فلا علاقة له بتقدير التعويض، ينشأ إذن إلزام بالتعويض لجبر الضرر في ذمة المدين مرتكب السلوك الخاطئ، فيمس الجانب السلبي من ذمته لتأدية هذا الأداء لجبر الضرر وفقا للطريقة وبالكيفية التي يحددها القاضي وفقا لسلطته التقديرية في تقدير التعويض.

يستخلص من ذلك ضرورة التعويض للمضروب عن كافة الأضرار اللاحقة به المادية والمعنوية منها.

ثانيا: مدى التعويض: بالرجوع إلى نص المادة 132 ت. م. ج. على: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم على سبيل التعويض بأداء الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"

يتضح من هذه المادة أن المشرع خول للقاضي سلطة تعيين طريقة التعويض المناسبة قصد جبر الضرر حسب الظروف، ونظرا لورود كلمة التعويض في هذه المادة بصفة عامة أي بمفهوم واسع فإنه يمكن أن يكون تعويضا عينيا أو بمقابل.

1 - التعويض العيني : يتأسس هذا النوع من التعويض، على فكرة إعادة الحال أو إرجاعه إلى ما كانت عليه واعتبر البعض، أنه الطريقة الأفضل للمضروب لكونه يهدف إلى محو كل أثر للضرر اللاحق بالمضروب² كما يمكن أن أية ترضية من جنس ما أصابه من ضرر بطريقة مباشرة دون حكم له بمبلغ من المال، لأن الوفاء هنا يكون عينيا، وهو في المسؤولية التقصيرية بمثابة استثناء لأن أصلا لإلزام³ فمها هو بمقابل بينما في المسؤولية العقدية هو الشائع وتجدر⁴ الإشارة أن هناك بعض الفقهاء من يخلط بين التنفيذ العيني (execution par nature) والتعويض العيني reparation en nature فالتنفيذ العيني مرحلة تسبق المسؤولية فإذا إستحال التنفيذ العيني أو إمتنع المدين

عن ذلك نهضت مسؤوليته (التعويض). يعود السبب في الخلط في مثل هذه المسائل إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ اليه المضروب عند تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه أو عند استحالة التنفيذ العيني باعتباره الأصل، كونه يدور حول إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، وهنا يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق ذلك في مجال مسؤولية الموثق؟ فعندما يقع الأمر بحالة من حالات المساس بالسر المهني فلا يمكن العمل بالتعويض العيني لأنه لو أفشى الموثق أسرار عميله وهو بحكم مهنته ملزم بكتمان ما تم لديه وأدى ذلك إلى الإساءة إلى سمعته واهتزاز الثقة فيه، فلا يمكن إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإفشاء.

دسوقي محمد ابراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، د س ن، ص 83/د¹

² Flour jacques Aubert Jean luc droit civil Op cit p 347

مقدم سعيد، نظرية التعويض ...، المرجع السابق، ص 178)³

سي يوسف كجار زاوية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج...، المرجع السابق، ص 366⁴

يقال إن التعويض العيني لا يكون ممكناً فيتحتم الحال اللجوء إلى التعويض بمقابل فإذا تعلق الأمر بحالة عدم تنفيذ الموثق لإلتزامه أو تأخر فيه أو أخل به فهنا بإمكان القاضي أن يلزم الموثق بتنفيذ الإلتزام الذي امتنع عن تنفيذه كان يلزم الموثق الممتنع عن تسليم محرر مثلاً¹.

2 - التعويض بمقابل قصد تغطية الضرر اللاحق بالمضروب، يلجأ القاضي إلى التعويض بمقابل، ويكون التعويض بمقابل في الغالب الأعم نقدياً وقد يكون غير نقدي.

أ: لتعويض النقدي: يعتبر التعويض النقدي من أنواع التعويض بمقابل، وهو الغالب في المسؤولية التقصيرية وهو الأصل فيها²، وتسم بالوضوح و يكون في شكل نقود يقدمها المسؤول للمضروب نتيجة فعله الضار³ كما أنه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تقديره وفي كيفية دفعه، فيمكن دفعه في شكل أقساط أو دفعة واحدة، وقد يتم في شكل إيراد مدى الحياة⁴ إن بقي على قيد الحياة حسب المادة 1/132 ت م ج مثل هذا التعويض يصلح في كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية طبقاً للمادة 176⁵ ت م ج .

يفضل في بعض الأحوال الحصول على التعويض دفعة واحدة للإستفادة به وذلك على خلاف المسؤول الذي يفضل أن يكون مبلغ التعويض على أقساط مما تسهل عليه عملية الدفع إلا أن تحديد كيفية الدفع تؤول للسلطة التقديرية للقاضي، فهو الذي يحدد عملية الدفع.

ب - التعويض غير النقدي : كأصل عام يكون التعويض غير النقدي تطبيقه بشكل أوسع في الأضرار الأدبية⁶ أي المعنوية، التي قد تصيب المضروب في شعوره غير أن هناك حالات لا يصلح فيها المال للتعويض بها عن الأضرار كالأضرار الماسة والمتعلقة بسمعة الزبون حيث يفضل التعويض غير النقدي . أو كرامته أو سمعته وقد تطال حياته الخاصة وفي غير هذهاي عندما يتعلق الأمر بخسارة أو آلام لحقته أو فوات كسب، فإنه يمكن تقويمها بالمال جبراً للضرر اللاحق بالمضروب، غير أن ثمة سؤال عن الزمن الذي يمكن الإعتماد به من قبل القاضي لينشأ فيه الحق في التعويض؟ ثار جدل فقهي حول الوقت الذي ينشأ فيه هذا الحق، فهناك من يرى أنه ينشأ من وقت الحكم على المسؤول، وهناك من يقول أنه وقت وقوع الضرر.⁷

د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية...الضرر، المرجع السابق، ص366¹

د/عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني...، المرجع السابق، ص1094²

³ FLOUR jaques, AUBERT jean-Luc, Droit civil..., op.cit, p347.

أصدر المشرع الفرنسي في سنة 1951 تشريعاً أكمله بتشريع لاحق بتاريخ 30 ديسمبر 1975، أجاز فيه تعديل التعويض المقضي به في صورة -⁴

مرتب مدى الحياة، وتولى هذا التشريع تحديد مقدار الزيادة في الإيراد بحيث لا يكون المضروب بحاجة إلى طلب إعادة النظر في التعويض. راجع علي

علي سليمان، المرجع السابق، ص: 210

أنظر نص المادة 176 من ت م ج⁵

مقدم سعيد، نظرية التعويض...المرجع السابق، ص189⁶

كما يرى د/علي علي سليمان أنه إختلف الرأي حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض، فهناك رأي يقول بأن الحق في التعويض يترتب -⁷ من يوم نشوء الضرر، أي من يوم إكتمال عناصر المسؤولية من خطأ وعلاقة سببية وضرر، ويكون صدور حكم بوجوب التعويض كاشفاً للحق فيه لا منشأً. وهناك رأي آخر يقول بأن الحق في التعويض ينشأ من يوم الحكم به، فمتى صدر الحكم بالتعويض وصار نهائياً ترتب للمضروب الحق في التعويض، والواقع أن كلا الرأيين يجب أن يؤخذ في الإعتبار على أن ينظر طبقاً لكل منهما إلى ناحية، وعلى العموم فإن الرأي القائل بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت نشوء الضرر، أي من وقت إكتمال عناصر المسؤولية هو الرأي السائد وهو المقبول منطقياً، أولاً: لأن الأحكام تعتبر في

إستقر الرأي أن نشوء الحق في التعويض يكون وقت وقوع الضرر لأنه لا يمكن تصور شوءه قبل أن يلحق الضرر، لذا يجب التحقق من الضرر ومعرفة مسؤولية المسؤول والحكم القاضي بالتعويض، فهو يعاين ويثبت العناصر الموجودة أي أنه حكم مقرر¹ وعند تقدير التعويض من قبل القاضي لمعرفة مقداره.

وإذا كان التعويض موضوع الدعوى في الغالب، وهو الذي يحدده المدعي، فإن للقاضي حرية التقدير⁽²⁾. وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يقضي بتعويض يزيد عما طلبه المدعي لأنه يقضي عندئذ بما لا يطلبه الخصوم، فإن له أن ينقص من مقدار التعويض المطالب به إذا ثبت لديه أن المبلغ مبالغ فيه وأنه يجاوز مقدار الضرر².

- إن التعويض القضائي³، إذا كان هو الفصل في تقدير التعويض بوجه عام، فهو الأصل في نطاق هذا البحث،

الفرع الثاني

تقدير التعويض

إذا توافرت شروط إستحقاق التعويض بتوافر شروط وأركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وجب على القاضي تقديره والحكم به كانت المحكمة هي التي تتولى تقدير التعويض فكيف تقدره وما مدى سلطتها في تعيين طريقته ؟

إن التعويض النقدي هو الشائع وتقدير التعويض بالنقود هو الأصل سواء صدر الحكم بالتعويض في نطاق المسؤولية التعاقدية أو القانونية، أو كان التعويض عن ضرر مادي أو أدبي، فعندما ترفع أمام القاضي دعوى للمطالبة بالتعويض وجب عليه فهم الوقائع المعروضة عليه، وفي مرحلة تالية تكييفها لتطبيق النص القانوني الملزم لها من خلال التأكد من كفايتها لتشكيل أركان المسؤولية المدنية ليتأتى له لاحقاً تقرير التعويض⁴ على أساسه "لاتعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث لاتعويض"، على أن يحدد بطريقة موازية الطريقة التي يتم بها هذا التعويض، فيختار القاضي التعويض المناسب لإصلاح الضرر معتمداً في ذلك على نص المادة 131 ت م ج التي تنص: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة..." "إذ تنص المادة 182 من التقنين المدني التي جاء فيها" إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدر ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب" أما المادة 182 مكرر ت م ج تنص على: "يشمل التعويض على الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف

الأصل كاشفة وليست منشئة للحقوق. وثاني: - لأن الفعل الضار هو مصدر الحق في التعويض وقد نصت قوانيننا العربية على إعتبره كذلك. بنصوص صريحة مثلما فعل المشرع في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الإلتزام في ق م ج، المرجع السابق، ص: 196

¹ Flour jacques Aubert Jean luc droit civil Op cit p 345

² مقدم السعيد، المرجع السابق، ص: 256 -

³ جاء في حيثيات قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 تحت رقم 231419: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض - عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأمر يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية وأما تقديره يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك..." المجلة القضائية، عدد خاص لسنة 2003، ص: 627

⁴ سناسل فتيحة، المرجع السابق، ص: 91. وأنظر فريجة كمال، المرجع السابق، ص: 318 -

والسمعة" المشروع"، يتضح من المادة أن طريقة إصلاح الضرر تختلف وبما يبدي المتضرر في طلباتها، كما أنها تختلف¹ في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية، فإذا كان التنفيذ العيني² هو الأصل في المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لها محل من التنفيذ إلا منزلة الإستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالتنفيذ بمقابل أي التعويض المالي هو القاعدة العامة في مجال المسؤولية التقصيرية³.

أستخلص من هذا النص بداية، أن القاضي هو الذي يتولى عملية تقدير التعويض حسب الظروف المحاطة بالضرر⁴ وعليه فالتعويض عن الضرر في مجال المسؤولية الموضوع محل الدراسة، فلا بد أن يكون الضرر نتيجة مباشرة للفعل الضار والقاضي يجد نفسه أمام عدة طرقوكيفيات لتعويض الضرر، وفي الحقيقة، لقد وضع المشرع عدة عناصر ومعايير، أوجب على القاضي التقيد أو الإعتماد عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، فلا يجوز له أن يستبعد عنصرا منها أو تطبيق عناصر جديدة⁵ وهو يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا وتتمثل هذه العناصر في وجوب مراعاة ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب والظروف الملازمة وحسن النية، وللإحاطة بهذه المسألة، تقتضي مني توزيعه في نقطتين أولهما للبحث الوجيز في بيان سلطة تقدير قاضي الموضوع في التعويض (أولا). وأخصص ثانيهما للبحث في رقابة المحكمة العليا عليه (ثانيا)

أولا: سلطة تقدير القاضي في تقدير التعويض:

أ- معيار الخسارة الواقعة والكسب الفائت : بالرجوع إلى نص المادة 182 من ت م ج والتي تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب..." يتضح من هذا النص، أن القاضي لديه سلطة تقديرية في مجال المسؤولية العقدية، فيما يخص تعويض الأضرار ومشتملات هذا التعويض أن يدخل في حسابه ما قديتكبده الدائن من خسارة

أنظر مقدم السعيد، المرجع السابق، ص: 225، 224، وأنظر أيضا فريجة كمال، المرجع السابق، ص: 320-1.

يرى بعض الفقه أن التنفيذ العيني يختلف عن التعويض العيني فالأول محله المسؤولية العقدية، فبالرجوع إلى المواد² التي خصصها المشرع المدني للتنفيذ العيني نجدها تبحث عن كيفية تنفيذ الالتزامات العقدية فقط دون إشارة للمسؤولية التقصيرية، إضافة إلى الدائن في المسؤولية عندما يلجأ إلى القضاء ملتصقا بالحكم له بالتنفيذ العيني، فهو يلتزم الزام المدين بتنفيذ ما التزم به في العقد، وإذا أصدر القاضي حكما بذلك فلا يكون قد أصدر حكما بالتعويض للمضرب وحده إذا ما رتب تعويض عن التأخر في الوفاء بالالتزام الأصلي إلى جانب التنفيذ العيني، وهذا التعويض لا يغير من حقيقة الالتزام الأصلي وتنفيذه. أما التعويض العيني فمجاله المسؤولية التقصيرية ويحمل في طياته معنى التعويض لأن الحكم الصادر هنا يتضمن أن المدين قد اخل بواجب عام في عدم الأضرار بالغير. أنظر تعليق فريجة كمال، المسؤولية المدنية الطيبة، مرجع سابق، ص: 320.

أما الضرر الأدبي فيعد عنصرا قائما بذاته، وفي حالته يتولى القاضي تقديره. وعليه أن يراعي فيما يحكم به من تعويض أن يكون ترصية كافية³ للمتضرر قد لا تزال الضرر وإنما تخفف منه وعلى القاضي، عند تقدير التعويض عن الضرر المادي أن يتحدد بالعنصرين المذكورين ولا يجوز تجاوزهما. ذلك لأن الغرض من التعويض هو وضع الدائن في نفس الوضع الذي كان يمكن أن يكون فيه لو أن المدين نفذ إلتزامه بذاته، فإن تجاوزهما يكون قد قضى بمنفعة غير مشروعة للدائن وهو أمر غير جائز. وعلى المدعي عبء إثبات الضرر وجودا ومقدارا، وعليه أن يثبت مقدار ما لحقه من ضرر ومقدار ما فاته من كسب

يقول د/ علي فيلال: "وعمليا يتأثر القاضي كذلك في تقريره للتعويض بدرجة الخطأ، وكثيرا ما يهتم بوضعية الضحية في حالة الخطأ العمدي،⁴ بينما يراعي الوضع الاجتماعي للمسؤول في حالة إرتكابه خطأ يسيرا أو تافها". المرجع السابق، ص: 83.

عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص: 823، 824-⁵

كبيرة، جراء وقوع الضرر، كما قد يفقد كسبا كبيرا، وهذا المعيار قديم عرفه القانون الروماني، فهذان العنصران يستعملهما القاضي في المسؤولية العقدية لتقدير ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدية أو بسبب تأخره عن التنفيذ، ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسب، كما يجب الإعتداد بهذين العنصرين في نطاق المسؤولية التقصيرية، ذلك أن نص المادة جاء مطلقا، مما يتيح ضمنا تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية عما لحق المتضرر من ضرر مما فاته من كسب وغني عن البيان، أنه لا يكون ثمة محل للتعويض إذا لم يصب الدائن بضرر، ولم تلحقه خسارة، لأن التعويض لا يتقرر إلا إذا تحققت المسؤولية بعناصرها الثلاث. وتبعاً لذلك يتعين على المتضرر وطبقاً للقواعد العامة إثبات الضرر بعنصره حتى يتمكن القاضي من تقدير التعويض.

ب: معيار الظروف الملازمة ومدى توفر حسن النية : كما يسوغ للقاضي مراعاة الظروف الملازمة لهذا الضرر، رغم أن التعويض يخضع لسلطة القاضي وهذا ما إستندت إليه المحكمة العليا في كثير من قراراتها وعليه فإن مخالفة هذه الأحكام تجعل قرار القضاة الدرجة الأولى معرضاً للنقض بالإضافة إلى ذلك، فإن المادة 131 ق م ج تنص على أن: "القاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملازمة..."¹. والظروف الملازمة هي التي تلابس المتضرر، ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تحيط بالضرر، وهذه تقدر على أساس ذاتي وليس على أساس موضوعي مجرد، فينظر الشخص المضرور نظرة شخصية، لأن التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المتضرر بالذات لا غيره. ولكن لا يعني هذا أنه إذا كان المتضرر غنيا فيقضى له بتعويض أقل كما لو كان فقيراً، إذ العبرة بجبر الضرر وهو يتحدد باختلاف الكسب، فإن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحيق به أشد.

أما الظروف الشخصية التي تلابس المسؤول، فقد اختلف حولها الفقه² على رأيين، رأي يرى عدم الإعتداد بها، ورأي يرى ضرورة أخذها بعين الإعتبار، وحسب الرأي الأول، فإن التعويض يحدد قدره بالضرر، وهذا الضرر يتعلق بالضرر وليس بالمسؤول، ذلك أنه إذا كان المسؤول غنياً لم يكن هذا سبباً لدفع تعويض أكثر، وإن كان فقيراً لم يكن هذا سبباً ليدفع تعويضاً أقل.

أما الرأي الثاني فذهب إلى وجوب الإعتداد بها، لأن نص المادة 131 ت م ج جاء مطلقاً بغير تخصيص لمضرور دون مسؤول، إضافة إلى أن مصطلح الظروف الملازمة ينطوي على جسامه الخطأ، الذي لا بد أن يراعى أثناء تقدير التعويض دون أن يكون هو الإعتبار الوحيد، فقد يترتب ضرر يسير على خطأ جسيم، كما أنه قد يحدث ضرر بالغ بسبب خطأ يسير، وإنما تؤخذ جسامه الخطأ في الإعتبار عندما قرر أن المدين في المسؤولية العقدية لا يسأل إلا عن خطئه المتوقع، ومع ذلك فإن إرتكاب غشا أو خطأ جسيماً تترتب مسؤوليته عن خطئه غير المتوقع أيضاً³، كذلك ما نصت عليه المادة 126 من ت. م. ج: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في الإلتزام بالتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض" فقد يتعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع بأن سبب كل منهم خطأ يساهم في إحداث الضرر، فيمكن للقاضي

د/ عبد الرزاق احمد السنهاوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 967¹

يرى الأستاذ السنهاوري أن: "المراد بهذه العبارة الظروف التي تلابس المسؤول، وأنه يقصد بالظروف التي تلابس المضرور ظروفه الشخصية،² مثل حالته الجسمية والصحية والعائلية والمالية..." ، الوسيط ج 1 بند 648، ص: 1098

فريجة كمال، المرجع السابق، ص: 326³

استناداً لنص المادة أن يوزع المسؤولية بالتساوي، كما له تحديد نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض، وبديهي أن أساس هذا التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامته الخطأ، وهو ما يتناسب والعدالة، فمتى إستطاع القاضي تحديد جسامته الخطأ لكل المسؤولين، فلا يمكن توزيع المسؤولية بالتساوي فيما بينهم في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيماً والآخر يسيراً¹، كذلك إذا ساهم المتضرر بخطئه في إحداث الضرر، فإن ذلك يوجب تخفيف المسؤولية عن كاهل المسؤول، كما قد يعفى تماماً حسب جسامته الخطأ المنسوب إلى المتضرر، فنص المادة 177 ت م التي تنص على أن: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه " وتكون جسامته الخطأ الصادر من المسؤول محل اعتبار في تحديد نصيبه في التعويض، وتوزيع المسؤولية بينه وبين المتضرر² (3).

والرأي الراجح، أنه متى تحققت المسؤولية قدر التعويض بقدر جسامته الضرر لاجسامته الخطأ، هذا كأصل عام ولا يجوز الخروج عنه إلا بوجود نص قانوني يبيح للقاضي ذلك ويلزم القاضي تطبيقه كما هو الحال في الأمثلة التي سبق الإشارة إليها حيث ذهبت المحكمة العليا في عدة قرارات لها إلى الإعتداد بالظروف الملازمة للمضرورون المسؤول، منها ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1993/1/06 مانصه " وأنه يتعين على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم... فإنه ملزم مع ذلك، بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية، دخله ونشاطه ودخله الدوري أو أجره³...".

وما يلاحظ عليها أنها وإن تعدت بالظروف الملازمة للمضرورون إلا أنها تقيسها بمعيار موضوعي وليس ذاتي، ويستفاد من ذلك مما جاء في القرارات أن القاضي ملزم بذكر العناصر الموضوعية، ويستبعد العناصر الشخصية وهذا يعتبر إخلال بقاعدة وجوب التناسب بين التعويض الضرر الفعلي اللاحق بالمتضرر، لأن الضرر شخصي يختلف من شخص إلى آخر، فلا يمكن قياسه بنظرة مجردة عن الذاتية مما يؤدي إلى حصول شخصين على نفس التعويض إستناداً لهذه العناصر الموضوعية، رغم أن الضرر اللاحق بكل منهما يختلف من حيث جسامته وما يؤيد هذا الرأي عندنا وعلى حد تعبير أحدهم⁴ هو أن المشرع ألزم القاضي بوجوب الإعتداد بالظروف الملازمة لم يحدد له وجوب تقديرها طبقاً لعناصر موضوعية لأنه متى إكتفى القاضي بالإعتداد بالظروف الموضوعية فقد معيار الظروف الملازمة معناه والهدف الذي قرر لأجله وهو محاولة الوصول إلى تقرير التعويض يناسب الضرر اللاحق.

كما أن عنصر مراعاة حسن النية يدخل ضمن الظروف الملازمة المتعلقة بالمسؤول، ولكن لا يمكن الأخذ به على إطلاقه إلا إذا جاء نص قانوني صريح بوجوب الإعتداد به ولقد نصت مختلف التشريعات لعنصر حسن النية كما أوردها المشرع الجزائري في عدة مواضع من التقنين المدني .

¹ فريحة كمال، المرجع نفسه، ص. 326-1

² المرجع نفسه، ص. 327

قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، ملف رقم 874، بتاريخ 1993/1/06، نشرة القضاة عدد 50، ص 55-3

⁴ أنظر فريحة كمال/المرجع السابق، ص: 327-4

الواقع أن المسؤولية تكتمل بتوافر شروطها، ولو حسنت نية المسؤول، ولقد ورد ذكرها في المادة 1/107 من ت م ج، فيكون التعويض كاملاً جابراً لجميع الأضرار، وفي حالة ارتكاب الخطأ الجسيم أو غش طبقاً للمادة 182 في فقرتها الأخيرة من ت م، فيسأل المدين عن كل ضرر، متوقع أو غير متوقع، أما إذا كان المدين حسن النية فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقفاً من الضرر.

وتجدر الإشارة في تقدير حسن النية وتحديدها يتم من خلال مراعاة الظروف الخارجية للشخص، وذلك قياساً على مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه، وللقاضي في تقدير حسن النية أوسونها أن يدخل في إعتباره مدى إدراك المدين بالإلتزام للأمر وقلة التجارب أو إنعدامها وإذا كانت الظروف الخارجية المحيطة به من شأنها أن تجعله يعلم بحقيقة الأمر أو لا.

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي وفقاً لما سبق شرحه في المطلب الأول، فإن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض دون معقب أرقابة من المحكمة العليا، إلا أنه لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقاً لرقابة المحكمة العليا، وعليه يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر وأساس هذه الدعوى وكذا مدى تقديره لعناصر التعويض

أ: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه: إن تقدير التعويض مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة (النقض)، إلا أن تعيين العناصر التي تدخل في تقدير التعويض تعد مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لهذه الرقابة. فلا يجوز أن يصدر الحكم مجملاً يخلو من بيان عناصر التعويض وإلا كان معيباً وعرضة للنقض، أما تقدير التعويض بعد بيان أسبابه وتحديد عناصره من ضرر لا حق وكسب فائت فمسألة تخضع لسلطة القاضي.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها ما يلي: " إن التعويض إنما يكون بقدر الضرر، ولئن كان تقديره في المسائل الواقعية التي يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين العناصر المكونة للضرر قانوناً والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض في المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع".

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لإستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع لها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا لكونه يمس بمصلحة مشروعة¹، وتكييفه على أنه محققو حال أو مستقبل أو أنه احتمالي ووصفه بأنه مادي أو ضرر معنوي، غير أنه ولندرة الأحكام القضائية بخصوص مسؤولية الموثق المدنية في تشريعنا، فإنه بالرجوع إلى بعض القرارات القضائية الصادرة والتي جاءت خالية من تحديد الضرر في عناصره وشروطه مما يجعلها معيبة وقابلة للطعن بالنقض منها القرار المؤرخ في 1986/7/08 " حيث أنه يتبين من مطابقة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاةهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه كانت تحت نفقتها

وانظر كذلك، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص: 253. وفريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص: 184. وسليمان مرقس،¹ المرجع السابق، ص: 184.

وأنه لم يلحقها أي ضرر وحيث أن الضرر يكون ماديا ومعنويا، حيث أن القضاء راعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط وعليه، فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها وعليه جاء قضائهم ناقصاً¹.

وإذا تعذر على القاضي تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت الحكم²، فيجوز له أن يعطي الحق للمتضرر بالمطالبة بإعادة النظر بالتقدير خلال مدة معقولة، وعلى هذا نصت المادة 131 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فإن له أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التعويض".

ب: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض :ووفقاً لما سبق شرحه، يجوز للمحكمة العليا ممارسة رقابتها على ما تقوم به محكمة الموضوع من الإعتداد لعناصر تقدير التعويض، حيث أنه ليس لمحكمة الموضوع أن تختار أو تغفلن هذه العناصر وهذا هو الأصل، غير أنه وعلى حد تعبير أحدهم هناك بعض القرارات سارت ضد هذا المبدأ لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابتاً ونصاب معين أو قيمة ثابتة وبين عناصر تقدير التعويض، فالأولى مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وفقاً لجسامة الضرر أو يسره دون معقب أو رقابة من المحكمة العليا، ولكن طريقة تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا.

حيث تنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع الضرر، فإذا كان القاضي بصدده تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت فعليه أن يبين الواقعة الموضحة في الدعوى المثبتة، وفيما يتعلق بمعايير الظروف الملازمة، ومن وجوب إعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالة الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، الأشخاص الذين يعولهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف لقانوني للواقع، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 28/2000/3³... حيث يتبين أن القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به هل هو عن الضرر المادي أو عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه يجوز دمجها معا... الأمر الذي يشكل قصوراً في التسبب بنجر عنه النقض " وجاء في

¹ أنظر ملف رقم 42308 قرار صادر بتاريخ 08/07/86 المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1990، ص:254، وانظر القرار الصادر بتاريخ 28/07/98 رقم 198831. "كما يجب تحديد كل ضرر وتقدير تعويضه وهو مالم يفعله الحكم المطعون فيه، مما يجب نقضه" المجلة

القضائية، عدد خاص سنة 2003 ص:593. وأنظر فريحة كمال، المرجع السابق، ص:73.

كما يرى د/علي علي سليمان أنه إختلف الرأي حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض، فهناك رأي يقول بأن الحق في التعويض يترتب² من يوم نشوء الضرر، أي من يوم إكمال عناصر المسؤولية من خطأ وعلاقة سببية وضرر، ويكون صدور حكم بوجوب التعويض كاشفاً للحق فيه لا منشأً. وهناك رأي آخر يقول بأن الحق في التعويض ينشأ من يوم الحكم به، فمتى صدر الحكم بالتعويض وصار نهائياً ترتب للمضروب الحق في التعويض، والواقع أن كلا الرأيين يجب أن يؤخذ في الإعتبار على أن ينظر طبقاً لكل منهما إلى ناحية، وعلى العموم فإن الرأي القائل بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت نشوء الضرر، أي من وقت إكمال عناصر المسؤولية هو الرأي السائد وهو المقبول منطقياً، أولاً: لأن الأحكام تعتبر في الأصل كاشفة وليست منشئة للحقوق. وثاني: - لأن الفعل الضار هو مصدر الحق في التعويض وقد نصت قوانيننا العربية على إعتباره كذلك. بنصوص صريحة مثلما فعل المشرع في عنوان الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الإلتزام في ق م ج، المرجع السابق، ص: 196. قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 28/3/2000 تحت رقم 231419 مجلة قضائية، عدد خاص 2003 ص:627³

قرار لها¹ بتاريخ 1994/5/24: "من المبادئ العامة في القانون، أنالتعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضررالحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات،ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون،ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي إعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض،يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد لمقررة قانونا،ومتى كان كذلك إستوجب قرارهم النقض"⁽²⁾. كما إشتطت في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملازمة وإناطتها بتلك التي تلابس المتضرر فقط، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الإعتداد بالظروف التي تلابس المتضرر دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لمتبين ظروف المتضرر. أما فيما يخص الضرر المعنوي فقد ذهبت المحكمة العليا إلى تقديرالتعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبهامالمرشع والمستعملة فيذلك لإرتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية، فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 1981/12/10 ما يلي: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي إعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنويحيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرريرتكزعلى العنصر العاطفي الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تحليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تحليل خاص، علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال يهدف إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه".

وذلك ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/2/18⁽¹⁾: "حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهي لاتخضع لرقابة المحكمة العليا"⁽¹⁾.

الفرع الثالث

التعويض عن طريق شركة التأمين

لقد ظهرت في الفكر القانوني نظرية جديدة، تقوم على أساس توزيع الضرر على مجموعة من الأشخاص لتغطية مخاطره، وهي ما يعرف بنظام التأمين من المسؤولية، وهو يهدف أساسا إلى تحقيق نتائج إقتصادية ذات أهمية بسبب توظيف رؤوس الأموال وإعادة تكوينها وإستثمارها في الوقت ذاته، فقد وضع وسيلة لضمان حصول المضرور على التعويض بواسطة التأمين من المسؤولية المهنية والتي بمقتضاها يلجأ الممارسون المهنيون كالموثقين لتغطية الأخطاء المرتكبة من قبلهم أثناء تأدية صلاحياتهم وإلتزاماتهم القانونية (أولا)، فالتأمين من المسؤولية تخول المضرور الحصول على التعويضات بصفة مباشرة من شركة التأمين بطريقة ودية أو عن طريق القضاء (ثانيا).

أولاً:المسؤولية المدنية موضوع ومحل التغطية إن التأمين من المسؤولية، عقد وعملية فنية فلا يقتصر فقط على مجرد وجود علاقة عقدية بين طرفي العقد، وإنما يترتب عن هذه العلاقة من عملية فنية تستند إلى وجود تعاون بين عدة أطراف والإشتراك في تحمل ما يصيبهم من أضرار.²

1. قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994/05/24، ملف قضية رقم 109568، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01، ص 23 -¹

2.-/د/ عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء 1 التأمينات البحرية، مطبعة جرد الجزائر 1998، ص: 11²

وقد تبنى المشرع الجزائري تعريفا لعقد التأمين جاء فيه: " هو عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشتراط لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"¹، وهي نفس المادة أعاد المشرع الجزائري صياغتها بموجب المادة الثانية من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات².

أستنتج من خلال هذين التعريفين أن المشرع الجزائري قد ركز على العلاقة التعاقدية والقانونية بين طرفي عقد التأمين (المؤمن والمؤمن له) بالإضافة إلى ذلك يمكن إستنتاج عناصر التأمين وهي ثلاثة عناصر جوهرية، الخطر والقسط ومبلغ التأمين. وقد جاءت بعض التعريفات الفقهية بأن التأمين هو عملية بموجها يحصل أحد الطرفين وهو المؤمن له على مقابل يدفعه هو القسط، على أن يتعهد بمبلغ يدفعه له أو للغير إذا تحقق خطر معين، والطرف الآخر وهو المؤمن الذي يأخذ على عاتقه مجموعة من المخاطر ويجري المقاصة بينهما وفقا لقوانين الإحصاء³.

وبالتالي يكون ضامنا حقيقيا للضحية عن الأضرار اللاحقة بها بسبب مسؤولية المؤمن،⁴ وعليه يكون التأمين من المسؤولية المدنية بمثابة آلية مكملة لنظام المسؤولية المدنية ومن شأنه توفير تعويض كاف للضحية وإصلاح وضعه المالي، كما عرفه "بيكال وبيسون بأنه"، "عقد بموجبه يضمن المؤمن الأضرار الناتجة عن الدعاوي الموجهة من الغير ضد المؤمن"⁵.

جعل المشرع التأمين من المسؤولية المدنية المهنية في النشاط التوثيقي إلزاميا بذلك خطى خطوة إيجابية بالسعي من أجل تحقيق حماية إجتماعية فعالة، ليضمن حصولا لمضروور على التعويض بسبب مسؤولية الموثق⁶ فقام بتنظيم التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية المهنية في الكتاب الثاني من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات البرية الإلزامية وقسمه إلى ستة أقسام خصص القسم الأول منها إلى تأمينات المسؤولية المدنية حيث أن شركة التأمين تضمن تغطية التبعات المالية المترتبة عن مسؤولية الموثق الناتجة عن أخطائه المهنية غير العمدية سواء كانت عقدية أو تقصيرية بفعله الشخصي أو تلك التي يتسببها أحد تابعيه⁷.

فالضرر المؤمن من المسؤولية المدنية لا يصيب المال مباشرة بل ينشأ عن قيام دين في ذمة المؤمن له بسبب قيام مسؤوليته العقدية أو التقصيرية، وهذا الدين هو الذي يحكم به القاضي للمتضرر لذلك يوصف التأمين من المسؤولية بأنه تأمين دين يتعلق بخصوم المؤمن له، والدائن هو الشخص الذي أصابه ضرر بسبب خطأ المؤمن له

¹ . أنظر المادة 619 قانون مدني جزائري

² - الأمر 07-95 الصادر في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد 13 الصادرة في 08 مارس 1995.

³ - د/ عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص 11.

⁴ - د/ عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص: 206.

⁵ - د/ عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص: 208.

⁶ من أجل الإمتثال لهذه الإلزامية قام المشرع بالنص في المادة 184 من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات التي تعاقب على عدم الإمتثال لإلزامية التأمين في هذا المجال بغرامة تتراوح بين 500 دج و1000 دج، وذلك دون الإخلال بإككتاب التأمين، وتحصل في مجال الضرائب المباشرة لفائدة الخزينة العمومية

⁷ أنظر المادة 56 من من الأمر رقم 07-95 السلف الذكر، أيضا المادة 201 /1 من الأمر نفسه التي تنص: "يجب على شركات التأمين تغطية أي

"... خطر يخضع بموجب هذا الأمر، لإلزامية التأمين بالنسبة لعمليات التأمين التي اعتمدت من أجلها

أو خطأ أحد تابعيه، فيهدف التأمين من المسؤولية إلى ضمان المؤمن له من دعوى المسؤولية المرفوعة عليه من قبل المضرور.¹

ثانياً: وسائل استيفاء مبلغ التعويض من شركة التأمين: يتعلق موضوع التأمين بالأخطار المهنية الناتجة عن النشاط المهني، ويغطي النتائج المالية المترتبة عليها والتي تكون محلاً لطلبات الغير المتضرر من تحقق هذه الأخطار كما أن استفادة الغير من التأمين تبقى قائمة ويتحصل المضرور على مبلغ التعويض من طرف شركة التأمين بطريقتين، إحداهما ودية (أ) والأخرى تتم باللجوء إلى القضاء (ب).
 أ: عن طريق التسوية الودية: قد يلجأ المضرور مباشرة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر لدى شركة التأمين² ودياً، وبواسطة رسالة موصى عليها أو بأي عقد غير قضائي عن طريق المحضر القضائي، كإعذاره عن طريق المحضر، فقد يعترف هنا المهني بمسؤوليته عن الضرر، فيتصالح مع المضرور، غير أن هذه المصالحة لا تكون محل احتجاج في مواجهة المؤمن إن لم يكن مشتركاً معهما³ وفي بعض الأحوال قد ينكر ويدفع عنه المسؤولية بوجود سبباً أجنبي أو خطأ الغير في ذلك. وحتى وإن أقر المهني بمسؤوليته صراحة شفاهة أو كتابة، فإن مثل هذا الإقرار لا يعتد به قانوناً، كما وأنه لا يكفي إقرار المهني بمسؤوليته لوحده بل يجب أن يترك ذلك للمؤمن أو يؤجله إلى حين مطالبته قضائياً من قبل المضرور، وحتى وإن اعترف بجزء من مسؤوليته فلا يكون من باب أولى هذا الإقرار نافذاً في حق المؤمن في هذا الجزء، مع بقائه ضامناً للجزء الآخر المسؤولية⁴.

ب: التسوية القضائية قد ينكر المهني ويدفع عنه شح المسؤولية ولا يقربها، فتفشل بالتالي كل مساعي المضرور في تحقيق مصالحة أو تسوية ودية، فيلجأ مباشرة إلى القضاء خاصة إذا تعلق الأمر بمتابعة الموثق جنائياً، عندئذ تكون الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية، فقد ترفع الدعوى على المهني المؤمن له (الموثق) دعوى المسؤولية، فيتولى الإجراءات بنفسه ثم يرجع بعد ذلك على المؤمن بالتعويض بصفة ودية أو قضائية على أساس الدعوى الأصلية، وأن يدخل المؤمن كخصم فيها، كما أنه يكون بإمكان المؤمن أن يشترط في وثيقة التأمين مباشرة الدعوى بنفسه وبإجراءاتها⁵. وفي كل الأحوال يصبح حكم القاضي بالتعويض نافذاً في حق المؤمن، ذلك أن التأمين من المسؤولية هو بمثابة دين عالق في ذمة المؤمن له ويتقرر بواسطة هذا الحكم الذي كشف عنه.

1 - رجوع المضرور على المؤمن بالدعوى المباشرة لا يربط المضرور بشركة التأمين أية علاقة مباشرة، إنما هي علاقة قائمة وموجودة بين المضرور والمهني المسؤول عن الضرر المؤمن له، بينما يرتبط المؤمن له (الموثق) والمؤمن (شركة التأمين) بموجب عقد التأمين، لذلك نجد أن المضرور يستطيع الرجوع على شركة التأمين بالدعوى غير

¹ الحاج طاس، أداء المؤمن في تأمين الأضرار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989، ص 95

المادة 43 من القانون 06-02: "يتعين على الموثق اكتتاب تأمين لضمان مسؤوليته المدنية"²

تنص المادة 58 من الأمر رقم 95-07 عمالي: "لا يحتج على المؤمن بأي إقرار بالمسؤولية ولا بأية مصالحة خارجة عنه، ولا يعد الإقرار بحقيقة³ أمراً إقراراً بالمسؤولية

د. عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص: 211 -⁴

/ عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص: 212.⁵

المباشرة، مستعملا في ذلك حق مدينه المؤمن له (الموثق) قبل مدين مدينه المؤمن¹ (شركة التأمين) وبناء على ذلك يرجع بالتعويض المستحق له في ذمة المؤمن، وقد يزاحم أحيانا دائي المؤمن له، حيث يكون لهم أيضا إستعمال هذه الدعوى في مواجهة مدينهم².

ولتفادي ممزاحمة دائي المؤمن له نجد أن المشرع قرر حماية للمضرور الطرف الضعيف حق إمتياز على مبلغ التأمين تطبيقا لأحكام المادة 59 من الأمر 07.95 على أنه: "لا ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن أو بجزء منه إلا الغير المتضرر أو ذوو حقوقه، مادام هذا الغير لم يستوف حقه في حدود المبلغ المذكور من النتائج المالية المترتبة عن الفعل الضار الذي سبب مسؤولية المؤمن له". كما يلتزم المؤمن (شركة التأمين) بالإحتفاظ بمبلغ التعويض ولا يدفعه إلا للمضرور أو ذوي حقوقه، وفي حالة ما إذا قام بدفعه للمؤمن له مباشرة أو لدائنيه أعتبر دفع غير مستحق، ولا يمكن أن تبرأ ذمته في مواجهة المضرور، ذلك أن هذه الدعوى لا يمكن مباشرتها إلا من قبل المضرور أو ذوي حقوقه في حال وفاة المضرور.

2 - عدم الجمع بين تعويضين: والقول بالحق المباشر للمضرور في التعويض يوفر له حماية كاملة حيث يصبح

في مواجهة مدينان للتعويض المستحق، فمن جهة توجد ذمة المؤمن له المهني المسؤول (الموثق) الذي يرجع عليه بدعوى المسؤولية والمؤمن (شركة التأمين)، بالدعوى المباشرة، فكل واحد منهما مدين بدين واحد غير أنهما ليسا متضامنين فيه، فهما مسؤولان بالتضامم عنه، فيكون من حق المضرور الرجوع على أي منهما بمبلغ التعويض أو يرجع على المهني المسؤول بكامل المبلغ ويرجع به في حدود مبلغ التأمين على المؤمن (شركة التأمين)، فإذا تحصل على حقه من أحدهما برأت منه ذمة الطرف الآخر³ وإذا رجع على شركة التأمين بالدعوى المباشرة ولم يستلم كل حقه، لعدم كفاية مبلغ التأمين، كان له الرجوع على المهني المسؤول (الموثق) بما تبقى له لكونه المسؤول عن الضرر اللاحق بالمضرور، غير أنه إذا رجع على المهني المسؤول، ولم يستوفي حقه كاملا منه بدعوى المسؤولية، ففي هذه الحالة لا يمكنه الرجوع على شركة التأمين إذا كان مبلغ التعويض معادلا لمبلغ التأمين

كما يوجد شكل آخر لعقد التأمين التعاوني⁴ المبرم من قبل مجموعة من المهنيين المشتركين في نشاط مهني واحد ويخضعون لنفس الظروف ويلتزمون بدفع أقساط مقابل استفادة أحدهم من مبلغ التأمين في حالة حدوث خطر، غير أنه في هذا النوع لا يتم دفع إلا قسط واحد من قبل المجموعة بحيث لا يكون عدد الأقساط بعدد الأعضاء⁵ في مهنة التوثيق أو المحاماة، حيث يغطي عقد التأمين من المسؤولية المدنية ال أضرار المادية التي قد تصيب الزبائن أو الغير من النشاط المهني للموثق. الأضرار غير المادية: يشمل الضمان في مثل هذه العقود إلى جانب

تنص المادة 189 من ق.م.ج عما يلي: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا إذا ما كان
... خاص بشخصه وغير قابل للحجز

/ عبد الرزاق بن خروف، مرجع سابق، ص: 212.

عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقود الغرر وعقد التأمين، مرجع سابق، ص. 1671³

مامون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الاطباء نموذجاً، مجلة الدراسات القانونية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، العدد⁴ السابع، سنة 2010، ص 119

. حمادي عبد النور، المسؤولية المدنية للمحامي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ابو بكر بلقايد 2011 ص 137⁵

الأضرار السالفة الذكر المصاريف التي تكون محل حكم على المؤمن له (الموثق) في دعوى المسؤولية المرفوعة ضده كأتعاب الخبراء ومصاريف الإستشارات وإجراءات الطعون عادية كانت أم غير ذلك.

يبدو أن التأمين من المسؤولية بصفة عامة من شأنه أن يحقق تغطية شاملة تكفل للمؤمن عليه حماية إجتماعية، حيث يتحمل المؤمن التبعات المالية التي ترتبت عن مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار التي تلحقه من الغير، فهو وسيلة قانونية وتقنية في نفس الوقت تقوم على شروط تقتضيها طبيعة الحماية التي يكفلها نظام التأمين للمتضرر..

بعض الدول مثل هذا النظام، ففي فرنسا يوجد صندوق الضمان الجماعي للتأمين العملاء من الأضرار التي تصيبهم بسبب أخطاء الموثقين¹ وهو نظام. يجعل العميل في وضع أفضل لأنه سيجد أمامه جهة مليئة تضمن له الحصول على التعويض، كما يجعل الموثق في وضع أفضل تجاه المجتمع في الوقت نفسه، إذ يظهر تراص الموثقين ووقوفهم صفا واحدا في نطاق المسؤولية وراء زملائهم في تعاملهم ونشاطهم المهني.

المطلب الثاني

وسائل دفع مسؤولية الموثق

تنتفي مسؤولية الموثق ويفلت من جزائه، سواء كانت مسؤوليته على أساس الخطأ الواجب الإثبات أو على خطأ مفترض، إلا أن مسؤوليته لا تكون على إطلاقها، فللموثق الحق بأن ينفي المسؤولية عن نفسه، وذلك بالإستناد إلى الأسباب المنصوص عليها في القواعد العامة عن طريق قطع العلاقة السببية بين خطئه الشخصي أو خطأ مساعديه بصفته متبوعا بأحد الأسباب العامة، أولهما نفي العلاقة السببية بين خطئه وبين الضرر الذي لحق بالعميل، فسأقصر الحديث في هذا في نقطتين، أخصص الأولى لسقوطها بنفي علاقة السببية (الفرع الأول)

رغم التطور الحاصل في البلاد ورغم ما وصلت إليه السوق الوطنية من إنفتاح على الإستثمار الأجنبي، ورغم الزيادة المعتمدة في حجم العمليات¹ المالية التي أصبحت تتعاطى معها مكاتب التوثيق، بقي رغم ذلك نظام التأمين على المسؤولية المدنية الذي لا تتجاوز تغطيته خمسة ملايين دينار جزائري للأضرار اللاحقة، بقي على حاله منذ سنوات

إن الإبقاء على هذا النظام ينطوي على مخاطر كبيرة سواء على أموال المتعاملين أو على بقاء مكاتب التوثيق نفسها، بل إن هذا التهديد يمتد إلى الذمم المالية لمسيرى هذه المرافق، فإذا كان للصفقات العمومية صندوق أنشئ لحماية الغير من المقاولين، وإذا كان أيضا صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية قد أنشئ هو الآخر لحماية المشترين من مخاطر إفلاس المقاولين والمرقين في إطار البيوع على التصاميم، فقد حان الوقت لإنشاء صندوق الضمان للموثقين الجزائريين، لنزق بالعقد الرسمي من توسيع الضمان الموفر له من محرره إلى ضمانه من قبل كل الموثقين الجزائريين ويصبح بالتالي كل الموثقين متضامنين إتجاه الغير عن الأضرار التي يمكن أن تلحق بهم من جراء الخطأ المهني لموثق واحد من خلال الإشتراك في ذلك الصندوق، ويضمن بذلك مستعملي مرفق الرسمية على أموالهم لأنهم في مأمن من الأضرار الناتجة عن الأخطاء المهنية لمسيرى هذه المرافق، فنضمن بذلك =تغيير السلوك الحالي لمستعملي هذه المرافق الذين قلما يلجأون إلى القضاء المدني لطلب التعويضات. وإنما همهم الوحيد اللجوء إلى النيابة العامة أو الشرطة بتقديم الشكاوي ضد محرري العقود أو بأحد الأطراف المتعاقدة...". مقتطف من التقرير الأدبي للغرفة الجهوية للموثقين بالشرق للفترة الممتدة من 01 جانفي 2008 إلى غاية 30 جوان 2008. النشرة الداخلية للغرفة الجهوية لموثقي الشرق - ديسمبر 2008 - ص: 06

بالأسباب العامة وكما يمكن للموثق باعتباره محرراً للعقود الإستناد إلى أسباب خاصة لنفي مسؤوليته لسقوطها
بالأسباب الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأسباب العامة

إن نفي العلاقة السببية يتم بإثبات أن الضرر الذي أصاب العميل نشأ عن سبب أجنبي، ويقصد بالسبب
الأجنبي كل فعل أو حادث لا ينسب إلى المدين لا تترتب عليه إستحالة منع حدوث الضرر¹.

وقد حددت المادة 127 من القانون المدني الجزائري للشخص المسؤول أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت:
"أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صادر من المضرور أو خطأ الغير...
"والمادة 138/2 من ذات القانون على أنه "يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشئ إذا أثبت ان ذلك الضرر
حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

إن الوقوف على نص المادتين يظهر ملاحظتين هامتين ، هي أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات
المقارنة² يجعل القوة القاهرة مرادفة للحادث المفاجئ، ولا يفرق بينهما³. وأنه لم يعط تعريفا محمدا لفكرة القوة
القاهرة بالرغم من إيراد بعض خصائصها في صياغة المادة 127 "لا يد له فيها"، ونص المادة 138 "بسبب لم يكن
يتوقعه".

ونتيجة لذلك، وحتى تعد القوة القاهرة سببا لدفع مسؤولية الموثق تجاه المضرور، يجب أن يستجمع الحادث
خصائص عدم التوقع وإستحالة دفعه، هذا ويشكك البعض في أهمية فكرة القوة القاهرة بخصوص مسؤولية
الموثق.

يقول د/ علي فيلالي: "إن إثبات السبب الأجنبي من قبل الشخص المسؤول يعني إثبات إنعدام العلاقة السببية، ومن ثم إعفائه من كل -
مسؤولية لتخلف ركنها الثاني. وقد نتساءل في هذا المجال عن إمكانية دفع المسؤولية المترتبة على الشخص بمقتضى أحكام المادة 124 مدني ؟
فإذا كان المنطق القانوني يسمح بذلك كلما كان وجود العلاقة السببية أمرا مفترضا كما سبق بيان ذلك، فلا أحد ينازع في أن المسؤولية عن
الأعمال الشخصية لا تتحقق إلا إذا أثبت الطرف المتضرر وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصابه وخطأ المسؤول. وهكذا فإننا نكون أمام
إحتمالين: قد يفشل الطرف المضرور في إثبات العلاقة السببية بين الضرر الذي يدعيه وخطأ الفاعل، بحيث لا تتحقق مسؤوليته، ولا مجال
حينئذ للكلام عن دفع المسؤولية. وأما إذا أفلح الطرف المضرور في إثبات علاقة السببية بين الضرر الذي أصابه وخطأ الفاعل فتتحقق مسؤولية
هذا الأخير ونعتقد أنه لا يستطيع التخلص منها، حيث يستحيل عليه نفي علاقة السببية. ولكن يظهر أن الأمر يختلف من الناحية العملية، فكما
يقول أحد الفقهاء: "... يتم إثبات علاقة السببية عن طريق قرائن الحال، أي على سبيل الترجيح للجزم". المرجع السابق ص: 32 و 326

محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 112، وفي نفس المعنى جلال حمزة، مرجع سابق، ص 503، ود/ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، -
ص 290 وهناك بعض التشريعات كالقانون المدني العراقي التي تحدثت عن أثر السبب الأجنبي و عددت صورته بنصها على ما يأتي: "إذا أثبت الشخص أن
الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر وكان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد
إتفاق أو نص على غير ذلك

يقول د/ علي فيلالي: " أن السبب الأجنبي هو ذلك السبب الذي ينشأ عنه الضرر غير أن المشرع يشترط تارة عدم -
نسبته للمسؤول، وتارة أخرى عدم توقعه، وفيما يتعلق بصور السبب الأجنبي، ذكر المشرع إلى جانب الخطأ المضرور، وخطأ الغير، وعمل المضرور،
وعمل الغير، كما ذكر إلى جانب الحادث المفاجئ الحالة الطارئة. ويظهر من ناحية أخرى أن المشرع أغفل المواصفات التقليدية للقوة القاهرة في حين
يعتبرها صورة من صور السبب الأجنبي، ومن ثم نتساءل عما إذا كان المشرع يسعى إلى إعطاء تعريف جديد للقوة القاهرة، أو وقع منه سهوا فقط".
المرجع السابق، ص: 327.

لم يعرف المشرع السبب الأجنبي، وإنما ذكر بعض مواصفاته وصوره، فالمادة 127 مدني أشارت إلى أن السبب الذي نشأ عنه الضرر والذي لا يد للشخص المسؤول فيه، أي عدم نسبته إلى المسؤول non imputable، كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المتضرر أو خطأ الغير وأخذ المشرع بنفس الخاصية في المادة 139 مدني التي أشارت إلى سبب لا ينسب إلحارس الحيوان. ولقد أشارت المادة 307 مدني، هي بدورها إلى السبب الأجنبي عن إرادة المدين Une cause qui ne peut lui être imputée وأما المادة 02-138 مدني، فلقد أشارت إلى السبب غير المتوقع imprévisible، نشأ عنه الضرر مثل عمل الضحية، أو عمالالغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة¹ حاول بعض الفقه تعريف السبب الأجنبي على ذكر صورته فقط، حيث يقول الأستاذ علي علي سليمان: " فالسبب الأجنبي طبقاً لهذا النص هو القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، وخطأ المضرور، وخطأ الغير..."⁽²⁾. أو هو: " كل أمر لا يد للمدعى عليه فيه، ويكون هو السبب في إثبات الضرر، ويترتب عليه انتفاء مسؤولية المدعى عليه كلياً أو جزئياً" ، أو هو: "كل الظروف والوقائع التي يمكن للمدعى عليه أن يستند عليها لإثبات أن الفعل الضار لا ينسب إليه والتي تكون أجنبية عن الطرفين" أو: " فعل أو حادث لا ينسب إلى المدعى عليه ويكون قد جعل منع وقوع الفعل الضار مستحيلاً"، ولقد إقترح الدكتور علي فيلاي تعريف السبب الأجنبي على أنه: " كل فعل أو حادث غير متوقع وغير ممكن الدفع من قبل المسؤول وخارجياً عنه، نشأ عنه الضرر"، وهذا ما تبنته المحاكم في مختلف قراراتها من توفر كل هذه العناصر في نفس الحادث².

لقد ثار التساؤل على حد قول د/ علي فيلاي حول الصيغة التي ذكر فيها المشرع هذه الصور في المادتين 127 و138-2 مدني فيما إذا كانت واردة على سبيل المثال أم على سبيل الحصر، حيث يذهب الكثير من الفقهاء أنها واردة على سبيل الحصر، وعلى ضوء ذلك سأوزع الكلام في صور السبب الأجنبي إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ وعمل المضرور وأخيراً خطأ وعمل الغير على التعاقب

أولاً: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: عرف القوة القاهرة بأنها حادث غير متوقع، لا دخل للإرادة في وقوعه، ولا يكون في الإمكان دفعه أو درء نتائجه، يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً. ومن أمثلتها وقوع زلزال أو حادثة سرقة أو حدوث مرض فجائي، فالموثق الذي يحتفظ بمستندات عميله في حقيبته، وتسرق هذه الحقيبة من داره مع حاجياته لا يكون مسؤولاً عن سرقتها إذا كان قد بذل في حفظها عناية الموثق المعتاد، لأن حادثة السرقة تعد قوة القاهرة. وكذلك إذا حدث فيضان جعل الوصول إلى المدينة التي يودع أمام مصالحتها العقد مستحيلاً حتى إنقضت المدة لا يمكن مسألته عن تفويت الفرصة، لأن تفويت الفرصة نتج عن قوة ليس بالإمكان دفعها ولا يد للموثق في حصولها.³

د/ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 327¹

أنظر قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02 جوان 1991، أورده د/ علي فيلاي المرجع السابق ص: 329²

يقول د/ علي فيلاي "يظهر أن المشرع قد أغفل المواصفات التقليدية للقوة القاهرة والتي هي حادث الذي يكون غير ممكن التوقع أو غير ممكن³

... الدفع

يفرق بعض الفقهاء¹ بين القوة القاهرة والحادث الفجائي بالرغم من أن كليهما حادث غير متوقع يستحيل دفعه ولا دخل لإرادة الإنسان في وقوعه بحجة أن القوة القاهرة حادث خارج عن الشيء خروجاً مادياً وأن الحادث الفجائي يرجع إلى أمر داخلي في الشيء ذاته، وأن القوة القاهرة وحدها هي التي تعفي من المسؤولية إلا أن هذه التفرقة لا تتصل بهذا البحث لأنها تتعلق في رأي أنصارها بحوادث المصنع والنقل، هذا فضلاً عن أن أكثر التشريعات، ومنها قانوننا المدني وحد بينهما من حيث المعنى² والأثر، كما أن جمهور الفقهاء لا يقر التمييز بينهما. والواقع أن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران مترادفان إقتبسهما قانوننا المدني منالتقنينالمدني الفرنسي ويقومان على عناصر واحدة³ قد سبق الإشارة إليها.

ثانياً: خطأ المتضرر: تنص المادة 177 من القانون المدني (تقابلها المادة 216 من القانون المدني المصري) بقولها "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

فبمقتضى القواعد العامة التي تجسدها المادة السالفة، فإذا ساهم فعل المضرور أو خطؤه في حدوث الضرر اللاحق به، فإنه بالتبعية يتحمل الضرر الذي أصابه من خطئه. إذ من غير المصوغ قانوناً أن يمنح تعويض كلي لمن تدخل خطؤه في ترتيب الضرر⁴ ولقد تبلورت لدى الفقه الفرنسي فكرة أن الخطأ الواقع من المضرور لا يمكن أن يعفي المدعى عليه، إلا إذا كان السبب الوحيد والمباشر للحادث المطالب عنه التعويض، وفي غير هذه الفرضية، فإن العمل جار، على توزيع عبء التعويض بين المدعي والمدعى عليه، بحسب إسهام كل منهما في حدوث الضرر⁵.

تعريف بنوا ذكره د/علي فيلالي المرجع السابق ص : 328 -1 La cause étrangère , écrit...Viney: « C'est un évènement dont la personne à laquelle la responsabilité d'un dommage .est imputée cherche à se prévaloir. pour démontrer que le fait qui lui est reproché n'est pas la seule cause ni même peut être la cause principale du préjudice invoqué ».op, cit, p :455

زوتي الطيب، دفع المسؤولية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة، بين القانون الجزائري والمصري والفرنسي، بحث لنيل دبلوم الماجستير، بن -2 عكنون، الجزائر 1975 الفجائي على انهما: "القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي بشكل مباشر...".ص 56.

عرف بعض الفقهاء القوة القاهرة والحادث لي احداث الضرر"او"امرلا ينسب الى المدين ليس متوقعا حصوله وغير ممكن دفعه يؤدي الى -3 استحالة تنفيذ الإلتزام"، أو "حادث غير متوقع وغير ممكن الدفع عادة يكون مصدره خارجياً عن الشيء الضار"انظر محمود جلال حمزة ،المرجع السابق ،ص 489، كما يرى د/عاطف النقيب بان: "القوة القاهرة هي الحادث الذي ليس بالامكان عادة توقعه او ترقبه ولا بالمستطاع دفعه أو تلافيه ، والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه أو للشيء دخل به، فيكون مصدره خارجاً عن هذا وذلك".المرجع السابق، ص303، كما جاء في قرار للمحكمة العليا ، الغرفة المدنية =القسم الثاني ، بتاريخ 11/06/1990، ملف رقم 65920 مايبي: "حيث أن التعريف القانوني للقوة القاهرة، هو أنه حدث تسبب فيه قوة تفوق قوة الإنسان حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها وأن يتحكم فيها كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها "المجلة القضائية 1991، العدد الثاني، ص88، ويرى د/ محمود صبري السعدي: "إن للسبب الأجنبي ركنين: ركن السببية: "ويقصد به أن المدعي عليه كان من المستحيل عليه إستحالة مطلقة أن يتصرف بخلاف ما فعل". و ركن إنتفاء الإسناد أي عدم إمكانية إسناد الفعل والحادث إلى المدعي عليه بأي حال من الأحوال، المرجع السابق ص:109

: أنظر في ذلك⁴

-«Tout fait extérieur à l'auteur du dommage et ayant un caractère d'imprévisibilité et d'irrésistibilité suffisant pour supprimer le lien de causalité note. TERKI,op. cit. page :179

⁵L.TMazeaud et chabas.lecons de droit civil .T.II.n°579"si levenement est une vraie force majeure cest a dire s il est imprevisible et irresistible il est dune part incompatible avec lidee de faute dautre part entierement liberatoire pour le presume responsable".voir tunc .force mageureet absence de faute en matiere delictuelle.Rt.DC1994.171.

قد يحدث، أن يكون خطأ المضرور سببا وحيدا ومنتجا للضرر وحينها يكون له أثر إيجابي في دفع مسؤولية الموثق، ولكن قد يشترك - خطأ المسؤول، أو فعله الخاطئ في المساهمة مع خطأ المضرور في ترتيب الضرر، فكيف يمكن تقدير أثر كل منهما؟ وما مدى أهمية هذا التحديد في المسؤولية، ومن بعد في تقييم التعويض المناسب؟

لم يخرج القضاء الفرنسي عن هذه القاعدة، فاعتبره موجبا للإعفاء الجزئي لمسؤولية المدعى عليه بحسب صيغة توزيع المسؤولية، وأن إجتماع خطأ المضرور مع خطأ المسؤول يستلزم تصور فرضيتين:

الأولى: التي يستغرق فيها أحدهما الآخر. والمبدأ المعمول به هنا هو أن المفاضلة مرتبطة بتغليب الخطأ الجسيم، والذي يجب الخطأ الأقل جسامة منه، والمتصور في هذه الحالة: إما إستغراق خطأ الموثق لخطأ المضرور، وهنا لا تدفع المسؤولية، أو أن يغطي المضرور خطأ المهني، فتنتفي مسؤولية هذا الأخير.

الثانية: تكون في حالة إحتفاظ كل منهما بذاتيته المستقلة، وتعرف بصورة الخطأ المشترك "faute commune" وهي الحالة التي لا تنقطع فيها رابطة السببية بين الخطأين والضرر، فقواعد العدالة والمنطق يقتضيان أن يتحمل المضرور بعض تبعات خطئه بقدر اسهامه في وقوع الحادث. وفي المقابل يساهم الموثق - المدعى عليه - في عبء التعويض بدرجة مشاركة خطئه في حدوث الضرر.¹

أما خطأ المتضرر فبعد سببا أجنبيا أيضا إذا أثبت المدعى عليه أن المدعي تسبب بخطئه فيما أصابه من ضرر، وبذلك يكون خطأ المتضرر سببا أجنبيا ينفي علاقة السببية وعليه، فإن المضرور ينبغي أن يتحمل الضرر الناتج عن خطئه وحده ولا حق له في المطالبة بالتعويض.²

فإذا إستعاد العميل أحد المستندات وفقده فلا يكون الموثق مسؤولا عن نقص المستندات التي أدت خسارة العميل نظرا لتسبب العميل في فقد أحد المستندات المهمة للعقد.

أما إذا صدر عن كل من المتضرر والموثق خطأ وكان للضرر سببان، نظرت المحكمة في الأمر. فإن إستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، كان يكون متعمدا³ أو جسيما قضت بالتعويض على المدعى عليه إذا كان الخطأ المنسوب إليه يستغرق خطأ المتضرر، وردت دعوى التعويض إن كان الأمر عكس ذلك. أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر⁴ كنا أمام حالة تسمى حالة الخطأ المشترك وفيها توزع المحكمة المسؤولية على الطرفين حسب جسامة خطأ كل منهما

الملاحظ أن المشرع الجزائري أشار في المادة 127 من القانون المدني إلى خطأ المضرور في المادة 2/138 إلى عمل المضرور، مما يطرح التساؤل عن هذا التمييز؟.

ويبدو من القانون المقارن، خاصة القانون الفرنسي، أن العبرة بفعل المضرور أيا كان طالما يكون هو السبب في إحداث الضرر، وبعبارة أخرى، فما دامت علاقة السببية بين فعل الضحية وما أصابها من ضرر متوفرة فلا حاجة

¹CF.J.Flour,J.-L.AUBERT et E.SAVAUX,Les obligations,Vol.2,Le fait juridique,9e éd.,2001;n°S 175 s.

محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 117، وانظر أيضا د/قادة شهيدة، المرجع، ص 292 -²

أنظر ملاحظة د/ علي فيلالي المرجع السابق ص: 333 وانظر أيضا- op.cit.p167 - Voir Jaques Flour et Jean luc aubert .

³-Cass. Civ.111, 17 Janvier 1978, Bull.Civ, 11.n°39; J...198024 Mai 1976, Bull. civ.111,n° 220 p :165.

-Cass.

⁴V.CASS.civ.1re,1er mars2005,Bull.civ.1,n°101;RTDciv,2005,p.611,note P.JOURDAIN;Defrénois 2006,art,38356,n° 16,notes.piedelièvre:"Le dol commis par le notaire ne lui interdit pas d'invoquer la faute de la victime..."

لإثبات خطأ المضرور لكي يعفى المسؤول من مسؤوليته. وخطأ الغير إذا أثبتته المدعى عليه يعتبر سببا أجنبيا كان يثبت أن الضرر الذي أصاب المضرور كان بسبب خطأ شخص أجنبي عنه يستغرق خطأه فينبغي علاقة السببية بين خطئه والضرر الحادث ويعفى من المسؤولية التي يتحملها الغير¹ وقتئذ.

أما إذا إشتراك خطأ الغير مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر وتثبت العلاقة السببية بين خطأهما والضرر أصبح للضرر سببان ويكون كل من الشخص الأجنبي والمدين مسؤولا أمام الدائن، وتوزع المسؤولية بينهما كلا بنسبة خطئه إن أمكن تحديد جسامته الخطأ وإلا قسم التعويض بينهما بالتساوي. ويحدث ذلك عادة عندما يقدم العميل للموثق معلومات غير صحيحة أو غير كاملة عن الشيء المبيع مثلا، أو أن يتأخر عن إيداع الثمن المطلوب في حالة الشراء. في مثل هذه الحالات، يجب البحث عن أي الخطأين قد إستغرق الخطأ الآخر. فإذا ثبت أن خطأ الموثق قد إستغرق خطأ العميل، فإن المحاكم تميل في هذه الحالة إلى توزيع المسؤولية بين الموثق وعميله، أي يتحمل الموثق مسؤولية مخففة².

أما إذا كان خطأ العميل هو الذي إستغرق خطأ الموثق، فإن الموثق يعفى من المسؤولية كاملة كأن يكون خطأ العميل عمديا³ قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخففها ولا يعفى المسؤول إستثناء من هذا الأصل إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه وأنه بلغ من الجسامته درجة بحيث يستغرق خطأ المسؤول"⁴.

ثالثا: خطأ وعمل الغير: تنص المادة 127 من القانون المدني بقولها "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يلد له فيه كحادث مفاجئا وقوة القاهرة ، أو خطأ صادر من المضرور أو خطأ من الغير ... " ولم يكتف المشرع بذلك ، بل إنه اعتد بخطأ الغير كسبب معفي للمسؤولية بقوة القانون المؤسسة على فكرة الحراسة وهو ما تؤكد المادة 138 من القانون المدني بقولها " ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية. وعمل الغير، والحال ة الطارئة والقوة القاهرة ". هذا عن القواعد العامة ، ولكن مامدى انطباقها على مسؤولية الموثق؟ ليس هناك ما يمنع من إنزال تلك الأحكام على هذه المسألة، ولذا حينما تثار مسؤولية المهني من قبل المضرور، يستطيع هذا الأخير أن- وبالإستناد إلى القواعد العامة- يثير دفعه خطأ الغير أو فعله « Fait ou faute du tiers ». ويقصد بالغير الشخص المتسبب في الضرر ويكون شخصا أجنبيا على المدعى عليه، بمعنى أن لا يكون هذا الأخير مسؤولا عنه، ولا يعتبر من الغير الشخص الخاضع للرقابة بالنسبة لمتولي الرقابة ولا التابع بالنسبة للمتبع، ويعد عمل الغير وخطؤه سببا أجنبيا متى كان غير متوقع وغير ممكن الدفع مثله مثل القوة القاهرة. ولقد جرى الفقه في فرنسا حين تقدير خطأ الغير في دفع مسؤولية الموثق على التفرقة بين

أنظر في ذلك : 166 p. : Bull. civ. 111, n°220, 24 Mai 1976, Cass. civ. - 1

2- Cass. Rég. 28 Janvier 1947. Rég. gén. not, Article 26640, Amiens 8 Juillet 1954, J.c.p. 1955. éd not, 11, 8613; cass. civ. 21 Janvier 1960. J.c.p. 1960. éd. not, 11, Art. 11.669. cass. civ. 25 Oct 1960, J.c.p. 1961. éd not, 11, 12. 210.

3 Cass, civ. Ire, 1er mars 2005, Bull. civ. 1, n° 101; RTD civ, 2005, p. 611, note p. Jourdain: Defrénois 2006, art. 38565, n° 16, note S. piedelivre: "Le dol commis par le notaire ne lui interdit pas d'invoquer la faute de la victime pour voir limiter la responsabilité..."

: أنظر في ذلك⁴

- Cass. civ. 111. 11 Mars 1975, J.c.p. 1977; 11, 1852 M. Dagot.

- Cass. civ. 13 Juin 1972. Bull. civ. 1, n° 150 p. 54. J. cass. civ. 21 Avril 1971. 565. note Gestin 10 Juill 1970. Bull. civ. 11, n° 484. P: 351.

فرضيتين يختلف الحكم في إحداها عن الأخرى، ففي الفرضية الأولى: استغراق أحد الخطأين الآخر، يتحمل من وقع منه الخطأ المستغرق تبعاً للضرر¹ ويتحدد الرجحان هنا على أساس التجاوز في العمدية والجسامة، أو حينما يؤدي الخطأ المستغرق إلى وقوع الخطأ الآخر المستغرق.

الفرضية الثانية: وهي الحالة التي يحتفظ فيها كل من الخطأين باستقلالهما، فيعتبر كل منهما مساهماً في إحداث الضرر بقدر معين، وما ينعكس على تحمل التعويض للمضروب بالدرجة التي شارك فيها خطأ المدعي أو الغير في الحادث. وقد نصت المادة 126 من ق م على أن "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض".

هذا وتقضي القواعد العدالة، إفتراض تجاوز السلوك من لدن الموثق، وهو الذي يدفعه إلى إثبات أن الضرر وقع بسبب لايد له فيه (خطأ المضروب) وهو ماتؤكد عليه المادة 127 من ق م، والمادة 177 من نفس القانون والتي تجعلان عبء الإثبات عملياً يقع على كاهل الدائن وترفع بذلك المشقة على المدين.

أما إذا كان خطأ الغير هو السبب المباشر في إحداث الضرر، بحيث تنقطع علاقة السببية بين خطأ الموثق والضرر الذي أصاب العميل في هذه الحالة يعفى الموثق من المسؤولية كاملة. وفي حالة العكس أي أنه لم يكن الوحيد المفضي إلى الضرر، فهذا يعني أن نسبة الضرر إلى الخطأ لم تدحض كلية، وهنا تكون القواعد العامة – على النحو الوارد في المادتين 127 و177 من القانون المدني قابلة للتطبيق، مما يعني أن المسؤولية تكون بالتظامن بين محدثي الضرر. "In solidum" في علاقاتهم بالمضروب ويبدو أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تميل إلى إستبعاد مسؤولية الموثق، متى ثبت أن دوره كان قاصراً على مجرد تحرير العقد، وذلك بناء على رغبة العميل، إلا أن الثابت والمستقر عليه، أن هذه الحالات نادرة الوقوع، فالقضاء الفرنسي، في غالبية أحكامه، يطبق القاعدة التي تقضي بأنه "لا يجوز للموثق التخلص من مسؤوليته، بحجة أن عمله كان قاصراً على إضفاء الصفة الرسمية" وهذا ما يؤكد القضاء دائماً وتعتبر⁽¹⁾.

¹-عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام لمجلد 2، ط3، 1981، ص:1254

خلاصة القول أن القضاء الفرنسي، يتخذ موقفا متشددا إزاء إثبات علاقة السببية، فبعد أن كان يكتفي بتطبيق القواعد العامة التي تلقي بعبء الإثبات على عاتق العميل، نجده قد أصبح يقيم قرينة على توافر تلك العلاقة لمصلحة العميل، ومن ثم يجب على الموثق حتى يتخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على توافر السبب الأجنبي، ويرجع السبب في ذلك إلى الصعوبات التي يجدها العميل دائما في الإثبات على محكمة الموضوع، أن تبين توافر علاقة السببية وإلا كان حكمها معرضا للنقض لأن إرتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ إرتباط السبب بالمسبب، من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض. وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على نقض الأحكام التي تهمل هذه الحالة، وإلى هذا الإتجاه ينبغي السعي في تطبيقه، لأنه مسلك حسن ومحمود ينبغي التقيد به في قضائنا.

الفرع الثاني

الأسباب الخاصة

يمكن للموثق كضابط عمومي يمارس مهنة حرة ومنظمة باسمه ولحسابه الخاص أن يتمسك إلى الجانب الأسباب العامة لدفع شبح المسؤولية عنه، التمسك بأسباب خاصة إذا لم يستطع إثبات السبب الأجنبي، إلا أن هذه الأسباب لم ينص عليها المشرع الجزائري، بل أوردتها المشرع الفرنسي وذلك مراعاة للطبيعة الخاصة والمشددة للنشاط التوثيقي، وإذا ما تمكن من إثبات هذه الأسباب التي أسسها تأسيسا خاصا وقانونيا ويمكن إجمالها في ثلاث حالات كالإمتناع عن تقديم الخدمة لأسباب شرعية وقانونية (أولا) وأن يكون الموثق عضوا في شركة مهنية (ثانيا) كما قد تنتفي مسؤوليته بمقتضى شرط أو إتفاق الحيطة والحذر لتبرير قيامه بولجب النصح والتبصير (ثالثا).

أولا: إمتناع الموثق عن تقديم الخدمة: بالرجوع إلى نص المادة 15 من قانون التوثيق الحالي على أنه: "لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها". فالمشرع لم يترك للموثق الحرية أو سلطة تقديرية بموجها يوثق لمن ومتى شاء، إنما ألزمه بتحرير أي عقد مالم يكن مخالفا للنظام العام.

وترتيبا على ذلك، فإذا رفض الضابط العمومي توثيق عقد دون أن يكون مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول به، فإنه بسلوكه هذا يعد مرتكبا لخطأ، لما ينطوي عليه هذا الرفض من عرقلة لعملية توثيق المعاملات والتصرفات، مما قد يصيب الزبون بأضرار، خاصة أنه مكلفا قانونا بتقديم الخدمة العامة دون تفرقة بين شخص وآخر أو موضوع وآخر.

يلتزم الموثق كقاعدة عامة بتقديم خدمة إلى الزبائن متى طلب منه تحت طائلة المساءلة هذا ويضع قانون فانتوز¹ مبدأ بموجبه يلتزم الموثق بتقديم الخدمة كأصل عام، غير أنه ترد بعض الحالات من الواجب عليه الإمتناع عن ذلك ويكون مشروعا وإلا تنهض مسؤوليته المهنية² وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري في المواد 15 و 19 من القانون رقم 06 02 المتضمن مهنة التوثيق غير أنه لم يعتبرها كسبب لإعفاء الموثق من المسؤولية إنما هي كتدبير وقائي يحول دون قيام مسؤولية الموثق³. كما أن الموثق له أن يمتنع عن تقديم دون أن تنهض مسؤوليته إذا إمتنع العملاء عن دفع حقوق وأنعاب الموثق ومختلف الرسوم الثابتة والمتغيرة⁴

¹ Art.27,Loi du 4mai1999,modifiant la loi du 25 ventose an XI contenant organization du notariat, précitée.

² C.MELLOTTE,op.cit.,p.56.

³ -تنص المادة 19 من قانون التوثيق (02/06): "لا يجوز للموثق ان يتلقى العقد الذي:

- يكون طرفا فيه معنيا او ممثلا او مرخصا له باية صفة كانت ..

- يتضمن تدابير لفائدته ..يعني ان يكون فيه وكيل، او متصرفا، او اية صفة اخرى كانت..."

أنظر نص المادة 06 من قانون التوثيق: "يمكن للموثق قبل تحرير العقد أن يطلب من الأطراف دفع مبلغ مالي مسبق من الأتعاب، -

لتغطية المصاريف والحقوق الأولية، مقابل وصل إستلام

يسترجع الزبون المبلغ المدفوع في حالة عدم إتمام الخدمة المطلوبة من قبل الموثق، يكون هذا المبلغ من حق الموثق إذا كان العدول من قبل الزبون".

ثانيا: ممارسة مهنة التوثيق في شكل شركة : تبعا للتعديل الحاصل لقانون فاننوز المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، في التشريع الفرنسي وبموجب القانون المؤرخ في 4 ماي 1999 المعدل، منح للموثقين إمكانية ممارسة وظائفهم بشكل منفرد أو تجمع أو في شكل شركة بالإشتراك والتي لم يكن بإستطاعتهم ذلك قبل هذا التعديل بالرغم من إستقلاليتهم إلا أنهم كانوا يسألون بالتضامن مع الشركة المنضوين تحت لوائها، عن أخطائهم المهنية المرتكبة حينئذ)، ولكن حيث أصبح بإمكان الموثقين بموجب تعديل تشريعي حديث بقانون 25 أفريل 2014 المتضمن الأحكام المختلفة وبموجب عن عقد تأمين مبرم بين الشركة وهيئة مؤمنة بمبلغ خمسة ملايين أورو كحد أقصى في حدود معينة إلقاء عبء أو تحميل الشركة المسؤولية.

إن تحديد مسؤولية الشركة ليس على إطلاقه بل في حدود المبلغ المذكور كما أن قانون فاننوز يضيف في مادته 50 الجديدة في فقرتها4 أن الموثق يبقى مسؤولا بالتضامن مع الشركة في حالة ارتكابه مخالفة مع نية الإضرار.

ثالثا: إتفاق الحيطة والحذر : القاعدة كما سبق الذكر، أن على العميل إثبات خطأ الموثقوان للموثق أن ينفي ارتكابه للخطأ، بمعنى أن للموثق إثبات أنه قد نفذ إلزاماته المهنية تنفيذا صحيحا وكاملا، غير أنه فيما يخص واجب النصيحة، يجد الموثق دائما صعوبة في إثبات أنه قام بتنفيذ هذا الواجب، ويرجع ذلك إما لتعدد الإجراءات التي يقوم بها، وإما للتأخر المعتاد في رفع دعوى المسؤولية ضد الموثق، ومن أجل ذلك، يلجأ الموثق عادة إلى تأمين نفسه لحظة لتي يطلب منه تقديم دليل على أنه قام بواجب النصيحة لذا نجد أن العمل قد جرى على قيام الموثق، بعد تنفيذه الواجب النصيحة، بتحرير ورقة تفيد أنه قد قام بواجب النصيحة، ويحصل على توقيع العميل عليها وهي تعد بمثابة مستند في يد الموثق، يؤمن بها نفسه ضد أي مسؤولية يستند فيها العميل إلى تقصير الأخير في أدائه لواجب النصيحة¹ حيث كان من نتائج التي أتى بها قرار 25 فيفري 1997 والمتمثلة في نقل عبء الإثبات بتنفيذ الإلتزام بالإعلام على عاتق الموثق، لا يمكن تناسيها، وكان ذلك موضوعا لتأييد فريق كبير من الفقهاء من جهة، ومن جهة أخرى أدى ذلك بصفة مباشرة إلى لجوء الموثقين للكتابة كوسيلة آمنة وضامنة لإثبات تنفيذ إلزامهم هذا فمن خلالها وما دامت موقعة من قبل الزبون سيتمكن الموثق من إيجاد دليل أو وسيلة أكيدة قد تسعفه لتفادي أي نزاع من قبل الزبون بشأن إعلامه واشترط القضاء الفرنسي حتى يتسنى للموثق إدراجه كوسيلة إثبات على تنفيذ إلزامه بالإعلام والنصح والتبصير مثلما سبق شرحه عند التعرض لإثبات وفاء الضابط العمومي لواجبه ذلك ويمكن إبداء بعض الملاحظات على هذا النوع من الإتفاق كما يلي:

أنه إتفاق منفصل عن المحرر المراد توثيقه، موقعا عليه من العميل ويفيد أن الموثق قد نفذ واجب

النصيحة² تنفيذا صحيحا وعليه لا يجوز أن يوضع هذا الإتفاق في المحرر نفسه، لأن ذلك يتعارض مع نص المادة الثانية من المرسوم رقم 941/71، الصادر في 26 نوفمبر 1971، والمادة 22 من القانون رقم 02-06 من القانون المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في الجزائر التي تحضر على الموثق، أن يكون طرفا أو مستفيدا من المحرر الذي يراد توثيقه. فالقضاء يميل دائما إلى رفض الإقرارات التي توضع في ذات المحرر، كبند من بنوده، لأن مثل هذه

¹ - J. Luc Aubert : « Responsabilité civile du notaire » p: 176. - J. Luc Aubert : « Responsabilité civile du notaire » Opt. cit. n° 84, p : 115.

² cass.civ.1re ,22janvier2002,pourvoi n°99- 14057 : « si c'est au débiteur de l'obligation de conseil d'apporter la preuve de sa bonne exécution, aucun texte n'impose que celle-ci résulte d'un acte séparé dès lors que les mentions de l'acte en cause sont suffisantes pour permettre de constater que l'obligation a été correctement remplie »

الإقرارات تعتبر بمثابة شروط مألوفة يضعها الموثق دائما سواء قامبواجب النصيحة أم لا¹، ومن ثم لا يقبل القضاء الإقرارات المضافة في المحرر والتي من شأنها إيهام القاضي بتنفيذ الموثق لواجب النصيحة²، ويشترط أيضا فيه أن يتم تحريره بطريقة واضحة ومحددة، بحيث يظهر منه بجلاء وبوضوح نوع المخاطر والنصائح التي وضحها الموثق لعميله، وعلى هذا إذا كانت الصيغة التي كتب بها الإتفاق عامة وغامضة، أي تفيد إقرار الطرفين أن الموثق قد قدم كل النصائح ووضح كل المخاطر، دون تحديد لنوع هذه النصائح وحوصرها للمخاطر، فإن هذا الإتفاق يعد بمثابة دليل عديم القيمة والنفع.

وأخيرا، يجب على القضاء عند تطبيق هذا الإتفاق أن يتقيد بما تضمنه، أي لا يتوسع في تفسيره³ ولزيادة فهم هذا الإتفاق، أرى من الضروري أن أعرض لبعض الأحكام القضائية طبقتة كوسيلة لتخليص الموثق من المسؤولية التي قد يدعيها العميل والتي قد يستند فيها إلى الإخلال بواجب النصيح والإرشاد وحبذا لو أخذ بها المشرع الجزائري

خلاصة القول يبدو أن إتفاق الحيطة والحذر، يلعب دورا هاما في حماية الموثق من المسؤولية التي قد تظهر في المستقبل والمؤسسة على الإخلال بواجب النصيح، فهو إذن يعد بمثابة دليل على أن الموثق قد قام بواجب النصيح الضروري، وهو بذلك وإن كان يتشابه مع شروط الإعفاء من المسؤولية، إلا أنه لا يعد شرطا للإعفاء، بل مجرد وسيلة إثبات أن الموثق قد نفذ إلتزامه القانوني المفروض عليه، أيضا قد يكون في الدعوى المرفوعة ضد الموثق شخصا من الغير فالغير الذي يصيب بضرر من جراء عقد رسمي، قام الموثق بتحريره، يستطيع أن يطالب هذا الأخير بتعويض الضرر⁽³⁾ وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فيعدة قرارات لاحقة⁴ منها القرار الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 6 جويلية 2004 بقولها "إن إثبات أداء واجب النصيح والتبصير الذي يثقل كاهل الموثق، يمكن أن يستنتج من أي ظرف أو وثيقة تبين أن الزبون قد تم تحذيره بوضوح حول المخاطر المتعلقة بالعقد المعد من قبل الموثق". وكذا القرار الصادر عن الغرفة الأولى بتاريخ 22 جانفي 2002 والذي قضت فيه أنه⁵ "على المدين بواجب النصيح والتبصير إثبات قيامه به على أحسن وجه مادامت عبارات العقد محل النزاع كافية للتأكيد أن الواجب قد نفذ بطريقة صحيحة وكاملة".

¹ - Cass. civ. 14 Oct 1980, Bull. civ. 1, n° 1981, Art. 56 449, p : 1687. انظر في ذلك

² - Cass. civ. 8 Mars 1977. Bull. civ. 1, n° 121; J. not. 1978. Art. 546 11. P : 179. أنظر في ذلك

³ أنظر في ذلك : -Cass.civ. 23 mai 1979. bull. civ. 1. N° 202. p. 162, rep. def. 1979. art 32023 n° 32. P: 878. obs. Aubert.

⁴ -V.cass.civ.1re,6 juillet 2004, pourvoi n°02-20388,arret n°1227 F-d,inédit;Defrénois 2004,art.38035,n°83,note J.-L.AUBERT;Cass.civ.1re.10 juin 1997 et 3 fevrier1998(2espèces).Bull.civ.I.n°197 etBull. Civ1,n°44;Defrénois 1998.art.36815,n°71,obs.J.-L.AUBERT.

⁵V.Cass.civ,22 janvier2002,pourvoi n°99-14057,inédit : « si c'est au débiteur de l'obligation de conseil d'apporter la preuve de sa bonne exécution, aucun texte n'impose que celle-ci résulte d'un acte sépaé dès lors que les mentions de l'acte en cause sont suffisantes pour permettre de constater que l'obligation a été correctemnt remplie»

خاتمة

الحمد لله الذي من علي بأن أعانني على إنجاز هذا البحث الذي ما كنت قد أنجزته لولا فضل الله علي وتوفيقه لي إنه هو العليم القدير وبعد، إنصب هذا البحث على دراسة المسؤولية المدنية للموثق عن خطئه المهني، إذ تضح لي بأنه ليس من السهل وضع خاتمة في موضوع دقيق ومتشعب كموضوع مسؤولية الموثق، فالموضوع ما زال خصبا مع أنه ليس بحديث إلا أنه مازالت الأفكار فيه متجددة بقدر ما يتطور فيه النشاط التوثيقي، وما يفرضه الواقع من تطور لهذه المهنة وللمهام الموكلة للموثق.

مما لا شك فيه أن الموثق -الضابط العمومي- يضطلع بمهام بالغة الخطورة في المجتمع، وأن مهنة التوثيق تبدو أحد العناصر الرئيسة التي تركز عليها فلسفة الثقة والإطمئنان وتشارك في إرساء دعائم الأمن القانوني.

والواقع أن مهنة التوثيق وإنطلاقا من كونها تنازل الدولة عن جزء من سلطتها في إرساء دعائم الرسمية وإسنادها إلى هذا الضابط العمومي لدليل على جعلها وسيلة لتحقيق العدل إذ ينظر إليها كمرفق عمومي يقوم بوظيفة مزدوجة في الدفاع عن مصالح المجتمع عن طريق إرساء الرسمية لترسيخ الأمن القانوني، فهي مهنة منظمة وحررة بموجب قوانين، وتهدف إلى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وإن تعارضت المصلحتان، وتعمل على إبعاد الموثق عن مواطن الشبهة والسمو به على إعتبارات الكسب المادي، ولذلك فهي تعمل على تقييد من الرابطة الشخصية بينه وبين عميله وزبونه، ولا يسمح له بإختيار العميل، فهو ملزم بتقديم الخدمة مثلما سبق وإن بينت. ومن هذا المنطلق نجد أن القوانين التي تنظم مهنة التوثيق تختلف حسب الأنظمة.

فنجد أن قواعد المسؤولية كما ذكرت من قبل من أكثر وأدق قواعد القانون تعبيرا عن النظام القانوني السائد في الدولة. ومع ذلك فإن مهنة التوثيق في بلادنا نظرا لحداتها، بالرغم من أنها شهدت قفزة نوعية في عشرية من الزمن، حيث أنتقل فيها وصف الموثق من عون إداري في السبعينات إلى ضابط عمومي وهي مهنة حررة ومنظمة، كما شهدت في الألفية إنتعاشا وتوسعا كبيرا شمل نصوصا كثيرة بسبب إحتكاكها مع الأنظمة التوثيقية العالمية، ومع ذلك فإن مسؤولية الموثق لم تحظ بالإهتمام الذي تستحقه من قبل رجال القانون، فبالرغم من إختلاف الموثق عن الشخص العادي، من حيث طبيعة المهنة وثقل وزنها في المجتمع وهدفها، وإن ما هو مطلوب منهم من حرص وعناية أكثر مما يطلب من الشخص العادي، إلا أن الفقه والقضاء إخضعها إلى القواعد العامة في المسؤولية المدنية تقصيرية عند البعض وعقدية عند بعضهم الآخر. وحملوا المضرور -

عبء إثبات خطأ الموثق، ولما كان إثباته عبئا ثقيلا، أدى ذلك إلى حرمان المضرورين من التعويض، ضف إلى ذلك التركيز على جانب التجريم سواء وجد القصد أم لم يتحقق وما تطلعنا به بعض الصحف والجرائد من ملاحظات ومقالات لا تتلائم وما ينتظر من هذه المهنة الجليلة التي وصفها العلماء والفقهاء من أقدس المهن، ولما كان سبب ما تتعرض له من إنتكاسات (الجانب الجنائي فقط).

القران الكريم

أ - قائمة المراجع العامة :

1. أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المدني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010.
2. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، في ضوء نظام القانون الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.
3. إبراهيم علي حماوي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.
- إدوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، القاهرة، طبعة دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 1981.
4. إلياس أبو العيد، المحامي حقوقه، أتعابه وواجباته، حصانته وضمائنه، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2007.
5. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق، بيروت 1984.
6. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
7. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الضرر" دار وائل للنشر، الأردن 2006.
8. _____، المبسوط المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الخطأ" دار وائل للنشر، الأردن 2006.
9. _____، المبسوط المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول "الرابطة السببية" دار وائل للنشر، الأردن 2006.
10. حسام الأهواني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، طبعة 1995.
11. رمضان أبو السعود، مبادئ الإلتزام في القانون المصري واللبناني، طبعة 1986.
12. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الاحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبعة الجبلاوي القاهرة، 1971
13. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
14. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 2، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع، الاثراء بلا سبب، والقانون) ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الجزائر 2001.
15. /طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان 2004.

16. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992 .
17. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002 .
18. عز الدين الدناصوري ود/عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالأسكندرية مصر 1996.
19. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، د.ت.
20. علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية ENAG 2007
21. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير- المسؤولية عن فعل الاشياء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنو، الجزائر 1994 .
22. _____، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994 الكتاب محمد جمال الدين زكي، إتفاقات المسؤولية، مكتبة القاهرة 1961.
23. _____، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990 .
24. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الاولى، الشركة العالمية للكتاب، لبنان 1987 .

Ouvrages en Français :

A-Ouvrages généraux :

1. AUBERT jean luc.La responsabilité civile des Notaires, Defrénois, 4^{ème} édition, 2002.
2. _____La responsabilité professionnelle des Notaires, Defrénois, 2^{ème} édition.J
3. BORIS Stark.Droit civil des obligations.librairies techniques. Paris 1972 .
4. Claude J.berr. Et hubert Groutel : Droit des assurances 8^{ème} édition.1998.DALLOZ
5. DEPOULPIQUET(J.) Responsabilite des notaires civile .disciplinaire.penale.dalloz.2009.
_____.j._Cl civil code. 1382 a 1386. Fasc.420_20 ;NOTAIRE responsabilite resultant de la fonction d authentificateur du notaire.
6. DEBOISSY(F).Le Secret professionnel professionnel du notaire .Dr.et patr 1993.p 61.

- _____Le Secret professionnel professionnel et l dministration fiscale L P A .3 fevr 2005 .n°24 .p 32.
7. Durry G. « la distinction de la responsabilite contractuelle et de la responsabilite delectuelle » .universite Mc Gill .1986 .
 8. DUBUISSON (B).la responsabilite civile liee au devoir de conseil .questions d actualite. Bruxelles.Facultes universitaires .Saint louis.2000.
 9. ESTIENNE (N).la responsabilite des notaires en droit belge .disponible en ligne à l adresse http://grerca.univ-rennesI.fr/digital_Assets/316/3166660_Theme_2_Belgique_n-estienne.pdf .
 10. FLOUR jacques.AUBERT jean luc.Droit civil des obligations .le fait juridique.7^{eme} edition.armand colin. Paris.1997.
 11. G.VINEY : Le déclin de la responsabilité individuelle. th Paris 1963.édi 1965 Réparation th. Ed. L.G.D paris 1974

الفهرسالفهريس

-----1-----	مقدمة
-----4-----	الفصل الأول: التكييف القانوني لمسؤولية الموثقونطاقها
-----4-----	المبحث الأول: الاتجاهات الفقهية في تحديد طبيعة مسؤولية الموثق المدنية.
-----5-----	المطلب الأول: المسؤولية العقدية
-----6-----	الفرع الأول: إخلال الموثق بواجب النصح والإعلام
-----7-----	أولاً: تعريف الالتزام بالنصيحة والتبصير
-----9-----	ثانياً: أساس الالتزام بالنصيحة والتبصير
-----12-----	ثالثاً: نطاق الالتزام بالنصيحة والتبصير
-----13-----	رابعاً: إنبات الالتزام بالنصيحة
-----17-----	الفرع الثاني: الالتزام بفاعلية العقود والمحركات
-----19-----	الفرع الثالث: الالتزام بالحياد
-----19-----	مطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للموثق
-----20-----	الفرع الأول: خرق الموثق لقواعد المهنة
-----20-----	أولاً: مخالفة القواعد المهنية
-----24-----	ثانياً: مخالفة الأعراف المهنية
-----24-----	الفرع الثاني: إمتناع الموثق عن تقديم الخدمة
-----24-----	أولاً: مسؤولية الموثق الذي رفض تقديم الخدمة
-----22-----	ثانياً: مسؤولية الموثق الذي لم يرفض تقديم الخدمة. عقود مخالفة للنظام العام
-----23-----	الفرع الثالث: إرتباط خطأ الموثق بجريمة جنائية
-----25-----	المطلب الثالث: التوجه نحو نظام موحد لمسؤولية الموثق
-----25-----	الفرع الأول: عجز القواعد العامة عن وضع حلول مناسبة
-----25-----	أولاً: الإختلاف غير المبرر في معاملة المضرورين

-----26-----	ثانيا:تنوع واختلاف القواعد المطبقة
-----28-----	الفرع الثاني:ضرورة القول بذاتية مسؤولية الموثق المهنية
-----29-----	أولا:مبررات قيام المسؤولية المهنية للموثق نتيجة الإخلال بالتزام مهني
-----30-----	ثانيا:آثار قيام مسؤولية الموثق نتيجة الإخلال بالتزام مهني
-----31-----	المبحث الثاني:تحديد طبيعة التزام الموثقونطاق مسؤوليته
-----31-----	المطلب الأول:تحديد طبيعة التزامات الموثق المهنية
-----32-----	الفرع الأول :الالتزام بتحقيق نتيجة (أصلا)
-----32-----	أولا:الالتزام الناشئ عن التأكيد من عدم مخالفة مشروع الاتفاق للنظام العام
-----32-----	ثانيا:الالتزام الحاصل عن عمليات حساب المصاريف والرسومات
-----33-----	ثالثا:التزام الموثق بتحصيل الديون من الودائع
-----33-----	رابعا:الالتزام بالتأكد من صحة العقود الموثقة وسلامتها
-----34-----	الفرع الثاني:الالتزام ببذل عناية (استثناء)
-----35-----	أولا:إلتزام بالنصيحة أو بالتبصير
-----35-----	ثانيا :الالتزام بفاعلية.العقود والمحركات
-----36-----	المطلب الثاني:تحديد نطاق مسؤولية الموثق المهنية
-----36-----	الفرع الأول:مسؤولية الموثق عن أفعاله الشخصية
-----36-----	أولا:مسؤولية الموثق أثناء تقديم الخدمة
-----36-----	الفرع الأول: إخلال الموثق بالاجراءات السابقة على تحرير المحركات
-----37-----	أولا:الإخلال بقواعد الإختصاص
-----39-----	ثانيا:الإخلال بالاوضاع والاشكال الجوهرية للعقد
-----41-----	ثالثا:الإخلال بالاجراءات اللاحقة لتحرير العقد
-----43-----	الفرع الثاني:مسؤولية الموثق عن أفعال مساعديه
-----43-----	أولا:شروط قيام مسؤولية الموثق عن اخطاء مساعديه

47	ثانيا: تطبيقات مسؤولية الموثق أعمال مساعديه
52	ثالثا: الآثار المترتبة عن تحقق مسؤولية الموثق المهنية
56	الفصل الثاني عناصر مسؤولية الموثق وأثارها.
56	المبحث الأول: شروط قيام مسؤولية الموثق المهنية
57	المطلب الأول: مفهوم الخطأ
57	الفرع الأول: تعريف الخطأ
58	الفرع الثاني: عناصر الخطأ
58	أولا: العنصر المادي العادي
59	ثانيا: العنصر المعنوي
59	الفرع الثالث: نوع ودرجة الخطأ
60	أولا: الخطأ العادي
60	ثانيا: الخطأ الفني
61	الفرع الرابع معيار خطأ الموثق
62	أولا- إستبعاد المعيار الشخصي في تقدير خطأ الموثق
62	ثانيا: - الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الموثق
64	ثالثا: أهمية العادات والاعراف المهنية في تعيين المعيار
65	المطلب الثالث: عبء إثبات خطأ الموثق وفق طبيعة الإلتزام والتخفيف منه
65	أولا: عبء إثبات خطأ الموثق في الإلتزام بتحقيق نتيجة
66	ثانيا: عبء الإثبات في التزامات الموثق ببذل العناية
67	ثالثا: التخفيف من تحمل الزبون لعبء الإثبات
72	رابعا: دور الخبرة
72	المطلب الثالث: الضرر والعلاقة السببية في مسؤولية الموثق المدنية

72

الفرع الأول: عناصر الضرر

75

أولاً: الضرر محقق الوقوع

76

ثانياً: تفويت الفرصة

77

الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

78

أولاً: تحديد علاقة السببية

80

ثانياً: اثبات علاقة السببية

85

المبحث الثاني: اثار تحقق مسؤولية الموثق ووسائل دفعها

86

المطلب الأول: اثار تحقق مسؤولية الموثق

86

الفرع الأول: التعويض

87

أولاً مفهوم التعويض

87

ثانياً: مدى التعويض

89

ثالثاً: طرق التعويض .

90

الفرع الثاني: تقدير التعويض

93

أولاً: سلطة القاضي في التقدير

99

ثانياً: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي

95

المطلب الثاني: وسائل دفع مسؤولية المدنية للموثق

99

لفرعاً الأول: الاسباب العامة

100

أولاً: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ

101

ثانياً: خطأ وعمل المتضرر

102

ثالثاً: خطأ وعمل الغير

104

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لدفع مسؤولية الموثق

106

الفرع الأول: امتناع الموثق عن تقديم الخدمة

107

الفرع الثاني ممارسة المهنة في شكل شركة

107

الفرع الثالث إتفاق الحيطة والحذر

109

الخاتمة

110

قائمة المراجع

113

الفهرس