

محمد المالقي

الرئيس الأول لمحكمة التعقيب سابقا
المدير السابق للمدرسة العليا للحقوق

محاضرات في شرح القانون المدني التونسي



ولد بتونس في 25 أوت 1889.

زاول تعلّمه بالمدرسة الصادقية ثم بمعهد
كارنو.

انخرط في سلك القضاء سنة 1922 وتدرّج
فيه إلى أن أصبح رئيسا أول لمحكمة
التعقيب في 15 نوفمبر 1958.

وفي سنة 1922 لما تأسست مدرسة الحقوق التونسية عمل في هذه
المدرسة بصفات متعدّدة : أستاذا مساعدا وأستاذا محاضرا ثم مديرا عاما
لها بعد أن أصبحت في 21 جوان 1966 المدرسة العليا للحقوق.
وكان اختصاصه القانون المدني والمرافعات المدنية.

وإلى جانب القضاء ومنصّاته والتدريس ومدارجه شغل منصب رئيس
جمعية قدماء الصادقية وترأس جمعية التّرجي الرياضي، أسّس جمعية
الكفيلة لحماية الطفولة البائسة وكذلك جمعية العمران.

توفي في 28 أكتوبر 1980 ودفن بمقبرة سيدي يحيى.

محمد المالقي

الرئيس الأول لمحكمة التعقيب سابقا
والمدبر السابق للمدرسة العليا للحقوق

محاضرات في شرح القانون المدني التونسي

تقديم الاستاذ المالقي : بقلم محمود شمام
فاتحة الكتاب : بقلم المؤلف

مركز النشر الجامعي

2003

تقديم المؤلف

بقلم محمود شمام

لقد فاتنا في الطبعة الأولى أن نضع ترجمة شاملة لمؤلف هذا الكتاب أستاذ الأجيال الرئيس محمد المالقي نظرا للظروف التي تم فيها آنذاك صدور التأليف الذي كان متزامنا مع وفاة المؤلف وتداركا للأمر ها نحن نسجل الآن في الصفحات التالية من هذه الطبعة الثانية ترجمة وافية للفقير الكبير تجمع شمائله وخصاله وتشرح للأجيال جليل أعماله التي تخلد ذكره على مر السنين.

الرئيس محمد المالقي

استاذ الأجيال

استاذ الأجيال الذي عرفته منصات القضاء طيلة خمسين عاما محنكا رصينا نزيها يتطلع دوما إلى الحق ويسعى إلى الكشف عن الحقيقة بصبر وعزيمة وثبات جأش لا تأخذه في الحق لومة لائم ولا تثني عزمته متاعب الحياة ومشاكلها مقيما على البحث والدراسة والتنقيب وهو دوما في مكتبه وراء الملفات يتصفح المدونات وشروحها ويسجل الملاحظات وتعاليقها.

وهو فوق منصة القضاء يتلمس طرق الحق ويجادل ويناقش لدفع الهزيمة ومحو المظلمة متحملا الأمانة مرفوع الرأس شامخا عزيز النفس أبيًا مع سماحة ودماثة أخلاق ولين عريكة لا يشتكي من قضائه أحد اذ كان صلبا في الحق يجهر بكلمة العدل ويصدع بها ويسير في اقدام وجرأة إلى نهاية ما يرجوه كل متقاض يسعى لنيل حقه فلا يجد من قاضيه إلا كل إنصاف وعدل.

جميع حقوق الطبع والتأليف محفوظة

© مركز النشر الجامعي، 2003

ص.ب 255. تونس - ر.ا.ب. 1080.

الهاتف : 71 874 000 (216) الفاكس : 71 871 677 (216)

ولقد عرفته أيضا منصات ومدارج التدريس مدة نصف قرن أو تزيد، عالما مدققا باحثا منقبا ومدرسا لبقا يقرع الأسماع بجواهر لفظه ودخل القلوب بساحر لطفه ولقد عرفته ميادين الثقافة القانونية مؤلفا يحرر الكتب ويشرح القوانين ويعلق عليها فهو مؤلف في مادة القانون شارح له مبسط لأحكامه وميسر لفهم غموضه وصلاية نصوصه بأسلوب سهل ممتنع مع بساطة في التعبير وسهولة في الإيضاح.

هذا هو الرئيس القاضي والاستاذ المحاضر والمؤلف محمد المالقي.

هو من عائلة ماجدة أندلسية الأصل ومن بيت علم ومجد وفضل. فوالده هو المحامي المرحوم محمد الهادي المالقي العضو بمجلس جمعية الوكلاء والكتاب العام بها المكلف بالقلم الفرنسي.

وعמיד عائلته هو الشيخ صالح المالقي شقيق الاستاذ الهادي وعم الرئيس محمد. وهو القاضي وشيخ الجامع الأعظم.

ولد الرئيس محمد المالقي بتونس العاصمة في 25 أوت سنة 1889 وزاول تعلمه بالمدرسة الصادقية ثم انتقل إلى معهد الليسي كارنو ومنه تخرج يحمل شهادة التخرج وانخرط في سلك الوظيفة العدلية سنة 1909 كاتباً مترجماً.

وفي عام 1922 دخل سلك القضاء وسمي قاضياً بدائرة الاتهام وارتقى في سلك القضاء فسمي رئيساً لدائرة من دوائر الاستئناف المدني ثم الجناحي والدائرة الجنائية حتى أصبح رئيساً أول لدوائر الاستئناف وعميذا للرؤساء. وفي 29 جويلية سنة 1954 سمي رئيساً لدائرة التعقيب كاهية رئيس محكمة التعقيب.

وفي هذه الفترة كلف بإدارة شؤون وزارة العدل بينما كان زميله الرئيس محمد النيفرو رئيس القسم الأول مكلفاً بالوزارة الأولى.

وفي 15 نوفمبر 1958 سمي رئيساً أول لمحكمة التعقيب وهو بذلك يخلف الرؤساء عبد العزيز تاج ومحمد بوسن ومحمد القلعي الكاظم ابن عاشور.

ثم بطلب منه أحيل على التقاعد بداية من غرة مارس 1959.

وتفرغ من ذلك الحين للتدريس والتأليف والحياة الثقافية الجامعية.

وأكرمه حكومة الاستقلال بتوسيمه بالصف الأكبر من وسام الجمهورية كما سمي رئيساً شرفياً لمحكمة التعقيب حسب أمر نشر بالرائد عدد 48 لسنة 1959.

والرئيس محمد المالقي هو الرئيس الخامس لجمعية قداماء الصادقية وذلك مدة عامين، سنة 1932 وسنة 1933.

وفي غضون رئاسته ألقى على منبر هذه الجمعية محاضرة عن شاعر تونس الفذ أبي الثناء محمود قبادو.

وقد سجل هو بقلمه تاريخ هذه المحاضرة في إهدائه لي كتاباً من كتبه القيمة.

المالقي المدرّس :

عرف الناس كلهم محمد المالقي بالرئيس المالقي أي القاضي الذي يرأس الجلسات ويصدر الأحكام ويفصل النزاعات ولا أحسب أن قاضياً عادلياً اشتهر في عصره بوظيفته وعرف بين الناس بخطته كما اشتهر الرئيس محمد المالقي.

فالقصر الملكي يعرفه والصحف والمجلات تتسابق لنشر أخباره.

ومعابر المحاكم كلها لا تتحدث إلا عن الرئيس المالقي.

ومؤلفاته القانونية ظهرت في المكاتب فأكسبته شهرة أخرى وعرفت به كقاض متضلع في القوانين يحبه الناس ويسرهم لقاءه ويفرحون للتقاضي أمامه. فهو عادل في أحكامه يجتهد في قضائه منصف خير ورجل الشارع في المنتديات والممتلكات وحتى في فندق الغلة ودكاكين التجارة يعرف الرئيس القاضي المالقي ويتطلع إلى أحاديثه ومناقشاته وأسلوبه في كلامه وفي مخاطبته لكافة الناس ملقباً بإياه برئيس الرحمة.

لكن قلة قليلة ونخب غير كبيرة من الناس كانت تعرف محمد المالقي لمدة خمسين عاماً استأذا محاضراً فوق مدارج كلية الحقوق يضحي براحته ووقته في سبيل انارة الطريق أمام طلبة غفيرة العدد كانت تحضر دروسه وتستمع إليه وهو يشرح ما

غمض من بنود القوانين ويعالج ما عسر فهمه من قواعد التشريع في مختلف مواضعه وعامة أصنافه بأسلوب سهل مبسط وبلغته تعتمد الوصول إلى الفهم في يسر دون عسر.

وكان ما يبذله الاستاذ محمد المالقي في هذه المحاضرات يكلفه جهدا عظيما هو أكبر وأعظم مما كان يكلفه عمله القضائي، وكان ما ينفقه من مال على نتاجه العلمي هو كل ما يتحصل عليه من دخل وظيفه.

ومن هنا فياني أرى أن الرجل كان مغمورا من هذه الناحية إلا عند التخبطة والقلّة وتغلّبت شخصية القاضي الحاكم عنده على شخصية الاستاذ المحاضر العالم المفكر الذي يهدي المعرفة ويسهل طرقها إلى كافة الناس المتلهفين المتطلعين سواء من القضاة أو المحامين وحتى الخصوم أصحاب الحقوق والقضايا فضلا عن طلبية العلم من رجال القانون.

وأحسب أن استاذ القانون وعالم التشريع والمحاضر المختص في هذه المواضيع هو حكيم عليم تنقصه الشهرة ولا تسلط عليه الأضواء ولا يطعمه الناس قمرة واحدة فضلا عن عرجون كامل سواء في الحياة أو بعد الممات.

فكيف تكون الاستاذ المحاضر المالقي ؟ يجمل بنا أن نبرز هنا عمل هذا الرجل بذكر تاريخ قد يجهله بعض الناس لأنه لا يهم إلا رجال الاختصاص الضيق.

النظام القضائي التونسي بتونس :

لقد كانت المحاكم العدلية رمزا تاريخيا تمثل البلاد في حوض البحر الأبيض المتوسط فاجتمعت فيها المحافظة على نظامها الاسلامي والأخذ بالطرق الحديثة وامتزجت فيها إلى حد محدود مدنية الغرب بمدينة الشرق واحتفظ التقاضي بالروح الفقهية الإسلامية.

وكان هذا التطور سابقا عن عهد الحماية الفرنسية أي منذ سنة 1867 من صدور عهد الأمان والقوانين المنبثقة عنه.

ولما تواصل العمل بكل ذلك اندمج القضاء العدلي في النظام الاداري وتأسس بالوزارة الكبرى قسم يعنى بالأمر العدلية مدنية وجنائية.

وفي أوائل عهد الحماية نشطت الهمم لاصلاح النظام القضائي والبعد به شيئا فشيئا عن الأمور العدلية التي اسندت إدارتها لمدير فرنسي بأمر علي مؤرخ في 13 جانفي 1896 فاستصدر أمرا في 18 مارس 1896 يقتضي تأسيس محاكم جهوية بعدة مدن من البلاد التونسية ووقع انتخاب الحكام انتخابا يعتمد الشهادات ويعتمد على الكفاءات العلمية الفقهية دون تخصص في القانون حتى احدثت وتأسست وزارة العدل في 26 أفريل 1921 وانسلخت عن الادارة واحتلت مكانا خاصا بها واستقلت إلى حد ما عن التدخل في شؤونها ولوحظ أنه يجب تكوين قضاة متخصصين لهم معرفة بالقانون وبالمواد المنطبقة على النزاعات التي صدرت بها المجالات الموضوعة حديثا مثل مجلة الالتزامات والعقود الصادرة في عام 1906 ومجلة المرافعات المدنية الصادرة سنة 1910 والقانون الجنائي الصادر عام 1913، وتأسست لذلك عام 1922 مدرسة الحقوق التونسية لتخريج حكام متضلعين في القانون يقومون بمهامهم على وجه مرضي وكذلك لتخريج محامين لهم كفاءة في الدفاع عن الخصوم واعانتهم على رفع القضايا طبق الاجراءات العدلية.

وكانت مدة الدروس أول الأمر عامين اثنين ثم وقع التوسع في مدة ومستوى هذه الدروس بإضافة عدة مواد كتاريخ الفقه الإسلامي والقانون التجاري وتأسست إجازة في الحقوق تعطى في نهاية الدراسة نظير الاجازة الفرنسية وذلك خلال عام 1947.

وهكذا بعد هذه الخلاصة الموجزة نصل إلى الدور الذي قام به الرئيس محمد المالقي في هذه المؤسسة التعليمية ذات المستوى العالي.

فقد كان الاستاذ المالقي قد عمل في هذه الكلية بصفات متعددة، استاذًا مساعدًا - استاذًا محاضرًا - ثم مديرا للكلية.

كانت الدروس تعطى في بيت الخزينة "المكتبة" من محكمة الاستئناف ويشرف عليها مدير المصالح العدلية الدكتور في الحقوق الاستاذ "جان ديبللا" يساعده عدة قضاة من الفرنسيين منهم الاستاذ الدكتور "ريكتانفالد" والقاضي "ديلوش".

واحتيج حينئذ إلى مترجمين يحذقون اللغة الفرنسية حذقهم اللغة العربية لينقلوا المحاضرات التي يلقيها أولئك الاستاذة على الطلبة الذين كان غالبهم لا يعرفون الفرنسية ولهم تصلع في العربية والفقهاء الاسلامي لأنهم من خريجي الزيتونة.

وكان في مقدمة من وقع انتخابهم لأداء هذه المهمة الصعبة باعتبار أن النقل يقع حيناً وفوراً، الاستاذان القاضيان محمد المالقي ومحمد بن عمار.

فكان المالقي ينقل محاضرات "ديبلا" في القانون المدني وفي المرافعات المدنية. وكان ابن عمار ينقل محاضرات "ديلوش" في القانون الجنائي وفي المرافعات الجزائية وكذلك محاضرات "ريكتانفالد" في التراتيب الادارية.

وتعلق الاستاذان المالقي وابن عمار مع الاساتذة الفرنسيين ووضعوا شروحا للمحاضرات ترجمت إلى العربية.

وكانت أول لبنة في التأليف القانوني وتعزيزت المكتبة العربية بكتب كانت نبراسا يهتدي به الطلبة تشرح الغموض في بنود القانون وتذكر القواعد التي استندت إليها هذه القوانين والمصادر التي أخذت منها ولم تكن كتباً مترجمة بل هي كتب بها اضافات وشروح تجعلها مؤلفة تأليفاً جديداً.

ولازم الرئيس المالقي الاستاذ "جان دوبلا" في المحاضرات المدنية مدة تربو عن عشرة أعوام كان "دوبلا" يلقي دروسه ويشرح المادة ثم يذهب ويخرج فيستولى المالقي الترجمة والشروح وابداء الرأي وسماع الاسئلة والجواب عنها.

وقد طبعت هذه المحاضرات بقلم الرئيس المالقي وتناولها الطلبة وفزعوا إلى كتب القوانين الفرنسية "كدلوز" مترجمين ما بها مقارنا مع القانون المدني التونسي.

وهكذا انطلق الاستاذ المالقي يدرس ويلقي المحاضرات وينشرها ويترجم مصادرها.

ومرت الأيام واستقل الاساتذة التونسيون بالتدريس وكان القانون المدني من نصيب الرئيس المالقي الذي أصبح مختصاً في ميدانه ملماً بكل جزئياته وکلياته وكل

عويصة أو مشكلة من مشاكله فكان يجيد المقارنات مع القوانين الأخرى خاصة القانون الفرنسي والفقهاء الإسلاميين.

وقد ترجم جانباً من شروح بعض العلماء الفرنسيين للقانون المدني وعلق عليها. وكتبه كلها مشحونة بالمقارنات مع الفقهاء الاسلامي الذي كان له اطلاع واسع عليه.

واذكر أن رجلاً من رجال القانون الفرنسيين ميدانه واختصاصه القانون المدني استضافه القاضي محمد المالقي الصغير على مائدته مع ثلثة من القضاة كان من بينهم الرئيس المالقي وكنت أيضاً معهم، وأثيرت بعض التوقفات والشغرات وتكلم الضيف وأبدى رأيه فأخذ الكلمة بعده الرئيس المالقي وشرح الموضوع شرحاً وافياً معرضاً غرضون ذلك بالأخطاء الفنية التي وقع فيها الضيف فاعترف هذا بخطئه وقال إن الاستاذ المالقي عالم جليل يعز نظيره في سلك رجال القانون بفرنسا وهذه الشهادة تصدر عن رجل تولى بعد ذلك منصب الرئيس الأول لمحكمة التعقيب الفرنسية.

قلنا إن الرئيس المالقي كان في هذه الفترة استاذاً للمادة المدنية، وكان هناك عدة قضاة يدرسون بقية المواد أمثال الشيخ محمد القلعي ومحمد بن عمار ومحمد الحليوي وعلي كمون والصادق الجزيري ومحمد العنابي وغيرهم.

وبرزت في هذه الفترة النشرة القضائية لودادية القضاة فكان الرئيس المالقي أول من كتب فيها ودبج دراسات قيمة نشرت في إعدادها.

ثم دارت الأيام من جديد وبشرت بعهد الحرية السعيد ويزغ فجر الاستقلال وأزيع عن تونس كابوس الاستعمار والاستغلال، فحمد النظام الجديد مجهود مدرسة الحقوق التونسية وقدر الفضل الذي يرجع إلى استاذها ومدرسيها وما كوّنه من رجال افذاذ في ميدان القانون، وسعى لتحسين وضع هذه المدرسة والأخذ بيدها.

فانشئت المدرسة العليا للحقوق حسب أمر عدد 249 مؤرخ في 21 جوان 1966 واقتضى هذا الأمر أن تأسس ضمن الجامعة التونسية معهد للتعليم العالي للحقوق يسمى : المدرسة العليا للحقوق تختم دراسته باجازه. وفي نفس التاريخ

والمرحوم الاستاذ حمادي الساحلي والاستاذ المنجي الشملي والدكتور جعفر ماجد والزملاء المغفور لهم محمد العنابي ومحمود العنابي والبشير بن أبي الضياف وكاتب هذه الأسطر.

المالقي بعيدا عن القضاء والتدريس :

أطالع في الصحف من حين لآخر في صفحة الوفيات نعي رجال يقع وصفهم بأنهم من المناضلين.

ولما وقع التفتن إلى أن هذا الوصف قد لا ينطبق على بعضهم نظرا لسنّ المتوفى وتاريخ النضال والكفاح، وخشية من كشف الأسرار فقد التجأ بعضهم إلى وصف آخر مناضل من الرغيل الأول كان يناضل منذ نعومة أظفاره.

وأحسب أن أول شخص يمكن أن يوصف بحق بالكفاح والنضال والدفاع عن ممتلكات الوطن هو المرحوم محمد المالقي. فهو وطني صادق مخلص في وطنيته صادق في كفاحه لا يتظاهر بذلك ويعمل في صمت وسكون بل في دهاء عميق.

كان رجلا اجتماعيا دمث الأخلاق له علاقات طيبة ومتينة مع شرائح من مختلف أفراد المجتمع خاصة ممن له تأثير في سير دواليب الإدارة. فكان يسخر هذه العلاقات الانسانية لفائدة بلاده ووطنه والمؤسسة القضائية وهو رائد من روّادها يعيش فيها منذ أوائل هذا القرن ويشرف على تكوين الأجيال من رجالها وتخرجهم وتسلمهم لأعلى الوظائف فيها وكان يريد منهم أن يرتفعوا بهذه المؤسسة وأن يحرسوها ويؤدوا عنها ويردوا عن ميادينها عبث العابثين المفسدين. كان هذا غرض عمله القضائي أو اثناء الدروس والمحاضرات. وهو في مقدمة كتابه شرح القانون المدني يتنفس الصعداء ويعرب عن أحاسيسه المكبوتة وعواطفه الجياشة إذ يقول :

«لقد مرت بالبلاد عصور ذابت فيها شخصيتها وتعطلت تشريعها وطبع بطابع أجنبي عنها لا يمت بصلة إلى طبيعة الشعب التونسي ومميزاته بل يعطي صورة لما كان يبرز تحته من أثقال يثن منها ويتوجج.....».

واسمحوا لي أن أعرض عليكم هنا عيّات تبرز أحاسيسه الوطنية وكفاحه في سبيل المحافظة على استقلال العدالة التونسية ونجاحاتها وحسن سيرها.

صدر قرار من كاتب الدولة للتربية القومية نشر في نفس الرائد في شأن تنفيذ ذلك الأمر وبين هذا القرار المواد التي تدرس وهي القانون المدني والاقتصاد السياسي والقانون الدستوري والنظم السياسية وتاريخ المؤسسات القضائية والقانون الاسلامي والرياضيات والاحصائيات والجغرافيا الاقتصادية واللغة الأجنبية والقانون العقاري والقانون الاداري والقانون الجنائي والمرافعات الجنائية والمرافعات المدنية والتجارية والتشريع المالي والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص والقانون التجاري والقانون البحري وقانون الشغل والضمان الاجتماعي مع وجود تعليم تطبيقي.

ومن بيان هذه المواد ندرك أهمية هذه المدرسة واتساع دائرة معارفها.

وجاء الفصل 7 من هذا القرار بأن المدرسة العليا يكون لها مدير عام يسيرها ويشرف عليها وعلى نظام الدراسة بها.

وعيّن القاضي الكبير الرئيس محمد المالقي أول مدير عام لهذه المدرسة يساعده في تسيير الشؤون الادارية كاتب عام هو صديقنا الاستاذ الهادي بوسن شفاء الله.

واختير الاساتذة من القضاة والمحامين ورجال القانون واختير المرحوم العلامة البحر محمد الفاضل ابن عاشور لتدريس تاريخ التشريع الاسلامي ولما أسندت إليه خطة الافتاء تشرفت بأن أكون خليفته في تدريس تلك المادة مع المواد الأخرى التي كنت ادرسها.

ودام الحال على ذلك حتى صدر الأمر عدد 253 المؤرخ في 21 أوت 1972 والمنشور بالرائد عدد 34 قاضيا بإدماج طلبة تلك المدرسة في كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وهكذا ولدت مع المالقي هذه المؤسسة العتيقة - المدرسة العليا للحقوق - التي تخرج منها رجال افذاذ وقد انتهت في آخر عهده بعد أن أخذت عنها المشعل كلية الحقوق وشملت بأجنحتها.

وبذلك انتهت مهمة المرحوم المالقي الذي لازم مع ذلك مكتبه بكلية الآداب وناديه وأصدقائه وخلّائه وهم من خيرة العلماء المبرزين أمثال العميد محمد البعلاوي

(1) كنت معه عضوا في الدائرة الجنائية ووردت على الدائرة قضية اتهم فيها أحد أذئاب الاستعمار بقتل رجل يعمل في البحر على متن قارب له وكان في نفس الوقت رئيس شعبة حزب الأمة الحزب الدستوري العتيدي الذي كان يقود الكفاح ضد الاستعمار.

وضاق به رجال الاستعمار وعزموا على التخلص منه فكلّفوا تونسيا من حراس الموالي هو عون من أعوانهم بقتله تحت ستار أنه كان خارج التراتيب وأنه أمر بأن يقف ويلبي نداء القانون فأبى وامتنع.

وجاء يوم المحاكمة وفوجئنا بوجود الكاتب العام للحكومة الفرنسي الذي هو برتبة وزير يجلس في الصفوف الأمامية وإلى جانبه موظف سام تونسي هو رئيس القسم الأول بالوزارة ومعهما بعض الموظفين الآخرين.

وقال المتهم إنه أمر الهالك بالوقوف فلم يمتثل وفرّ بقاريه ولذا اضطرّ لابقافه وأطلق عليه من سلاحه وأنه لم يكن ينوي قتله.

وناب ورثة الهالك محام من أعضاء الديوان السياسي وطالب بالحكم طبق قرار دائرة الاتّهام ويغرامة رمزية مقدارها فرنك واحد.

وترافع عن المتهم محامون طالبوا بالبراءة ودخلنا للمفاوضة متسائلين عن سبب حضور الكاتب العام للحكومة وعضده رئيس القسم الأول.

فقال لنا الرئيس المالقي إن المذكورين زاراه في مكتبه وألحّا عليه في ترك سبيل المتهم لأنه موظف حازم قام بواجبه ولم تكن عنده نيّة القتل.

قال المالقي وصرفت الرجلين على وعد بأن ينال الرجل حقّه وأن القضاء سوف ينصفه قطعاً.

ثم انهال يكشف الأسرار وقال إن اليد الحمراء هي التي سعت لقتل الهالك عن عمد واصرار انتقاماً منه لأنه اقض مضجعها وعطل عملها.

وكان المالقي يلقي علينا درساً في الوطنية وحماية رجال الحزب والدفاع عن كرامة التونسي والدود عنها وأملّى عليّ فقرات من الحكم القاسي الخشيد والقاضي بإعدام القاتل.

وشاع وقتها أن السفارة الفرنسية غاضبة على المالقي ولم يعرف الناس السبب وهذه الحقيقة التي كانت مجهولة وقتها فقد آلمت الصفعة المتدخلين وفاجأتهم ولم يحسبوا لها حساباً.

(2) كلف الرئيس المالقي بإدارة وزارة العدلية لفترة قصيرة لأن الحكومة لم تشكل واحجم الناس عن دخولها، وأخذني رحمه الله معه كرئيس لديوانه وكلفني بالجلوس بالوزارة ولازم هو مكتبه بمحكمة التعقيب وفي تلك الفترة كانت الأيام تضع ثقته ووطنيته تحت محك الاختبار وتتطلع إلى مواقفه من الحوادث إذ كان الفرنسيون وأذناهم يتدخلون في الشؤون العدلية لفائدة من ينتسب إليهم تدخلا سافراً لغايات سافلة هي جزاء العملاء ونصرتهم وتقديمهم على غيرهم في الوظائف والرتب.

فكان المالقي يردهم وينصف المستحقين ويسعى لحماية الادارة بروح القاضي النزيه.

(3) شهر أفريل كان له مكان مميز أسود حالك في التاريخ التونسي الاستعماري.

في 5 منه سنة 1922 تنازل الناصر باي عن العرش بسبب الاستبداد الفرنسي وتظاهر الشعب واصطدم بالقوى القائمة وفي 9 أفريل 1938 اعتدى الجيش والبوليس الفرنسي على الجماهير التونسية وقتل وشرّد وسجن وقد أفضت المجزرة الرهيبة إلى مئات من القتلى الأبرياء الذين لا ذنب لهم سوى المطالبة بالبرلمان التونسي حتى يتنفسوا جوّ الحرية.

وفي 12 أفريل سنة 1922 صدر أمر من رئيس الجمهورية الفرنسية يقضي بالسماح بقضاء المحكوم عليهم من طرف المحاكم التونسية مدة عقابهم بسجون المستعمرات الفرنسية إذ قرّر ذلك المقيم العام لفرنسا بتونس أي سفيرها بتونس والمصاريف يتحملها الميزان التونسي.

وفي 8 سبتمبر سنة 1922 صدر عن الباي التونسي أمر في تنفيذ ما جاء به أمر رئيس الجمهورية الفرنسي وجاء أمر الباي قاضياً بأنه بعد أخذ رأي لجنة شكلت لذلك الغرض في خصوص المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة وبمقتضى هذا الأمر أصبح

في الإمكان اخراج المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة من الولاية التونسية لقضاء العقاب بالمستعمرات الفرنسية.

ثم صدر بعد ذلك أمر آخر بفتح الأبواب لتغريب التونسيين عن بلادهم ووطنهم وتشريدهم خارج حدود تونس طوال الحياة ولو لم يصدر عنهم حكم بالأشغال الشاقة.

وقد عرف هذا الأمر الغريب العجيب الشاذ عند القضاة والمحامين بأمر التغريب المؤبد.

ففي 9 جويلية 1923 استصدرت فرنسا المستعمرة أمرا من باي تونس يحتوي على ستة عشر فصلا وحوث هذه الفصول ثلاثة محاور تخص هذه العقوبة التكميلية المحدثه في القانون التونسي.

وقد اشتمل القسم الأول على تعريف هذا العقاب بأنه عقاب تكميلي يهم الحق العام وهو الابعاد الابدي خارج حدود البلاد التونسية مع تعيين الإقامة بتراب المستعمرات الفرنسية والمحاكم الابتدائية والاستئنافية تصدر هذه العقوبة ضد من ارتكبوا جرائم وحوكموا عدة مرات.

وجاء القسم الثاني من هذا الأمر الغريب ببيان الأركان والشروط التي تتوفر حتى يقع الحكم بهذا العقاب.

وتضمن القسم الثالث أنه يمكن العفو من طرف المقيم الفرنسي على بعض المحكوم عليهم من التغريب في حالة المرض أو السقوط أو لفائدة بعض المجرمين المحكوم عليهم المغربين الذين قاموا بمزايا لفائدة الاستعمار الفرنسي.

وهذه العقوبة هي من أفظع العقوبات وأشدّها وأنكاهها عقوبة صارمة قاسية لا تقل عن الاشغال الشاقة ولا تبعد كثيرا عن الموت.

وكان القضاة التونسيون يتخرجون جدا من هذا الأمر ولا يطبقونه ويسعون لإيجاد الثغرات القانونية التي تحول دون تطبيقه.

وكان رئيسنا محمد المالقي عند مباشرته للقضاء الجناحي لا يطبق اطلاقا هذا الأمر ولا يعترف به ويصرح أمام كل الناس بأنه أمر ظالم غشوم فظيع لا يليق احترامه أو العمل به وكل الجهات كانت تعرف موقفه هذا.

وحدث مرة أن أحد المساعدين في الإدعاء العمومي المكلف بالنوازل الجناحية أحال قضية يستلزم التغريب على دائرة الرئيس المالقي.

ثم ذهب إليه معتذرا وقال له إنه سهوا مني أحلت عليكم هذه القضية والرجاء ارجاعها لي لأحيلها على الدائرة الأخرى.

فأجابه المالقي أنه من الأفضل الابقاء عليها عندي حتى لا يغرب هذا المسكين عن وطنه.

وفي 10 جويلية سنة 1954 نشرت دراسة مفصلة عن هذا الأمر بالصفحة القضائية التي كنت أشرف عليها بجريدة الصباح المكافحة وأظهرت الاستياء العام الحاصل من هذا الأمر وطالبت بحذفه وإزالته، ونحن نذكر أنه لما اشتدت الازمة السياسية واستقال الوزير الأكبر محمد صالح المزالي وحدث فراغ ولم يقبل أحد بتشكيل الحكومة أي الوزارة اضطرت السلطة إلى حلّ وقتي وهو تكليف بعض موظفين سامين بالقيام بالشؤون الادارية وكان وقتها القاضي المرحوم محمد النيقرو ملحقا بالوزارة الأولى يترأس القسم الأول فكلف بمهمة رئاسة الحكومة واسندت وزارة العدل إلى كفاءة القاضي الكبير محمد المالقي كاهية رئيس محكمة التعقيب الذي قبل بعد استشارة الأمين العام للحزب الاستاذ المنجي سليم رحمه الله الذي أبدى موافقته بواسطتي.

وكان كل ذلك بموجب أمر مؤرخ في 4 ذي القعدة سنة 1373 الملاقى 5 جويلية 1954 نشر بالرائد عدد 54/53 لسنة 1954 تحت عنوان :

«تكليف بعض موظفين سامين بالقيام بالشؤون الادارية عوضا عن الوزراء المستقيلين».

وانتهز المالقي فرصة وجوده على رأس الوزارة العدلية فاستصدر أمرا في 16 سبتمبر 1954 رائد 77 يتعلق بعقوبة التغريب واستطاع أن يمرره بسهولة فهو لم يغيره ولم يبدله وانما جعل تطبيق هذه العقوبة اختيارية للمحاكم، وهو يعرف مسبقا أنه قضى على هذه المعرة ومحاها من الوجود لأن القضاة لا يحكمون بها بعد ذلك ما دام

الأمر راجعا إلى اختيارهم بنفي مواطن لهم من وطنه والقائه في مستعمرة نائية لا حياة فيها إلا للوحوش.

(4) الرئيس المالقي كان المؤسس لجمعية الكفيلة ذات الهدف الأسمى لحماية الطفولة البائسة ورعاية الأبناء الشرد رعاية تشمل المأوى والتغذية والتعلم.

كان رحمه الله يرأس الجمعية ويخصص لها جانبا كبيرا من وقته وقد ضم إليه نخبة من الرجال من مختلف شرائح البلاد يقفون معه لخدمة الطفل ورعايته وحمايته.

وكان الرئيس المالقي يسعى إلى الخير في كافة ميادينه فهو المؤسس لجمعية العمران التي تولت بناء جامع هذه الضاحية.

(5) هذا واذكر رحلة المرحوم محمد المالقي إلى الحج على رأس الوفد الرسمي فقد شاهد الحجاج منه عناية فائقة بأمورهم وقضاء حاجاتهم وبإشرافه هذه القيادة بروح جديدة وتضحيات عالية فقد كان يخدم الحجاج بنفسه يلبي مطالبهم ويعدهم بالمساعدات في كل الأوقات.

هذه أمثلة صغيرة سقتها لتعلموا مدى طيبة قلب هذا الرجل وعمق احساسه الوطني وتفانيه في خدمة الناس بصدق وإخلاص.

ولقد عزّ علينا منعاه فذرنا الدموع عند وفاته ورددنا أنه لله وإنا اليه راجعون. وشعيت جنازته إلى مقبرة الفدان عشية يوم الثلاثاء 19 ذي الحجة الحرام سنة 1400 الملاقي 28 أكتوبر 1980 وتولى تأبينه رئيس الجمعية العالمية لوداديات القضاة الصديق العزيز الوفي الاستاذ الهادي سعيد فألقى كلمة بيغة جامعة ومؤثرة فيها اعتراف وتعداد مزايا الراحل الكريم وتسجيل لتاريخ حافل بجلالات الأعمال.

رحم الله رئيسنا المالقي فقيده العدالة والقضاء والتدريس وأسكنه فراديس الجنان وجازاه خيرا عما قدّم من جليل الأعمال وعما بثه من علم في صدور الرجال من كافة الأجيال.

م. ش.



الرئيس المالقي يلقي كلمته في افتتاح السنة القضائية -

القضاة الرؤساء من اليمين إلى اليسار :

الكاظم بن عاشور - محمد بن عمار - الفاضل بن عاشور - محمود

شمام - علي كمون

فاتحة الكتاب

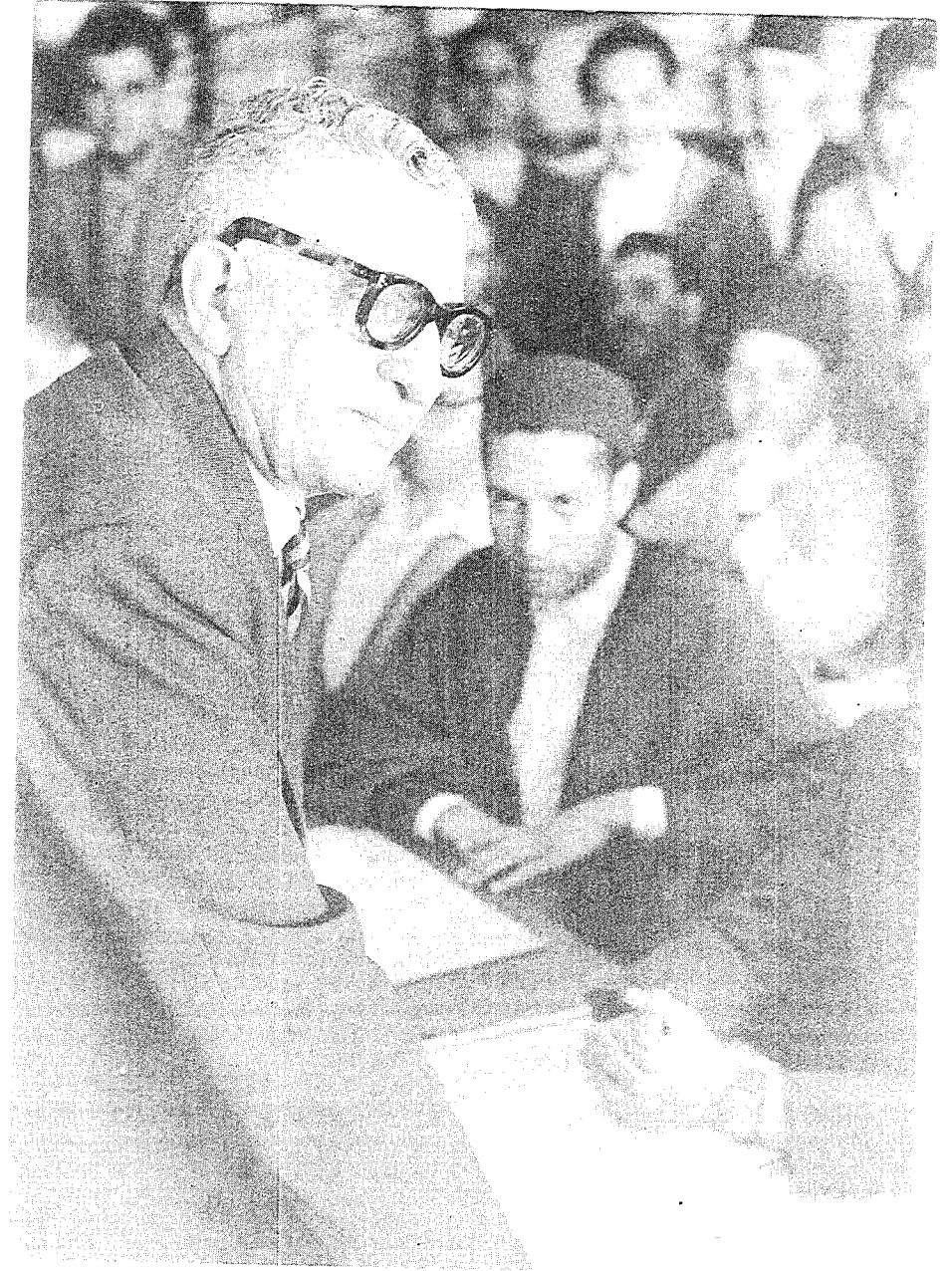
بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين

ان قانوننا المدني التونسي الذي وضع أوائل هذا القرن كان مادة دسمة شاملا لعدة نظريات واسعة في ميدان الالتزامات والعقود وشبهها وقد أشرفت عليه لجنة من خيرة العلماء والفقهاء سهرت على تحقيق نصوصه مما أكسبه دقة في التعبير وشمولا في الاحكام مع حسن التبويب وشدة العناية بأبسط الجزئيات مما جعله من التشرييع العالمية التي ينظر اليها بعين التقدير.

وقد كنت بدافع عملي المتواصل في حقل القضاء والتدريس مدة تربو على نصف القرن مدفوعا الى التعليق على مواد هذا القانون سواء تطبيقيا وقضائيا بمناسبة معالجة القضايا أو عمليا عند مباشرة التدريس لهذه المادة في محاضرات على منبر المدرسة العليا للحقوق أمام أجيال متعددة من أبنائنا الطلبة. وكان عملي هذا الذي هو ثمرة مجهود متواصل ودراسات وتحقيقات طويلة يلح علي في أن أسجله في كتاب وأن أضعه في مصنف حتى تتم فائدته ويعم نفعه كافة المنتسبين إلى مادة القانون فهو اذا حلقات لمحاضرات ألقىت على الطلبة بإطناب ومزيد في الشرح والتعليق وهذا الكتاب هو مختصر لهاتيك المحاضرات وموجز لما شملته من مواضيع لا يرقى لمصاف الشروح الوافية التي يعنى واضعوها بالتعمق في الاحاطة بما قيل حولها جزئية فأخرى.

وفعلا فقد نشرت الحلقتان الأولى والثانية من هذه الحلقات في شرح قانون الالتزامات وكان في العزم مواصلة نشر الحلقة الثالثة الا أن عدة عوامل مجتمعة فرضت علي العدول عن ذلك والتفكير في اعادة طبع الحلقة الاولى وإبرازها في ثوب جديد وذلك نظرا لنفاذ ما طبع سابقا منها ثم لهذا التطور العظيم في مادة التشريع مع مضي الزمن وتطور الحوادث ولهذه التنقيحات الشاملة لبعض مواضيع مما يدعو الى اعادة النظر فيما نشر سابقا بالشرح والتعليق وحتى بالتغيير الكامل.

أجل فلقد مرت بالبلاد عصور ذابت فيها شخصيتها وتعطل تشريعها وطبع بطابع أجنبي عنها لا يمت بصلة الى طبيعة الشعب التونسي وميزاته بل يعطي صورة



الاستاذ محمد المالقي مع ثلة من طلبة الحقوق

لما كان يزرع تحته من ائقال يئن منها ويتوجع حتى اذا بزغ فجر الاستقلال و استرد المجاهد الأكبر الحبيب بورقيبة مقود السفينة ومكن المجتمع التونسي من السير بقيادته نحو الازدهار والتقدم كان في طبيعة ما عني به اعادة النظر في هذه التشريعات وادخال التحويرات والتنقيحات عليها و ازالة ما كان منها مغايرا للواقع الوطني تحقيقا لعدالة اجتماعية تحت راية دولة ناهضة متقدمة جادة في ابراز الاستقلال بمفهومه الحقيقي الكامل.

وكان حظ التشريع من هذه العناية الجادة حظا مشكورا فاعيد النظر في عدة قوانين و ابرزت للوجود قوانين أخرى كالقانون التجاري والقانون البحري وقوانين المالية والبنوك و حورت أحكام الزواج والطلاق بصفة لا تنافي الفقه الاسلامي كما أدخلت على الاجراءات التغييرات التي يقتضيها توحيد القضاء وهكذا تغير وجه التاريخ التشريعي وازدهرت مادته الخام تحت قيادة موحدة في كافة الميادين يحمل رايتها رجل الجهادين الرئيس العبقري الحبيب بورقيبة.

واني لما كنت اضع اللمسات الأخيرة لهذا الكتاب كنت أفكر دوما اني وضعت لهؤلاء الابناء من طلبة الحقوق المتطلعين لفهم ما غمض من هذه النصوص وشرح ما تشابه من عباراتها فيدفعني الواقع المحسوس الى زيادة التبسط بالاستناد الى ما جاءت به التفاسير المرتكزة على مقارنة القوانين وعلى الاجتهاد في الفهم المبني على معطيات متعددة من عمل قضائي وعادة وعرف.

و اني أعتذر عما قد يكون هفا فيه القلم.

محمد المالقي

ملاحظة هامة :

هناك كتاب آخر لنفس المؤلف وقع طبعه منذ مدة تزيد على الأربعين عاما شرح فيه بإسهاب وإطناب نظرية الاثبات ووسائله كالاقرار والبيئة بالكتابة وبالشهادة والقرائن واليمين كما وقع شرح موضوع الغير في الالتزامات.

والرجاء الرجوع إلى هذا المؤلف في شأن تلكم المواضيع الهامة.

مقدمة

النظرية العامة للالتزامات

ان فكرة الالتزام أو الارتباط أو التعهد أو الموجب لم تكن في العصور البائدة على ما هي عليه اليوم وذلك بسبب اتساع التجارة وتطور الحياة اقتصاديا وتنوع المعاملات والمطالب المنبعثة من الحضارة، فقد كان الناس في فطرة البداوة غير مقيدين في أعمالهم بل كانت الأنانية سائدة عندهم والاطماع جارفة وكان ما يكون من حرب ونهب وسلب.

ولما استقرت الشرائع عند مختلف الأمم نظمت الروابط التي يكونها العمل القانوني مركزة على الارادة، وهذه الروابط هي التي يعبر عنها بالتزامات أو تعهدات أو موجبات وقد اختار المشرع التونسي التعبير بالالتزام لان التعهد منبثق غالبا عن الاتفاق بينما الالتزام قد ينشأ عن غير اتفاق كما في شبه العقد وفي الجنع وشبهها، فالنظرية العامة للالتزامات ذات شأن عظيم في القانون المدني بسبب وفرة مادتها لأنها تتناول مجموعة القواعد المقررة لتنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض في أعمالهم وتصرفاتهم وشؤونهم وقد ذهب علماء القانون الحديث الى النظر في الالتزام من وجهتين وجهة شخصية أو تقليدية وأخرى مادية أو شيئية فالأولى تشير الى ارتباط شخص المدين بشخص الدائن وجعل ارادة الثاني مهيمنة على ارادة الاول وأما المادية فهي تخرج بالالتزام بصفته مجرد رابطة بين شخصين الى اعتباره بمثابة قيمة من القيم المالية التي تدور حولها المعاملات بصرف النظر عن مقاصد الطرفين بحيث أن جزء الالتزام أي ضمان تنفيذه لا يقع كما كان الحال عند الرومان على شخص الملتمزم بل يقع على ذمته المالية باستثناء الصورة التي ما زال فيها الجبر بالسجن قائما.

وقد عرف المقتن التونسي الالتزام بقوله هذا: "الالتزام عبارة عن رابطة قانونية قاضية بالالتزام شخص ينعت بالمدين بانشاء أو نقل حق أو باجراء عمل أو بالامتناع عنه لفائدة شخص آخر ينعت بالدائن" وعرفته الشريعة الاسلامية بقولها "الالتزام هو شغل ذمة شخص بشيء الى شخص آخر مفردا أو جماعة ويسمى الأول ملتزما والثاني ملتزما له".

إن التعبير بالرابطة القانونية فيه إشارة الى الربط المحتوي على فكرة الجبر ووصف هذا الربط بالقانوني يشير الى الوسائل القهرية أي القوة الملزمة بالوفاء التي أعدها القانون للدائن تجاه مدينه لإكراهه على الوفاء عند إظهاره للدد وأساس هذا الجبر تناولت القوانين الحديثة تفسيره استنادا الى نظريات مختلفة فمنها **مصدر الجانِب الاجتماعي** ويقصد من ذلك أن الإنسان مدني بالطبع ومنها أيضا **مصدر الحق الطبيعي** لأنه من الطبيعي أن لا يضار الانسان في حقوقه وكذلك **مصدر الأخلاق** المركز على مبدأ أن لا ضرر ولا ضرار وعلى ما تقتضيه الآداب من التباعد عن الغش وعن سوء النية وعن الإفراط في استعمال الحق وقال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال أيضا « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا دين لمن لا عهد له ».

هذا وإن العمل القانوني قد ينبعث عن ارادة واحدة فهي تنشئ الالتزام كما في الفضالة والكفالة والوعد بالمكافأة وإذا كان العمل صادرا عن إرادتين متقابلتين فأكثر سمي اتفاقا أو عقدا ولا يعتد بارادة من يعمل على سبيل الهزل أو المجاملة التي تقتضيها الحياة اليومية كدعوة الى نزهة أو حفلة بل لا بد من التقيد بما له أثر قانوني وكل التزام من هذا القبيل يكون مقتربا بحق القيام لدى المحاكم ويسمى في الاصطلاح بالالتزام المدني وهناك التزامات ذات صبغة أدبية بحتة تفرضها مكارم الأخلاق كالصدق على الغير وإغاثة الملهوف وهو ما يعبر عنه في شريعتنا الاسلامية **بالواجب غير المحدود** الذي يدخل فيه الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك من أفعال البر فمثل هذا الواجب لا يسأل عليه الانسان إلا أمام الله هذا وقد توجد بين الالتزامات المدنية والالتزامات الأدبية البحتة من حيث نوع الالتزامات ما يعبر عنها في الاصطلاح بالطبيعة لأنه لا الزام فيها غير أنها متكونة من رابطة قانونية قد زال مفعولها القهري لاعتبارات اجتماعية أو لأنها عديمة المفعول من أصلها لمخالفتها للقانون كدين القمار مثلا فخلافا لما هو الشأن بالنسبة إلى الالتزامات المدنية لا يقبل القيام بطلب الوفاء بالالتزامات الطبيعية غير أن حصول هذا الوفاء تلقائيا يعد أداء لا رجوع فيه ومن خصائص الالتزام الطبيعي ما يأتي:

*** أولا :** الاعتراف به لا يحوله الى التزام مدني اذا لم تكن للمعترف نية التعهد بالأداء.

*** ثانيا :** لا يصح ربط التزام طبيعي بكفالة أو رهن اذ لا يجوز التنفيذ على الأصيل

*** ثالثا :** لا تجوز المقاصة به لأنها تفترض دينين حالين

*** رابعا :** اذا وفى المدين ثم استحق الشيء من يد الدائن فليس لهذا الأخير الرجوع بالدرك على ذلك المدين.

ملاحظة :

ذهب بعض العلماء الى اعتبار التعهد بالوفاء بالتزام طبيعي تجديدا له وهذا غير صحيح لأن التجديد يكون باستبدال الدائن أو المدين أو الموضوع ولا شيء من ذلك في الوعد بالوفاء بالتزام طبيعي وعليه فالأولى حسب آراء أخرى اعتبار ذلك الوعد بمثابة تعهد كان الالتزام الطبيعي سببا له.

بعض صور الالتزام الطبيعي :

إذا عدل المدين عن التمسك بالتقادم المسقط للدعوى ودفع لدائنه ما بذمته يكون قد وفى بالتزام طبيعي والأمر كذلك في صورة ما اذا دفع شخص مالا لم يبق ملزما به قانونا بعد أدائه اليمين الحاسمة الموجهة عليه من طرف دائنه أو بعد أن أحرز على حكم ببراءة ذمته لا رجوع فيه وكذلك صورة المفلس الذي يخلص دائنه في كامل الدين بعد إحرازه على الخط منه بموجب مصالح تجارية وكذلك أيضا صورة الوفاء من القاصر بعد رشده وهناك صور أخرى عديدة يبرئ فيها الانسان ذمته انقيادا لصوت الضمير حيث كانت القوة الملزمة للوفاء مفقودة.

وعلى الجملة فإن الالتزام الطبيعي يقف بين الالتزام المدني والالتزام الأدبي وهو يتأثر بضمير الفرد ومستوى البيئة التي عاش فيها ويختلف من عصر الى آخر ففي شريعتنا الاسلامية يكون الاتفاق على الأولاد صدقة اذا كان غير واجب شرعا.

مصادر الالتزامات

جاء القانون التونسي بتعدادها كما يلي :

أولاً: العقد: فهو عبارة عن اتفاق بين ارادتين فاكثر أما لانشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها أو لتغيير أو انقضاء أخرى سابقة الوضع.

ثانياً : شبه العقد : فهو عمل جائز يقوم به الشخص اختياراً ويترتب عليه بمقتضى القانون ما يترتب على الاتفاق.

ثالثاً: الجنحة : فهي فعل غير مباح صادر عن قصد الاضرار

رابعاً : شبه الجنحة : فهي فعل غير مباح أيضاً صادر عن غير قصد لكن صدوره كان عن إهمال أو تفريط أو غير ذلك مما ينفي التحرز والاحتياط.

خامساً : القانون : فمعنى ذلك هو أن الالتزام ينبعث مباشرة من القانون لاعتبارات اجتماعية مختلفة وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح الشرعي بالفرض أو الموجب.

ملاحظة أولى :

سنأتي فيما بعد على بعض التفاصيل لمعرفة هل يوجد مصدر سادس يتمثل في الارادة المنفردة كمنبت للالتزامات.

ملاحظة ثانية :

لا يفرض القانون مبدئياً تعميم ذمة شخص بدون أن يصدر منه عمل ما ويستثني من ذلك صوراً أقرها القانون. فمن ذلك ما يقتضيه القانون وغير ذلك مما هو ناتج عن التملك وهذه التكاليف لا ترفع على من بيده الملكية الا اذا تخلى عنها بالاحالة للغير الذي يصبح متحملاً عوضاً عنه بتلك التكاليف ومن صور الأحكام الشرعية للالتزامات المتولدة عن ولاية الآباء بالنسبة إلى القصر ومنها أيضاً وجوب الانفاق أي أداء النفقة المترتبة على الأصول للفروع وعلى الفروع للأصول وكل ما أوجبه القانون بشأن الزواج والنسب.

هذا وإن بعض الشراح يردون الالتزام الى مصدرين اثنين العقد والقانون، وآخرين يردونه الى الأعمال القانونية والاحداث غير المباحة.

وفي التشريع السويسري مصادر الالتزام هي :

العقد والارادة المنفردة والعمل غير المباح والاثراء بدون سبب والقانون.

وفي التشريع اللبناني مصادر الالتزام لا تخرج عن الأعمال القانونية والأفعال غير المباحة والاثراء بدون سبب والقانون.

وسأأتي بالبحث والتحليل على هذه المصادر الواحد تلو الآخر مبتدئين بالعقد أو الاتفاق وقد يراد باللفظين شيء واحد إلا أنه من الوجهة النظرية تخصص كلمة عقد لإنشاء الحق أو إحالته وكلمة اتفاق لتغيير شروط العقد وانقضائه.

فالاتفاق بهذا المعنى يكون الجنس والعقد يكون النوع أما الالتزام الذي تقدم تعريفه فهو وليد العقد. فالبيع مثلاً عقد يولد التزامين مبناهما الدائنية والمديونية بينما إسقاط الدين لا يرمي الى إحداث تلك العلاقة بل مفعوله انقضاؤها وفي التطبيق يعبر بكلمة عقد عن اتفاق بين ارادتين فأكثر أما لإحداث رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها أو لتغيير أو انقضاء أخرى سابقة الوضع وهذا التعريف يمتاز بالإشارة الى أن الركن الأصلي للعقد هو حرية الارادة في ضبط التأثيرات الجائزة وتكييفها.

ملاحظة :

يلزم النية والقصد فلا عبارة بارسال الكلام جزافاً وقد جاء بالفصل 18 أن "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام".

تقسيم العقود والمصلحة من مقابلة بعضها ببعض

للعقود أنواع بحسب تكوينها أو موضوعها أو طبيعتها.

فمن حيث التكوين تكون إما رضائية أو عينية أو شكلية.

ومن حيث الموضوع تكون بعوض أو مجانية أي عقود تبرع وإحسان.

كما تكون مسماة أو غير مسماة وعقود انضمام أي انخراط وإذعان أو عقود التراكن والمساومة أو مفروضة ومن حيث الطبيعة تكون معلومة العوض أو احتمالية كالمراهنات وتكون فورية أي حالة أو مستمرة وتكون أصلية أو تبعية كما تكون تبادلية أو لازمة لطرف واحد وتكون أيضاً مدنية أو تجارية أو مختلطة كالتأمين على الحياة الذي هو مدني بالنسبة إلى المضمون وتجاري بالنسبة إلى الشركة ويضاف الى ما سبق عقود الأفراد وعقود الجماعة والعقود النموذجية.

أمّا تقسيم العقود في الشريعة الاسلامية فهو الآتي:

العقد إمّا صحيح أو باطل أو فاسد. فالصحيح هو المتوفرة فيه شروط الانعقاد والصحة أي المشروع ذاتاً ووصفا والعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه كعقد المجنون والفاقد هو المشروع أصلاً ووصفاً كالبيع المؤجل لمدة غير معلومة أو بيع المجهول عند المشتري كما لو اشترى انسان ما يملكه آخر بسوسة مثلاً بدون تعيين أو البيع الذي يشوبه الغبن.

ويكون العقد نافذاً أو موقوفاً.

فالنافذ هو ما لا تعلق له بحق الغير والموقوف هو الذي يتعلق به حق الغير فلا يصح بيع المرهون إلا إذا وافق عليه المرتهن ولا وصية لوارث ما لم يوافق عليها بقية الورثة بعد موت الموصي.

ويتفرع على العقد النافذ العقد اللازم والعقد الجائز وغير الجائز فالعقد اللازم هو العاري من الخيار بمعنى أن فسخه يلزم فيه اتفاق الطرفين بناء على قاعدة أن كل من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه والعقد غير اللازم هو الذي يكون فيه أحد العاقدين مخيرا في الفسخ أو البقاء على العقد كبيع الثنينا. ففي الرهن مثلا يكون للمرتهن وحده حق تنهية الرهن ومن العقود غير اللازمة الوكالة والوديعة والعارية ما لم يعق التقيد بأجل.

ولنبحث بعد هذا البيان خصائص التقاسيم العصرية فنقول :

بالنسبة إلى العقود الرضائية والعينية لا تتوقف الأولى على غير الإيجاب والقبول فاذا اقترن هذا بذلك تم العقد ولو لم ينجز العمل في الحال كالبيع والمعاوضة والوكالة والشركة وأما الثانية فهي تستلزم مصاحبة التراضي بتسليم العين كالعارية فالتسليم والرضا هما العنصران المكونان معا لهذا النوع فالهبة عند الامام مالك عقد رضائي وعند ابن حنيفة عقد عيني يتوقف على القبض، والصنف الثالث من هذه العقود وهي الشكلية لا يكفي فيها الرضا بل يتوقف وجودها على اتباع شكل مخصوص يعينه القانون وهو في غالب الاحوال لزوم الحجة الرسمية بحيث أن الكتب ركن أساسي يتوقف عليه كيان العقد كيانا قانونيا لا إنه مجرد وسيلة إثبات ولا يفيد الطرف الذي لم يتبع ما أمر به الشارع إقرار المتعاقد معه أما الشريعة الاسلامية فانها لا تعتمد نظرية الشكلية بخلاف القانون المدني الفرنسي فانه أوجب الشكلية في بعض عقود كالزواج والتبني وعقد الرهن التأميني والحلول الرضائي من المدين والهبة.

عقود العوض وعقود التبرع :

يلتزم كل من الطرفين في عقود العوض بحيث أن النفع فيها للجانبين كالبيع والكراء والاجارة بخلاف عقود التبرع فأحد الطرفين فقط يلتزم فيها للآخر بالتخلي عن منفعة بدون مقابل كالهبة والعارية والقرض لوجه الله هذا وإن وصف العقد بكونه عقد عوض أو عقد تبرع قد يوكل لتقدير الحاكم لما ينتج عن ذلك من آثار.

المصلحة من التنظيم بين النوعين :

يميز بين عقود العوض وعقود التبرع :

أولا : من حيث الغلط في شخص المعاهد إذ أنه يفسد العقد المجاني كما جاء بذلك الفصل 46.

ثانيا : من حيث المسؤولية المترتبة عن الاخلال بالوفاء فهي ثقيلة في عقود المدين عملا بقاعدة أن الغنم بالغرم وخفيفة في النوع الآخر فالوديعة إذا كانت بالأجر تستلزم مسؤولية أشد على كاهل المودع لديه.

ثالثا : من حيث التدرك بالعيوب فهو مختلف بحسب نوع العقد فالبائع مثلا يضمن حتى العيوب الخفية.

رابعا : في دعوى إبطال تصرفات المدين المعسر المعبر عنها بالدعوى البوليانية شروط القيام بها أخف بالنسبة إلى عقود التبرع بمعنى أن الدائن ليس عليه إثبات سوء نية الموهوب له بينما الأمر بخلاف ذلك في عقود العوض إذ يطلب منه إثبات تواطؤ المشتري مع المدين ليحكم بإبطال البيع.

خامسا : معالم النقل أوفر في صورة التبرع.

سادسا : في الحقل التجاري جميع الأعمال ذات الآثار القانونية تقع بعوض باستثناء الحماله.

العقود المسماة و غير المسماة :

فالأولى هي المبوبة في المجلة لما لها من أحكام خاصة بها زيادة على المبادئ العامة فمن هذه العقود نذكر على سبيل المثال البيع والكراء والشركة والوكالة والضمان أما العقود عديمة الاسم فهي التي لم يرتب لها الشارع أحكاما خاصة بها بل هي تدخل تحت الأحكام العامة، فالعقد الذي يبرمه المريض مع إدارة المصلحة يشمل المعالجة ومناولة الدواء والطعام وإعداد الفراش والنظافة وغير ذلك. ومن العقود غير المسماة عقد النزول بالفنادق إذ يدخل فيه الكراء وشراء الطعام وإيواء الدواب والعربات والخدمة.

عقود الانضمام وعقود التراكن والمساومة :

الشأن في عامة العقود هو أن يمهد إليها السبيل بالمفاوضة والمناقشة بين الطرفين وضبط الشروط الى غير ذلك من المفاهيم وبإزاء ذلك توجد عقود الظاهر منها أنها لا تقبل نقاشا لأن أحد الطرفين أوجب شروطه فارضا على معاقده قبولها على ما هي عليه أو رفضها كما هو الحال بالنسبة إلى شركات الأرتال والكهرباء والغاز والماء ومن ذلك أيضا عقود الشغل وكانت بعض الشركات فيما مضى تضمن شروطا جائرة مجحفة بحقوق معاقديها إلا أن الدولة الساهرة على عموم المصالح حدت من تلك الحرية بإبطال ما ترى فيه افراطا وتعسفا. من ذلك ما تضمنته بعض القوانين التجارية من

العقود الملزمة للجانبين أو التبادلية والعقود التي فيها الالتزام من طرف واحد :

ففي الأولى كل طرف دائن ومدين كما في صورة البيع والبراء والشركة وهذا النوع هو المتعارف في التعامل أما النوع الثاني فالالتزام فيه من جانب واحد ولو أنه أبرم باتفاق الجانبين كالوديعة بدون أجر والكفالة والوكالة والعارية. فالمصلحة من التمييز بين النوعين تستنتج من ناحيتين في القانون التونسي ناحية عدم وجوب الوفاء من أحد الشقين مع إمكانية طلب الفسخ وذلك في صورة ما إذا لم يوف الشق الآخر بتعهداته إذ أن التزام كل منهما معتبر سببا لالتزام الآخر فالشرط الفاسخ مقدر والناحية الثانية تتمثل في ضمان تلف المقومات بالأمر السماوي المصطلح على تسميته بمخاطر الهلاك فلا يبحث لمعرفة من هو المتحمل به من الشقين إلا في العقود التبادلية.

يجمل بنا قبل ختم مبحث هذه التقاسيم أن نشير بكلمات موجزة الى نوع آخر من العقود وهو تعاقد الانسان مع نفسه ولنبادر بالقول إن العقد لا يكون عقدا في نظر القانون إلا إذا اشتمل على إرادتين متقابلتين متعارضتين وعلى خلاف ذلك يتكون التعاقد مع النفس إذ أنه في هذه الصورة يتعاقد الشخص بالنيابة عن العاقدين كليهما في شأن مصالحهما المتضاربة كما لو يوكل شخص على بيع شيء معين فيباشر هذا البيع نيابة عن صاحب الشيء لفائدة انسان آخر أسند اليه أيضا توكيلا لشراء ما ذكر وهناك صورة أخرى يكون فيها للشخص سلطة إبرام تصرف معين لحساب شخص آخر فيقوم هو نفسه وحسابه الخاص بدور المتعاقد الآخر فهو حينئذ يتعاقد مع نفسه أصيلا بالنسبة إلى ذاته ونائبا عن غيره وقد أجاز الإمام أبو حنيفة النعمان للأب أن يشتري مال ولده الصغير وكفي هنا بإيجاب الوالد فقط لأن هذا التعاقد مع النفس لا تتوفر فيه الحماية اللازمة لمصلحة الأصيل لذلك فمعظم الشرائع تحجيزه ما لم تتوفر شروط الرعاية بتداخل ذوي النظر، وهناك قانون فرنسي مؤرخ في 4 مارس 1943 في موضوع شركة الأسهم يقتضي وجوب مصادقة مجلس الإدارة على شراء أحد المتصرفين لشيء تملكه الشركة كل ذلك مع مراعاة ما يقتضيه قانون التجارة وعمليات البورصة.

تحجير اشتراط عدم الضمان في صورة ضياع أو تعيب ما يودع عند شركات النقل من بضائع والأمر كذلك بالنسبة إلى شركات التأمين أي أنه لا يسمح لها بفرض الشروط المرهقة لأن هذه العقود مكونة لجلب المنافع لعموم الناس لا أفضلية لواحد على الآخر.

هذا وقد تدعو المصلحة العامة الى فرض بعض عقود تنعت بالعقود المفروضة كعقد التأمين الواجب على أصحاب السيارات ذات المحركات النارية.

العقود المعلومة العوض والعقود الاحتمالية :

تكون العقود معلومة العوض صفة وقدرا إذا كان كل طرف فيها يقبل من الآخر منفعة معلومة في الحال تفوق أو تساوي المنفعة التي قدمها أو تقل عنها بحيث أن كلا منهما يعلم أثر التعاقد أهمية ما تعهد به ولو بدون تعادل بين المنتفعين كما هو الشأن في البيوعات وفي الاجارة وغير ذلك.

و أما العقود الاحتمالية وتسمى أيضا عقود المراهانات فان المقابل فيها الحظ والنصيب كمضاربات البورصة وعقود اليانصيب وعقود الرهان والايارد مدى الحياة وتظهر المصلحة من التفرقة بين النوعين في صورة الغبن فالعقود المعلومة العوض هي التي تتحمل القيام بالغبن.

العقود الفورية أو الحالة والعقود المستمرة أو المتتابعة :

فالأولى تقبل الانحياز في الحال كالبيع والمعاوضة وينتهي مفعولها بمجرد التنفيذ، أما الثانية فهي التي تقع فيها التعهدات لمدة معينة سلفا أو قابلة للتعيين كالبراء والقرض والتأمين والشركة ومن خصائص العقود الفورية انسحاب الفسخ على الماضي بينما المستمرة لا يتسلط فيها الفسخ على المدة التي مضت كما أن نظرية الطوارئ لا محل لها بالنسبة إلى هذا النوع الثاني.

العقود الأصلية والعقود الفرعية أو التبعية :

فالأولى هي القائمة بذاتها مستقلة عن غيرها والثانية ليس لها كيان إلا بالتبعية لغيرها كالحالة والرهن بحيث أنها تفسد بفساد الأصلية فالحالة تبطل اذا كان عقد القرض باطلا.

إن القانون منبثق عن السلطة العامة بينما العقد يتولد عن الإرادة الشخصية وإدارة المصالح الخاصة، هذا ومن جهة أخرى فإن العقد يتوقف وجوده على احترام القواعد القانونية ليكون شريعة الطرفين وللحاكم أن يراقب ذلك من عند نفسه ويضبط أسباب البطلان التي اقتضاها النظام العام. ومن الفروق أن نظر المحاكم يختلف في حالتي القانون والعقد إذ ليس للحاكم أن يستند إلى عقد لم يتمسك به من كان طرفاً فيه بينما يجوز له أن يستند في حكمه على الوسائل القانونية خاصة إذا كانت ماسة بالنظام العام، ثم إن الطرفين ليس لهما الاستناد إذا عقد بدون إثبات وجوده أما القاعدة القانونية فلا يطلب منهما إثباتها.

وهناك فرق آخر بالنسبة إلى تأويل العقود مفاده أنه ليس لمحكمة التعقيب تأويل ما بالعقود أي البحث على اتحاد إرادة كل من المتعاقدين فيما اتفقا عليه فهذا البحث يتناول جميع العناصر التي أحاطت بالاتفاق مما هو من انظار محكمة الموضوع وليس لمحكمة التعقيب أيضاً أن تؤول للسبب نفسه ما تقتضيه العادة.

أركان العقد وشروط صحته

الركن هو ما كان داخل ماهية العقد أي ضمن تكوينه فكل من الرضا والموضوع والسبب معتبر ركناً أساسياً للعقد، ففي البيع مثلاً الأركان هي الثمن والمثلن والصيغة ونعني بالصيغة الإيجاب والقبول فبانعدام واحد منها ينعدم البيع من أصله وعليه فالعقد يعتبر عديم الوجود بفقدان أحد الأركان الثلاثة ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا لم تراعى بعض الأوامر أو النواهي التي أوجبه القانون كما لو وقع خرق قاعدة يقتضيها النظام العام. وهناك درجة ثالثة يعتبر فيها العقد فاسداً أي قابلاً للإبطال وذلك في صورة ما إذا كانت الإرادة مشوبة بعيب من العيوب التي سيأتي بيانها ويقال في هذا البطلان إنه نسبي إشارة إلى أنه مقرر لصالح المتضرر من العقد فهذا المتضرر هو الذي يحق له وحده القيام بطلب فسخ هذا العقد إن لم ير التصديق عليه بعد زوال العيب بحيث أن الحاكم لا يحكم بإبطاله من تلقاء نفسه كما يفعل بالنسبة إلى العقد الباطل من أصله بحكم القانون فدور الحاكم مقتصر في هذه الصورة على ملاحظة صفة البطلان ولا يقال إن هذا البطلان قضى به الحاكم بل هو حاصل بحكم القانون وقد نص الفصل 5 على بعض صور لا يعتد فيها بالإرادة فمنها صورة الصغير الذي لم يتجاوز الثالثة عشر من عمره لأنه معتبر فاقداً كل ميز وصورة الرشاء المصابين في عقولهم إصابة أهدمت عندهم ملكة التمييز وكذلك الذوات المعنوية لأنه ليس لها وجود حسي بل توجد في الاعتبار وهي مشبهة قانوناً بالأشخاص الفاعدين للميز فالذوات المعنوية تشخصها هيئات إدارية تتولى نيابة عنها إدارة المصالح التي تكونت من أجلها كما أن هناك حالات طبيعية أو طارئة يكون فيها الإنسان عاجزاً عن استعمال حقوقه المدنية فمن ذلك فقدان التمييز عند الصغير أما الحالات الطارئة فمثالها حالة السكران بمائع أو مخدر وحالة المصاب المجنون مطبق ومن ذلك أيضاً حالات أخرى كالليقظة النومية أو الجولان النوم والتنويم المغناطيسي وحالة من طعن في السن وغاب صوابه وانتهاك العقل بسبب المرض وشدة الغضب وعلى كل فإن الأمر يرجع إلى الإثبات فإذا ثبت عدم الميز كان العقد عديم الوجود بسبب فقدان الرضا وإذا ثبت حصول اختلال نسبي في الإدراك كان العقد قابلاً للفسخ.

صورة انعدام الموضوع :

ليس للعقد وجود اذا كان موضوعه معدوماً أو مستحيلاً أو غير جائز ويشترط في الاستحالة أن تكون مطلقة كالتعهد بلمس الشمس أو بانزال القمر.

صورة انعدام السبب :

ليس للعقد وجود اذا كان السبب كاذباً أو مفقوداً تماماً أو غير مباح كما في صورة تعهد انسان للآخر بمال معتقدا غلطاً أن ذمته عامرة به فالالتزام لا يتصور بدون غاية مقصودة.

تحليل أركان العقد الأساسية :

الرضا : هو توافق المتعاقدين على ما قصدا الاتفاق عليه و يتكون منه **الايجاب والقبول**، وقد عرف المشرع الرضا بقوله أنه عبارة عن اتفاق إرادتين فأكثر لانشاء نتيجة قانونية فالشخص الذي أفصح أو عبر ابتداء عن عزمه على التعاقد ينعت **بالموجب** وينعت **بالقابل** الشخص الذي يرضى بما عرض عليه وباقتران هذا القبول بالايجاب يتم العقد لكن بشرط أن يكون مطابقاً للايجاب لأنه جواب له، ويصح أن يكون الايجاب بالقول والكتابة والاشارة كما يصح أن يكون عاماً لكل راغب كعرض بضائع للعموم مع بيان سعرها أو وقوف عربة نقل عمومية لحمل راغبي التنقل فمن عرض بضاعته كيف ذكر أما بطريق النشر بصحف الأخبار أو باشهارها بمحل تجارته يكون ملزماً بتسليمها للراغب ولا يتفصى من هذا الواجب الا في صورة نفاذها كما أن صاحب العربة ملزم بالسماح بالركوب لكل راغب اللهم الا اذا لم يبق فيها متسع لأحد ويمكن سحب الايجاب ما دام القبول لم يحصل صراحة أو بالدلالة وليس بايجاب عرض التاجر لبضاعته وقوله انه ستكون بأثمان منخفضة بل أن هذا القول مجرد ترغيب في الشراء وراءه المفاوضة في الأثمان.

ويعتبر الايجاب مسحوباً وغير عامل اذا مضى أجل مناسب بدون أن يحصل القبول ويراعى في ضبط هذا الأجل مختلف الظروف ومقاصد الموجب والعوائد المحلية وقد جاء الفصل 27 بأن الايجاب من شخص الى آخر حاضر أمامه بدون تعيين أجل للقبول يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل الشخص الآخر في الحال أي الى آخر المجلس والأمر كذلك في صورة المخبرات التليفونية وهذه المخبرات تعطي هكذا حكم الاجتماع لعقد البيع و اما اذا تضمن الايجاب أجلاً للقبول فلا يمكن سحبه الى أن يمضي الأجل

والايجاب الواقع بطريق المراسلة بدون تعيين أجل فلا يمكن سحبه واعتباره مسحوباً ما دام الأجل الذي يقتضيه الجواب لم يمض وهناك صورة مخالفة لما جاء به القانون الفرنسي وهي التي تضمنها الفصل 35 من أن موت أو انعدام أهلية الموجب لا يمنع انبرام العقد اذا جاء القبول في إبانته وبدون أن يكون صاحبه عالماً بما حل بالطرف الآخر ويفهم من نظرية القانون الفرنسي أنه لم يستصوب التقاء إرادتين إحداهما في طي العدم بسبب موت صاحبها لكن المشرع التونسي احتاط لذلك باشتراط عدم العلم معتبراً أن العقد قد تم بحكم القانون بمجرد التصريح بالقبول وفي مكانه. وقد نص الفصل 19 على إشهار الوعد بمبلغ معلوم على سبيل المكافأة لمن يعثر على شيء ضائع أو لمن يباشر عملاً معيناً فهذا الايجاب المعبر عنه بالجعل لا يمكن سحبه إذا حصل قبوله ضمناً باحضار الشيء الضائع أو باجراء العمل المعين لأن العقد وقتئذ يعتبر تاماً وقال صاحب التحفة في هذا الصدد : "الجعل عقد جائز لا لازم لكن به بعد الشروع يحكم:.. ويوجد بالفصل 19 المذكور استثناء من القاعدة العامة مفاده أن من أحضر الشيء أو أجرى العمل يستحق الجائزة ولو كان يجهل الوعد بها عند قيامه بالعمل فالقبول يعتبر حاصلًا ضمناً بمجرد الشروع في ذلك العمل واذا تضمن الاعلام أجلاً تعذر بذلك سحب الايجاب في بحر مدته وهكذا يصبح الموجب مقيداً بمقتضى إرادته المنفردة وبحكم القانون.

الايجاب في حالة الاشهار بالمزاد العمومي :

جاء القانون بأن الاشهار للبيع بالمزاد العمومي وسيلة للتحصيل على الايجاب فالواقف عليه الثمن يكون هو الموجب والبائع صاحب القبول وهذه القاعدة لا تتغير في صورة ما اذا كان الاشهار على طريق الحكم الا أن صاحب الشيء المعروض للبيع غير مخير في القبول أو الرفض كما أشير الى ذلك بالفصل 324 من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

القبول : لما كان القبول جواباً للايجاب لزمّت مطابقتها لبعضهما مطابقة تامة حيث أن اشتراط ما لم يتضمنه الايجاب من طرف القابل تنقلب به وضعية مراكز الطرفين فيصبح العارض الأول هو صاحب القبول والثاني هو صاحب الايجاب فلو فرضنا أن شخصاً عرض على آخر بيع عربته بألف دينار واجابه الثاني بأنه لا يبذل الا نصف ذلك المقدار فهذا الأخير يكون قد أوجب على نفسه شراء العربة بالثمن الذي عينه متربحاً بقبول الطرف الآخر لذلك وهذا الوضع يؤيده منطوق الفصل 31 الذي نصه :

"الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للايجاب مصحوبا بايجاب آخر" واما إذا كان الايجاب مشروطا والقبول مجردا عد الجواب موافقا للايجاب.

ملاحظة أولى :

جرى العمل في صورة القبول على طريق الهاتف باضافة كلمة "يتبعه مكتوب" فاذا كان مدلولها تقييد القبول بشرط فلا عقد وأما إذا كان المكتوب الموعود هاتفيا بارساله مفاده تكييف تنفيذ الاتفاق بدون إدخال أي احتراز عليه اعتبر العقد منبرما كما أن مطابقة القبول للايجاب قد تستلخص من شروع الموجه اليه الايجاب في التنفيذ بلا شرط ولا احتراز.

ملاحظة ثانية :

تساءل علماء الحقوق عما يتجه تقريره في صورة ما إذا كان الايجاب موجها إلى عدة أشخاص وقبل البعض منهم فقط فهل يتم العقد بين الموجب ومن قبل منهم أو أنه يلزم الغاء الايجاب وبالتالي اعتبار العقد غير منبرم الجواب الذي يقتضيه المنطق هو تفضيل الاسبق في قبوله غير أنه قد تتكون ظروف تجلب المحاكم لسبر المقاصد والأهداف واتحاد أو تباين المصالح وعند استعصاء الحل عليه يقضي بعدم تكوين العقد لأن الالتزام كما هو معلوم يفرض الى تقييد الحرية الشخصية وليس من المقبول ارغام الانسان على اكتساب حق لا يريد اكتسابه غير أنه في بعض الصور التي منها المصالحة التجارية والعقود الجماعية قد تفرض ارادة البعض على البعض الآخر تحت القيود المبينة في بابها.

وما يلاحظ أنه إذا حصل القبول فلا يمكن الرجوع فيه لأن العقد أصبح مبرما اما الرجوع في الايجاب فهو جائز حسب صريح الفصل 30 ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاه من الطرف الآخر. هذا ويكون القبول صريحا أو ضمنيا فالصريح يحصل بالقبول أو الكتابة أو الإشارة بحركة الرأس أو السبابة أو غير ذلك وقد جاء الفصل 29 بصورتين تطبيقيتين للقبول الضمني هما :

* أولا : صورة ما إذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه فالعقد في هذه الحالة يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في العمل به:

* ثانيا : صورة تعلق الايجاب بمعاملة تقدم الشروع فيها كتجديد الكراء بعين الشروط السابقة عند عدم الافصاح عن تنهيته بعد انقضاء مدته وكذلك صورة قيام الوكيل بما وكل عليه.

هل يعد السكوت رضا ؟

ما هو جار على السنة بعض الناس من أن "السكوت من باب الرضا" لا يتفق مع ما يقتضيه القانون لأنه موقف سلبي ومن جهة أخرى فإن المجازفة في كشف خفايا الفكر وبواطن النفس لا تقبل بحال وقد جرى عمل المحاكم بأن من ترسل اليه صحايف إخبارية بقصد الاشتراك فيها لا يعد سكوته رضا به إذا لم يجب وليس عليه أن يرجع الاعداد التي اتصل بها اللهم الا إذا استمر على قبولها وخاصة إذا ضمن بها المرسل: أن عدم ارجاعها عنوان على قبول الاشتراك وعلى كل فإن المسألة اجتهادية للمحاكم أن يتولى حلها بحسب الظروف أما إذا كان الاشتراك حاصلا من قبل فان سكوت المشترك بعد المدة المحددة مظهر لرغبته في التجديد وهناك صورة أخرى يعد فيها السكوت رضا، وهي التي ينطوي فيها الايجاب على عمل يستفيد منه المخاطب به كتمديد أجل الدين من طرف الدائن وقال صاحب التحفة في هذا الصدد :

وتأذن الثيب بالافصاح والصمت اذن البكر في النكاح

في أي وقت وفي أي مكان يعتبر العقد تاما؟

يتجه هذا السؤال في صورة اختلاف مراكز الطرفين بأن يكون كل منهما في بلد غير المركز الذي به الآخر وكانت المخاطبة بالمراسلة أو بواسطة رسول والمصلحة من ذلك تتمثل في الأحوال الآتية:

* أولها : امكانية الرجوع في الايجاب ما دام العقد غير تام.

* ثانيها : حصول موت أو عدم أهلية الموجب.

* ثالثها : مسألة مخاطر الهلاك بالأمر السماوي.

* رابعها : بداية حساب مدة التقادم.

* خامسا : إمكانية القيام بإبطال تصرفات المدين المعسر من طرف الدائن.

* سادسها : تميز أهلية المتعاقدين.

فلا صعوبة إذا كان الطرفان في مجلس واحد وبحالة مخابرة هاتفيا إذ يلزم التصريح بالقبول في الحين نفسه كما جاء ذلك بالفصل 27. أما إذا كان أحدهما بعيدا عن الآخر والمخاطبة بينهما بالمراسلة فما هو يا ترى وقت توجد العقد؟

موضوع الالتزام

أطلقت الشريعة الإسلامية على الموضوع لفظة "المحل" وهو ما بذمة المدين شيئا كان أو عملا ولفظة شيء تشير بصفة عامة الى الأموال أي كل ما ينجر منه نفع للانسان وبعبارة أخرى الى كل ما تقع عليه العين في العالم الخارجي منظورا اليه من قبيل الحقوق المحتملة الوجود أما لفظة "عمل" فهي تشمل الايجابي والسلبي.

ما هي صفات الشيء بالمعنى المتقدم ؟

جوابه هو أن يكون الشيء موجودا وقت التعاقد ومما يصح فيه الاتجار ومعينا بالنوع فبالنسبة إلى صفة الوجود علمنا بما تقدم أن العقد لا يتكون بدون موضوع معلوم للمتعاقدين وعليه فلا ينعقد البيع إذا ثبت هلاك العين قبل التعاقد إلا أن الفصل 66 جوز التعاقد على ما هو محتمل الوجود كالاستصناع الذي هو عقد مقالة مع أهل الصنعة كما لو باع صاحب معمل نسيج كمية من قماش معين ضاربا للتسليم أجلا مسمى تصنع فيه تلك الكمية وقد استوحى المقنن التونسي من الشريعة الإسلامية نص الفصل 574 الذي بمقتضاه "بيع المعدوم باطل كثمرة لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه و إنما يجوز بيع الغلة المتعلقة بأصولها وغيرها من النتائج البارزة ولو قبل النضج وجاء في الحديث الشريف قول النبي صلى الله عليه وسلم "لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه وتذهب عنه العاهة" أما بيع التركة قبل افتتاحها فقد حجرتة الشرائع وبالأخص الشريعة الإسلامية لأن الإرث لا يستحق إلا بموت المورث وحينئذ فان التعاقد عليه مضاف الى محل معدوم وعلة هذا التحجير واضحة إذ من القبيح المساومة على موت المورث الذي يكون قد حرم من حق الايصاء المقدس هذا زيادة عما تبعث معاملة كهاته من الأحاسيس الذميمة في الصدور بما يتوقع معه امتطاء متن الاجرام للتعجيل بالوفاة وفي ذلك اشارة الى قاعدة ان من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه ومن فروع هذه القاعدة حرمان القاتل من الميراث والوصية.

جوابه أن الآراء اختلفت عند الشراح وحتى بالنسبة إلى بعض الشرائع فهناك أربع نظريات وهي اعلان القبول وتصدير القبول و وصول القبول ليد الموجب واطلاعه عليه فمنهم من يحبذ واحدة منها وينتقد ما عداها لكنه بالاخارة يستقر رأي معظم الشراح على ترك أمر لاجتهاد الحاكم بعد سبر مقاصد الطرفين أما القانون التونسي فقد أخذ بنظرية الاعلان المعتمدة في الشريعة الإسلامية وقد جاء الفصل 28 بأن "العقد يتم بالمراسلة في وقت ومكان اجابة الطرف الآخر بالقبول" بحيث أن وقت القبول هو وقت كتابته أما وصوله للموجب إنما هو تأييد له بحيث أن صدور الكتب أو اجتماع الرسول مع القابل يعتبر كحضور الموجب نفسه ونظرية الاعلان هاته تستلزمها الحياة الاقتصادية وخاصة في الميدان التجاري. هذا وإن المفاضلة بين نظرية الاعلان ونظرية العلم لا تبدو سهلة عند من ليس له نص شبيه بمضمون الفصل 28 المذكور حتى أن فقه القضاء الفرنسي أرسى به المطاف الى اتباع نظرية الاعلان حسبما جاء بذلك قرار مجلس التعقيب الصادر في 21 مارس سنة 1932. هذا وإن المشرع التونسي لم يقف عند كفاية الاعلان لانبرام العقد بل ضمن بالفصل 34 واجبات كل من الطرفين حيث قال "من صدر منه ايجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوما الى الوقت المناسب لوصول الجواب اليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب فان صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه الا بعد انقضاء الاجل الكافي لامكان وصول الجواب اليه بالوجه القياسي فالصادر منه الايجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة من تسبب فيها" ثم أن الفصل الموالي أتى بحل مشكلة وفاة الموجب بعد صدور الايجاب حيث قال "أن وفاة الموجب أو تقييد تصرفه بعد صدور الايجاب حيث قال "أن وفاة الموجب أو تقييد تصرفه بعد صدور الايجاب منه لا يمنع اتمام العقد اذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بذلك".

ما هو مكان تكوين العقد في صورة المخابرة بالمراسلة ؟

هناك مصلحة أيضا في ضبط مكان تكوين العقد إذ به يضبط الاختصاص الترابي وتسوى نزاعات التنفيذ وتفسر بعض الشروط على ضوء عرف المكان وعند اختلاف الجنسية يراعى قانون البلد الذي أبرم فيه العقد حسب أحكام القانون الدولي الخاص وقد جاء الفصل 516 بأن المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصا ومثاله اتباع عرف المكان لحمل نفقات اصلاح المكروى على هذا أو ذاك من الطرفين عند سكوت الكتب عن ذلك.

صفة مشروعية الموضوع :

أجاز المشرع التعامل بما لم يستثن بالنص وقد لا يصح التعامل في الأشياء من وجوه كطبيعتها مثل الهواء والبحار أو بحسب ما أعدت اليه كأموال الدولة والطرق العمومية والحصون أو لأسباب يقتضيها النظام العام أو الدين أو الأمن العام مثل الذخائر الحربية والمساجد والحيوانات المعدية والسموم إلا إذا كان قليلها نافعا للتداوي وهناك عدة نصوص في المجلة قاضية بالتحجير كنص الفصل 571 بالنسبة إلى الحوت في البحر والطائر في السماء والحيوان الشارد كما لا يصح الإتجار في أجزاء بدن الانسان باستثناء بيع دم الانسان الصحيح الى السقيم لما في ذلك من المصلحة ومسايرة لتطور الزمن وتقدم الطب ويلاحظ أن مثل هذه المسألة وغيرها من المسائل الحادثة التي لم يرد فيها نص بعينه فحكمها استنباطا كما هي القاعدة في كل مسألة حادثة.

شروط تعيين المتعاقد عليه بالنوع أو الذات

نعلم أن الجهالة تفسد الرضا وقد يكون اخفاء النوع وذكر الجنس من قبيل السخربة كما لو ذكرت في العقد لفظة حيوان من غير تعيين نوعه وعند التنفيذ تسلم بعوضة. أما كمية الشيء أو عدده فيجوز أن يكون غير معين في الحال لكنه ممكن التعيين فيما بعد كالتعهد بكمية من الحبوب لبذر مساحة معينة من الأرض كما أنه يجوز التعاقد على كمية من الزيت بدون ضبط الصفة فالوفاء يقع بالنوع المتوسط مراعاة لقاعدة المساواة بين الطرفين وحصول التوازن بين تعهد كل منهما.

قاعدة :

يمكن أن يكون الشيء موضوعا للالتزام من أوجه أولها: وجه احالة تمام الملكية وثانيها: إحالة جزء من متعلقات الملكية وثالثها : وجه مسك الشيء مسكا مجردا عن الملكية كما في صورة الوديعة ورهن المنقول.

موضوع الالتزام عمل : يشترط فيه أن يكون ممكنا وناقعا وجائزا فبالنسبة إلى الصفة الأولى إذا كان العمل ليس في طوع الانسان إجراؤه فلا التزام لأن العقد لم يتكون وعدم الامكان هذا يشترط فيه الاطلاق أي استحالة على كل الناس كتعهد شخص بأن يطوي الكرة الأرضية راجلا في يوم اما إذا كان*لتعذر نسبيا بأن يكون في استطاعة غير المتعاقد اجراء العمل المعين فانه يحكم بالتعويض عند عدم

الوفاء ما لم يكن الملتزم له عالما بتعذر الوفاء كالتعاقد مع أخرس على القاء درس وهذا الحكم يجري إذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي أو إذا كان بالعقد خيار التعيين وكان أحد الأشياء المعدة للخيار غير ممكن.

صفة النفع في العمل : يلزم أن تكون للدائن مصلحة في جبر المدين على الوفاء ولو كانت أدبية حسبما أجمع عليه الرأي اليوم في فقه القضاء غير أن هذه المصلحة الأدبية يلزم على الأقل أن تكون قابلة للتقدير بالمال لا مجرد استحسان يرضي العقيدة الراسخة كما لو أخذ شخص من آخر التزاما باقامة النوافل.

لزوم جواز العمل : معنى ذلك أن يكون العمل غير منافي للقانون والآداب العامة والنظام العام اذ لا يتصور أن يجيز القانون وعدا بعمل حجه أو بامتناع أوجبه وقد جاء الفصل 539 بأنه "إذا صرح القانون بالنهاي عن شيء معين كان اتيانه باطلا لا ينبغي عليه شيء" فالتعهد بالتنازل عن تركة قبل حلولها نهى عنه القانون وعليه فهو باطل لخلوه من الموضوع وكذلك التخلي عن الحقوق البشرية كحق الزوج وحق الثقف.

نظرية السبب في الالتزامات

سيتناول بحثنا نظرية السبب التعريف والمفاعيل ونبذة مما اختلف فيه بعض الشراح الفرنسيين وأخيرا طريقة اثباته.

إن الشريعة الاسلامية اعتمدت نظرية السبب باعتباره الغرض المباشر والدافع الى إبرام العقد ورتبت على انعدامه أو عدم مشروعيته بطلان العقد فلا تسمع الدعوى عند عدم وجود سبب الوجوب وقد عرفه الفقهاء بقولهم "كل وصف منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفا لحكم شرعي" فعقد الزواج يقع انشاؤه بقصد إحداث النسل وتبادل المودة. والتبرع سببه الاحسان وفي العقود التبادلية كل طرف يقصد بالتزامه المنفعة الملتزم بها للطرف الآخر، فهناك قاعدة كلية مفادها أن كل عمل قانوني يرمي الى هدف من الأهداف. فالسبب حينئذ هو الغرض المباشر الذي يهدف اليه المتعاقد من وراء التزامه ويفرق بينه وبين الموضوع بالرد على أحد السؤالين فاذا قلنا بماذا وقع التعهد يكون محتوى جوابنا الموضوع واذا قلنا لماذا وقع التعهد يكون محتوى جوابنا السبب. وبالنسبة إلى الرضا يكون محتوى السؤال "هل أن المعاهد قصد التعاقد؟".

ولما كان السبب هو الغاية المقصودة أولا وبالذات من التعاقد أي الهدف الانشائي لزم أن نتعرض الى غايات أخرى غير أصيلة لا ارتباط لها بما للطرف الآخر من غايات تخصه وفي ذلك اشارة الى الدواعي والبواعث النفسانية التي تكون قد دفعت للتقاعد كلا من الجانبين على حدة فالبائع مثلا قد تدعوه للبيع غايات شخصية كتشوير ابنته أو تعاطي تجارة أو صناعة والمشتري من جهته يكون قد دفعه للتعامل غرض من الأغراض كاستعمال ما اشتراه من حبوب لمؤنته أو لزراع أرضه أو لإلتجار واذا كان المشتري عقارا فليسكنه الخاص أو لإقامة مدرسة أو مأوى للعجز وعليه فان الباعث يتمثل هنا في غرض خاص بصاحبه قد لا يذكر عند التعاقد بينما السبب لا يتغير في العقود التي من نوع واحد فالسبب عند كل بائع لا يخرج عن التحصيل على الثمن وعن قصد الاحسان واسداء الجميل عند كل واهب لذلك كان الغلط في السبب مفسدا للعقد بخلاف الباعث فالغلط فيه لا تأثير له على صحة العقد.

سبق أن قلنا إن نظرية السبب أثارت جدلا بين رجال القانون العصري فمنهم من انتقد هذه النظرية من أصلها مدعيا الاستغناء عنها بالموضوع فالشارح الفرنسي بلانيول يقول في هذا الصدد: إن التمسك بانعدام السبب أو بعدم جوازه غير وجيه لأن العقد باطل من ناحية خلوه من الموضوع أو عدم جوازه فإذا اتفق شخصان على إيقاع جريمة بأن يتعهد أحدهما بالعمل والثاني بالمكافأة فعملية كهاته تكون باطلة من أصلها لعدم جواز الموضوع فهذا النقد ربما كان جديرا بشيء من الاعتبار خاصة بالنسبة إلى العقود التبادلية التي فيها موضوع التزام أحد الطرفين هو السبب في التزام الطرف المقابل ومع ذلك فقد وقع الرد على منتقدي نظرية السبب كبلانيول المذكور والاستاذ البلجيكي "أرنست" بأن الموضوع والسبب قد لا يتحدان في الوصف ففي المثال المتقدم موضوع التزام القائم بدور مباشرة إيقاع الجريمة فاسد لا محالة بخلاف موضوع التزام الطرف الآخر الذي هو انقضاء مبلغ من المال فإذا وصف بالفساد موضوع التزام أحد الفريقين في هذا المثال لماذا يسلط هذا الوصف على موضوع التزام الطرف الآخر الذي هو مبلغ من المال وغاية ما يقال هو أن الالتزام بالمال له سبب فاسد إلا وهو جلب الطرف المقابل لارتكاب الجريمة ومن أوجه الرد أيضا اعتماد فساد السبب كمستند للفسخ بالنسبة إلى العقود التبادلية والاجدر بنا هو أن نترك جانبا هذا الجدل لاتباع نظرية مشرعنا القاضية باعتبار السبب كسند كل عمل قانوني واعتمادا أيضا على ما جاء بكتب الفقه من أن الدعوى لا تسمع عند عدم ذكر سبب الوجوب وقد جاء بالفصل 67 أن الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه.

هذا وإن التمييز بين السبب والباعث قد يصعب أحيانا كما في صورة الوصية أو الهبة وهنا يظهر ما للحاكم من اقتدار على استيعاب الأمور بما لديه من سبل التحقيق لأن الباعث قد يكون في بعض الحالات هو الغاية الأصلية في التعهد بحيث أنه إذا أتى فاسدا بطل به العقد كما في مثال من اشترى دارا لاعدادها ملتقى للخناء حتى أن بعض الشراح ذهبوا إلى اعتبار السبب شاملا للباعث، ففي عقود التبرع مثلا كثيرا ما يندمج السبب والباعث لأن المتبرع قد يقصد من تبرعه مجرد الاحسان أو الجزاء عن جميل اسداه له المتبرع عليه فيما مضى وقد يقصد من تبرعه الرياء والظهور أو استهواء امرأة أو غير ذلك من الغايات التي تنكشف بالتحليل النفساني الدقيق.

قاعدة :

إذا نص بالعقد على سبب غير صحيح وثبت العكس صح العقد وعلى المدين اثبات السبب الكاذب أما السبب الحقيقي الجائز فاثباته على الدائن.

شروط صحة العقد

بعد أن أوردنا بحث الأركان الأساسية لوجود الالتزامات التي هي الرضا والموضوع والسبب اتجه أن نأتي على تفاصيل ما تستلزمه العقود من شروط لتكون صحيحة وقدّمنا أيضا أن هناك عيوباً تتسلط على الرضا فتعدهم أو تفسده بحسب الصور وهذه العيوب تتمثل في الغلط والاكراه والتغريب والغبن ويلزم فوق ذلك شرط الأهلية فغاية المشرع هي تدارك هذه الحالات بضوابط تكفل حرية المعاملات وحماية عديمي الأهلية بدون أن يمنع ذا أو ذاك من الطرفين من استثمار تفوقه على الآخر بما امتاز به من حذق وجودة في الرأي والمدارك وسنحلل كل عيب بانفراده ثم ننتقل إلى موضوع الأهلية التي هي أيضا شرط لازم لصحة الالتزام كما أسلفنا.

الغلط

عرفه الفقهاء بأنه عدم انطباق القصد على ظاهر التعهد أو على نتيجته أو أنه حالة نفسية تحمل الإنسان على توهم صحة حادثة وهي في الواقع غير صحيحة أو على عدم صحة حادثة وهي صحيحة في الواقع وعرفه أحد شراح القانون الحديث بقوله: أنه الاختلاف بين الإرادة الحقيقية الكامنة في النفس والإرادة المصرح بها فهو بعبارة أخرى تصور الحقيقة خطأ على خلاف ما هي عليه أو اعتقاد الخطأ صوابا والعكس بالعكس والظروف التي رافقت العقد هي التي تبرهن على كنه الحقيقة فاشترى مثلا ساعة مطلية بالذهب معتقدا أنها من ذهب ولربما كان البائع لتلك الساعة عن حسن نية لأن حسن النية يتميز به الغلط من التغريب فارادتي في هذه الصورة لم تبرز إلى الخارج كما هي في قرارة نفسي وقد اختلفت مع النتيجة التي حصلت، هذا وللغلط أشكال مختلفة تتميز عن بعضها ببعض بحسب تأثيراتها على ما اتجهت نحوه إرادة المتعاقدين وبالتالي على صحة العقد فالغلط إما أنه بعدم الرضا من أصله أو يعيبه ففي الصورة الأولى لا يتكون العقد بتاتا وفي الثانية يتكون العقد فاسدا أي قابلا للإبطال وقد لا يكون للغلط أدنى تأثير على الرضا بما يتجه معه اعتبار العقد صحيحا ثم أنه في صورة الغلط العميق الذي قضى على الرضا بعدم الوجود يجوز لكل من الطرفين الاحتجاج بعدم انبرام العقد وفي الحالة الثانية لا تصح إقامة دعوى الفسخ إلا من الطرف الذي تسلط الغلط على إرادته.

ما هي الحالات التي يحول فيها الغلط دون تكوين العمل القانوني؟

هذه الحالات هي :

* **أولا :** تعلق الغلط بماهية العقد أي بصفته.

* **ثانيا :** تعلقه بموضوع العقد.

* **ثالثا :** تعلقه بالسبب.

فمثال الغلط في ماهية العقد هو أن يعرض أحد الطرفين على الآخر بيع شيء فيعتقد الثاني أن هذا العرض كان على وجه العارية فالارادتان هنا لم تتحدا على صفة واحدة للعقد وعليه فلم يتكون بينهما أي ارتباط والأمر كذلك إذا تعلق الغلط بالموضوع كما لو كان لي مثلا جوادان أحدهما أبيض اللون والآخر أسود فأعرض عليك بيع الأسود لكنه يحصل لك اشتباه صيرك تعتقد أن الجواد الأبيض الذي ترغب في شراؤه هو الذي عرض عليك بيعه فالارادتان هنا لم تتحدا أيضا في الاتجاه، وبالنسبة إلى تعلق الغلط بالسبب مثاله التزام شخص بتعويض ضرر ثبت عدم صدوره منه.

في أية حالة يكون الغلط معيبا للرضا وبالتالي مفسدا للعقد ؟

يكون العقد قابلا للإبطال في حالتين:

* **الأولى :** تعلق الغلط بمادة الشيء الأصلية.

* **الثانية :** تعلق الغلط بذات المعاهد التي لولاها ما قام الاتفاق بين

الطرفين.

فنعني بالمادة الأصلية خصائص الشيء الجوهرية معتبرة كغرض أساسي للاتفاق والامثلة على ذلك لا تحصى ولا تعد فقد يحصل التعاقد على شيء بالنظر الى المعدن المتركب منه أو براءة صانعه أو لأثريته كما هو الشأن بالنسبة إلى التحف الفنية أو شهرة المالك القديم فإذا كان التبائع على خاتم بالنظر للمعدن أو من حيث نسبته لأحد الملوك وإذا كان متعلق البيع فرسا فلأنه اما فرس سرج أو فرس حرث أو فرس رهان أو غير ذلك وفي مثل هذه الصور لا خلاف بين الفريقين في ماهية العقد الذي هو عقد بيع ولا في عين الشيء الذي هو خاتم أو تحفة أو فرس وإنما الغلط قد

حصل فيما اعتبر عنصرا أصليا قصده المشتري دون سواه من مجموع العناصر الأخرى وهذا أمر شخصي يختلف باختلاف غايات وأهداف المتعاقدين وقد تخرج علماء كثيرون من اتساع نطاق هذه النظرية بما يخشى معه زعزعة الثقة في الالتزامات التعاقدية لأن البواعث على التعاقد قد لا تكون معروفة وظاهرة وبسبب ذلك قد يكون ادعاء الغلط في الصفات الأصلية مطية للتراجع وفك القيود عند عدم حصول المنفعة المعول عليها وللحاکم في مثل هذه الحالات دور من الاهمية بمكان تبرز فيه فطنته وقدرته على تحسس المقاصد والغايات توصلا الى القضاء على المخادعة وخسة السعي لأن الحياة الاقتصادية مركزة على الصدق في المعاملة والاخلاص في الاعلان عن الارادة ومن أجل ذلك أوجب الفصل 48 على الحاكم مراعاة ظروف الاحوال وسن القائم بالغلط وحاله من حيث المدارك.

سؤال :

هل يمكن بين العقد التبادلي والعقد الذي فيه الالتزام من جانب واحد وذلك بالنسبة إلى الغلط في صفة المعقود عليه الأصلية ؟

لا محل لهذا التمييز في نظرنا فاذا وهبتك مثلا كتابا مخطوطا معتقدا أنه نسخة من الكتاب الذي بخط يد المؤلف واتضح لي فيما بعد اني سلمت لك الأصل الذي أريد الاحتفاظ به فيجوز لي استرداده منك ان اقمتم الدليل على هذا القصد وهناك مثال آخر مستوحى من فقه القضاء مفاده أن الرضا بالحكم يلزم وقوعه عن روية ليكسب هذا الحكم نفوذ ما اتصل به القضاء بحيث أنه إذا صدر هذا الرضا عن غلط فلا يعتد به.

الغلط في الواقع والغلط في القانون :

الغلط في الواقع هو الذي يحصل في تقدير واقعه أو حالة معينة والغلط في القانون هو الذي يحصل في فهم نص قانوني فهما غير صحيح أو عن جهل المعاهد لما له من الحق وقد نص الفصل 44 على أن الغلط في القانون يوجب الفسخ تحت قيدين:

* **الأول :** اذا كان هو السبب الوحيد أو السبب الاصلي في التعاقد.

* **الثاني:** اذا كان مما يعذر فيه بالجهل.

ملاحظة :

كل من هذين النوعين يفسد الرضا وتأثيرهما هذا يستخرجه الحاكم مما لديه من سبل التحقيق.

الغلط في الشخص :

جاء الفصل 46 بأن الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ الا اذا كانت ذات المعاهد أو صفته من الاسباب الموجبة للرضا بالعقد والمقصود بالذات هنا لا الذات الحسية فقط بل أيضا ما للشخص من اعتبار كالثقة والتفوق في المعرفة والحدق فالطبيب والمحامي مثلا يقع اختيارهما بموجب ما لهما من مهارة وحدق.

فإذا حصل الغلط في شخص بان قصد سميته مثلا في ظروف خاصة جاز فسخ الاتفاق لكن القائم يطالب بالتعويض عند شروع السمي في العمل ما لم يثبت سعي هذا الأخير في التغليب.

هل يلزم اشتراك الطرفين في الغلط؟

لم يفرق القانون التونسي بين الغلط الفردي والغلط المشترك ففي صورة البيع اذا نجح المشتري في طلب الفسخ بعد اثبات صدور الغلط منه وجب عليه التعويض بقدر ما ترتب للبائع حسن النية من خسارة اما إذا كان الغلط ناتجا عن فعل البائع فهناك تغير موجب للضمان.

متى يكون الغلط عديم التأثير على الرضا بالعقد؟

يكون ذلك في الاحوال الآتية :

* أولا : صفات الشيء غير الأصلية.

* ثانيا : الباعث.

* ثالثا : قيمة الشيء باستثناء الغبن.

* رابعا : ذات المعاهد اذا لم تكن هي الداعية للتعاقد.

* خامسا : الحساب.

وبلاحظ أن مسألة الصفات الأصلية لا قيد فيها بل أنها تتبع المقاصد الشخصية وتنوعها فالكتاب مثلا قد يشتري بالنظر الى محتواه أو الى شكله الجميل أو جودة الخط والكلمة في ذلك للقضاء بعد تلقي البيانات. أما الباعث فهو أمر ثانوي ما لم يكن معتبرا كشرط للعقد ولا تأثير أيضا للغلط في قيمة الشيء عدا ما استثنى في باب الغبن تحت القيود المضمنة بالفصل 61 كما أن ذات المعاهد لا اعتبار لها اذا لم تكن مقصودة بعينها أما الغلط في الحساب فليس له مفعول لأن وراءه الاصلاح كما أفاد ذلك الفصل 47.

ولسهولة المراجعة ضمنا أسفله جدولا محتويا على تلك الأحوال :

متعلق الغلط	ماهية العقد أي نوعه	العقد في هذه الحالات
	موضوع العقد سبب العقد	عديم الوجود
متعلق الغلط	مادة الشيء الأصلية أي الوصف	العقد فاسد أي قابل للإبطال
	ذات المعاهد إذا كانت هي الداعية للتعاقد	
	صفات الشيء غير الأصلية الباعث	
متعلق الغلط	قيمة الشيء باستثناء الغبن	العقد صحيح
	ذات المعاهد إذا لم تكن هي الداعية للتعاقد	
	الحساب	

الأكراه

الأكراه لغة هو الأمر الذي يحمل الإنسان على القيام بعمل يكرهه أو لا يريده وفي الاصطلاح الفقهي هو الضغط غير المشروع الذي يوجه الى إرادة شخص بغية حمله على التعاقد وهناك تعاريف أخرى منها أن الأكراه عبارة عن عمل مادي أو أدبي يباشره شخص مع آخر بغير حق لارغامه على الرضاء بما طلب منه وهكذا يحصل الأكراه باستعمال القوة البدنية أو التهديد بما يبعث الرعب في النفس و لا بد أن يكون ذلك بدرجة يخشاها الإنسان الرزين ومن ذلك يتبين أن التأثير ليس لوسيلة الأكراه في ذاتها بل هو للخوف الذي تبعثه في النفس بحيث أن الشخص الماسك لتوازنه وغير المتصف بسرعة التأثير قد لا ترهبه تلك الوسيلة فالخوف حينئذ لا تنعدم به الإرادة مطلقا وإنما تكون معيبة فالجسور تراه يتحمل الأكراه وآلامه بدل الرضوخ لإرادة المكره، وقد يكون الأكراه بوسائل مادية كمسك اليد بقوة الامضاء وهو ما يعبر عنه بالالغاء فالإرادة تكون قد تسلط عليها ما أزالها تماما وعليه فلا عقد.

الأكراه في الشريعة الإسلامية :

قد عرف المذهب الحنفي الأكراه بقوله: إنه إجبار الشخص على أن يعمل عملا بدون حق من غير رضاه بالآخافه وهو نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ لعدم الرضا ويفسد الاختيار ويكون بالتهديد بالحبس والقيد المؤبدين و بالضرب غير المتلف حسب أحوال الناس وعلى مقتضى مذهب الامام مالك يحصل الأكراه بخوف المكره قتله أو ضربه أو سجنه أو قيده أو أخذ ماله أو صفعه بملأ وهو ذو مروءة.

و للأكراه بصفة عامة أربعة أركان :

- 1) غلبة الظن أن ينفذ فاعل الأكراه ما يهدد به.
- 2) قدرة فاعل الأكراه على ما يهدد به.
- 3) عمل الشيء المقصود من الأكراه بحضور المكره أو نائبه.
- 4) يكون المجني عليه من الأصل ممتنعا عن فعل ما أجبر عليه.

شروط الاكراه المفسد للرضا :

جاء بالفصل 51 أن "الاكراه يوجب الفسخ اذا كان هو السبب الملجئ للعقد ومن شأنه احداث ألم بيدن المكره واضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليه أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة إلى سنه (أو كونه ذكرا أو أنثى) ومقامه بين الناس ودرجة تأثره" فنفهم من ذلك أن درجة الاكراه تختلف باختلاف حال المكره وهذا أمر يوكل تقديره للمحاكم فالنساء مثلاً أكثر قبولا لمظنة الخطر من الرجال والشريف يرضخ للتهديد صيانة لشرفه وبعبارة أخرى فمن حيث المفعول ليس الذكر كالأنثى ولا الشاب كالشيخ ولا الوجيه كالدنيء ولا المثقف كالجاهل ولا القوي كالضعيف فالتهديد بالسحر مثلاً قد يلقي الروح والفرع في ذهن قسم من الناس دون آخر بحسب درجة التربية والمزاج، هذا ولم يشترط المقتن التونسي في الاكراه أن ينتج عن خوف من ضرر ملم أي حال خلافا لما ضمنه المقتن الفرنسي بالفصل 1112 غير أنه يلزم فيه أن لا يكون بعيدا فتهديد رجل أعزب مثلاً بالفرار بمن ستكون زوجة له عديم التأثير مطلقا، ولما كان الضرر المهدد به الشخص لا ينحصر في ذاته بل قد يقصد الحاقه بمن له به قرابة. اشترط مشرعنا أن تكون هذه القرابة قوية تاركا للمحاكم تقدير قوتها أما المشرع الفرنسي فقد اتخذ في ذلك منهجا آخر حاصرا القرابة في الزوجين والابناء والوالدين باخراج الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم فبالنسبة إلى هذا القسم الأخير لا تعتبر المحاكم وجود الاكراه الا بعد اثبات المودة بينما تكون هذه العاطفة مقدرة حكما بالنسبة إلى الزوجين والابناء والوالدين ولو نفاها الواقع في بعض الظروف، وهناك قوانين أخرى كالسويسري والاطالي تعرضت الى الخوف على كل قريب من الخطر المهدد به من أريد ارغامه على التعاقد وجاء في الشريعة الاسلامية على مقتضى مذهب الامام مالك أن الخوف من قتل الابن والاب والاخ والعم معتبر اكرها وتعذيب الولد يعد اكرها وقد توسع في ذلك المذهب الحنفي اذ جاء به أن الاكراه بحبس الوالدين والاولاد وغيرهم من كل ذي رحم أو بضربهم يعدم الرضا.

هذا ومن شروط الاكراه أيضا أن يكون بدون حق أي واقعا ظلما فليس باكراه على مقتضى الفصل 52 الخوف المبنى على التهديد بالمرافعة لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية فتهديد المدين بعقوبة مكاسبه لا يعد اكرها من الدائن الذي قصد من وراء ذلك التحصيل على توثقة في دينه. وقد نصت المجلة السويسرية في هذا الصدد على أن "التهديد باستعمال الحق لا يعد اكرها مفسدا للعمل الذي أنشأه الا اذا قصد منه الدائن ان يبتز من المدين تعهدا باهظا وبلا حق".

وقالت محكمة التعقيب ان "أفضل ما يشتغل به القضاء في مراقبة التهديد في هذه الحالة معرفة هل كان الدائن يسعى الى تأييد حقه أو كان يسعى الى عصر المدين عصرا ويتجاوز في الاعنات كل المعقول" فيفهم من هذا القول تحجير استعمال الاكراه للاستزادة من الحق، هذا وان الحق المراد صيانتة من الاغتصاب يشترط ثبوته ثبوتا تاما وليس من قبيل الاكراه حسب الفصل 55 من المجلة التونسية الخوف المترتب على الحياء ومهابة ذوي الشوكة والتبجيل ما لم يصحبه تهديد قوي أو ضرب وذلك لأن الآداب والأخلاق الكريمة تحض على احترام الوالدين ومن ينزل منزلتهما اكبارا وتعظيما، ولا يشترط في الاكراه ما يشترط في التغرير أو التدليس من وجوب وقوعه من المعاهد نفسه أو نائبه بل إن التهديد يوجب الفسخ ولو وقع من غير من ذكر وكلامنا هذا على الاكراه المدني دون الجنائي ومعنى ذلك هو أنه لا يلزم أن يبلغ الاكراه في أساليبه وشدته الحد الجنائي فحكم المحكمة الجزية ببراءة مرتكب الاكراه لفقد ركن من الاركان التي نص عليها قانون العقوبات كاستعمال السلاح لا يمنع المحكمة المدنية من إبطال العقد بشائبة وقوع تكوينه تحت حيز الخوف فصفتة صفة جنحة مدنية لا يقيد اثباتها بدليل معين بل كل الادلة التي منها مجرد القرائن تكون صالحة للاستدلال، والخلاصة هو أن العقد المسلط عليه الاكراه يتكون فاسدا لا باطلا فهو حينئذ يقبل الاجازة بحيث انه لو اجازته المكره بعد زوال الخوف صراحة أو دلالة انقلب صحيحا.

الاكراه الطارئ أو الخارجي :

لقد مر بنا الحديث على صفات الاكراه التي من أهمها صفة انبعائه عن الظلم والتعسف وشرط تسببه في انشاء العقد فهل يعد اكرها ما ليس فيه ظلم ولا تعسف كحادث خارجي غير متسبب فيه كما في صورة حوادث الحريق أو الغرق أو الزلزال أو غير ذلك من الفواجع عندما يطلب النجدة من كان مشرفا على الهلاك ويعد المساعد بمكافأة باهظة لا تتساوى مع العمل فلحل هذه المشكلة يلزم شيء من التحليل وفعلا فقد دار الجدال في شأن ذلك بين علماء الحقوق وكلما أبدى واحد منهم رأيا الا وفنده الآخر بمستند من المستندات. فقال بعضهم أن الوعد بالمكافأة صحيح لعدم انبعاث الاكراه عن ارادة بشرية ارغمت أخرى على الرضا بل إن صدور هذا الوعد كان لرد مفعول اكره طبيعي وهناك من اعتبر الوعد باطلا بعلة تولده عن ارادة مرضوضة بسبب طروء جنون فجائي ناتج عن هول الموقف وحينئذ ليس هناك الا طريقة التعويض كمقابل للتعاب يوكل تقديرها للمحاكم استنادا الى أحكام الفضالة غير أن ثمة من

تدليس فالأولى تفيد التغليب والتضليل بينما الثانية مشتقة من الدلس أي المخادعة والغدر وفي الواقع كل من التعبيرين يشير إلى الغش والخداع ونصب الاحابيل.

و مما تقدم نستخلص ما يضبط به التعريف. فالتغريب حينئذ عبارة عما يستعمل من ضروب الخداع لتغليب شخص وحمله على الرضا باتمام عقد واليك شروطه:

* **أولاً** : استعمال طرق احتيالية.

* **ثانياً** : كون الطرق المستعملة هي التي حملت المعاهد على الرضا.

* **ثالثاً** : صدورها من المعاهد أو من نائبه أو ممن كان متواطئاً معه.

بحيث أن التغريب الواقع من الغير لا يوجب الفسخ الا اذا علمه من انتفع به.

فالشرط الأول يفيد وجود صفتين للتغريب فيكون إما أصلياً أو عرضياً فالأصلي هو الذي يستولد في ذهن المعاهد العزم على الرضا واما العرضي أو الفرعي فهو الذي يحصل في توابع العقد أي الذي استعمل بعد أن حصل الاتفاق على أصل العقد وانما أريد به حمل الطرف الآخر على قبول شروط أثقل وهذا لا يترتب عليه فسخ الاتفاق وانما يستولد حق طلب التعويض والحط من الثمن، ومما يتجه التنبيه اليه أن هناك تغريراً اقرته العادة التجارية وهو مبالغة التاجر في وصفه ومدح بضاعته سعياً منه في استلفات أنظار الجمهور وترغيبهم في الشراء ويقابل ذلك ما اعتاده الراغب من تحقير البضاعة توصلاً للحصول على التنقيص من الثمن.

والخلاصة أن هذه الطريقة لا تعد من قبيل التغريب المفسد للرضا ولا ينبغي عليها السماح بطلب الغرم لانه يشترط في الحيل المستعملة أن تستولد عند المعاهد غلطا ذا بال يحمله على الرضا بالعقد كما لو دلس صاحب عقار معروض للبيع أوراقاً توهم الراغب في الشراء لوفرة دخله وذلك بتضمين تسويات سابقة بمبالغ طائلة. هذا ويؤخذ من الشرط الثالث وهو شرط صدور التغريب من المعاهد أو نائبه أن تداخل الغير وحرصه على إنجاز الاتفاق من شأنه أن يثير شعور التيقظ والتحرز عند من قصد حمله على الرضا لكنه إذا انخدع و وافق على العقد فلا سبيل بعد ذلك إلى إبطاله خصوصاً اذا كان المستفيد من هذه الصفقة جاهلاً لصنيع ذلك الغير وغاية ما يسمح له به القانون هو القيام عليه أي على الغير بالغرم بينما في صورة الاكراه يفسخ العقد مهما كان المصدر وذلك لأن وسائل هذا الاكراه التي منها استعمال المكاتيب المجهولة المصدر وارتداء الأزياء الكاذبة تكون مكسوة بأنواع التستر ومن جهة أخرى فان

العلماء العصريين انتقدوا هذا الرأي قائلين أن اعتبار ارادة الواعد مرضوضة في هذه الحالة هو عين القول بان العقد فاسد ضارين قياساً مستوحى من صورة الغلط الفجائي الذي يفسد العقد مع كونه غير متسبب فيه وقد انتحلت عدة محاكم بفرنسا هذه الطريقة لحل كل مشكلة من هذا القبيل وفي 29 أبريل 1916 صدر قانون فرنسي في موضوع الاغاثة عند حصول فواجع بحرية موصوفة مفاده أن الاتفاقات التي موضوعها النجدة هروباً من الخطر يسمح بإبطالها أو بتعديلها لتتساوى مع العمل ومع ذلك فقد بقي التردد مستمراً بسبب عدم ضبط مبدأ قانوني يركز عليه هذا الحل وأخذ علماء آخرون في محاولة الارتكاز على بعض النظريات العامة كمنظرة الفضالة والوكالة والمسؤولية الجناحية غير أن في ذلك اصطداماً مع الأسس المبنية عليها تلك النظريات فمن ذلك أن الفضالة تستلزم التدخل في عموم شؤون صاحب المصلحة وهي من جهة أخرى لا تقوم مع وجود الاتفاق وفوق ذلك فمن شروط صحة الفضالة أن تكون بلا مقابل وليس للقائم بالعمل سوى طلب ما لا يتعدى المبلغ المصروف اما الوكالة فهي تقوم على إنجاز عمل قانوني بينما الاكراه الخارجي يتطلب من المغيث عملاً مادياً واما الاستناد على الجنحة المدنية فهو في غير محله لان أساس الجنحة الخطأ وهل يتصور حصول ذلك من المستغيث حتى يحمل بالتعويض وأحسن وجه ذهب اليه بعضهم هو اعتماد نظرية الاثراء بدون سبب لان المهدد بالخطر يكون قد انتفع بعمل يقتضي الانصاف انقاده ما يقابله وللحاكم أن يتولى تعديل هذا المقابل الى الحد الذي يتساوى فيه مع أهمية العمل الذي قام به المغيث.

ذيل

لما وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها وأخذ في معالجة ما تولد عنها من أضرار صدرت نصوص قانونية في أوائل عام 1945 قاضية بإبطال العقود المبرمة مع العدو أو تحت إشرافه فمن ذلك أن كل تفويت صدر خصوصاً من اليهود اعتبر مشوباً بالاكراه ما لم يثبت المشتري أنه انقذ ثمنه لا يبعد عن قيمة المبيع ويلاحظ هنا أن الاستناد في ذلك لم يكن على نظرية الغبن لأنها تسمح برد طلب الفسخ بانقضاء الفرق بين القيمة والثمن.

التغريب

سيتناول بحثنا هذا حقيقة التغريب وشروطه ومفاعيله وأحواله ومقارنته بالاكراه والغلط ولنلاحظ قبل ذلك أن المشرع التونسي استعمل لفظة تغريب بدل لفظة

الأكراه لا يتجراً على ارتكابه الا الجناة عديمو الكسب وباختصار فالأكراه حالة قريبة من القوة القاهرة يصعب في غالب الصور التخلص منها اما بالنسبة إلى التغرير فيكون المدلس عليه مفرطاً اذا لم يتفطن لسر تداخل الغير في شؤونه ولم يستكشف حقيقة مقاصده ونواياه.

إثبات التغرير :

هذا الاثبات يطالب به مدعي التغرير لان الأصل في المعاملات سلامة النية وهو لا يتقيد بدليل خاص بل تقبل جميع طرق الاستدلال وحتى ما كان منها ضعيفاً كالشهادة وقرائن الاحوال.

سؤال : هل أن سكوت البائع عن عيب في المبيع يعد تغريراً ؟

الجواب هو أن مثل هذا الصمت قد يعطي حكم الغش في بعض الصور كصورة بيع حيوان رد على بائعه مرة أو مرتين لعيب خفي فاذا باعه بعد ذلك ولم يعلم بالعيب فسكوته هذا يكون موجباً للفسخ مع التحمل بالغرم وكذلك الامر في صورة السيارة التي لم يعلم بائعها بانها كانت تحطمت بحادث مرور.

الغبن

الغبن لغة النقص واصطلاحاً الضرر المالي الذي يلحق أحد المتعاقدين في عقد الاستبدال وهذا الاختلال في تعادل الالتزامات ضبطه المقنن بعجز الفصل 61 حيث قال: "هو ما اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث" فاستعمل المشرع التونسي لكلمة "العقد" يفيد عدم حصر الغبن في نوع دون آخر من العقود بل أن كل عقد تبادلي مهما كان نوعه يجوز الطعن فيه بالغبن عند حصول الاختلال المذكور أما المقنن الفرنسي فقد توخى طريقة الحصر بان عين نسبة لهذا الاختلال تختلف باختلاف النوع ففي البيع النسبة (7 / 12) وفي القسمة وبيع مواد الزراعة وما هو معد لعلف الحيوان الربع (1 / 4) وفي التفريغ من مؤسسة تجارية الثلث (1 / 3) وفي قبول التركة النصف (1 / 2) ويستخلص من هذا الحصر ان المقنن الفرنسي أراد عدم التوسع في تقييد حرية المعاملات تاركاً للمتعاقدین المجال فسيحاً للسعي في الأرباح والمنافع باستثناء التي تنال بالطرق الخسيسة كالتحليل والتغرير وأزال كل قيد فيما يخص القاصر غير المرشد حيث أجاز دعوى الغبن بالنسبة اليه مهما كان نوع العقد ومهما كانت نسبة الفرق بين القيمة والثلث. أما مشرعنا التونسي فقد

اهتم أيضاً بحماية القاصرين ومن تسلط عليهم التحيلات والخدائع غير أنه لم يغير نسبة الفرق وجوز القيام بدعوى الفسخ في حق القاصر ولو وقع إبرام العقد بحضور الولي أو الناظر على الوجه المرغوب قانوناً ولا تقبل من الرشيد دعوى الفسخ من أجل الغبن الا اذا أثبت حصوله بطريق التغرير ويستخلص مما سبق بيانه أن الغبن ليس في الحقيقة بعيب من عيوب الرضا بل هو وسيلة وقاية وحماية

صفات الغبن وأحواله في الشريعة الاسلامية :

هذه الصفات والاحوال تختلف باختلاف المذاهب، فعلى مقتضى المذهب الحنفي يكون الغبن مفسداً للعقد اذا كان فاحشاً ومازجه التغرير من المعاقد الآخر والغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ويكفي فحش الغبن بدون احتياج الى ثبوت التغرير اذا تناول العقد مال القاصر والوقف وبيت المال وكذلك في تصرف الوكيل بالشراء وفي القسمة ويكفي في مذاهب أخرى أن يكون الغبن شاذاً عن المعتاد وان يكون المغبون عديم الخبرة كما تختلف درجة الغبن باختلاف العقود وأنواع المتعاقدين عليه ككونه عقاراً أو حيواناً أو منقولاً. أما الإمام مالك فانه لا يرى فسخ البيوعات بسبب الغبن الا إذا توفرت فيه ثلاثة شروط:

* الأول: أن يكون البائع أو المشتري جاهلاً بالاسعار.

* الثاني: أن يقوم به قبل مضي عام

* الثالث: أن يكون ما حصل به الغبن الثلث فأكثر وقد اختصر صاحب العاصمية ما يتعلق بالغبن في الآيات الآتية:

و من بغبن في مبيع قاما فشرطه أن لا يجوز العاما

وأن يكون جاهلاً بما صنع والغبن بالثلث فما زاد وقع

وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيام

ملاحظة :

يظهر مما تقدم أن قاعدة الغبن في القانون جاءت بصفة استثناء من مفعول الغلط في القيمة كما أن اشتراط ثبوت التغرير لقبول دعوى الغبن من الرشيد فيه استثناء من قاعدة عدم تأثير التغرير العرضي على صحة العقد.

سؤال :

إذا قام المغبون بطلب الفسخ هل يجوز لمعاقده رد الدعوى بانقضاء الفرق؟

الجواب :

يجوز له ذلك بناء على قاعدة الفصل 537 الذي هذا نصه :

"وما أجازاه القانون لسبب معين بطل بزواله" غير أنه لا يكون ذلك الا بإزالة كامل الفرق لا بالخط منه بما يجعله دون نسبة الثلث التي عينها القانون وذلك لان العقد لم يستولده الغبن بل هو محل اتفاق بين الجانبين وبناء على ذلك فان القاصر الذي قد تكون له مصلحة في الفسخ يحسن به في حالة امكان اثارة الدعوى أن يتمسك بعدم الاهلية عوض الاستناد الى الغبن الذي يستلزم اثبات أمرين هما صفته عديم أهلية واختلال التعادل بين القيمة والضمن، ولا شيء في القانون التونسي مما ذهب اليه القانون الفرنسي بالفصل 1306 من أن التمسك بالغبن بالنسبة للصغير لا يجوز اذا كان الاختلال المذكور متسببا عن حدث طارئ لم يكن في الحسبان وما ذلك الا زيادة في الرعاية من لدن مشرعنا الذي لم يقف عند هذا الحد بل خول للمولي أو المولي عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بإيهام المتعاقد معه بأنه رشيد أو مأذون من وليه (يراجع الفصل 10) وقد جاء الفصل 330 بان دعوى الغبن تنقضي بمرور عام كدعوى الاكراه والغلط أما القانون الفرنسي فقد عين عامين لانقضائها.

أهلية المتعاقدين كشرط لصحة العقود

ان بحثنا في هذا الموضوع لا مساس له بعدم الأهلية المطلق الذي تنتفي فيه الارادة بتاتا بل تعلقه بالأهلية القاصرة أو المقيدة التي يكون العقد فاسدا بسببها لا باطلا من أصله ومن المتجه أن نخرج الصور التي تكون فيها الأهلية عديمة الوجود فهي على مقتضى الفصل 5 حالة الأشخاص الآتي بيانهم :

* أولا : الصغير الى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة

* ثانيا : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه عن الادراك

* ثالثا : الذوات المعنوية المنزلة منزلة الصغير قانونا.

فهؤلاء الأشخاص ليس لهم مباشرة أي عمل قانوني بل يباشره في حقهم داخل حدود القانون من له النظر عليهم.

ويضاف الى الأصناف المذكورة المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة فارادة هؤلاء معتبرة في حكم العدم بالنسبة إلى بعض التصرفات التي من شأنها أن تخفف من وطأة العقاب المذكور فليس لهم مثلا أهلية التفويت بالبيع أو الهبة فذلك معتبر من قبيل الزجر والاحتياط الاجتماعي لا من قبيل صيانة حقوقهم.

ما هي الذوات المعنوية ؟

هي الدولة والادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية وكذلك الشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات وكل مجموعة من الأشخاص تثبت بها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون والتي لها ذمة مالية ويكون للذوات المعنوية حق التقاضي وحقوق ملكية محدودة ونيابة لمن يعبر عن ارادتها.

مبدأ :

الأصل الأهلية وانتفاؤها استثناء من الأصل فكل انسان أهل للالتزام والالتزام ما لم يحجر عليه ذلك نص قانوني وقد جاء الفصل 4 من المجلة التونسية بان اختلاف الأديان لا يترتب عليه فرق في أهلية التعاقد ولا فيما لغير المسلمين وعليهم من

الحقوق الناشئة من الالتزامات الصحيحة وفي ذلك اشارة الى التساوي أمام القانون.

فروع الأهلية :

ير الانسان من أطوار في حياته فيكون بحسب تدرجه فيها جنينا فصغيرا غير مميز فصغيرا مميزا فبالغا فراشدا.

وتنقسم الأهلية الى نوعين : **أهلية الوجوب وأهلية الأداء.** فالأولى يكسبها المرء منذ خلق بمعنى أنه أهل لوجوب الحقوق له أو عليه وتكون للجنين فيما يعود عليه بالمنفعة من جهة الارث والوصية والنسب والثانية هي المقدرة على استعمال الحقوق المشروعة، فالرشيد هو كل انسان ذكرا كان أو أنثى بلغ عمره العشرين عاما كاملة بحيث أن عدم الاهلية ينظر فيه فيما دون هذا العمر وبحسب أحوال أخرى جاءت بها نصوص خاصة سنذكر البعض منها على سبيل المثال.

الأهلية القاصرة أو المقيدة :

ليست الاهلية معدومة عند الاشخاص الذين عينهم الفصل 6 وهم الصغير الذي عمره بين الثالثة عشرة والعشرين سنة كاملة اذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم اذا لم يشاركهم مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمحجور عليه لتفليسهم وكذلك كل من يمنح عليه القانون عقدا من العقود، وقد استثنيت أعمال يمكن لمن أهليته ناقصة اجراؤها ولو بدون مشاركة الأب أو الوالي وهي التصرفات التي فيها نفع محض، كقبول الهدية والهبة قال صاحب التحفة في هذا الصدد :

ونافذ ما حازه الصغير لنفسه وبالع محجور

وهناك تصرفات تستوجب تداخل الأب والولي وكل مدير لكسب بوجه من الوجوه القانونية وتستلزم فوق ذلك اذنا خاصا يعطيه الحاكم المختص عند الضرورة والمصلحة الواضحة وهذه التصرفات هي البيع والمعاوضة والكراء لمدة تتجاوز الثلاثة أعوام والانزال والشركة والمقاسمة والرهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون.

ويدخل في زمرة القاصرين السفه بالنسبة إلى المال دون الذات والسفيه هو الشخص المبذر لماله على نفسه أو دون غاية أو لغاية لا يعتبرها الفقهاء صحيحة.

ملاحظة :

أحد الأئمة وهو أبو حنيفة لا يرى الحجر من أجل السفه حيث قال : كيف يحجر على إنسان حفظا لماله والمال غاد ورائع مع أن الحجر يؤول الى فقد الأهلية الأدمية التي هي أعظم نعم الله" فالحرية في نظره أثمن من المال، هذا وأهم عارض للأهلية الوفاة وقد اعتبر الفقهاء بقاء الذمة بقاء حكميا بعد الموت فلا ميراث الا بعد مصاريف التجهيز ودفع الديون واخراج الوصية من المخلف.

"أول ما يبدأ به في المال، تدريبه من "تدوم" في مقال".

وهناك أعمال لا تصح من الولي ولا يأذن بها الحاكم وهي التي من قبيل التبرع المحض وكذلك الاقرار لدى المحاكم بأمر لم تصدر من الولي نفسه.

أما بالنسبة إلى التجارة فيمنع على الولي الاستمرار عليها أو تعاطيها في حق من هو لنظره ما لم يكن مأذونا في ذلك من الحاكم المختص عند تأكد المصلحة.

هذا وقد جاء بالفصل 6 من القانون التجاري أن القاصر الذي بلغ الثماني عشرة سنة كاملة ذكرا كان أو أنثى لا يجوز له أن يتعاطى التجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنظر للتعهدات التي التزم بها في أعمال تجارية اذا لم يحصل على ترشيده المطلق وبطبيعة الحال ليس له أن ينخرط في بعض الشركات التجارية لما تستلزمه تراتيبها من التضامن في كل ما عليها من الالتزامات.

قد مر بنا أن العقود المكونة على غير الوجه القانوني من ذوي الأهلية المقيدة تكون قابلة للإبطال واقتضى الفصل 13 من المجلة أن الرشيد اذا اتم ما التزم به للصغير أو القاصر فهما ملزمان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك وهذا النفع الواجب رده يتمثل في المال الذي انفق القاصر أو الصغير في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عنده، وتحقيقا لمنتهى الحماية اجاز المشرع التونسي للمولى عليه بعد رشده القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المعاهد الآخر على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر وهذا خلاف آخر بين التشريع التونسي والتشريع الفرنسي الذي لا يجيز مثل هذا التحيل معتبرا اياه كافرط في استعمال الحق.

وقبل ختم الكلام في بحث الأهلية نرى من المفيد اعادة محتوى بعض النصوص المقيدة للأهلية فهذا الفصل 354 من المجلة افاد بأن الدائن اذا أسقط في

الوعد في حق الغير

سنبحث في هذا الفرع المتعلق بالاتفاقات نظرية الوعد في حق الغير واشتراط الشروط في حق الغير وهي نظرية استولدتها التطورات الاقتصادية والضرورات الاجتماعية فهي بمثابة خروج عما تقتضيه الصفة النسبية التي للعقود ومفاد هذه الصفة هو أنه ليس للعقود تأثير على غير المتعاقدين و خلفائهم نفعا أو ضررا وقد قال المشرع بالفصل 37 "ليس لأحد الزام غيره أو قبول التزام له ان لم يكن مأذونا في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكومية" وبعبارة أخرى ليس لأحد أن ينشئ باسمه الخاص عقدا يجعل غيره مدينا أو دائنا ان لم يكن وكيلاً عنه أو نائباً نيابة حكومية أو متصرفاً فضولياً، ولنبدأ بدراسة الوعد في حق الغير فنقول إن التعهد بصدور عمل من الغير يستلزم النيابة المذكورة والا فهو باطل فاذا كانت لي نيابة عن زيد مثلاً لشراء عربة له من عمرو فهذا الشراء أتمه باسم زيد كمجرد واسطة فهو الذي يصبح مالكا للعربة ومدينا بثمانها ولنفرض أن زيدا الذي لي قرابة به أو مودة قد دعت ظروف القاهرة للسفر عاجلاً الى الخارج وأثناء اقامته بالخارج انفجرت زوبعة جوية أضرت بمحل سكناه ضرراً يستلزم اتخاذ بعض التدابير لمنع تفاقمه فأتولى من عند نفسي القيام بهذه التدابير والتعاقد مع أحد عملة البناء ليباشر الاصلاحات اللازمة متكلماً باسم زيد المذكور و واعدنا في حقه بانه يوفي بالمصاريف اللازمة لذلك فأكون هكذا قد أتممت عملية من قبيل التصرف الفضولي توفرت فيها شروط الصحة من نفع وغيره فلا يسع زيد والحالة تلك الا تنفيذ ذلك الوعد عملاً بالقاعدة المضمنة بالفصل 1185 لان النفع الحاصل لزيد قد أعطى حكم الانابة اما اذا تعهدت شخصياً بان زيدا يصادق على ما وعدت به في حقه من أن يبيع لك عربته مثلاً فلا يخلو الحال من أحد الأمرين إما أن زيد يرضى بالبيع وعندئذ ينفك التزامي أو أنه يرفض البيع ويكون لك حق مطالبتني بالغرم جبراً للضرر الذي حصل لك من فوات فرصة شراء تلك العربة، أما اذا لم يجر تصرفي على الوجه الصحيح فزيد لا يتحمل بما وعدت به في حقه لانه باطل على معنى ما جاء بالفصل 37. فهذا التعهد مفاده اني التزمت شخصياً بعمل سوف أقوم به الا وهو السعي في التحصيل على رضا الغير (الذي هو زيد في مثالنا) بقبول التحمل بالوفاء بالوعد.

مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الاسقاط في الكل أو البعض فان هذا الاسقاط لا يصح الا بمصادقة جميع الورثة عليه ومرض الموت هو حالة العجز التي يكون فيها الهلاك غالباً وكثير الاحتمال وتقدير ذلك من خصائص الاطباء، وجاء بالفصل 355 أن الاسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته، وهناك قسم آخر من الأشخاص قيدت أهليتهم بالفصول 566 - 567 - 568 - 569 بالنظر للصفات المتلبسين بها وذلك دفعاً لبعض القرائن كالارتشاء والمحاباة واستغلال المواقف الحرجة ومن هؤلاء الأشخاص الحكام وكتبة المحاكم والمحامون وأمورو الدولة ووكلاء الادارات البلدية ورؤساء المصالح العامة والأوصياء والمقدمون وأمناء التفليس وغيرهم.

ملاحظة :

يتميز بين الرشد في المادة المدنية والرشد في المادة الجزائية فهو عشرون عاماً في الأولى وستة عشر عاماً في الثانية.

يتعهد بالتحويل على موافقة القاصر بمجرد زوال الحجر والامر كذلك بالنسبة إلى المفقود فشريكه في العقار يتعهد بالتحويل على موافقته على البيع عند رجوعه أو على موافقة من ستؤول إليه حقوقه وإذا لم تحصل الموافقة يجب التعويض على المتعهد.

ملاحظة ثانية : لا لزوم في التعهد لصفة خاصة فكل الالفاظ الدالة على المعنى المقصود يصح استعمالها، كما أن التعهد يكون صريحا أو ضميا وللحاكم أن يستنتج من العناصر المطروحة لديه وجود التعهد أو عدمه على أن هذا التعهد لا يتقيد به الغير كما أسلفنا فله حرية الانجاز أو عدمه، أما مجرد الارشاد فهو ليس بتعهد فاذا استفسرك تاجر مثلا عما إذا كان فلان ممن يعامل نسيئة واجبته بانه من ذوي الملاء فجوابك هذا لا يؤخذ بمثابة تعهد.

وما يجدر التنبيه اليه هو أن تعهدي هذا يرمي الى حمل الغير على الالتزام فقط أما الوفاء بالفعل فلا دخل لي فيه بحيث أن هذا الغير هو المسؤول اذا لم يوف بعد تصريحه بالقبول وهذا فرق بين التعهد والضمان لانه في صورة الضمان أكون مسؤولا عن الوفاء على أنه لا مانع من الجمع بين التحويل على رضا الغير بالالتزام وضمان انجاز هذا الالتزام أما مجرد التعهد بالتحويل على الرضاء بالالتزام فنتيجته حمل الضمان المالي على المتعهد اذا لم يأت باجازه الغير للوعد بحيث أن حصول الاجازة ينفك به التزام الواعد ويبقى ذلك الغير مطالبا وحده بالوفاء أما اذا كانت الاجازة باطلة لسبب من الاسباب وجب الغرم على المتعهد ما لم يشترط اعفاؤه منه أو كان عدم حصول المصادقة ناشئا عن قوة قاهرة ومثال ذلك أن أتعهد بانخراط زيد من الاسباب القهرية فلا عهدة علي والحالة تلك.

سؤال : هل للاجازة تأثير على تاريخ العقد؟

أفاد بعض الشراح أن العمل في الماضي جرى باعتبارها مستقلة عن التعهد بمعنى أن العقد محل الوعد يتكون وقت الاجازة لا في التاريخ الذي وقع فيه التعهد لكن فقه القضاء غير حديثا هذا المنحى واعتبر للعقد تاريخا أسبق يتحد مع تاريخ التعهد عملا بالقاعدة المعمول بها في الفضالة وهي أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

صورة تطبيقية مستوحاة من مجموعة الاحكام الفرنسية :

مفادها أن حلول الغير محل المتعهد بعد موته بصفته وارثا له لا يغير مركز ذلك الغير حتى يكون مجبورا على تنفيذ ما صدر به الوعد وبالمثال يتضح الحال: تعهد رجل بالتحويل من ابنه على بيع عربته لفلان ثم مات الوالد وورثه ابنه المتعهد في حقه فهل يجبر الابن المالك للعربة على احالة ملكيتها تنفيذا للوعد الصادر من مورثه ؟

الجواب : لا يكون الا سلبيا لان الوارث الذي هو الابن ليس عليه الا دفع التعويض من مخلف والده لعدم حصول المصادقة اما جبره على البيع فلا سبيل اليه لأن الوفاء به لم يكن موضوع تعهد مورثه.

ملاحظة أولى : للتعهد أهمية كبرى في التطبيق اذ يتسنى به تذليل صعوبة انعقاد بيع عقار يملك جزءا منه شخص غائب أو قاصر فالرشيدي من المالكين

اشتراط الشروط في حق الغير

بعد أن أوردنا مبحث الوعد في حق الغير الذي هو عبارة عن التزام شخص للأخر بالحصول على رضا ثالث بتعمير ذمته له سنتولى بحث الجزء الثاني من الفصل 37 القاضي بالمنع أيضا كلما أريد اشتراط منفعة لفائدة شخص ثالث وذلك تطبيقا لمبدأ نسبية العقود التي مفادها أنه لا يجوز للإنسان أن يلتزم أو يشترط باسمه الا فيما يخص ذاته أو خلفاءه لأن الغير أجنبي عن العقد وفعلنا فإذا اشترط عليك أن تبيع دارك ليكر وأضيف الى ذلك أنك ملتزم لي بما ذكر أي أنني أملك حق مطالبتك بالوفاء أكون قد خرقت قاعدة التحجير المضمنة بالفصل 37 المذكور وذلك لأن بكرا لا رابطة له بك وعليه فلا يتسنى له جبرك على الوفاء ومن جهة أخرى فاني لم أشرط عليك بيع الدار لمنفعتي الخاصة وحينئذ فإين المصلحة التي تبيح لي إقامة دعوى الزامك بالوفاء وبعبارة أوضح فليس لي ولا للشخص الثالث طريقة للتقاضي في شأن ذلك البيع لكن الضروريات الاجتماعية الجأت المشرع الى ادخال استثناءات على قاعدة التحجير السالفة الذكر وهي:

* **أولا:** يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير اذا كان ذلك في ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين أي اذا كانت للمشتراط مصلحة شخصية شرعية وهذا الشرط ينفذ مباشرة في حق ذلك الغير الذي يكون له حق القيام به على الملتزم.

* **ثانيا :** يصح الاشتراط في حق الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعرف بموافقه في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ اعلامه بالعقد انفك التزام صاحبه (الفصل 40).

* **ثالثا :** تضمين شرط تغريمي بالعقد من قبل المشتراط لتحقيق وفاء الواعد بالمنفعة.

* **رابعا :** أن تكون للمشتراط مصلحة شرعية يمكن تقديرها بالمال.

صدر منه ايجاب للغير هو محل الالتزام الذي استمده من الواعد ضمن العقد الذي تمه معه باسمه الخاص ومتى قبل الغير هذا الايجاب تكون عقد ثان انتقلت به تلك المنفعة الى هذا الغير فبطبيعة الحال لا وجه لاعتماد ذلك لان المنفعة لم تمر بكسب المشتري حتى تكون محل ايجاب منه بل أن كنه الاشتراط يقتضي دخولها في كسب المستفيد من أول وهلة فلو أنها مرت بكسب المشتري ومات هذا الأخير معسرا قبل قبولها من الغير لوضع عليها ورثته وغرماؤه أيديهم عليها على أنه في صورة التأمين على الحياة لا يحصل قبول الغير للمنفعة الا بعد وفاة المشتري معاقدا الشركة، كما أن اعتبار المنفعة ضمن كسب المشتري يخول لغرمائه وهو بقيد الحياة عققتها تحقيقا لخلاص مدينهم، فيما تقدم اتضح عدم اتجاه الارتكاز على نظرية الايجاب كمبنى لصحة الاشتراط.

التمسك بنظرية كوجه ثان لحل مشكلة الدعوى المباشرة

تقتضي هذه النظرية اعتبار المشتري متصرفا فضوليا في حق الغير وما القبول من هذا الغير الا اجازة لاحقة تعطي العملية صبغة الوكالة السابقة فبالتحليل يظهر عدم انطباق الفضالة على موضوعنا لان الفضولي ليس له الرجوع فيما تولى اتمامه في حق صاحب المصلحة بل يجب عليه التماضي في العمل الذي شرع فيه أما المشتري فله أن يرجع فيما اشترطه من الواعد لاستيفائه لنفسه أو لمنحه لشخص آخر وذلك ما دام الغير المشتري له لم يصرح بالقبول.

هذا ومن جهة أخرى فان الفضولي يسترد من صاحب المصلحة ما أنفقه من المصاريف المتأكدة وليس للمشتري مثل ذلك بالنسبة إلى المعاليم الدولية التي يكون قد تحمل بها لشركة التأمين في مثالنا السابق.

التمسك بنظرية الارادة المنفردة :

مفاد هذه النظرية أن المنفعة انبعثت للغير عن ارادة الواعد وأن هذا الغير لم يشارك في تكوينها بدليل وجودها لفائدته قبل قبوله لها وقد لاح لبعض المحاكم اتجاه هذا المستند غير أنه سرعان ما عدلت عن اتباعه لأن الواعد أراد لا محالة أن يتعهد لفائدة الغير لكن هذا التعهد لم يتولد عن محض ارادته بل هو منبعث أيضا عن ارادة المشتري الذي له حق التصرف في موضوعه قبل قبول الغير له وما يؤيد ذلك أن الواعد يمكنه في صورة القيام عليه من المستفيد أن يرد طلب الوفاء هذا بما لديه من

فيستفاد مما تقدم ان المقنن أوجب لصحة الاشتراط أن يكون متفرعا عن عملية قانونية مبنية على مصلحة مادية أو أدبية تكون قد دعت صاحبها لانجاز الاشتراط والامثلة على ذلك أصبحت كثيرة في مختلف الميادين كميدان التأمين على الحياة أو للوقاية من تبعة فواجع الشغل وغيرها وميدان التجارة ومقاولات الاشغال العامة فالتاجر الذي يعرض محل تجارته للبيع قد يشترط على المشتري استخدام العملة الموجودين في المحل، وفي عقود نقل البضائع هناك ضمان بالنسبة إلى الشيء الذي من شأنه أن ينتقل من يد إلى أخرى مفاده أن معاقد أجبر النقل يتحمل بالأضرار التي قد تطرأ على الشيء ولو حل أثناء النقل شخص آخر محل المالك الأول لذلك الشيء إلى غير ذلك من الصور العديدة التي تناولها فقه القضاء العصري بما أدى إلى اعتبار اشتراط الشروط في حق الغير كقاعدة أصلية لا كاستثناء فالغير أصبح له حق خاص يخوله القيام مباشرة على الواعد لجبره على الوفاء بالالتزام الذي تحمل به للمشتري حيث أن المنفعة المشترطة تتولد من أول وهلة في كسب الغير بدون أن تكون قد دخلت في كسب المشتري ثم أنها خرجت منه بموجب الاشتراط واندمجت في كسب الغير وذلك لان المشتري لم يكن في الحقيقة دائنا للواعد بتلك المنفعة وعليه فان غرماء المشتري وورثته ليس لهم أن يضعوا عليها أيديهم بأي وجه من الوجوه، هذا وان قبول الغير للمنفعة ليس هو المنشئ لها بل مفعوله الأصلي منع المشتري من الرجوع فيها بحيث أنه يتقيد بهذا القبول ولم تبق له امكانية التصرف فيها باسنادها إلى شخص آخر.

تحليل مركز الغير من الوجهة النظرية

سندرس هذا التحليل على ضوء ما دار من حوار بين رجال القانون الفرنسي للبحث على مستند لصحة الاشتراط حيث سكت المشرع الفرنسي عن ذلك في قانون 1804 أي قانون نابليون الأمر الذي لم يلتزمه مشرعنا التونسي لما وضع الفصل 38 وغايتنا من هذه الدراسة اعانة طلبة الحقوق على استخدام مواهبهم بما يسمح بتنمية ملكة التفقه في القانون العصري.

فهناك ثلاث نظريات وقعت محاولة اعتمادها من بعض العلماء كمستند لصحة الاشتراط كانت محل معارضة وانتقاد من آخرين وهي نظرية الايجاب ونظرية الفضالة ونظرية الارادة المنفردة، فأصحاب نظرية الايجاب يقولون إن المشتري قد

وسائل مستمدة من العقد المتم مع المشترط كبطلان هذا العقد لعيب من العيوب التي سبق تعدادها ولكون معاقده لم يوف من جهته بتعهداته المذكورة في العقد.

ومجمل القول هو أن كل ما ذهب اليه فقه القضاء الفرنسي أو دراسات بعض المؤلفين لم يأت بحل لمشكلة تخويل الغير حق القيام مباشرة على الواعد فمن أجل ذلك وانقيادا لضروريات الحياة العصرية ومبدأ جلب المصالح خاصة في ميدان التأمين صدر في 13 جويلية 1930 قانون فرنسي محتو على القواعد التي أثبتت للمشرط له حقا شرعيا يسمح له باستيفاء المنفعة مباشرة وجاء بالفصل السادس أن التأمين يصح انجازه لمن تنتقل اليه البضاعة المؤمنة ولو لم يكن معينا وقت التعاقد وتضمن الفصل الرابع عشر قاعدة بمقتضاها انه في صورة موت المشترط ليس لورثته حق الرجوع في الاشتراط الا بعد انذار المستفيد ليصرح بقبول الاشتراط أو بعدمه الأمر الذي يؤخذ منه أن المنفعة ليست من مشمولات المخلف أصالة حسب الفصل 67 من القانون المذكور الى غير ذلك مما يؤيد المبادئ التي سندرسها على ضوء ما جاء بالفصل 38 من قانوننا التونسي فقد أثبت هذا الفصل للمستفيد حق القيام مباشرة على الواعد ضاربا صفحا عن كل جدال، ومما تقدم نستخلص أمرين أولهما أن الدين الذي أصبح بموجب الاشتراط من حقوق الغير على الواعد يلزم فيه أن لا يكون قد دخل في كسب المشترط والامر الثاني هو امكانية الرجوع في المنفعة المشترطة طالما لم يقبلها المشترط له وهذا الرجوع من المشترط يسمح له بنقلها الى شخص آخر أو باستبقائها لنفسه واذا مات المشترط أو انعدمت أهليته فليس لمن خلفه الاستئثار بها بل حق الغير في القبول يظل باقيا لما هو محتمل من أن المشترط قد كانت له أسباب شخصية دعتة للاشتراط حتى أنه لم يرجع فيه الى أن مات أو أصبح عديم أهلية لكنه عند رفض المستفيد للمنفعة بعد الانذار يتولد للخلف حق فيها.

ملاحظة :

يظهر من فحوى الاشتراط أنه كانت للمشترط فكرة التبرع بالمنفعة المشترطة من الواعد ففي صورة التأمين الذي يستلزم من المشترط انقضاء معالم دورية تكون قد خرجت من كسبه وتجاوزت حد النصاب ففي هذه الصورة يمكن الخط من المنفعة بقدر ما تجاوز ذلك الحد.

مفاعيل الاشتراط الصحيح

بيان ذلك يلزم تحليل العلاقات الموجودة بين الأشخاص المشمولين في الاشتراط وهم المشترط والمشرط منه أو الواعد والمشرط له أو المستفيد ولسهولة البحث سننتع الأول باسم زيد والثاني باسم عمرو والثالث باسم بكر.

علاقة زيد بعمرو أي علاقة المشترط بالواعد :

فهما مرتبطان بعقد من العقود إما بصفة العوض أو بصفة التبرع وعليه فلزيد طبق الفصل 39 حق التقاضي مع عمرو في شأن المنفعة وذلك لما له من مصلحة مالية أو أدبية في الاشتراط كما أن لعمرو حق طلب الفسخ في صورة تخلي زيد عن واجب تنفيذ ما تعهد به من جهته ففي مثال التأمين عدم دفع زيد للمعالييم الدورية يخول شركة التأمين طلب التنفيذ لذاته حسب الفصل المذكور اذا ظهر من العقد أن هذا التنفيذ لا يجوز طلبه الا من ذلك الغير كما في صورة ما اذا كان عمرو طبيبا جراحا واشترط عليه اجراء عملية على بكر الذي له وحده حرية التصرف في بدنه ولو سبق منه قبول أصل الاشتراط.

علاقة زيد ببكر أي فيما بين المشترط والغير :

ان هذا المستفيد أجنبي عن العقد الذي أنشاه زيد مع عمرو وحينئذ فلا يخلو الحال من أحد الأمرين فزيد اما أنه قصد ابراء ذمته مع بكر أي أنه قصد أداء دين بذمته لبكر أو أنه قصد التبرع عليه فبحسب هاتين الصورتين تطبق أما أحكام الأداء أو أحكام الهبة مع الملاحظة بانها هبة من نوع خاص لان المتبرع به لم يخرج من كسب الواهب زيد بل خرج من كسبه المعالييم الدورية التي حققت المنفعة وهذه المعالييم ترد عند الاقتضاء الى حد النصاب.

علاقة عمرو ببكر أي فيما بين الواعد والغير :

ان هذا الغير اكتسب من قبل القانون (الفصل 38) حقا يخول له القيام مباشرة على عمرو لاستيفاء الفائدة المشترطة التي لم تكن قد خرجت من كسب المشترط وبصفته أجنبيا عن العقد المنبعثة منه تلك الفائدة فليس له حق طلب فسخه لكن هذا العقد قد يشتمل على توثقات تحمل بها عمرو كرهون وغيرها. فعلى مقتضى قانوننا التونسي يجوز لبكر التمسك بها سواء أكانت خاصة بالمنفعة أم أنها شاملة لكامل

موضوع العقد أما على مقتضى القانون الفرنسي فالمسألة خلافية. فمن العلماء من يرى أن حق بكر قاصر على التوثقات الخاصة بالمنفعة و آخرون يجوزون لبكر الحلول محل زيد حتى في طلب الفسخ.

هذا ومن مفاعيل الاشتراط تخويل عمرو حق الاحتجاج على بكر بجميع الأوجه التي يمكن له معارضة زيد بها فيعارض مثلا بعيوب الرضا ويفقدان الأهلية كما له طلب الفسخ لعدم قيام زيد بتعهداته.

قبول الغير أو رفضه للمنفعة المشترطة له

تقدم لنا أن قبول الغير للمنفعة لم يكن هو المنشئ لها فهو ليس كقبول الايجاب لتكوين العقد وذلك لأن المنفعة معتبرة موجودة في كسب الغير اثر انبرام الاتفاق بين المشترط والواعد فمفعول هذا القبول منع المشترط من الرجوع فيما اشترطه وينبني على ذلك أن الغير يبقى له حق التصديق بعد وفاة المشترط وإذا توفى الغير انتقل هذا الحق الى ورثته وقد يكون التصديق دلالة أي باجراء العمل بالعقد أو بالسكوت عند الحضور أو بالعلم حسب صريح الفصلين 41 - 42.

رفض الغير للمنفعة :

إن دخول المنفعة في كسب الغير بمجرد انعقاد الاشتراط قد ينشأ عنه بالنسبة إلى من كان معسرا وضع يد غرمائه عليها بطريق الدعوى البوليانية لأنه يكون قد تخلى برفضه لها عن حق موجود في كسبه وأن كان مثل ذلك مستبعدا في صورة انجرار المنفعة على وجه الهبة لأن قبول الهبة ليس بامر وجوبي وحينئذ فليس للغرماء القيام بالدعوى المذكورة حيث لم يكن لهم حق جبر مدينهم على ذلك القبول.

هذا وإن القاعدة في الاشتراط تفيد بأنه عند عدم تصديق الغير ترجع المنفعة الى المشترط الذي له استبقاؤها لنفسه أو أسنادها الى شخص آخر إذ لا يهم الواعد مبدئيا شخص مستحق هذه المنفعة. فلو فرضنا أن زيدا باع عربة لعمرو بمبلغ قدره تسعمائة دينار ثلثاه له والثلث الباقي اشترط دفعه الى بكر فاذا رفض هذا الأخير الاشتراط يجوز لزيد أخذ الكامل لأن المنفعة هنا جزء من الثمن الراجع بطبيعة الحال الى البائع وليس الامر كذلك في صورة ما اذا وهب زيد دارا لعمرو واشترط عليه عمرى لبكر فرفض هذا الأخير لها يصبح به عمرو بريء الذمة من هذا الشرط الثقيلي وبما تقدم نفسر عجز الفصل 38 القاضي بانعدام الاشتراط عند عدم القبول وتفاديا من

اللبس يتجه التنبيه الى أن المقنن لم يقض في هذه الصورة بانعدام التزام الواعد بل قضى بانعدام الاشتراط والفرق واضح.

ملاحظة :

يفرق بين الشرط الثقيلي والشرط التعليقي بكون الأول لا تأثير له على كيان الهبة أو الوصية إذ يمكن للموهوب له أو الموصى له طلب التنفيذ في الحال بخلاف الشرط التعليقي فإنه يعلق كيان الهبة أو الوصية على اتمام ما تضمنه الشرط وليس للموهوب له أو الموصى له في هذه الصورة أن يطلب التنفيذ قبل حصول الشرط(*) .

الرجوع في الاشتراط :

علمنا أن للمشرط حق الرجوع فيما اشترطه لفائدة الغير ما دام هذا الأخير لم يصادق عليه وعلمنا أيضا أن هذا الرجوع يفضي اما الى ابقاء المنفعة لخاصة نفسه أو الى ايثار شخص آخر بها فهو سلاح بيده يتفادى به مما عسى أن يظهر له من سوء سلوك الغير معه أو عدم استحقاقه للعناية التي خصه بها على وجه المجاملة والاحسان.

بيان :

إذا اعتبرنا خلافا لبعض الآراء أن حق الرجوع في الاشتراط صفته شخصية لارتكازه على دواع عاطفية فليس لغرماء المشترط اجراؤه بطريق القيام بالدعوى المنحرفة وليس لورثته من بعده التمسك به لأنهم قد لا يشاطرونه في تلك العواطف التي استمر مفعولها الى أن مات بدون أن يفكر في الرجوع في المنفعة المشترطة، على أنه لو كان ذلك الحق من مشمولات المخلف لأصبح الاشتراط مهددا بالزوال لما يتوقع من مبادرة الورثة بالرجوع فيه بمجرد وفاة مورثهم ما لم يكن مصرحا بقبوله من طرف المشترط له، هذا وبمراجعة القانون الفرنسي الصادر في 13 جويلية سنة 1930 والمتعلق بالتأمين على حوادث النقل نجد بالفصل 64 صورة يخول فيها للورثة الرجوع في الاشتراط الواقع من مورثهم بعد ضرب أجل قدره ثلاثة أشهر للمشرط له ليصرح بالقبول.

(*) لاحظ أن الهبة يشترط فيها التحيز.

ومما يجدر التنبيه اليه أيضا هو أنه إذا عين المشتري شخصا آخر بدل المشتري له الأول كان له مركز من قبله بمعنى أنه يعتبر مالكا للمنفعة من تاريخ انبرام العقد بين المشتري والواعد.

استثناء من قاعدة اختصاص المشتري بالرجوع

يتناول هذا الاستثناء الصورة التي تتحد فيها فكرة المجاملة والاحسان عند المتعاقدين أي عند المشتري والواعد فلو باع زيد داره مثلا لأخيه عمرو بثمان مسمى مع عمري لوالدهما بكر فليس للبائع زيد أن يرجع في تلك العمري بدون موافقة أخيه. تقدم لنا أن من نتائج الرجوع انتقال المنفعة الى المشتري أو الى من يعينه مكان المستفيد الأول لكن هذا الانتقال لا تنبني عليه الزيادة في أهمية هذه المنفعة فلو فرضنا أن متعلقها عمري كانت لبكر ثم اسندت الى خالد فمدتها تبقى مقيسة بحياة الأول اما إذا كانت المنفعة ليس من شأنها أن تتعدى الى غير المشتري له ورفضها هذا الأخير فلا مسؤولية على الواعد من جراء ذلك ومثال هذه الصورة هو أن يبيع زيد ضيعته لعمرو ويشترط منه السماح لبكر المجاور له بالمرور منها ثم أنه يرجع في هذا الاشتراط لان بكر قد أساء السلوك معه فلا يتصور والحالة تلك انتقال المنفعة الى غير بكر.

الاستثناء الثاني لصحة الاشتراط :

جاء بهذا الاستثناء الفصل 40 من المجلة التونسية وهذا نصه: "يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها فإذا لم يعرف بموافقه في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ اعلامه بالعقد انكف التزم صاحبه".

الاستثناء الثالث لصحة الاشتراط :

وهو أن يضمن بالعقد شرط تخريمي من طرف المشتري تحقيقا لوفاء الواعد بالمنفعة للغير المعين به فيكون بذلك سلاح بيد المشتري ضد معاقده لارغامه على الوفاء حيث أصبحت له مصلحة يركز عليها قيامه وهي الحصول على الغرامة المقدرة ولقائل أن يقول كيف يتصور جواز مثل ذلك مع كون الاتفاق الاصيل الذي هو الاشتراط فاسدا وما الغرامة المقدرة الا فرع منه توجدت فاسدة بفساده فذهب بعضهم

الى اعتبار الاتفاق الفرعي قد جاء لتصحيح الاصيل و رأى آخرون أن ما اعتبر أصليا هو الفرع أي أن الاشتراط كانت الغاية منه استحقاق الغرامة لكن هذه التأويل خرجنا بها عن قاعدة الاشتراط.

الاستثناء الرابع والأخير لصحة الاشتراط :

وهو أن تكون للمشتري مصلحة يمكن تقديرها بالمال يبنى عليها طلب تنفيذ الشرط.

قد سبق لنا عند ذكر الاستثناء الأول أنه لا بد من مصلحة شرعية للمشتري يبنى عليها الاشتراط وههنا يتجه التساؤل لمعرفة هل أن المصلحة الادبية البحتة يصح اعتمادها أو أنه يجب أن تكون المصلحة الادبية قابلة للتقدير بالمال فافادتنا مراجعة بعض قرارات اصدرتها محكمة التعقيب الفرنسية أنه يمكن الاكتفاء بوجود مصلحة أدبية مهما كانت صفتها غير أن ذلك لم يستصوبه بعض الشراح بل أنهم تخرجوا منه خوفا من الاستناد عليه للقضاء على مبدأ التحجير الوارد به الفصل 1119 الذي يقابله عندنا الفصل 37 لانه في التطبيق لا يتصور السعي في شرط تعود منفعته على الغير الا اذا كانت للمشتري مصلحة ما في ذلك فتعميم مبدأ اعتماد المصلحة الادبية من غير حصر هو السبب في التخرج المذكور وبناء على ذلك أصبح الاتجاه يرمي الى الغاء الاستناد الى المصلحة الادبية البحتة في غير صورة الهبة وبالمثال يتضح الحال، اذا اشترط دائن منفعة لفائدة مدينه فانه قد يقصد بذلك تمكينه من ابراء ذمته معه وكذلك المقاول الذي تعهد باحضار بناء في أجل معين ثم طرأ عليه مانع أقعده عن العمل فاذا تعاقد مع مقاول آخر يقوم بنفس العمل لفائدة معاقده الأول يكون قد أبعد عن نفسه مسؤولية التأخير والامر بالمثّل بالنسبة الى المقدم الذي تعذر عليه لسبب من الاسباب ادارة شؤون منظوره حتى اضطر الى تكليف من يتولى ذلك مكانه وكذلك مثال من كان محتفظا بشيء للغير على وجه الوديعة فتدعو الضرورة الى ايداعه عند شخص يكون ملتزما لذلك الغير بالحفظ والتسليم.

هل يجوز الاشتراط لفائدة من كان غير معين أو غير موجود

في الحال ؟

تقدمت لنا صورة تشير الى الجواز وهي التي تنتقل فيها البضاعة المؤمنة من يد الى أخرى على التوالي وهناك أيضا أمثلة تؤيد ذلك منها التعاقد مع شركة التأمين لفائدة الزوجة وغيرها من الورثة ولو لم يقع تعيينهم بالاسماء في العقد.

المصدر الثاني للالتزامات وهو شبه العقد

صدرنا المقالة الأولى بتعداد مصادر الالتزامات وقلنا إن شبه العقد هو عبارة عن فعل جائز واختياري يترتب عليه بحكم القانون ما يترتب على العقود من التأثير فيلزم حينئذ جواز الفعل لأن عدم جوازه تبني عليه الجنحة وشبهها والشرط الثاني هو أن يكون الفعل اختياري أي أنه تعلقت به إرادة من أجراه لأن هناك التزامات يتحمل بها الشخص مع كونها غير منبعثة عن إرادته وهي التي ينشئها القانون أو كانت مترتبة عن خطأ قصدي أو غير قصدي وقد وضع المقتن التونسي أحكاماً لثلاثة أصناف من شبه العقود وهي الاثراء بدون سبب ودفع ما يلزم والفضالة فبالنسبة إلى الفضالة هناك علاقتان التزاميتان أحدهما بين المتصرف وصاحب المصلحة والآخرى بين هذا الأخير والغير الذي تعامل معه المتصرف وهما قريبتان مما يتولد عن أحكام الوكالة. أما بالنسبة إلى الاثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم ففي كليهما يجب الرد وهو وجه الشبه بينهما وسنخصص بحثاً لكل صنف من الأصناف الثلاثة مبتدئين بالاثراء بدون سبب (الفصل 71 وما بعده).

الاثراء بدون سبب

يتلخص هذا الموضوع فيما تستلزمه المبادئ السامية والاخلاق العالية من الابتعاد عن الظلم وأكل أموال الناس بالباطل كما جاءت به الآية الكريمة "لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" وكما جاء به هذا الحديث الشريف: "لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا وان أخذ عصا صاحبه فليردها عليه".

ومن الواضح أنه اذا خرجت قيمة مالية من كسب شخص ودخلت بلا مبرر في كسب شخص آخر يختل توازن الكسبين ويكون من العدل والانصاف ترجيع الحالة الى ما كانت عليه فاقارارا لهذا المبدأ جاء الفصل 71 من المجلة بأن من اتصل بشيء أو غير ذلك من الاموال مما هو لغيره أو صار في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه رده لصاحبه وجاء الفصل الذي يليه بأن من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به. فنرى بما تقدم أن هذه النظرية واسعة المدى بما يساعد على منح التعويض في حالات لا تسمح بها نظرية الفضالة التي انبعث فيها التصرف عن فكرة النيابة عن الغير بدون علمه ولربما كانت للمتصرف عن اختيار منه فكرة الاحسان بينما الارادة في نظرية الاثراء بدون سبب ونظرية دفع ما لا يلزم لم تتجه نحو إحداث رابطة الزامية بل إن الرد فيهما يحتمله سلطان القانون لا غير تحقيقا لمبدأ العدل والانصاف وقد شبه المؤلف الفرنسي ريبار (Ripert) هذه النظرية بجدول من المياه يجري تحت الأرض فينبت من القواعد القانونية ما يثبت وجوده بدون أن يظهر فوق الارض وباختصار فانها تقوم على فكرة العدالة التي هي أساس جميع المصادر.

شروط القيام بدعوى الاثراء بدون سبب :

يلزم لنجاح دعوى الاثراء على حساب الغير وجود عنصر مادي وفقدان عناصر قانونية. فالمادي هو نقل قيمة مالية من كسب شخص الى شخص آخر مع وجود صلة تقابل بين اثراء الأول بالقيمة المذكورة وافتقار الثاني من جراء ذلك والعناصر القانونية هي فقدان سبب مشروع لاختلال هذا التوازن بين الكسبين كبيع أو هبة ويضاف الى

ذلك عدم صدور أي خطأ من المفتقر و ان لا يكون في إمكان القائم التمسك لدى القضاء بوسيلة أخرى فالشروط حينئذ هي :

أولا - حصول نمو بكسب المدعى عليه -

ثانيا - حصول نقص بكسب المدعى -

ثالثا - وجود علاقة السببية بين النفع الذي اكتسبه الاول والخسارة التي لحقت الثاني.

رابعا - فقدان سبب مشروع كبيع أو هبة أو وصية -

خامسا - عدم وجود وسيلة أخرى بيد المفتقر غير دعوى الاثراء للانتصاف مما لحقه فهي بذلك دعوى ثانوية أو استطرادية.

هذا و إن النفع المتحدث عنه قد تكون صيغته أدبية ممكنة التقدير بالمال كما في صورة لزوم تعويض أتعاب أستاذ تولى تثقيف بعض أطفال بدون اتفاق مع أوليائهم وبدون أن يكون له فكرة التبرع بمجهوداته في هذا السبيل ومن جهة أخرى فلا يلزم أن يكون الاثراء قد حصل مباشرة بين المفتقر والمغتني ولنذكر على سبيل المثال صورة كانت المحاكم تناولت درسها وهي أن فلاحا اشترى كمية من السماد سمد بها الأرض التي كانت في مكرهه ولما فسخت عقدة الكراء بينه وبين مالك الأرض قام بائع السماد الذي لم يتصل بثمن بضاعته طالبا من هذا الأخير انقاده لانه هو الذي استفاد بما حصل للزرع من نمو بفضل استعمال كمية السماد المذكورة وقد حكم له بذلك لكن فقه القضاء غير وجهته مقرر عدم أخقية هذا الطلب الموجه ضد مالك الأرض وذلك لان البائع كان مقصرا حيث أنه لم يستعلم عن حالة معاقده ولم يسع في أخذ توثقة منه لانه من شروط دعوى الاثراء بدون سبب أن لا يكون المفتقر مخطئا وفيما يتعلق برابطة السببية يلزم تقابل الاغتناء والافتقار.

أجل يمكن للمتتبع بمال الغير بدون سبب أن يحصل بفضل ابتكاراته الخاصة على منافع أخرى الأصل فيها المنفعة الاولى. فهذه المنافع لا تتناولها دعوى الرد فلا يعوز للمفتقر الا ما خسره وليس له مطلقا أن يبهظ في الطلب بل يقتصر في طلبه على قدر ما خرج من مجموع ذمته المالية ولا أكثر واذا كان النمو دون مقدار الخسارة فلا يتجاوز الرد وهذا هو مفاد القاعدة التي بمقتضاها لا يجوز الحكم للمدعى بما يزيد على أصغر القيمين والغاية من ذلك ترجيع التوازن بين الكسبين الى نصابه.

هذا ومن جهة أخرى فان الاثراء بدون سبب تضبط أهميته بالنسبة إلى تاريخ القيام بالدعوى بحيث أنه اذا زال أثره بأمر سماوي قبل هذا التاريخ فلا يحكم بشيء للمدعى ونستخرج من ذلك فرقا معتبرا بين نظرية الاثراء بدون سبب ونظرية الفضالة وبالمثال يتضح الحال. تصرف زيد في أرض بشبهة الملك وأحدث بها سدا حطمته مياه الوادي المجاور لها فاضطر الى اقامة سد آخر مكانه فمالك الارض الحقيقي لا يرجع لزيد الا ما صرف على السد القائم لانه هو الذي نما به كسبه أما لو كان زيد متصرفا فضوليا فانه يسترجع كل ما انفق على السد الأول والسد الثاني لأن الفضالة تؤول الى الوكالة اذا اكتملت شروطها.

فقدان سبب مشروع كشرط لصحة القيام

فليس هناك اثراء بدون سبب اذا انبعث النمو عن عمل قانوني كبيع أو هبة أو وصية وقد يكون انبعث النمو عن حكم القانون كما في صورة المدين الذي توفرت لديه شروط التقادم لئلا يوفي بما عليه وكذلك الأمر في صورة التقادم المكسب وهناك صورة أخرى كثيرة التداول وهي التي قد يتجاوز فيها التعويض أهمية الضرر كما في هذا المثال: تحطمت عربة بفعل فاعل فحكم عليه باصلاحها ولزم لذلك تعويض قطعة باخرى لم تستعمل قبل ونشأ عن الاصلاح بهذه الطريقة اكتساب منفعة زائدة طال بها دوام صلوحية العربة فهل في ذلك اثراء بدون سبب؟

فالجواب عن ذلك لا يكون الا بالنفي لان المنفعة المذكورة نتيجة حتمية للمسؤولية القانونية المحمولة على عاتق المطلوب غير انه لا يتسامح بذلك اذا كانت قيمة الاصلاح تفوق قيمة العربة وعلى كل فان الحاكم يعدل في مقابلة الاصلاح بالصفة المذكورة ما يطلبه رب العربة من غرامات كغرامة الحرمان من الانتفاع مدة ما بسيارته أو تسديد بعض النفقات المترتبة عن التقاضي من أجل التعويض وهناك مثال آخر لما سبق ذكره مستمد من الفصل 786 الذي مفاده أن المكري ملزوم بأداء المصاريف النافعة التي صرفها المكثري بلا اذن الى حد قيمة المواد والغرس وأجر خدمتها بدون اعتبار ما زاد في قيمة المكري بسبب ما أحدثته ما لم يكن ذلك لمنفعته الخاصة ونستخرج من هذا القيد قاعدة تقتضي أن القائم بدعوى الاثراء بدون سبب يلزم أن لا تكون له مصلحة شخصية فيما تكلف به كما لو أحدث صاحب ضيعة سدا انتفع به الجار فكان ذلك لصالحه الخاص ولا عبرة للافتقار الناتج عن ظروف القضاء والقدر أو القوة القاهرة كما في حالة جرف الطمي من البحار والأنهار وقد ذهب اليوم القانون الاداري نحو جواز

خامسا : لما كان الاثراء في هذه الحالات غير مرتكز على الارادة فلا يهتم عدم أهلية من أثرى على حساب الغير فالصغير يرد ما دخل في كسبه بصفة غير مشروعة.

دفع ما لا يلزم أي دفع غير المستحق :

ان هذه النظرية قريبة من التي قبلها من حيث ارتكازها أيضا على فكرة العدل والانصاف مع تباين في الشروط كما يستفاد ذلك من الفصل 73 الذي هذا نصه: "من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الامر له أن يسترجع ما أداه ممن اتصل به" فيستخلص من ذلك أن الاداء يكون غير مستحق اذا لم يبن على سبب قانوني ويلزم مع ذلك أن يكون عن غلط لان الاداء في الاصطلاح القانوني لا يكون صحيحا الا مع وجود دين بالذمة ويجب على من اتصل بالمال رد هذا المال والا اعتبر كمن أثرى بدون سبب.

شروط القيام بدعوى الرد :

تنحصر هذه الشروط في ثلاثة أمور:

أولا : وقوع اداء بالفعل

ثانيا : الاداء غير مستحق

ثالثا : وقوعه عن غلط

ولهذه الشروط ثلاث صور :

الأولى : هي التي متعلق الاداء فيها دين غير موجود من أصله

الثانية : هي التي فيها الدين موجود لكنه دفع لغير الدائن الحقيقي

الثالثة : هي التي فيها الدين موجود أيضا لكن الدافع له ليس هو المدين الحقيقي.

وكل ذلك الأصل فيه الغلط وقد ذهب فقه القضاء مذهبا آخر يقوم فيه مقام الغلط وقوع الاداء تحت حيز الاكراه ويضاف الى ذلك ما جاء بالفصل 77 من وجوب رد ما دفع لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالاخلاق الحميدة. فالأمثلة الآتية توضح كل صورة من تلك الصور :

مطالبة الخواص الذين زيد في قيمة ممتلكاتهم زيادة معتبرة من جراء الأشغال العمومية ولنا أحسن مثال على ذلك ما أجري من الأشغال بوادي مجردة ونرى البلدية تعدل الاداءات على نسبة ما تحدته من بساتين وتحسينات أخرى جوار المساكن وغيرها من المحلات وإذا راجعنا قانون الملك التجاري المحررة أحكامه بعدة أوامر من تاريخ عام 1926 نجد ما يشير الى استخدام قاعدة الاثراء بدون سبب في صورة غرامة يحكم بها لفائدة المكثري الذي طلب المالك اخراجه من المحل التجاري وذلك في مقابلة ما اكتسبه هذا المحل من سمعة يقدر الخبراء قيمتها المالية استنادا الى عدة عناصر وهذه الغرامة يمكن استيفاؤها لأمن المالك فقط بل أيضا من المكثري الجديد وذلك زيادة على غرامة الحرمان التي مبناهم الافراط في استعمال حق طلب الخروج، وهناك أمثلة أخرى نذكر البعض منها اثباتا لفكرة العدل والانصاف المبنية على نظرية الاثراء على حساب الغير فمن ذلك الصورة التي جاء بها الفصل 13 من المجلة التونسية القاضي بان القاصر يرد بقدر ما انتفع به من مال الرشيد عند فسخ العقد المتمم معه لانه لم يبق بينهما عقد بعد الفسخ وأيضاً ما تضمنه الفصل 1028 من أن المودع (بالكسر) يؤدي للمستودع ما صرفه من المصاريف اللازمة لحفظ الوديعة كما عليه أن يعرض له ما عسى أن ينشأ له من الخسارة بسبب الوديعة وقياسا على ذلك جاء الفصل 1584 بأنه في صورة رهن المنقول يجبر المدين عند استرجاعه للمرهون على رد ما لزم من المصاريف الضرورية التي صرفها الدائن للحفظ.

والخلاصة هي أن نتائج الاثراء بدون سبب تنحصر فيما يلي :

أولا : يكون مقدار المال الذي يحكم المجلس برده على نسبة النفع الذي حصل للمدعى عليه.

ثانيا : اذا تجاوز النفع الحاصل للمدعى عليه أهمية ما نقص من كسب المدعي يحكم بما يساوي هذا النقص أي بأصغر القيمتين.

ثالثا : أهمية الاثراء تقدر اعتبارا من يوم القيام بالدعوى لا من يوم مباشرة المدعي للعمل المنبعث عنه الاثراء مع مراعاة حسن أو سوء نية المدعى عليه.

رابعا : دعوى الاثراء لا تقع اثارها الا عند عدم وجود غيرها من الدعاوى المركزة على أصول أخرى مشروعة فهي بذلك دعوى ثانوية أو استيطادية.

أمثلة للصورة الأولى :

أدى الوارث دينا معتقدا أنه بذمة مورثه مع كون هذا الأخير لا شيء عليه أو أنه خلص فيما كان بذمته بمقتضى وصل عثر عليه بمخلفاته أو كانت حجة الدين باطلة لعيب من العيوب وكذلك إذا دفع المدين أكثر مما بذمته فالزائد يطالب به الدائن وكذلك الغلط في صفة الشيء بان سلم المدين لدائنه بضاعة من النوع الرفيع ولم تكن ذمته عامرة إلا بما دون الصفة المذكورة وكذلك أداء دين معلق على شرط ما زال حصوله في علم الغيب اللهم إلا إذا وقع هذا الأداء مع العلم بان الشرط غير ممكن الحصول بفعله أو لسبب آخر (الفصل 76) أما إذا تعلق الأداء بدين سقط حق القيام به بمرور الزمن أو وفاء بأمر مستحسن ليس بواجب فلا يسوغ الاسترداد على شرط أن تكون للدافع أهلية التفويت مجانا (الفصل 78).

الصورة الثانية : التي فيها الدين موجود لكنه دفع لغير الدائن الحقيقي فمثالها وفاء المدين بكامل دينه لوارث معتقدا عدم وجود وارث غيره.

هذا وإن الصورة الثالثة التي اتصل فيها الدائن بدينه من غير مدينه الحقيقي قد لا يجب فيها الرد إذا مزق هذا الدائن رسم دينه أو أبطله لكن على شرط أن يكون حسن النية معتقدا صحة الأداء.

ماذا يقصد من الأداء؟

قد نص الفصل 79 على ذلك حيث تضمن أنه "يعادل الأداء إعطاء شيء في مقابلته أو إعطاء وثيقة فيه أو إعطاء رسم اعتراف به أو حجة أخرى تقتضي اثبات وجود التزام أو الإبراء منه".

ملاحظة :

إذا أثبت القائم أنه دفع بالفعل وأنه كان غير ملزوم بالدفع وإن ذلك وقع منه عن غلط من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر أو تحت حيز الإكراه جاز له أن يسترد جميع ما دفعه باستثناء ما تضمنته القاعدة العامة التي أوردها الفصل 253 مما هو متعلق بالأهلية الذي هذا نصه : "إذا وقع الوفاء من مدين غير أهل للتفويت أو إلى دائن غير أهل للقبض جرى العمل بالقواعد الآتية :

أولا : إذا كان الوفاء بالالتزام ممن ليس له أهلية التفويت وكان ذلك لا يضره انقضى به الالتزام ولا يجوز للدافع استرداده من الدائن الذي قبضه.

ثانيا : الوفاء لمن ليس بأهل للتصرف صحيح إذا ثبت المدين أن ذلك القاصر انتفع به على معنى الفصل 13".

مدى واجب الرد :

إن أهلية الرد تختلف بحسب ما كان عليه المطلوب من حسن أو سوء النية وهذا الرد يتناول نفس الشيء الذي اتصل به المطلوب سواء كان دراهم أو عقارا أو منقولا أو مثليا فإذا كان شيء النية أي عالما بالعيب عند اتصاله بالشيء يجب عليه حسب الفصل 80 ترجيع جميع ما أخذه مع الغلة والزوائد والأرباح الحاصلة له من وقت اتصاله بذلك مع ما كان يحصل عليه لو أحسن الإدارة وإذا كان الشيء عقارا أو منقولا فيرجعه بعينه إن كان موجودا أو يرجع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تعيب بفعله أو تفرطه وإذا باعه يرجع الثمن الذي قبضه إن كان مساويا أو متجاوزا للقيمة بالنسبة إلى تاريخ القيام عليه وفوق ذلك يمكن تغريمه إن اقتضى الحال ذلك كما أنه يرجع قيمة الشيء ولو كان التلف أو التعيب بقوة قاهرة ومحصل القول هو أنه يعامل معاملة الغاضب أو السارق.

أما إذا كان حسن النية فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام عليه أي أنه لا يرد الغلة والزوائد والأرباح التي حصل عليها قبل إقامة الدعوى وإذا تلف الشيء أو تعيب بالأمر السماوي فلا يتحمل بأية مسؤولية من جراء ذلك وإذا فوت في الشيء بالبيع حالة حوزة له بشبهة الملك فلا يلزمه إلا رد ما قبضه من الثمن أو إحالة حقوقه التي على المشتري.

سؤال :

هل يجوز لمن دفع ما لا يلزمه أن يقوم باستحقاقه من يد الغير؟

إن الرد يتناول بدون شك ما وقع تسليمه عن غلط إن كان موجودا وعليه فالعقار أو المنقول الذي صار بعد تسليمه بالصفة المذكورة في قبضة الغير يرجع إلى صاحبه القائم باستحقاقه من يد ذلك الغير وذلك بدون فرق بين النوعين لأن حوز المنقول على مقتضى القانون التونسي مجرد قرينة على الملك لا كما هو الشأن في غيره من القوانين كالقانون الفرنسي الذي يعتبره سند الملك باستثناء صورتي الضياع والسرقة.

هذا وان نجاح القائم الغير باستحقاق ما ذكر مبنى على قواعد انتقال الملكية فالغير هنا لم يصل اليه الشيء من مالكة الحقيقي ولذلك يتحتم عليه رده لصاحبه وله الرجوع بالدرك على من باع له ليسترد الثمن الذي انقذه مع غرامة الحرمان والبائع في هذه الصورة قد يكون عن حسن نية وعندئذ تحمل غرامة الحرمان على صاحب الشيء المرتكب لغلط التسليم ولا محل لهذه الغرامة في حالتين حالة اتصال الغير بالشيء على وجه التبرع وحالة عدم اشتراط الضمان عند البيع.

فبكل ما تقدم يظهر ما لسوء النية أو حسننها عند من اتصل بالشيء بدون حق من التأثير على أهمية الرد لكن هناك حالة ينتفي فيها الفرق بينهما وهي المتعلقة بالنفقات الكمالية أي بما وقع اتفاقه على حفظ الشيء فالمالك الحقيقي يرجع جميع المصاريف اللازمة المتأكدة مع التي زادت في قيمة الشيء بأدخال تحسينات مفيدة عليه وذلك تطبيقا لقاعدة الاثراء بدون سبب أما مصاريف الترف فتذهب على صاحبها وانما له أن يزيل ما أحدثه بهذا الاتفاق بشرط أن لا يضر بالعين.

وباختصار فان دفع ما لا يلزم عبارة عن نظرية قائمة بذاتها يعتمد فيها على المسؤولية المدنية في صورة سوء نية المدفوع له الشيء اذ هو يرجع أكثر مما اتصل به بينما الاعتماد في حالة حسن النية يكون في بعض الصور على نظرية الاثراء بدون سبب.

ملاحظة :

يجوز لمن اتصل بالشيء عن حسن نية أن يحبسه الى أن يخلص فيما أنفقه مما هو لازم ونافع وليس ذلك للحائز سيئ النية.

الفضالة

الفضولي لغة هو من يتداخل فيما لا يعنيه شخصيا وفي الاصطلاح هو الشخص الذي يتصرف في شؤون غيره تلقائيا لصالح ذلك الغير حسبما جاء بالفصل 1179 الذي هذا نصه:

"إذا باشر شخص مصالح غيره اختيارا أو ضرورة بدون إذن منه أو من الحاكم في مغيبه أو بدون علمه فانه يترتب على ذلك التحاق تصرفه بتصرف الوكيل".

مثال :

لك حبيب اضطرته ظروف قهرية الى مغادرة وطنه فتتولى من عند نفسك القيام بادارة مصالحه واصلاح ما تأكد اصلاحه من أملاكه وأداء ما وجب عليه دفعه من الديون لمنع يد غرمائه على مكاسبه كل ذلك انقيادا لواجب التضامن الانساني والصداقة فالقانون يلحق تصرفك هذا بتصرف الوكيل لانه كان نافعا ويفرض على ذلك الحبيب الوفاء بالعقود التي أتمتها مع الغير في حقه ومواصلتك بما أنفقته من مال لك لصالحه كما يفرض عليه ابراءك من تبعات تصرفك وذلك حسب الفصل 1185 لان التمسك بنظرية الاثراء بدون سبب لا يفي بالمقصود اذ أنها تستلزم حصول النفع وقد لا يحصل هذا النفع للمتصرف في حقه فضوليا ولو بلغ حسن الادارة أقصاه، كما في مثال اقامة السد الذي جدد بعد انهياره.

وعلى الجملة فهناك تصرف فضولي متمثل في شبه عقد تتفرع عنه التزامات بين المتصرف وصاحب المصلحة شبيهة بالتي تنبعث عن عقد الوكالة فيما بين الوكيل والموكل.

شروط الفضالة :

يلزم قبل كل شيء التدخل في شؤون الغير عن علم واختيار عنه التأكد أو الضرورة خدمة لمصلحة ذلك الغير فلو غلط الفضولي بأن باشر العمل في حق شخص لم يقصده بذاته بل قصد الاحسان الى غيره فلا تخرج العملية عن الفضالة ويكون على المنتفع من التصرف عين ما كان يرجع به الفضولي على الشخص الذي اتجهت نحوه ارادته أما اذا أراد الفضولي كسب غيره معتقدا أنه كسبه الخاص فهذا ليس من قبيل

الفضالة لأنها تستلزم نية ادارة مصالح الغير بقطع النظر عن الذات على أنه من الجائز أن يتولى الانسان في آن واحد ادارة مصالحه الخاصة وما كان مرتبطا بها من المصالح التي لغيره كما لو كانا شريكين في ضيعة أو عقار و أوجبت الضرورة قيام أحدهما مقام الآخر.

وعليه فان شروط الفضالة تنحصر في ثلاثة أمور :

(1) نية ادارة مصالح الغير إسداء للجميل

(2) التدخل في شؤون الغير

(3) تأكيد هذا التدخل ونفعه حين الشروع فيه.

أهلية الطرفين :

لم يجز المشرع التونسي لعديم الأهلية التصرف فضوليا في مصالح غيره خلافا لما ذهب اليه المشرع الفرنسي من أن عديم الأهلية يصح تصرفه على وجه الفضالة باسم الغير بشرط أن يكون مميزا أما المتصرف في حقه فلا تهم أهليته لانه لم يصدر منه عمل قانوني ويؤخذ من ذلك أن المقنن الفرنسي لا يعير أهمية لأهلية الفضولي لأن ما عليه من الالتزامات منبثق عن حكم القانون لا عن ارادته هذا ومن جهة أخرى فان حماية القاصر بصفة عامة الغاية منها دفع خطر التحيل عليه من طرف معاقده مستغلا قصوره الامر الذي لا يحتمل في جانب من تصرف فضوليا حالة كونه عديم أهلية أما المشرع التونسي فانه لم يتبع هذا التأويل بحيث أن القاصر اذا تدخل تلقائيا في شؤون غيره و أضر بها فلا يعفى من المؤاخذة باعتباره مرتكباً لجنحة مدنية.

اثبات الفضالة :

لما كانت الفضالة تشير الى استعجال العمل جاز اثبات التصرف من طرف الفضولي بكل وسيلة خصوصا بالنسبة إلى الأفعال المادية دون الأعمال القانونية كاداء دين أو ابرام عقد في حق الغير المتصرف في حقه فاذا كانت أهمية هذا العمل القانوني تتجاوز الثلاثة دنانير وجب الاستظهار بالكتب وليس الامر كذلك بالنسبة إلى صاحب المصلحة لان مركزه سلبى أي أنه لا ينسب اليه عمل قانوني.

صفة أعمال الفضولي :

لا ينحصر عمل الفضولي في ادارة الكسب فقط كاكراء ما يكرى أو إصلاح ما يستلزم الاصلاح بل يتناول أيضا ما كان ماديا كالقبض على حصان جامع أو اجراء عملية جراحية متأكدة بدون موافقة المريض أو موافقة أقاربه أو ايواء جريح سقط بالطريق العام أثناء مباشرته لأعمال بناء وفي هذه الصورة الأخيرة يمكن القيام بدعوى الفضالة على المقاتل المسؤول عن الحادث.

هل يجوز التدخل في شؤون الغير رغم منعه الصريح أو المحتمل ؟

أجاب المقنن التونسي على ذلك بالنفي وحمل على من فعل ذلك ضمان سائر الخسائر الناشئة عن تصرفه ولو لم يصدر منه أدنى تفريط وهذا الضمان أقره القانون على وجه الجزاء لان الفضالة مبنية على فكرة اسداء الجميل، والمنع في غالب الأحوال مصدره العداوة والتنافر وتشديدا في الجزاء حرم المتصرف بالصفة المذكورة من الرجوع بما صرفه على صاحب الحق بل اعتبره متبرعا بذلك حتى لا يتمسك بدعوى الاثراء بدون سبب وقد خالف مشرعنا في ذلك المشرع الفرنسي الذي أباح في هذه الصورة الاستناد الى دعوى الاثراء بدون سبب.

ملاحظة :

إن نظرية مشرعنا في شأن التبرع المذكورة مقتبسة من الشريعة الاسلامية التي فيها دراسة الفضالة متعلقة بكتاب البيع ويرى المذهب الحنفي البطلان ولو وافق على التصرف صاحب المصلحة وعند مالك تعتبر أعمال الفضولي متوقفة على إجازة صاحب المصلحة وبصفة عامة فان الفقه الاسلامي يعتبر الفضولي متبرعا لا حق له في استرداد شيء مما أنفق.

استثناء من قاعدة التحجير السابقة الذكر :

جاء الفصل 1184 بجواز التصرف رغم المنع في صورة ما اذا لزم شخصا شيء قانوني اقتضت المصلحة العمومية اتمامه أو لزم أداء نفقة أو تجهيز ميت ونحو ذلك من اللوازم القانونية فمبنى كل ذلك الضرورة الملحة.

فيما يترتب على التصرف الفضولي :

يترتب على هذا التصرف واجبات على كل من الفضولي وصاحب المصلحة.

واجبات الفضولي :

عليه أولا مواصلة العمل الى أن يمكن لصاحب الحق أو لوارثه أن يباشر بنفسه مصالحه وذلك تفاديا من التدخل في شؤون الغير عن خفة واستهتار فالذي لا يأنس من نفسه القدرة على المضي في العمل يجب عليه أن لا يقدم على مباشرته وذلك لئلا يتسبب في منع من هو أقدر منه على القيام بذلك العمل النافع.

كيف الحال اذا توفي الفضولي؟

إن وفاة الفضولي ينقضي بها التصرف ويكون على ورثته ما على ورثة الوكيل فانهم يتولون حالا أخبار صاحب المصلحة أو من ينوب عنه وعليهم الاحتفاظ على ما وجدوه من حجج متعلقة بالتصرف وهذا الواجب لا يجري حكمه عليهم اذا كانوا صغارا ولم يكن لهم وصي أو ولي.

الواجب الثاني الذي على الفضولي :

على الفضولي أن يعتني بعمله اعتناء الحازم في أموره وان يراعي في ذلك مشيئة صاحب المصلحة معلومة كانت أو مقدرة وتقدير هذا الاعتناء موكول للحاكم فهو يؤاخذ به بكل خطأ صدر منه ولو كان خفيفا ولا يلطف من هذه المؤاخذة الا في صورتين : الأولى صورة تدخله لدفع مضرة متوقعة ذات أهمية والثانية صورة تدخله لاتمام واجبات وكالة كانت لمورثه ،معنى ذلك هو أنه يؤاخذ بما ينشأ عن تغريره أو تفريطه الفاحش.

الواجب الثالث :

هو تقديم الحساب وترجيح ما وصل اليه من طريق ادارته فيرجع ثمن ما باعه ومعاليم الكراء التي اتصل بها كالديون التي يذمة الغير لصاحب المصلحة مع قائمة في كل ذلك مؤيدة بسائر الحجج التي تقتضيها العادة أو نوع الامر.

واجبات صاحب المصلحة :

اذا وقع من الفضولي الشروع في ادارة المصلحة بوجه لائق واستمر على حسن الادارة يكون صاحبها مطالبا بأمور ثلاثة :

الأول : يقتضي أنه يتحمل جميع ما التزم به الفضولي في حقه كما لو كان بيده توكيل.

والثاني : يقتضي ابراء الفضولي مباشرة من تبعات تصرفه ومعنى ذلك هو أن الفضولي لما تدعوه الضرورة أثناء تصرفه للتعهد شخصا للغير يكون صاحب المصلحة ملزوما لان يبرئه من ذلك بالاتيان له فيما بعد بحجة الخلاص مع الدائن أو بالحلل محل بصفة مدين لذلك الدائن.

والأمر الثالث : المطلوب به صاحب المصلحة يقتضي دفع ما سبقه الفضولي أو صرفه أو خسره.

تنبيه :

علمنا أن النفع الذي هو من شروط الفضالة يلزم اعتبار وجوده ابتداء من الشروع في العمل اذ بذلك تحمل أعمال الفضولي على السداد وعليه فاذا زال النفع فيما بعد بامر سماوي فلا يعدم الفضولي حقه في استرداد ما سبق منه انفاقه كما في مثال من أجرى اصلاحا لازما بعقار أثناء تصرفه فضوليا على وجه لائق فهبت ريح عاصفة أزالته أثر هذا الاصلاح أما في صورة الاثراء بدون سبب فلا يرد للقائم بهذه الدعوى الا ما انفقته على المنفعة الموجودة وقت هذا القيام دون التكاليف التي تحمل بها عما زال اثره من المنافع اذ ليس هناك نمو حاصل في كسب المدعى عليه.

اشتراك عدة أشخاص في المصلحة :

اذا كانت المصلحة مشتركة بين أشخاص متعددين فيكون كل منهم مطلوبا للفضولي على قدر نصيبه فيها حسب ما جاء بذلك الفصل 1186 لأن التضامن مصدره الاتفاق أو القانون أو طبيعة النازلة اللهم الا اذا أمكن الاستناد على المصدر الأخير بسبب تعذر إفراز الانصبة ويكون للفضولي حق جراء حبس العين الى أن يخلص في نفقاته ما لم يكن تصرفه رغم ارادة صاحب المصلحة.

مصادقة صاحب المصلحة :

إذا أمضى صاحب المصلحة عمل الفضولي امضاء صريحا أو بالدلالة فإن ما يترتب للجانبين وعليهما من الحقوق والالتزامات يجري عليه حكم الوكالة من ابتداء التصرف لأن المصادقة اللاحقة بمثابة الوكالة السابقة واما بالنسبة إلى الغير فإن امضاءه لا يعتبر الا من تاريخه حسبما اقتضاه الفصل 1194 ولهذه المصادقة أهمية كبرى في الصورة التي يختل فيها ركن أو شرط من أركان أو شروط الفضالة كما لو أدار الفضولي مصلحة الغير ظنا منه أنها مصلحة الخاصة فبدون تلك المصادقة لا تكون له الا وسيلة واحدة للقيام وهي دعوى الاثراء بدون سبب فالمصادقة حينئذ تمحو العيب.

مجانبة الفضالة :

إذا كان من الممكن في صورة الوكالة والوديعة احتمال الأجر بسبب التقاء الارادات فليس الامر كذلك في الفضالة التي تنشأ بمفعول ارادة واحدة الا أنه قد تحدث أحوال لا بد فيها من مراعاة مجهودات الفضولي كما لو كان من الاختصاصيين الممتازين في البناء أو غيره وياشر الاصلاح بذاته مضحيا بشغله الخاص أيا ما عديدة فيكون من الانصاف أن يحاسب صاحب الحق على أجرته.

جدول التنظير بين النظريات الآتية:

التمييز بين نظرية الفضالة ونظرية اشتراط الشروط في حق الغير:

(1) يمنع على الفضولي الرجوع فيما شرع فيه من الاعمال لفائدة الغير لانه ملزم بمواصلة العمل بينما المشتراط يتمتع بمنحة الرجوع فيما اشترطه لفائدة الغير ما دام القبول لم يصدر من هذا الغير.

(2) للفضولي حق الرجوع على صاحب المصلحة بكامل النفقات التي أوجبها التصرف الصحيح بينما المشتراط لا يقصد الرجوع على المستفيد بما أنفقه لحصول المنفعة فهو لا يرجع عليه مثلا بالأقساط التي دفعها لشركة التأمين.

(3) في التصرف الفضولي الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة بينما الاجازة في الاشتراط لا تنشأ الحق بل تمنع رجوع المشتراط فيما اشترطه.

التمييز بين الفضالة والاثراء بدون سبب

(1) نظرية الفضالة قائمة على أعمال ملزمة بسبب تأكدها ومبناها واجب التضامن الانساني وغريزة التعاون.

أما نظرية الاثراء بدون سبب فهي ترمي الى إعادة التوازن بين كسبين الى ما كانا عليه ومبناها فكرة العدل والانصاف قال تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل".

(2) الفضالة توجب على صاحب المصلحة دفع النفقات الضرورية ولو زال نفعها.

أما نظرية الاثراء بدون سبب فهي تستلزم أن يكون الرد مقيسا بحسب الصور على ما نما به مال المدعى عليه أو على ما نقص من مال المدعي وهذا معنى التعبير بأن الرد يحصل بدفع أدنى القيمتين حتى لا تكون الدعوى وسيلة للحصول على كسب دون سبب يبيح ذلك.

(3) على الفضولي واجبات تجاه صاحب المصلحة منها تأدية الحساب عن عمل.

أما المفتقر فليس عليه أي واجب تجاه من أثرى بدون سبب.

(4) الفضولي يعمل لمصلحة غيره بفكرة تمثيل هذا الغير.

أما نشاط المفتقر فهو قاصر على ذاته وليست أمامه مصلحة غيره.

(5) دعوى الفضالة أصلية ودعوى الاثراء فرعية أي ثانوية أو استطرادية بمعنى أن إثارتها لا تتجه الا عند عدم امكانية الاستناد الى غيرها من الدعاوى المركزة على النظريات المدونة.

(6) في نظرية الاثراء بدون سبب اشارة الى حالة مضت وانقضت.

أما الفضالة فهي تشير الى مواصلة عمل جار في الحال.

الجنح وشبهها كمصدر للالتزامات

يحسن بنا قبل الشروع في دراسة الجنح وشبهها أن نوضح بإيجاز على ضوء تطورات الحياة العصرية مبنى ومرامي المسؤولية بصفة عامة فهي ذات ثلاثة أصناف اذ تكون أدبية أو مدنية أو جزائية، فالأدبية تجعل الانسان أمام وخز الضمير وخشية عقاب الآخرة وهي تختلف باختلاف الأشخاص من حيث العقيدة والغريزة والاخلاق وتتفاوت قوة وضعفا بحسب درجة تصور الاثم والشبهات والمعاصي فشعور الشخص بعدم رضا ضميره يجعله مسؤولا أدبيا، أما المسؤولية المدنية فهي تنقسم الى عقدية وتقصيرية وتبنى على التسبب في حدوث ضرر وإذا كان هذا الضرر ناتجا عن الاخلال بعقد لعدم تنفيذه أو لتأخير تنفيذه فالمسؤولية عقدية وإذا كان ناتجا عن عدم للأوامر والنواهي القانونية فهناك جنحة أو شبه جنحة بحسب ما اذا كان ذلك عن عمد أو غير عمد بما يجعل المسؤولية ذات صبغة تقصيرية ومرامها الوحيد جبر ذلك الضرر كما هو الشأن في العقدية ويكون للمتضرر حق القيام بدعوى مدنية للحصول على غرامة تعويضية أما اذا كانت الفعل مما نص عليه القانون الجنائي في باب الجرائم فهناك مسؤولية جزائية تكون اثاره الدعوى في شأنها من خصائص نائب الحق العام ويمكن للمتضرر في هذه الصورة القيام لدى المحكمة الجزية بحقه الشخصي للحصول على التعويض. وباختصار فان المسؤولية المدنية تستلزم التعويض والمسؤولية الجزائية تستلزم أصالة عقاب مرتكب الجريمة حماية للنظام العام والأمن الاجتماعي وهذا العقاب يلحق بالجاني في ذاته أو في حريته أو في كسبه زجرا له وردعا لغيره، وقد يكون الشخص مؤاخذا في أن واحد مدنيا وجنائيا كما في صورة الغصب بالقوة الفعلية أو القتل.

تنبيه :

إن لفظة جنحة المصطلح على استعمالها في هذا الباب قد لا تكون منصوفا عليها في القانون الجنائي بما يجعلها خارجة عن تقسيم الجرائم الى جنابات وجنح ومخالفات فصبغتها مدنية بحتة وسيأتي بيان أركانها، أما الجنحة المنصوص عليها في القانون الجنائي قد لا يترتب عليها ضرر لشخص معين كالتسول والصيد وقت المنع واستعمال المخدرات وغير ذلك.

التمييز بين الفضالة والوكالة

(1) الفضالة تتناول مباشرة الأعمال المادية بالإضافة الى الاعمال القانونية.

أما الوكالة فهي مقتصرة على الأعمال القانونية.

(2) في الفضالة لا تشترط الأهلية عند صاحب المصلحة بينما الموكل تشترط فيه أهلية الالتزام والالتزام.

(3) يجوز للفضولي أن يتخلى عن العمل الذي شرع فيه ما لم يكن مهدها بخطر جسيم.

أما الوكيل فله أن ينقطع عن الوكالة متى شاء.

(4) تشترط في الفضالة صلوحية العمل وحصول الفائدة من مباشرته.

أما الوكالة فلا يلتفت فيها الى صلوحية العمل بحيث أن عدم حصول الفائدة من العمل لا تنفك به الرابطة التعاقدية.

(5) الفضولي يقوم تلقائيا بالعمل لفائدة الغير بسبب التأكد بخلاف الوكالة فهي تنشئ التزاما مصدره التعاقد لاستعجال العمل.

(6) مسؤولية الفضولي أشد مما هي عليه في الوكالة لان اسناد الوكالة يستلزم التحري في انتخاب الوكيل.

أما المسؤولية في الوكالة فهي تختلف أهمية بحسب ما اذا كان الوكيل مأجورا أو غير مأجور.

(7) لا تضامن مبدئيا بين الفضولين ولا بين أصحاب المصلحة عند تعدد الأشخاص.

بينما تعدد الموكلين يجعل التضامن قائما بينهم عند اسناد التوكيل من جميعهم وخاصة في الحقل التجاري.

(8) الفضولي لا يستحق أجرا عن مباشرة إدارة مصالح الغير.

بخلاف الوكيل فيجوز له أن يعمل مأجورا ولكل منهما حبس العين الى أن يسترد نفقاته.

إن موضوع المسؤولية المدنية الجناحية لم يبق منحصرًا في العناصر الثلاثة المرتكز عليها الفصل 82 وهي الضرر والخطأ وصلة السببية وذلك لأن المسؤولية أصبحت اليوم موضوعية أو شيئية بعد أن كانت شخصية وذلك بسبب الاختراعات الآلية التي وقع بها الاستغناء شيئًا فشيئًا عن الأعمال اليدوية بما أدخل على نظام العيش تغييرًا ملموسًا أصبح مدعاة إلى ارتباطات متنوعة بين الطبقات من الوجهة الاقتصادية فضلًا عن المخاطر التي أصبح الإنسان هدفًا لها في ذاته وماله مهما كانت أهمية الجهد الذي يبذله للوقاية وهنا يظهر ما لفقه القضاء من دور بالغ الأهمية لأن النصوص الأصلية في الموضوع باقية كما هي وذلك رغم التطور الذي خرج بالمسؤولية من مبدأ وجوب الخطأ كمنبى لها إلى اتباع نظرية الضمان الاجتماعي وتعميم التأمين فالفصل 82 هو المنهل الذي يستقي منه القضاء مادته الغزيرة فالصور والمشاكل المختلفة التي تستحدثها الحياة العصرية تستلزم من الحاكم حسن التأويل ودقة النظر ليستخرج الحل المواتي للمبادئ الأصولية التي تركز على المبدأ القائل بأن المنتفع بالشيء يتحمل تكاليفه وما ينشأ عنه من ضرر للغير. وقد جاء في الحديث الشريف أن "الخراج بالضمان" ومعنى ذلك هو أن ما يخرج من الغلة والنتائج والمنفعة يوجب الضمان أي التحمل بالنفقات والأضرار ويقال أيضًا بهذا المعنى "الغرم بالغنم" و "النقمة بقدر النعمة" فاعتمادًا على هذا المبدأ اعتبرت المسؤولية موضوعية لا شخصية بمعنى أن الشخص يكون دائمًا مسؤولًا عن مطلق أعماله "فمن له النما عليه التوى" وقد اتسع نطاق هذه النظرية في شتى الميادين. فالقانون الإداري يفرض التعويض بناء على قاعدة التضامن القومي وهي صورة تعويض أضرار الحرب وما ينشأ عن الأشغال العامة وعن التجمهر والصور التي من هذا القبيل كثيرة في القانون الدولي الخاص أيضًا ولحماية المصابين وضعت قوانين عديدة تضمن التعويض في جميع الحالات بدون اهتمام بمسألة الخطأ فمن ذلك قانوننا التونسي الصادر في 11 ديسمبر 1957 فيما يتعلق بفواجع الشغل وقانون 14 ديسمبر 1960 في الضمان الاجتماعي الذي يحقق للمصاب وعائلته المعالجة المجانية والإقامة بأكبر العلاج، فالأضرار إما أنها تكون صادرة عن الشخص مباشرة أو عمن كان في حفظه كأولاد قصر أو مصابين في عقولهم أو حيوانات أو أشياء وقد اتسع نطاق هذه المسؤولية المبنية على شبهة إخطا اتساعا يتطلب من الحاكم ومن أساتذة القانون ومن الشراح جمع عناصر الاستنتاج لإيجاد الحلول التي لا تتصادم مع التأويل التي أقرها العمل حتى أن أحد علماء الإفرنج الأستاذ بولا نجي كتب هذه الجملة بمناسبة المسؤولية التي تنجر عن الأضرار الناشئة عن الأشياء التي في

حفظ الإنسان: "إن فقه القضاء أقام هيكلًا على رأس مساك" ويعني بذلك وقوع التبسط إلى حد بعيد في تأويل الأصل المرتكزة عليه المسؤولية وهلة التأويل قد بطرأ عليه ما يغيره بموجب اختلاف الآراء ولنا أسوة فيما جرى به العمل في صورة تعادل أو تفاعل أسباب حصول الضرر فالحدث الذي تسبب فيه سارق السيارة عند فراره بها هل يحمل على صاحبها بناء على اعتبار عدم خروج الحفظ من يده أو أن حفظ السيارة أصبح بيد السارق بموجب الغصب وقد جرى العمل ردحا من الزمن باعتبار الضمان محمولًا على رب السيارة ثم وقع العدول عن ذلك بمقتضى قرار أصدرته دوائر التعقيب بفرنسا في ديسمبر 1941 مفاده أن من على ملكه أو في استعماله شيء يكون معفى من تبعة المسؤولية المفترضة إذا حصل الضرر من ذلك الشيء بعد اغتصابه من المتصرف فيه لأنه كان بمعزل عن تسييره وإجراء كل مراقبة على استعماله بحيث أنه لا يتصور أن يستند حفظ الشيء في آن واحد إلى شخصين لكل منهما مركز مغاير لمركز الآخر بان كان أحدهما صاحب الشيء والآخر مغتصبه فالأولى بالمواخاة في صورة حصول الضرر بعد الغصب هو ثاني الشخصين ولو أنه في غالب الصور لا يكسب شيئًا.

فبصرف النظر عما آلت إليه المسؤولية في عصرنا هذا للأسباب التي أومأنا إليها فإن المبدأ الأساسي الذي تركز عليه المواخاة في غير الصور المستثناة هو اختبار سلوك مرتكب الضرر من حيث العمد أو الخطأ فالمصائب لا ينجح في دعواه إلا إذا أثبت ثلاثة أمور أولها حصول الضرر وثانيها نسبة هذا الضرر إلى المدعي وثالثها العمد أو الخطأ لكن تكليف المتضرر بهذا الإثبات قد يكون عسيرًا إلى درجة أن صاحب الحق في التعويض ربما يؤدي به ذلك إلى التنازل عن حقه بسبب التعذر لذلك جاءت الفصول 93 - 94 - 95 و 96 بالتلطيف من قساوة هذا الحكم وذلك بجعل الضمان مفترضًا أي أن هناك قرينة خطأ توجب على كل شخص ضمان الضرر الناشئ من المختلين وغيرهم من عليلي العقل الساكنين معه أو عن الحيوان أو الأشياء التي في حفظه والغاية من هذا الافتراض تكليف ذلك الشخص بدرء هذا الضمان بإثبات قيامه بكل ما يلزم لمنع الضرر أو إثبات انجرار الضرر عن سبب ليس له ضلع فيه بحال كالقوة القاهرة أو فعل المصاب وهكذا عبء الإثبات ينتقل إلى المطلوب عوض الطالب كنتيجة لقرينة الخطأ المحمولة عليه بحكم القانون فهو يثبت أن الضرر يعزى إلى القوة القاهرة أو فعل المتضرر نفسه أي إلى سبب خارجي هذا وإن تكاثر الفواجع الناجمة عن وسائل النقل الحديثة سواء كانت جوية أو بحرية أو برية قد زاد الضمان اتساعًا ودونت من أجل ذلك نصوص مركزة

على نظرية ضمان المخاطر المستحدثة وبالتأمل من الاحكام المتبعة في مجالات الشغل سواء كانت مستمدة من الاتفاقات الدولية أو من التشريعات الخاصة. فنرى هكذا أن المسؤولية أخذت طورا آخر صبغته قانونية يخول للعامل التحصيل على تعويض الضرر الذي لحقه أثناء مباشرته للعمل بدون أن يطلب منه اثبات خطأ مخدمه وليس لهذا الأخير التخلص من هذه المسؤولية باثبات الأمر الطارئ أو فعل العامل ما لم يكن قد تعمد هذا العامل الانتحار أو قطع عضو من بدنه باحدى الآلات التي في متناوله بالمعمل بحيث أنه لا يسأل عما يرتكبه من الأخطاء التي تكون قد تسببت فيما حصل له من الاضرار ولضمان جبر هذه الأضرار اتسع نطاق التأمين و أحدثت الصناديق المالية لتحقيق التعويض غير أنه يلاحظ أن هذه الاضرار لا تعوض باكملها لأن العامل يستفيد مثل صاحب المعمل من منظمة العمل فهناك جداول ذات مقاييس منضبطة تحقق جبر الاضرار الناتجة عن العمل وهي مركزة على عناصر مختلفة منها أهمية الإصابة ورتبة العامل المصاب وأقدميته في العمل ومقدار أجرته وسنه وتكاليفه العائلية، أما بالنسبة إلى غير العامل فلا محل للتبعيض بل يجبر الضرر كاملا بجميع اجزائه وملحقاته فلو فرضنا أنه عند انفجار احدى الآلات وانتشار شظايا جزء منها أصيب أحد العملة وشخص آخر ليست له صفة عامل وإنما دعت به بعض المآرب الى الدخول للمعمل فالعامل لا ينال الا تعويضا نسبيا تدخل في تقديره العناصر المذكورة بينما الاجنبي تقدر له جملة الخسائر لكنه يسأل عند الاقتضاء عن كل خطأ ينسب اليه وفي ذلك فرق عظيم بين الحالتين حيث أنه بالنسبة إلى العامل يكفي حصول الضرر ليستحق التعويض بناء على قاعدة الضمان الاجتماعي.

التكليف بالاثبات :

لما كانت المسؤولية متعددة الانواع والمباني التي منها عدم الوفاء بالتزام متولد عن عقد أو عن شبه عقد أو عن جنحة أو ما ينزل منزلتها أو عن موجب قانوني فالمطالبة بالاثبات لا تنحصر في واحد دون الآخر من الطرفين المتقابلين بل يطالب به تارة المدعي وتارة أخرى المدعى عليه فالمدين بموجب عقد يصبح في حالة خطأ بمجرد عدم وفائه بالتزامه بلا سبب مقبول ويحكم عليه بالغرم وليس على الدائن اثبات خطأ مدينه بل عليه اثبات عدم الوفاء لا غير بحيث أن المدين هو المطلوب بالاثبات بالحجة القاضية بان عدم الوفاء منه تسبب عن أمر خارج عن ارادته والامر بخلاف ذلك في صورة الجنحة المدنية وشبهها موضوع الفصلين 82 - 83 فالمدعي هو المطالب باثبات الضرر الذي لحقه ونسبته للمدعى عليه ونوع الخطأ الصادر عنه وسنرى فيما يلي أنه

في صورة حصول الضرر من المصابين في عقولهم أو من الاشياء أو الحيوان قد وضع الشارع على من في حفظه ما ذكر قرينة خطأ لا يمكن له دفعها للتخلص من المسؤولية الا اذا أثبت القوة القاهرة أو فعل من لحقه الضرر فهو يثبت أن الضرر حصل رغم احتياطة وعنايته بالحفظ وذلك مراعاة واحتراما لحق كل الناس في التمتع بالامن بحيث أن حصول الحادث يرفع عن المدعي واجب اثبات خطأ المدعي عليه فهناك فكرة متجهة نحو اكساء المسؤولية صبغة اشتراكية من أجل تفاقم الفواجع الذي هو نتيجة حتمية لما أصبحت عليه وسائل النقل الحديثة من الضرورات المتأكدة التي لا يمكن الاستغناء عنها وسنرى فيما يلي أن الالتزام اذا كان يهدف الى الوصول الى غاية كما هو الشأن بالنسبة إلى النقل وجب على الملتزم للتفصي من مسؤولية عدم الوفاء اثبات القوة القاهرة أي الأمر الخارجي الذي لا دخل له فيه ولم يكن في استطاعته التغلب عليه. وليس الأمر كذلك اذا كان الالتزام يهدف الى بذل عناية فعلى المدعي أي الملتزم له اثبات تقصير الملتزم.

ومجمل القول إن محور الصعوبة في باب المسؤولية يدور حول الاثبات ومعرفة من هو المكلف به من الطرفين بحسب نوع المسؤولية الموجهة عليه وهذا مثال آخر يزيد الموضوع وضوحا وهو مستخرج من احدى النشريات وصورته أن امرأة انزلت وسقطت أثناء استحمامها بأحد حمامات بلدة وهران وبسبب ذلك حصل لها كسر باحد ذراعيها فقامت لدى المحكمة المدنية طالبة غرامة جبرا للضرر مدعية أن صاحب الحمام لم يوف بالتزامه القاضي بضمان السلامة وهو المعبر عنه في باب المسؤولية التعاقدية بضمان الوصول الى غاية فوقع الرد عليها حكما بانه من المعلوم أن قاعة الحمام تكون بطبيعتها مبتلة بالماء الملوث بالصابون وعليه فعلى الحرقاء اتخاذ الحيطة بأنفسهم لعدم الوقوع في مثل ذلك الخطر وليس من المعقول أن يكون الحمامي وراء كل حريف لحمايته من الزلق اللهم الا اذا كانت هناك أسباب يقوم المتضرر باثباتها تشير الى ارتكاب الحمامي للتقصير في اجراء ما يلزم ليكون الحمام صالحا لما أعد اليه وقد رفض مطلب التعقيب الذي قدمته المتضررة.

أساس المسؤولية في الشريعة الاسلامية :

يعبر عن المسؤولية في الشريعة بلفظة "ضمان" الذي معناه في الأصل الكفالة وفي باب المسؤولية المدنية تحمل الملتزم بتعويض الضرر وعن ابن تيمية أساس الضمان هو أن الاموال والنفوس مضمونة في ديار الاسلام والاعتداء على المال أو النفس يسمى

الاتلاف في الاصطلاح أنفقهه فجاء في الحديث الشريف كقاعدة كلية "لا ضرر ولا ضرار" فعبارة لا ضرر تفيد منع الاضرار بالغير تعديا وعبارة "لا ضرار" تأكيد حسب قول بعض الفقهاء وهناك من فسر هذا القول بان الضرر هو ما ينفك ويضر صاحبك والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفك و أتى آخرون بتفسير آخر لهذا الحديث مفاده أن تضر أحدا ولا يضرك أحد أو أن الرجل لا يضر أخاه ابتداء ولا جزاء وبمقتضى هذا التفسير الأخير يكون معنى "لا ضرر" هو أن لا يضر أحد غيره ابتداء واعتداء ومعنى "لا ضرار" هو لا يضره جزاء أي أن لا يقابل ضرره بمثله تشفيا وانتقاما وهذا القول الأخير جاء مطابقا للقاعدة التي بمقتضاها ليس للانسان أن يقتص لنفسه بنفسه وهو الأقرب للصواب فيما يظهر و ورد في الحديث قول النبي صلى الله عليه وسلم "لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه" وفي هذا المعنى جرى على الألسن هذا القول "لا تفعل لغيرك ما لا تريد أن يفعل لك".

فبعد أن قدمنا بإيجاز أحوال المسؤولية ومبانيها بصفة عامة اتجه أن نبحث بشيء من الأطناب في تفاصيل الأعمال غير المباحة المعبر عنها في الاصطلاح القانوني بالجنح وشبهها.

لقد جاء الفصلان: 82 - 83 ببيان المبدأ الأساسي في وجوب التعويض وهذا نصهما: "من تسبب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيا أو معنويا فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة" وأن "من تسبب في مضرة غيره خطأ سواء كانت المضرة حسية أو معنوية فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنه هو السبب الموجب للمضرة مباشرة".

ملاحظة :

إن المشرع التونسي لم يستعمل لفظة خطأ بالمعنى الذي استعمله المشرع الفرنسي ومشرعون آخرون إذ أنهم أدخلوا فيها العمد فالخطأ عندهم قصدي أو غير قصدي بينما مشرعنا التونسي حصر الخطأ في وقوع الفعل من الانسان على خلاف إرادته أي بدون عمد ولا قصد منه فعرفه بأنه ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بدون قصد الضرر فهو بهذا المعنى الانحراف عن واجب التحرز أو التنبيه أو التبصر أو الاحتياط أي أنه عمل من أراد الصواب فانتقل عن غير قصد الى غيره. هذا وبمواصلة تحليل الالفاظ على ضوء ما ورد في بعض الآيات القرآنية يتاح لنا القول بأن

الانسان قد يخطئ متعمدا فيكون إما مخطئا أو خاطئا فالاول هو من أراد أن يفعل الصواب ففعل عكسه بدون قصد وأما الخاطئ فهو من أراد فعل غير الصواب قاصدا متعمدا فجاء في سورة يوسف: "واستغفري لذنبك انك كنت من الخاطئين" و "قالوا يا أبانا استغفر لنا ذنوبنا إنا كنا خاطئين" ومن سورة القصص: "أن فرعون وهامان وجنودهما كانوا خاطئين" ولا وجود في القرآن للفظ "مخطئ".

أركان الجنحة :

للجنحة أربعة أركان وهي :

أولا : فعل غير مباح

ثانيا : الادراك أي عدم فقدان الميز عند الفاعل

ثالثا : الضرر

رابعا : نية الاساءة أي العمد وهذا الركن الأخير لا محل له في شبه الجنحة فيقوم مقامها الاهمال وعدم الاحتياط بحيث ان الجنحة وشبهها يتحدان في وجوب التعويض والفرق المهم بينهما يتمثل في امكانية التأمين فهذا التأمين تختص به شبه الجنحة دون الجنحة.

هذا وبالنسبة إلى الركن الأول الذي هو عدم جواز الفعل فلا اهتمام بصفته ايجابية كانت أو سلبية فهناك جنحة أو شبه جنحة إذا أجرى فعل حجرة القانون أو ترك فعل أوجب القانون وعليه فمن أجرى حقا بدون تجاوز الحد القانوني لا يعتبر مرتكبا لجنحة مدنية ولو حصل من ذلك ضرر للغير لأن هذا الضرر قد دعت اليه الحاجة فليس للجيران حسب منطوق الفصل 100 أن يقوموا بنزلة الضرر الناشئ عادة من المجاورة كالدخان المتبعث من المداخن وما أشبهه من المضار التي لا محيص عنها إذا لم تتجاوز الحد المألوف وقد عبرت على ذلك كتب الفقه بهذه الجملة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ومعنى ذلك أن الانسان لا يضمن إذا استعمل حقه في دائرة الحدود الشرعية فالمحظور هو الافراط في استعمال الحق وقد جاء بالفصل 103 أن من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الاضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه فاذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه أو ازالته بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية.

شرح نظرية التعسف بالحق :

أن مبنى هذه النظرية يتلخص في أن حقوق الاشخاص لا تعلو على القانون ويجب أن تمارس داخل نطاقه وهذا مبنى اجتماعي واقتصادي يرمي الى الحد من الحريات الشخصية اذ لا اطلاق للحقوق بل هي نسبية يقيد بعضها البعض الآخر عدا المستثنيات التي منها حق تنهية الشبايع وحق الرد في الصحافة وذلك لان المصلحة الاجتماعية تتقدم على سواها.

فلما وضع المقتن التونسي نص الفصل 103 المذكور حوصل في كلمات موجزة ما أرسى عليه الحال في موضوع نظرية التعسف التي انقسمت في شأنها آراء العلماء الافرنج منذ عهد ليس ببعيد وخاضت عبايه المحاكم على الاختلاف درجاتها فمن ذلك النص نستخرج الاركان الآتية:

أولا : نية الاذاية

ثانيا : عدم وجود المصلحة وهي ناحية اقتصادية

ثالثا : سلوك اتجاه معاكس للمصلحة العامة عن قصد أو عن خطأ وقد عرف أحد الشراح الخطأ بقوله هذا "خروج شخص في سلوكه وتصرفاته عن النطاق الذي رسمه القانون أو الذي يلتزمه المتوسط شعورا وتبصرا في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها هذا الشخص".

إن أركان نظرية التعسف تشير الى معيارين أحدهما شخصي والثاني مادي فالشخصي يتمثل في ركن النية والقصد والمادي نستخرجه من تقييد استعمال الحق بالغرض الاجتماعي والاقتصادي.

فأهم نتيجة حصلت اليوم من التطورات العصرية هي جبر الضرر كيفما كان الحال فبتحقق الضرر تتحقق مشروعية التعويض باستثناء ما كان متسببا عن القوة القاهرة أو ما ينزل منزلتها من الأمور الطارئة.

وبمراجعة المصنفات الفرنسية نجد بالنسبة إلى هذه النظرية اتجاهين متناقضين أحدهما للمؤلف بلانيول والثاني الذي عليه اليوم الاعتماد صاحبه المؤلف جوسران فالأول يرى المحافظة على فكرة التخصيص والثاني يحبذ التعميم وذلك بالسير في منحى واحد يعم مختلف الصور فصاحب الاتجاه الاول أي بلانيول ينفي من أصلها فكرة

الافراط في استعمال الحق ويقول أن "الحق ينتهي حيث يستدئ الافراط لأن الفعل الواحد لا يمكن أن يكون في الحين نفسه مواتيا ومناقضا للحق" وذلك لان مطلق الحقوق تقع ممارستها طبقا لما يقتضيه النظام العام والاخلاق الحميدة التي لا تبيح الاضرار بالغير فالخروج بالحق عن الحد القانوني يزول به هذا الحق وأما جوسران فانه يجزم بان هناك افراطا في استعمال الحق كلما وقع الحياد عن مرماء المنضبط بصفته وظيفة اجتماعية. وبالتأمل من قول كل منهما يتبين أن الاول كان متأثرا بالنظرية الشخصية أي المعنوية التي تركز خاصة على النية والقصد وقد كانت هذه النظرية أساسا للاعلان بحقوق الرجل الامر الذي من أجله الغى قانون نيليون التعسف بالحق، أما جوسران فانه بنى مذهبه على النظرية المادية أو الموضوعية التي تجمع بين فكرتي التخصيص والتعميم وتحسب حسابا للبواغث والاسباب التي يصطبغ بها سلوك صاحب الحق باعتبار ما كان لهذا الحق من مرامي اجتماعية واقتصادية ويتلخص من ذلك أن كل شخص يجب عليه الخضوع الى التزام التحري في سلوكه حتى لا يضر بغيره وعلى هذه المباني وما جاء بالشرعية الاسلامية بنى المشرع التونسي نص الفصل 103 من المجلة اذ أنه اعتمد اتجاهين أحدهما يرمي الى تولد العهدة المالية عن تعمد الاضرار بالغير باتخاذ اجراء الحق وسيلة لذلك والثاني يرمي الى تولدها عن عدم اتخاذ جميع الاحتياطات التي يوجبها حسن الدراية وشعور الانسان بواجبه الاجتماعي فالرائد في كل ذلك هو تقديم درء المفسد على جلب المنافع وقد قال الشاطبي في هذا الصدد في كتابه "الموافقات في أصول الشريعة" من يثبت حقه الشرعي في أمر فانه يمنع من استعماله اذا لم يقصد من ذلك الا الاضرار بالغير واذا كان الفعل يسبب ضررا خاصا من نوع المفسدة القطعية وكان تركه لا يلحق بصاحبه ضررا فلا يبقى الفعل جائزا" وهذا القول يرجع تاريخه الى القرن الثامن بعد الهجرة فبعد هذه البسطة الوجيزة لنظرية التعسف بالحق نرى من المفيد أن نذكر بعض صور تطبيقية كثيرا ما استشهد بها الشراح وهي الآتية:

(1) صورة الامتناع بدون سبب جدي من تجديد كراء محل حرفة أو صناعة أو تجارة فقانون الملك التجاري يوجب على الممتنع كيف ذكر دفع غرامة تنعت بغرامة الحرمان مبناه الا فراط في استعمال الحق.

(2) طرد عامل من غير سبب جدي.

(3) الاضراب لغايات سياسية لا تمت بصلة للعمل .

(4) الافراط في استعمال حقوق الملكية كما لو أقام شخص بملكه جدارا لا منفعة له به وإنما قصده من وراء ذلك حجب الضوء والشمس عن جاره أو أنه يقيم هذا الجدار الذي لا منفعة له به ولم يكن قاصدا بذلك اذابة جاره ففي هذه الحالة الثانية تتكون من عدم المصلحة قرينة على سوء النية.

(5) الافراط في المطالبة لدى الحكم واستعمال الطرق الملتوية لربح الوقت وتأخير فصل قضية مطروحة على بساط النشر.

الركن الثاني للجنح وشبهها وهو الادراك :

فمعنى الادراك هنا هو الارادة ذات الشعور بالاثار المترتبة على ما قد يقع منها من الاعمال وقابلية الفاعل للمؤاخذة فيخرج بذلك الصغير عديم الميز والمجنون والمعتهو والمكره ومن كان في حالة دفاع شرعي وقد يتناول الاكراه حالات من قبيل القوة القاهرة فترى المحاكم قد توسعت اليوم في موضوع حالة الاضطراب حتى أنها تقضي بعدم المؤاخذة كلما اقتنعت بان الاضرار بالغير وقع الاقدام عليه تفاديا لخطر ملم أو تحت مفعول الضرورة المتأكدة كما في صورة سائق العربة الذي يرتكب مخالفة قانون الطرقات تفاديا للتسبب في حادث خطير وجاء بكتب الفقه أن الانسان لو اضطر من الجوع وسرق رغيفا يعاقب لكن الامام مالك رأى أن ذلك لا يوجب الضمان زمن المسغبة وذلك لموجب المساواة وإحياء النفوس، وقد يكون الانسان مسؤولا رغم فقدان ارادته واختلالها وذلك في صورة ما اذا تعمد السكر أو تناول قصدا بعض مخدرات أخرى كالمرفين والحشيش والاقبيون والكوكايين وما يماثلها حتى ذهب عنه ادراكه وارتكب أفعالا مضرّة بالغير أما إذا اكره على تناول المسكرات أو المخدرات فلا مسؤولية عليه على شرط نجاحه في اثبات ذلك حسب منطوق الفصل 102 وبالنسبة إلى المجنون أو الصغير عديم الميز تتجه المؤاخذة على من كان مكلفا بحفظه ما لم يثبت استحالة منع وقوع الضرر (الفصل 105) وعلى الصم البكم ومن بعقولهم خيال ضمان ما يصدر منهم اذا كانت لهم درجة من التمييز يدركون بها عواقب أفعالهم (الفصل 106) وقد جاء الفصل 104 بعدم الضمان في حالة الدفاع الشرعي بحدوده وهذا الدفاع الشرعي نطاقه أوسع مما عليه في القانون الجنائي الذي لا يعتبر دفاعا شرعيا الدفاع على المال ما لم يتخلله رد خطر على الذات كما لو فاجأ طارق شخصا نائما بعد تسور جدران المحل بما يتوقع معه صيرورة هذا النائم عرضة للخطر ويشترط في الدفاع الشرعي في هذه الحالة أن يقع الرد على نسبة خطورة الهجوم أي متعادلا

معه لأن الارادة هنا ترمي الى دفع الأذى لا أنها ترمي الى ارتكاب الفعل الضار وقد تنتفي المسؤولية بتاتا في حالة أخرى وهي حالة المأمور بمقتضى القانون كالجلاد وهناك أيضا صورة انبعاث الضرر عن قوة قاهرة أو أمر طارئ بدون أن يكون الاصل فيه خطأ ينسب للمطلوب وقد عرف المشرع القوة القاهرة بقوله: "هي كل عارض لا يستطيع الانسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلّة أمطار وزوايع وحرق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير - (الفصل 283)" فيتلخص من ذلك أن القوة القاهرة عبارة عن عارض غير متوقع ليس في الاستطاعة دفعه أو التغلب عليه والفرق بين القوة القاهرة والامر الطارئ أو الحادث الفجائي كاد أن يكون معدوما بالنسبة إلى عموم أبواب القانون عدا بعض أحوال تتعلق بفواجع العمل أو اجارة النقل أو حوادث السيارات حتى أنه في التطبيق تستعمل اللفظة مكان الاخرى على أنه يستفاد من تحليل الالفاظ أن هناك قوة قاهرة اذا كان العارض خارجا عن تدخل الانسان وفوق ارادته بينما الامر الطارئ هو ما كان داخليا أي ناتجا عن الشيء ذاته وفي عدم حصوله اشارة الى المعيار السامي الذي يحافظ عليه المتفوق في التحرز والتنبه لأتفه الأمور فمن ذلك حصول انفجار في محرك آلة من الآلات أو عجلة سيارة أو غير ذلك، ومن أسباب الاعفاء من الضمان تسبب المصاب فيما حل به بتفريط أو طيش منه وكذلك نشوب الحادث عن خطأ الغير أو فعله واذا كان للمطلوب ضلع فيه أصبحت المسؤولية مشتركة بينه وبين ذلك الغير.

الركن الثالث هو الضرر :

جاء الفصل 82 بوجوب التعويض سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا فالمادي هو الذي يصيب الشخص في كسبه أو صحته أو حياته والأدبي يصيبه في عرضه أو سمعته وذلك بشتى الطرق كالثلث والشتم بالقول أو بالكتابة وكذلك الذي يصيبه في عقائده أو في احساسه الوطني وقد عثرنا بمجموعة دلوز على حكم صدر على معلم بعدة غرامات لأولياء تلاميذه حيث تفوه أمامهم بعبارات مزرية بالدين وصدرت من محاكمنا التونسية على من تهجموا على غيرهم بمثل ذلك وقد تنشأ عن الاضرار الأدبية خسائر مادية كما في صورة التاجر الذي يفقد بعض حرفائه لانه وقع الطعن في ثقته وكذلك صورة المرأة المحصنة التي وقع رميها بالزنا وصورة البنت التي أصبحت غير مرغوب في الزواج بها لأنه وقع الخدش في عفافها وهناك أضرار أدبية بحتة لا يتصور في شأنها التعويض لتعذر محو آثارها وآلامها فالدموع لا تكف بالأوراق

المالية والاعمى لا يجد في النقود بدلا عن بصره فما يحكم به من مال في مثل هذه الأحوال لا يعوض شيئا مما حصل بل هو مجرد ترضية تحصل بها التسلية الوقتية فمن قطعت رجله بفعل فاعل وحصل على غرامة من أجل ذلك تتوفر لديه امكانية شراء عربة أو فتح متجر أو غير ذلك مما يجعله في سعة تلهيه عما حل به من آلام ونقص في بدنه وبهذا الاعتبار تكون للغرامة صفة عقاب خاص وقع تسليطه على الفاعل.

ماذا يشترط في الضرر ؟

يشترط في الضرر :

أولا : تعلقه بحق شرعي يحميه القانون فلو صدر من شخص عمل صادف ان كان سببا في العثور على انسان فر بعد أن ارتكب جناية فليس لهذا الجاني طلب أي تعويض من ذلك الشخص.

ثانيا : أن يكون محققا لا محتملا احتمالا بعيدا (ومعنى ذلك هو أن يكون محقق الوقوع لا ان وقوعه موقوف على حصول ظروف ليس من المؤكد أنها ستحصل كمن يؤمل الحصول على ما لم يخامر ذهنه فيما مضى لبعده عن مؤهلاته مستغلا وقوع الحادث كمبرر لذلك).

ثالثا : أن يكون مباشرا أي أنه قد حصل مباشرة من الحادث حتى لا يتحمل الفاعل أبعد النتائج التي قد تتعدد إلى ما لا نهاية له فلا يعتد بالضرر غير المباشر ما لم يكن متصلا بالحادث اتصالا واضحا كما لو مات المصاب بجرح لم يكن من أصله مميتا باخراج الصورة التي يتفاهم فيها خطر الجرح بسبب تقصير فاحش أو كانت حالة المصاب البدنية لا تتحمل أدنى اصابة وعلى كل فالأمر موكول لاجتهاد الحاكم وفي هذا الصدد اقترح الاستاذ الكبير السنهوري صاحب الموجز مقياسا للتفرقة بين النتائج المباشرة وغير المباشرة فقال "إذا وقع الخطأ وترتب عليه نتائج متسلسلة بما لم يستطع المصاب درءه باتخاذ الاحتياطات المعقولة يكون نتيجة مباشرة يجب التعويض عنها وما استطاع المصاب درءه ولم يدره عن تقصير يكون نتيجة غير مباشرة لا توجب التعويض" وعلق على ذلك أن الضرر غير المباشر هو الذي تنقطع فيه علاقة السببية بعامل آخر مستقل عن ارادة الفاعل وبعبارة أخرى كلما بعد الضرر عن الخطأ تعذر وصله به و أقيمت على هذه الاعتبارات نظرية توارد الاسباب التي مفادها أنه قد تظهر

إثر الحادث أسباب أخرى تتخلل الأطوار التي تمر بها نتائج الخطأ قريبة كانت أو بعيدة فيستاء لمعرفة هل أن هذه الأسباب الطارئة تلحق بالاصلية وتحمل تبعاتها على مرتكب الفعل الأولى التي تابعت هكذا اضرارها كما في هذا المثال :

تسبب سائق سيارة في اصابة آنسة بجرح أوجب دخولها الى المستشفى بقصد العلاج وهناك اعتدي على عفافها من طرف أحد الممرضين كما سرق ما كان عندها من مال وفي تلك الاثناء أصيبت بمرض معد ناتج عن تقصير ادارة المستشفى فهل يؤاخذ سائق السيارة بكل ذلك بحجة أنه لو لم تقع منه اصابتها لما حصلت تلك الاضرار . الجواب لا يكون الا سلبيا لان الانصاف يقتضي مطالبتة بخصوص الضرر المتولد مباشرة عن تقصيره لا غيره مما كان هذا التقصير مجرد مناسبة في وقوعه وبعبارة أخرى يلزم ارتباطه بالفعللة ارتباطا بالنتيجة بالسبب وهو المنحى الذي اتخذه الآن فقه القضاء لما اعفى صاحب السيارة التي سرقت من تبعة الحادث الذي يكون قد تسبب فيه السارق أثناء فراره بها .

ملاحظة أولى :

إذا سبق تعويض الضرر لم يبق للمتضرر الحق في التحصيل على تعويض آخر مهما كان المورد الا أنه في صورة التأمين على الحياة يتاح لورثة المتوفى التحصيل على تعويض مزدوج لأنه بالنسبة إلي الوفاة يستحق المال المتفق عليه سواء وقع الحادث أو لم يقع لأن ذلك من قبيل الاحتياط الذي سعى فيه معاهد الشركة على أن هذا المال ليست له صفة تعويض ولا هو مقيس على أهمية الضرر الحاصل من الحادث بل هو معين بصفة قارة على نسبة المعاليم الدورية المتعهد بها للشركة وهذه لا تدفعه في حق المسؤول عن الحادث بل تنفيذا لعقد التأمين.

ملاحظة ثانية :

قد يطرأ على الضرر بعد الحكم ما يغير أهميته بالزيادة أو بالتخفيف فاذا تفاقم الضرر أمكن تدارك الأمر بالقيام من جديد بطلب الزيادة في التعويض بدون أن يعارض القائم باتصال القضاء ما لم يصرح بالحكم أن التعويض يشمل الضرر في الحال والاستقبال أو أنه أجري صلح بين الطرفين تضمن التصريح بأن الغرامة شملت ما عسى أن يحدث من ارتباط فيما يلي مع التحري في البيانات التي تضمنتها الوثائق الطبية منعا لكل شغب.

أما إذا زالت أهمية الضرر بعد الحكم فلا يقبل من المدعى عليه استرداد جزء من المال الذي فرض عليه أداؤه لأن في ذلك خرقاً لقاعدة اتصال القضاء وتهجماً على مقام القضاة برميهم بارتكاب الغلط في التقدير.

ملاحظة ثالثة :

إذا كان المتضرر ممن تنطبق عليه أحكام صندوق التأمين الاجتماعي فإن هذه المؤسسة تحل محله لتسترد من الفاعل ما اتصل به المصاب على سبيل التعويض.

التعويض وأحواله :

يحصل التعويض إما بارجاع الشيء الواقع تحطيمه الى ما كان عليه بطريق الإصلاح أو أنه تقدر قيمة الضرر ويعين لجبره مبلغ من المال يدفع للمتضرر وهذا المال إما أنه ينقد دفعة واحدة أو يعطي بصفة جارية عمرية ومؤقتة كما في قضايا فواجع الشغل التي تراعي في شأنها خلافاً للقانون العام طريقة التعديل حتى في صورة تحسين حالة المصاب وقد يقع التعويض بعين الطريقة التي حصل بها الضرر كما في صورة التعدي على شرف انسان بنشرية صحافية فالحكم الصادر على محرر النشرية يذاع في نفس الجريدة هذا وللحاكم حق الاجتهاد فيما يحصل به التعويض ولا ينحصر التعويض في النقود بل يمكن الوفاء به في صورة ثياب أو طعام ويدخل في التقدير شتى العناصر كفحش الخطأ وحالة مرتكبة الظروف التي وقع فيها وغير ذلك مما يستنتج من الفصل 107 الذي هذا نصه: "الخسارة الناشئة من جنحة أو ما ينزل منزلتها تشمل ما تلف حقيقة لطالبيها وما صرفه أو لا بد أن يصرفه لتدارك عواقب الفعل الذي أضر به والأرباح المعتادة التي حرم منها بسبب ذلك الفعل وتقدير الخسارة من المجلس القضائي يختلف باختلاف سبب الضرر من كونه تغريراً أو خطأ " وملخص القول إنه يحمل على الفاعل ما يلزم من النفقات ليرجع المتضرر الى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر لا أكثر ولا أقل بحيث أن الجنحة لا تكون سبباً في الاثراء بدون وجه فاذا آل الأمر الى انقاذ قيمة سيارة على سبيل التعويض فيراعى في التقدير حالة السيارة من حيث القدم وما كانت عليه حالة مشاغلها وقد يحكم بمبلغ جملي بضميمة العناصر المتكون منها الضرر.

ممن يصح القيام بطلب التعويض :

يقوم بهذا الطلب من لحقه الضرر انساناً كان أو ذاتاً معنوية كנקابة أو مؤسسة فنية أو غيرها ويقبل القيام من الأقارب اذا تضرروا ضرراً محققاً من قتل قريبهم أو من عجز دائم ببذنه أو عقله أقعده على القيام بواجباته نحوهم وكذلك الزوج عند هتك عرض زوجته والاب عند ثلب أولاده لأن كلا منهما حافظ للشرف العائلي ويقوم مقام المتضرر في الطلب ورثته وفي بعض الصور غرماءه على معنى ما جاء بالفصل 306 أي بطريقة الدعوى غير المباشرة لكن باستثناء ما ترتب على الجرح التي لحقت ذات مدينها أو شرفه لأن ضررها قاصر على ذاته نظراً لصبغته الأدبية حتى أنه إذا لم يقم به الى أن مات فليس لورثته طلب تعويضه.

من يطالب بالتعويض :

يقام بهذا الطلب على المتسبب في الضرر أو على من كان مسؤولاً عنه ولما عم التأمين خاصة بالنسبة إلى الحوادث السيارات والآلات ذات المحركات النارية ابتداءً من فاتح أفريل 1961 جاز للمتضرر عملاً بقاعدة اشتراط الشروط في حق الغير السابق شرحها مطالبة شركة التأمين مباشرة ومن الغلط تأول التأمين بمثابة تملص من المسؤولية بل هو طريقة يتحقق بها التعويض لا مخالفة فيها لمبدأ تحجير اشتراط عدم الضمان في مادة الجرح وشبهها المنصوص عليه بالفصلين 82 - 83.

ما يوجد من صلات في موضوع هذه المسؤولية بين المدني والجزائي:

جاء الفصل 101 بان "الحكم الصادر من مجلس جنائي بترك سبيل متهم لا يؤثر في مسألة تعويض الخسارة الناشئة عن الفعل الذي قامت به التهمة وهذا الحكم يجري في صورة سقوط الدعوى بسبب وفاة المتهم أو لصدر عفو عام".

فلنبادر بالقول أن هناك دعويين إحداهما وهي الجنائية ترمي الى العقاب بينما المدنية تهدف الى تعويض الخسارة، فالأولى يثيرها لسان الادعاء العمومي أما الثانية فيقوم بها المتضرر على الفاعل والحكم بترك سبيل المتهم لعدم توافر أركان الجريمة مثلاً لا يترتب عليه انتفاء مسؤوليته المدنية (يراجع في هذا الموضوع الجزء الثاني من شرحنا من صفحة 117 الى صفحة 120).

انقراض دعوى القيام بالغرم :

عين القانون ثلاث سنوات لانقراض الدعوى الناشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها كما جاء ذلك بالفصل 115 الذي هذا نصه: "يسقط القيام بغرم الخسارة الناشئة عن الجنحة أو ما ينزل منزلتها بمضي ثلاثة أعوام من وقت حصول العلم المعدو عليه بالضرر وبمن تسبب فيه وعلى كل حال تسقط الدعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضرر" ويستثنى من ذلك ما جاء به الفصل 52 من قانون الصحافة الصادر به الأمر المؤرخ في 9 فيفري 1958 من أن الحق العام والحق المدني الناشئين عن الجرائم أو الجنح أو المخالفات المنصوص عليها بأمرنا هذا يسقط الحق فيهما بعد انقضاء خمسة أشهر من يوم وقوعها أو من يوم آخر عمل اجرائي للتتبعات.

ماذا يدخل في نطاق نظر محكمة التعقيب من متعلقات المسؤولية ؟

ليس هناك من شك في أن محكمة التعقيب تراقب بصفة مطلقة كل ما له تعلق بالوصف القانوني للأفعال فهي تنظر هل هناك عمد أو خطأ وهل أن الضرر محقق أو محتمل احتمالا بعيدا أو قريبا وهل أن الضرر محقق أو محتمل احتمالا بعيدا أو قريبا وهل هو حاصل بصفة مباشرة أو غير مباشرة وهل يوجد بين الفعل والضرر صلة السببية اما مادية الأفعال فالنظر فيها موكول لاجتهاد محكمة الموضوع ولا شأن فيه لمحكمة التعقيب.

التنظيم بين الجنحة المدنية والجنحة الجزائية

قدما أن الضرر تتكون منه جنحة جزائية اذا كان التعدي على الهيئة الاجتماعية وتتولد عنه جنحة مدنية اذا أصاب شخصا معينا ويمكن أن تكون الفعلة الواحدة شاملة للصفتين معا فجريمة القتل مثلا سواء وقعت عن عمد أو عن خطأ هي في آن واحد من الوجهة المدنية في عداد الأفعال غير المباحة المنطبق عليها الفصلان 82 - 83 من المجلة المدنية واذا وقع القيام بالجزائية من طرف لسان الادعاء جاز للمتضرر أن يقوم بطلب التعويض لدى المحكمة الجزرية التي تعهدت بالقضية وهي تنظر في الدعويين معا وعند الثبوت تسلط على المتهم العقاب الذي استوجبه وتحمله أيضا غرم الاضرار التي تسبب فيها اللهم الا اذا اختار المتضرر نشر دعواه لدى المحكمة المدنية أو كان مرتكب الفعلة فاقدا للميز لان القيام في هذه الصورة الأخيرة يقع على

المكلف بحفظه. هذا وهناك ارتباط بين الدعوى المدنية والدعوى الجزائية من ناحية التقادم فالأولى لا تنقضي بمضي خمسة عشر عاما الذي هو الأمد المخصص للدعوى المدنية القائمة بانفرادها وذلك عند تولدها عن جريمة بل إنها تفوت بفوات دعوى الحق العام التي مدة سقوطها تختلف باختلاف صبغة الجريمة من حيث كونها جنائية أو جنحة أو مخالفة وهذا الاتحاد في المدة اقتضته بعض اعتبارات كاندثار معالم الجريمة بطول المدة وتلاشي العناصر والشهادات الامر الذي يترتب عليه كثرة الاحكام بترك السبيل وسوء تأثيرها على سير القضاء ومن جهة أخرى فليس من المعقول أن يقدم للمحاكم طلب غرم الاصل فيه ارتكاب جريمة قد انقضى حق القيام بها بمضي المدة.

كما أن هناك سببا آخر في اتخاذ هذا المنحى وهو أن هذا التقادم المضيق لما كان يهم النظام العام تقع اثارته من طرف الحاكم بدون توقف عن طلب.

أوجه الاختلاف بين الجنحة المدنية والجنحة الجزائية :

أولا : في الجنحة الجزائية الطرفان المتقابلان هما المجتمع والمجرم بينما الطرفان في المدنية لا يخرجان عن المتضرر والمسؤول عن الضرر ويقصد من القيام في الأولى عقاب المجرم وفي الثانية يرمي الطلب الى التحصيل على جبر الضرر.

ثانيا : لا جريمة ولا عقاب بدون نص في المادة الجزائية فقط.

ثالثا : قد تتوجد الجنحة الجزائية ولو لم يكن هناك ضرر كما في صورة المحاولة التي لا يحصل منها ضرر وصورة التسول ومخالفة قانون الصيد وحمل السلاح بدون رخصة بينما أساس الجنحة المدنية يرتكز على حصول الضرر بحيث أن الخطأ الجزائي يتكون منه خطأ مدني، أما الخطأ المدني فلا يتكون منه وجوبا خطأ جزائي.

رابعا : لا يجوز التأمين توثبا من عواقب الاجرام بينما التأمين جائز في الجنب المدنية باخراج صورة العمد.

خامسا : إذا وجهت المسؤولية المدنية على أشخاص متعددين فلا يقضي عليهم بالتضامن الا اذا تعذر إفراز مناب كل مهم في الضرر.

بينما التضامن يقضى به وجوبا فيما يتعلق بالخطايا والترجييع في المادة الجزائية.

مسؤوليات مدنية مختلفة

مسؤوليات الدولة في الشريعة الإسلامية

إن هذا الموضوع من متعلقات القانون الإداري غير أنه اتماما للفائدة نرى حوصلة بعض المبادئ التي يركز عليها في الشريعة الإسلامية ماذا تكون مسؤولية الدولة إذا تسببت في ضرر الغير بواسطة أعوانها؟ جوابه أن الشخص الواقع منه الضرر من الاعوان المذكورين إذا كان فعله من تلقاء نفسه ولم يكن مأذونا من طرف الدولة فإن عليه مسؤوليته وحده إذ التعدي ينسب إليه خاصة وأن الدولة في هذه الحالة ليست بمشاركة له ويجب في هذه الصورة عزله وعقوبته وغرمه لما أتلفه من ماله وكان عمر بن الخطاب يقتص من عماله ويقول "إني لم آمركم بالتعدي فهم أثناء عملهم يعملون لأنفسهم لا لي". أما إذا كانت الدولة على علم من أفعاله وهي مقرة له ويفعل ذلك مستندا عليها فتعتبر مشاركة له مسؤولية معه وهو المسؤول أولا لأنه المباشر والغرم لما أتلفه وإذا لم يكن له مال فإن الغرم يكون على الدولة التي أطلقت يده لأنها المتسببة في الاضرار وهي مشاركة له في المسؤولية والنصوص الفقهية تقتضي أن كلا من المباشر والمتسبب غارم غير أنه يقدم المباشر على المتسبب وهذه عبارة السيوطي "إذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة قدمت المباشرة" وأن غير المباشر إذا كان حاميا للمباشر ولو بجاهه والانحياز اليه يكون مؤاخذا معه، أما إذا كان ما ارتكبه أعوان الدولة من واجب وظيفتهم وليس لهم في ذلك عدا وحصلت أضرار لا يمكن التحرز منها فليس في ذلك مسؤولية مثل حصول سقط الحوامل في التنبيه على زوجها بالحضور لدى الحاكم وهو مطلوب بحق.

وقد روي عن أبي بكر وعمر بن عبد العزيز أنهما كانا يعوضان من بيت المال الضرر الناتج عن أعمال الموظفين.

أصول مسؤولية الدولة في القانون التونسي

إن هذه المسؤولية لم تتعرض اليها المجلة التونسية بل إن نص الفصل 84 الوارد بها وقع نسخه لاتباع ما كان معمولا به قبل فيما يتعلق بهذا الموضوع أي اتباع نص الامر العلى الصادر في 27 نوفمبر 1888 القاضي بانه تعرض على المحاكم المدنية

ينشأ من أضرار بسبب التجمهر المسلح أو غير المسلح وهذا محدود من قبيل الخطر الاجتماعي الذي يوجب على الدولة التعويض بمشاركة المجالس البلدية وقد رأينا أن أضرار الحرب تقرر تعويضها بمقتضى قانون 16 أبريل 1914 بالنسبة إلى للحرب الكبرى الأولى وقانون 28 أكتوبر 1946 بالنسبة إلى الحرب الكبرى الثانية أي حرب 1939 - 1945 .

وفي 3 ماي 1921 صدر قانون فرنسي أيضا يوجب تعويض الأضرار التي تتسبب عن الانفجارات بمستودعات الذخائر الحربية أو عما ينبعث منها من غازات سامة أو دخان مهلك.

مسؤولية العدول :

جاء الأمر المؤرخ في 24 جوان 1957 بنسخ الأمر الصادر في عهد الحماية في جويلية سنة 1929 وأحداث فرع للعدالة تطلق عليه تسمية عدول منفذين متصفين بصفة مأمورين عموميين يتناول نظهرهم ابلاغ الاعلامات وتنفيذ الاحكام ومباشرة الاجراءات المتعلقة بالبيوعات التي تم على طريق القضاء . وقد اقتضى الفصل 37 تشبيههم بالموظفين على معنى ما جاء بالفصل 82 من القانون الجزائي لتكون لهم الحماية المخولة لأصحاب الوظائف . وفيما يتعلق بالمسؤولية المحمولة عليهم يراجع الفصل 31 القاضي بالتحجير على العدول اطلاق غير من يهتمهم الامر أنفسهم وورثتهم على الرسوم التي يحرقونها ومن يخالف تسلط عليه تعويضات وعقوبات تأديبي كما يراجع الفصل 34 الذي هذا نصه : "ان ارتكب العدل المنفذ بمناسبة مباشرة لوظائفه خطأ مضرا بأحد الطرفين فانه يكون مسؤولا عنه حسب قواعد القانون العام".

مسؤولية رجال القضاء :

جاء الفصل 199 من مجلة المرافعات المدنية بضبطها وضبط الاجراءات المتعلقة بها وهذا نصه : "تمكن مؤاخذة الحكام في صورة الغرر أو الاحتيال أو الارشاء وإذا توجهت عليه مسؤولية بمقتضى القانون توجب عليه غرم الضرر مدنيا" والنظر في مطالب مؤاخذة الحكام تختص به محكمة التعقيب طبق الاجراءات المضمنة بالفصل 200 من المجلة المذكورة . فيؤخذ مما تقدم ان هناك حصانة أوجبها القانون بالنسبة إلى الأضرار الناجمة عن الاخلال بالمأمورية القضائية . هذا وقد تضمن الفصل 86 من مجلة الالتزامات والعقود انه "إذا أخل مأمور قضائي بمأموريته فهو مسؤول عن الخسارة لمن

حسب حدود النظر المعين لها جميع المطالب التي مآلها التصريح بأن الادارة مدينة إما من جهة عدم عملها بالاتفاقات الواقعة معها أو من جهة الاشغال التي أذنت بها أو من جهة أي عمل صدر منها من غير حق واضر بالغير ، فيؤخذ من ذلك أن المسؤولية بنوعيتها التعاقدية والجناحي تطبق في شأنها قواعد الحق العام بمعنى أن القائم بها على الدولة مطلوب باثبات العمل أو الخطأ المنسوب اليها ولمعرفة ما للموظف التونسي من حقوق و واجبات يراجع القانون عدد 12 - 59 المؤرخ في 5 فيفري 1959 هذا وفي حالات أخرى كاضرار الحرب والاضرار التي تلحق المواطنين من جراء بعض الكوارث والأشغال العمومية نرى الدولة تتولى التعويض عملا بمبدأ التضامن القومي .

أصول مسؤولية الدولة في القوانين الحديثة

وخاصة في القانون الفرنسي الذي توسع فيها كثيرا

لا مسؤولية مبدئيا على الدولة فيما يرجع الى متعلقات النفوذ والتشريع أما المسألة من حيث المؤاخذة فهي تتركز على التوصل من طرف المشرع والمحاكم الى إيجاد وسيلة تقي الموظف من الافراط في مؤاخذته مع بقاءه مسؤولا بالاطاء التي لا يتعذر عنها بالهدف الرامي الى خدمة المصلحة العامة أي التي ارتكبتها الموظف توصلا لأغراضه الشخصية فيفترق حينئذ بين حالتين حالة ما اذا كان الأصل في التقصير المحدث للضرر ناتجا عن خلل في تسيير مقتضيات الوظيفة والثانية هي التي ينظر فيها إلى الهدف المقصود ففي الحالة الأولى تحمل المسؤولية على الدولة وفي الحالة الثانية ينظر الى درجة الخطأ فاذا كان فاحشا يعطي حكم العمد والمسؤول به هو الموظف الذي تذرع بصفته ليعتدي أو ينتقم فهو بعبارة أخرى مسند الى شخص الموظف أو مرتبط بذاته (Faute personnelle) أما اذا كانت صبغته مهنية بحتة أي أنه ارتكبه قايما بمصلحة الوظيف و أهدافه فالمسؤولية لا تتوجه على الموظف بل على الدولة التي لم تحسن اختياره وهذا الخطأ يوصف عندهم بالخفيف .

وهناك صور تكون فيها الدولة مسؤولة مطلقا مع عدم وجود العمد أو التقصير وهذه المسؤولية تبنى على مبادئ مرتكزة على فكرة التضامن القومي . وحديثا أي في ديسمبر 1960 صدر قانون فرنسي يقتضي تعويض الأضرار التي نالت في أواخر تلك السنة سكان بعض الجهات بسبب فيضان المياه أه كثرة الأمطار كما أن الدولة تعوض ما ينشأ من أضرار بسبب الأشغال العمومية التي تقع مباشرتها بجوار الممتلكات الخاصة وفي 16 أبريل سنة 1914 صدر بفرنسا قانون يقتضي تعويض ما

لحقه الضرر من ذلك مهما اقتضت الأحكام الجنائية مؤاخذه " غير أن هذا التحرير لم يبق له محل الآن لانه سابق عن القانون الجزائي وقانون المرافعات المدنية.

المسؤولية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية

نرى اقاما للفائدة أن نأتي بغاية الاجمال على بعض محتويات القانون الجديد الصادر في 14 فيفري 1966 بنسخ الأحكام التي كانت متبعة في القديم وخاصة أحكام قانون 15 جوان سنة 1889 والأمر المؤرخ في 6 جانفي 1944.

فهذا القانون الجديد عدد 12 لسنة 1966 قد نقح بدوره في 4 جانفي 1967 بالنسبة إلى الفصلين 3 - 41 وهو يتضمن ثمانية أبواب هذا محتواها:

(1) الغرض من حق التأليف ومداه والمنتفعون به.

(2) تحديد حقوق المؤلف.

(3) متعلقات حالة حق التأليف.

(4) المصنفات التلفزية والسينمائية وتعريف المنتج الذي يرجع اليه حق التأليف السينمائي من كونه الشخص المادي أو المعنوي الذي يعزى اليه استنباط الانتاج والذي يتحمل مسؤولية استغلاله.

(5) التعاقد على نشر المصنفات الكتابية.

(6) مدة الضمان. وقد اقتضى الفصل 29 أن حق التأليف يدوم مدى حياة المؤلف ويستمر خلال خمسين سنة شمسية ابتداء من نهاية السنة التي توفي فيها أو من التاريخ الذي تضمنه الحكم المعلم بوفاته في صورة تغييره أو فقدده وفي صورة ما اذا كان المصنف عملا مشتركا فان حساب هذه المدة يؤخذ من تاريخ وفاة آخر المؤلفين المشاركين فيه أو من التاريخ الذي تضمنه الحكم المعلم بوفاته في صورة تغييبه أو فقدده.

(7) القيام بحق التأليف و أحواله.

وقد تضمن الفصل 31 أن رعاية حقوق المؤلفين والملحنين وكذلك الدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية يناطان بمقتضى أمر بعهدة منظمة من المؤلفين والملحنين لها وحدها حق العمل بتراب الجمهورية التونسية وتكون لهذه المنظمة وحدها ودون أي

شخص مادي أو ذات معنوية سواها صفة القيام بالوساطة بين المؤلف أو ورثته وبين المستغلين لمصنفاته أو بين الجمعيات المتألفة من أولئك المستغلين وذلك سواء لتسليم الرخص أو لاستخلاص المعاليم المتعلقة بها وتحل هذه المنظمة وجوبا وبدون نزاع محل أية جمعية أخرى للمؤلفين والملحنين لتنفيذ العقود المبرمة مع المستغلين أو مع جمعيات المستغلين والتي لا تزال جارية بتراب الجمهورية التونسية، وتشرف على هذه المنظمة الادارة المكلفة بالشؤون الثقافية التي يرجع اليها تركيب اللجنة المكلفة بالبت في الخلافات التي يمكن أن تقوم بين منظمة المؤلفين والملحنين.

(8) ضبط المسؤولية المدنية القاضية بأن كل من يعتدي على حق التأليف المعترف به بالنسبة الى كل مصنف شملته حماية قانون الملكية الأدبية والفنية يكون ملزما بدفع غرم ضرر لصاحب ذلك الحق تتولى المحكمة ذات النظر تعيين مبلغه.

مسؤولية الحائز بشبهة والغاصب :

تضمنت الفصول 110 - 111 - 112 - 113 من مجلة العقود والالتزامات الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع ونظرا لصلتها بالحقوق العينية الصادر في شأنها القانون المؤرخ في 2 فيفري 1965 عدد 5 والمضمن بالرائد الرسمي عدد 10 فقد وقع نسخها وتعويضها في هذا القانون بالفصول 42 - 43 - 44 - 55 ولما كان لها مساس بالقانون العام من حيثيات عدة كنطاق الرد بالنسبة إلى الغلة على ضوء المبادئ التي أسلفنا شرحها كمبدأ الاثراء بدون سبب ورد ما دفع مما هو غير لازم وضمان التلف والتعيب بالامر السماوي نرى من المفيد شرحها باختصار في هذا الموجز مع ذكر بعض أحكام من الشريعة الاسلامية تزيد الموضوع وضوحا.

تعريف الحائز بشبهة والغاصب :

الحائز بشبهة الملك هو الحائز للشيء الذي على ملك الغير معتقدا أنه ملك له بحيث أنه كان عن جهل تام بعيب الوجه عليه حوزة كما لو اشترى الشيء من شخص وهو غير عالم بانه غير مالك لذلك الشيء أو أن ارادته لم تكن سالمة من العيوب.

و أما الغاصب فهو الذي يعلم أن يده على الشيء مبطللة ومع ذلك فانه ينسبه لنفسه.

وقد يكون الحائز من أول الامر غاصبا أي عالما بالعيب أو أنه صدر الشيء عن حسن نية ثم انكشف له العيب أو أنه قام عليه المالك الحقيقي باستحقاق الشيء ففي الحالتين ترجع العين الى مالكها وانما الفرق بين الحالتين يتمثل في أهمية الرد بالنسبة إلى الغلة وفي التحمل أو عدمه بضمان التلف السماوي.

فبالنسبة إلى الغلة : لا يرد الحائز بشبهة من الغلة الا ما كان موجودا وقت القيام عليه من مستحقه وما حصل له منها من ذلك التاريخ ويكون عليه مصروف الحفظ والاستغلال، أما الغاصب فانه يرجع الاصل وكل ما استغله من الشيء وحتى ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المغصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء وليس له الا القيام بالمصاريف اللازمة لحفظ الشيء واجتناء غلته وعليه أيضا مصروف الرد.

وهذا الحكم مطابق للمبادئ الشرعية قال صاحب التحفة في هذا الصدد :

وغاصب يغرم ما استغله من كل شيء ويرد أصله

وشبهة كالمالك في ذا الشأن لقوله الخراج بالضمان

ومعنى الخراج بالضمان الذي هو حديث شريف هو ما يخرج من الغلة والنتاج والمنفعة ومعنى الضمان ما يصرف من النفقات أو يتحمل من الأضرار وهذا مصداق ما هو جار على الألسن من أن النعمة بقدر النعمة والنقمة بقدر النعمة ويمكن زيادة على ذلك مطالبة الغاصب بغرم مقابل الخسائر التي تسبب فيها لرب العين والمسؤولية المحمولة عليه بهذه الصفة صبغتها جناحية ولذلك فلا تنتقل الى ورثته اذا اتصلوا بالعين وهم يجهلون عيب حوز مورثهم لها.

قال صاحب التحفة في هذا الصدد :

والغرم والضمان مع علم يجب

على الذي انجر اليه ما غصب

بارث أو من واهب أو بائع

كالمعتدي غاصب المنافع

النظرية الشرعية بالنسبة إلى البناء والغرس :

ان بنى الحائز بشبهة الملك فيأخذ قيمته قائما فيجعلها في مثله واذا امتنع المستحق من دفع القيمة قيل للآخر ادفع قيمة أرضه فان أبى أو كان عديما كانا شريكين على قدر قيمة الارض والبناء ولو بنى وغرس بغير وجه شبهة فله قيمة ذلك منقوضا بعد رعي أجرة الاخلاء وكذلك الباني في أرض العارية والاجارة.

تعريف الغلة : الغلة في الاصطلاح هي كل ما تنتجه العين في أوقات دورية بحسب طبيعتها أو بحسب ما اعدت له كالثمار وصابة المزروعات والدخل من كراء وانزال وفوائض. وما كان جزءا من العين فهو ليس بغلة ويجب على الحائز رده ولو كان حسن النية كالاشجار التي وقع قلعها أو ما هو دفين بالارض كالحجارة والرمال وغيرها اذا لم تكن تلك مستعملة كمقطع لذلك.

ضمان التلف السماوي :

يشير التعبير بالتلف السماوي الى القيميات اذا أهلكت أو تعيبت بالقوة القاهرة أو الأمر الطارئ فعلى مقتضى ما جاء بالفصل 280 يحمل ضمان التلف على المدين اذا كان مماطلا وعليه فالغاصب عليه الغرم في هذه الصورة لانه يعتبر مماطلا بسبب سوء نيته بخلاف الحائز بشبهة فليس عليه هذا الضمان الذي هو شديد بالنسبة إلى الغاصب اذ يوجب عليه أداء قيمة المغصوب من يوم اتصاله به وان كان من المثليات رد بمقداره وان تعيب فقط رد الفرق بين الحالتين وعليه كامل القيمة أن انعدام النفع به نظرا لما أعد له بحيث أن الرد واجب سواء كانت العين من القيميات أو من المثليات.

هذا ويقبل من الغاصب المقوم عليه رد الدعوى باثبات أن تلف العين بالامر السماوي كان لا محيد عنه بقيت العين بيد صاحبها أو خرجت منها.

الاستصناع :

هو عبارة عن صنع الشيء من مادة أصلية أدخل عليها تغيير بهذا الصنع كقطعة من خشب صنع منها خزانة، أو قطعة من معدن صنع منها تمثال أو تحفة من التحف فهو اجتماع قيمتين المادة والعمل وقد جاء الفصل 55 من القانون العقاري بالأحكام المختصة بالموضوع.

المراقبة اللازمة أو أنهم يجهلون الحالة المخطرة من مرض المصابين أو أن الحادث وقع بسبب خطأ المتضررين.

مسؤولية الوالد والوالدة :

إن تعيين الوالد والوالدة بالنص المذكور دون سواهما من ذوي القرابة يقتضيه مقام الاستثناء الذي لا يسمح بالتوسع والماثلة وعليه فالعم والخال وغيرهما من الأقارب لا ينسحب عليهم مفعول قرينة الخطأ فالوالد هو المسؤول أصالة والوالدة لا تحمل محله في المسؤولية إلا إذا توفي أو منع من إجراء الرقابة لسبب من الأسباب كالطلاق والابعاد والاختبال وغير ذلك وقد اشترط القانون المساكنة لانه يصعب بدونها إجراء مراقبة أعمال الاولاد وإذا فصلت السكنى لسبب معتبر كوضع الولد بمحل تربية انتفت عنهما المسؤولية اللهم إلا إذا كان الضرر الذي أصاب الغير سببه عن فساد التربية كما هو الحال بالنسبة إلى الزوجة التي بارحت محل والديها بسبب انعقاد زواجها قبل بلوغها سن الرشد ففي هذه الصورة تطبق قاعدة الحق العام القاضية بحمل عبء الاثبات على كاهل المتضرر وما يجدر التنبيه اليه هو ان قانون التبني الصادر في مارس سنة 1958 يجعل المتبني في مقام الوالد فيكون مؤاخذاً بقرينة الخطأ ويكفي لدحض هذه القرينة اثبات تعذر دفع الضرر ولو بلغت المراقبة أقصى الدرجات.

ملاحظة :

إن تطور الحياة بالصفة التي سبقت الإشارة إليها أدى بالمحاكم إلى التسامح مع الوالدين إذا رخصا لأولادهما الذين سنهم دون الرشد بقليل أي بعام أو عامين تعاطي بعض الألعاب من نوع خاص أو سوق السيارات وغيرها من الوسائل الحديثة.

هذا وقد لا ينشأ الضرر عن فعل الولد مباشرة وإنما كان حصوله ناتجاً عن فعل حيوان سلم اليه لغاية ما كسوقه الى السبيل أو الى مأواه وفي هذه الصورة يميز بين حالتين حالة ما اذا كان التسليم من أحد الابوين أو من الغير ففي الحالة الاولى ليس هناك خروج عن نطاق مسؤولية الوالدين واما في الثانية فالغير يعتبر قد اساء القيام بواجب حفظ الحيوان وتحمل عليه بسبب ذلك مسؤولية وقوع الضرر.

فالحائز و ان كان غاصبا اذا فعل بالمنقول ما غير حاله وزاد في قيمته زيادة معتبرة بالنسبة إلى جوهره حبس الشيء على شرط أن يغرم قيمة المادة الاصلية مع مبلغ يوكل تقديره لاجتهاد المجلس وعلى المجلس والحالة هاته أن يعتبر ما لصاحبه الأول من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية وللمستحق الخيار في استرداد الشيء على الحالة التي صار عليها بعد العمل بشرط أو يؤدي للحائز ما زاد في القيمة بعمله ويقدم في الصورتين على بقية الغرماء.

ويلاحظ هنا أن صاحب المادة الاصلية له الأولوية على من اصطنعها بشرط انقاد قيمة الصنع وهناك نظرية معاكسة في قوانين أخرى تجعل الافضلية للصانع في استبقاء المصنوع بالصفة المذكورة.

المسؤولية المرتكزة على الخطأ المفترض :

مر بنا الحديث على المسؤولية المحمولة على الشخص من جراء الاضرار التي يتسبب فيها بفعله الخاص وسيتناول بحثنا الآن قرينة الخطأ المقامة عليها مسؤوليته من أجل الأضرار المسببة عن فعل الغير أو فعل الحيوان أو عن الجوامد فهناك قرينة قانونية تعفي المدعي من اثبات الخطأ الذي كان سببا في الضرر لافتراض وقوعه من المدعى عليه بصفته حافظا لذلك الغير أو للحيوان أو للجوامد ولا يتملص هذا المدعى عليه من مفعول الافتراض الا بالاثبات بالحجة المضادة أي أن يقيم الدليل على أن الخطأ الذي استوجب المؤاخذة لم يصدر منه بل هو تقصير من شخص آخر أو من نفس المتضرر أو أنه ناتج عن قوة قاهرة.

أصناف الاشخاص الذين تطبق في حقهم هذه المسؤولية :

فلنبادر بملاحظة أن المصابين في عقولهم بما أخرجهم عن الادراك ولو كانوا بالغين سن الرشد ليس عليهم أدنى ضمان مالي من كسبهم لتعويض تلك الأضرار بل تحمل المسؤولية على من هم ساكنون معهم أو على من تكلفوا في عقد بمراقبتهم وحفظهم ولما كان الخطأ لا يعتبر له وجود في حق عديمي الميز حسب الفصلين 105 و106 فالضمان يحمل على المكلفين بهم بموجب ما ينسب اليهم من الخطأ الشخصي المتمثل في عدم قيامهم بواجب الرقابة والحفظ ما لم يثبتوا أحد الأمور المبينة بالفقرة الأولى من الفصل 93 المنقح بالامر الصادر في 17 سبتمبر 1937 أي أنهم راقبوههم كل

مسؤولية الوالدين في الشريعة الاسلامية :

لما كان الصغير كامل المسؤولية في أموال الناس فلا يسأل والداه عما ينشأ عن أعماله الا في حالة واحدة وهو أن الصغير كان تحت تأثيرهما فيما فعل أو انه أتلف مال الغير تحت سمع و بصر أحد والديه ولم يمنعه وهو قادر على ذلك لان القاعدة أن الدماء والاموال معصومة في دار الاسلام وأنه بالنسبة إلى الصغير ان عذر لصغره لانه تعوزه القدرة على تمييز الخير من الشر فلم يحم عليه حد لا يرفع عنه هذا العذر تعويض الضرر الذي يحدثه الفعل الاجرامي فلو قتل الصبي شخصا وجبت الدية في ماله.

مسؤولية معلمي المهن من أرباب الصنائع بالنسبة إلى ما يصدر من ضرر متدريهم أو متعلمي المهنة :

شبه الفصل 93 أرباب الصنائع بالوالدين والمعلمين من حيث المسؤولية جاعلا الخطأ مفترضا بالنسبة اليهم ما لم يقع دحض هذا الافتراض بالدليل المعاكس وذلك فيما يخص متدريهم المدة التي هم فيها تحت نظرهم حيث كان لهم دور التدريب على الصناعة ومن شروط هذه المسؤولية أن يكون الخطأ قد صدر من المتدربين أثناء وجودهم تحت ملاحظة أعرفهم.

ملاحظة : إن تشبيه أرباب الصنائع برجال التعليم العمومي قد زال بموجب التحويل الذي أدخله الامر الصادر في 17 سبتمبر 1937 على الفصل 93 وذلك باعفاء المعلمين من تحمل قرينة الخطأ و ادخال مسؤوليتهم تحت قاعدة الحق العام التي يشترط بمقتضاها اثبات خطأ المعلم لنجاح دعوى طلب التعويض.

مسؤولية المعلمين :

شبه الفصل 93 المنقح كيف ذكر مسؤولية المعلمين بمسؤولية الاعراف أو أرباب الصنائع كما أنه شبهها أيضا بمسؤولية الوالدين لكن هذا التشبيه قد زال بموجب الامر الصادر في 17 سبتمبر 1937 الذي أدخل مسؤولية المعلمين تحت قواعد الاثبات العامة فأصبح المدعي من هذا التاريخ مكلفا باثبات خطأ المعلم وقد أخرج المعلم من الدعوى فافرض اقامتها مباشرة على الدولة التي لها وحدها حق الرجوع عليه أو على الغير الذي صدر منه الضرر الذي أصاب التلميذ أو صدر منه فهناك حصانة خاصة لفائدة المعلمين العموميين مرتكزة على اعتبارات منها أن المعلمين ليس بيدهم اختيار التلامذة ولا اختيار أماكن التعليم ولا اختيار الاعوان.

واليك أهم ما جاء بالفصل الأول من أمر 17 سبتمبر 1937 السالف الذكر "تعوض مسؤولية أعضاء التعليم العمومي بمسؤولية الدولة بحيث لا تمكن ابدا مطالبتهم لدى المحاكم المدنية من طرف المتضرر أو نوابه وذلك في جميع الصور التي تعود فيها المسؤولية على أعضاء التعليم العمومي اثر أو عند وقوع الضرر إما نشأ من الأطفال أو الشبان الموكل أمرهم اليهم حسبما تقتضيه خططهم واما لحق هؤلاء الأطفال أو الشبان الموكول أمرهم على الصورة المذكورة الى أعضاء التعليم العمومي تحت حراسة هؤلاء الأخيرين في الذكر مدة الدراسة أو خارجها لغاية التربية الأدبية أو البدنية مما لا تحجره التراتيب ويمكن للدولة أن تقوم بدعوى الرجوع إما على المعلم أو على الغير طبق القانون العام و إن أعضاء التعليم العمومي الذين يمكن للدولة أن تقوم بدعوى الرجوع عليهم عند الاقتضاء لا يجوز سماع شهادتهم في القضية الأصلية والدعوى التي يقوم بها المتضرر أو والده أو أولياؤه في توجيه المسؤولية على الدولة المطالبة بالضرر يقع رفعها لدى المحكمة المدنية الراجع لها المكان الذي حدث فيه الضرر".

فمن هذا النص المنقول عن أصل فرنسي نستخرج الأمور الآتية :

أولا : القيام بالضرر يقع مباشرة على الدولة بدل المعلم.

ثانيا : تبعة الضرر غير مفترضة الوجود على كاهل المعلم بل اثباتها على القائم بها طبق قواعد القانون العام.

ثالثا : بمقابلة النص الفرنسي الوارد في الموضوع في أفريل 1937 بالنص العربي المشار اليه نلاحظ اجمالا في الألفاظ يحمل على الالتباس في مؤداها فمن ذلك لفظة معلم (Instituteur) التي تحصر مفعول النص في درجة دون أخرى من درجات التعليم بينما التعبير بأعضاء التعليم العمومي في النص العربي يشير الى تلك الدرجات بأكملها داخل فيها التعليم العالي و لو مع وجود فوارق منها أن المعلم يجمع بين التعليم واجراء الرقابة على التلامذة وفي التعليم العالي ينعت الدارسون في الاصطلاح بالطلبة أو المستمعين بما ينتفي معه واجب الرقابة المحمول على المعلم ومدير المعهد الابتدائي أو الثانوي على أنه لم تبق اليوم أهمية لهذا الاشكال بالنظر الى وقوع تعميم التأمين.

رابعا : انسحاب الحراسة على الاطفال والشبان الموكول أمرهم لأعضاء التعليم العمومي مدة الدراسة أو خارجها لغاية التربية الأدبية أو البدنية مما لا تحجره التراتيب.

خامسا : أباح النص تعويض الضرر بالصفة المذكورة مهما كان مصدره وحتى الذي أنجر عن فعل الغير أو عن الأشياء كإصابة تلميذ بسقوط باب المدرسة أو غير ذلك والغير هنا هو الذي كان فعله مع تقصير المعلم سببا في الضرر.

وعلى الجملة فإن مراقبة التلامذة في الدرجتين الابتدائية والثانوية للتوقي من الاضرار يجب أن تكون محل اهتمام تام من طرف المعلمين غير أنه قد تطرأ أحوال يصعب فيها تعيين من عليه الضمان عند حصول الضرر كما لو صدر من تلميذ بقاعة الدرس فعل فجائي أضر بآخر كان من المتعذر التحرز من وقوعه فهل يكون المعلم في هذه الحالة مسؤولا والدولة مطالبة بالتعويض طبق ما جاء بالنص السالف ذكره أو أن المطالبة ترجع على المتسبب نفسه بما يستلزم ادخال من له الولاية على كسبه فعلا فقد عرضت على بعض الدوائر الحكومية الفرنسية قضية صورتها أن تلميذا فقئت إحدى عينيه عندما كان بصدد التفكير في مسألة بغرفة التعليم ويده التي بها القلم كانت اذاك لصق وجهه وذلك اثر حركة فجائية اضطر للقيام بها التلميذ للصغير الذي كان قريبا منه فاصدرت المحكمة الابتدائية التي رفع اليها الدعوى والد المتضرر حكمها بالزام الدولة بتعويض الضرر لاعتباره ناتجا عن خطأ المعلم في اجراء المراقبة لكن محكمة الاستئناف نقضت هذا الحكم بعد أن أدخلت في النازلة والد التلميذ المتسبب في الضرر كولي على كسب ابنه مصرحة باعفاء الدولة من الضمان كاعفاء الوالد منه أيضا لانه لا شيء ينسب اليه من فساد التربية وفي تصريح المحكمة باعفاء الدولة من الضمان اشارة الى عدم ارتكاب المعلم لاي خطأ إذ كانت حركة دفع اليد الماسكة للقلم فجائية الى درجة استحالة التنبيه اليها من طرف المعلم ولو كانت رقابته عالية المعيار.

مسؤولية المؤجرين بما ينشأ عن فعل مأجورهم :

مر بنا أن المشرع التونسي لم يتعرض بالفصل 93 الى مسؤولية المخدم عما ينشأ عن فعل خادمه حالة مباشرته للعمل خلافا للمشرع الفرنسي الذي بنى هذه المسؤولية على فكرة الانصاف وعلى المصلحة الاجتماعية. فالمؤجر عندهم ليس له دفع الضمان باثبات عدم ارتكابه لأي خطأ بل انه يسأل مطلقا عما يرتكبه تابعه من الأخطاء التي تمت بصله لمهنته فهو أي المخدم محمول على أنه لم يحسن انتخاب تابعه ولا مراقبته، فإذا استثنينا ما جاء عندنا بقانون الطرقات الذي سيأتي بيانه لا نجد في الموضوع الا الفصل 845 من فصول مجلتنا المدنية وهذا نصه: "أجبر العمل مسؤول بالتعدي والتقصير الصادرين من يئويه في العمل أو ممن استخدمه أو استعان به كما لو

صدر ذلك منه ولا ضمان عليه اذا اضطره نوع الخدمة أو العمل للاستعانة بغيره وذلك بشرط أن يثبت (أولا) أنه اجتهد كل الاجتهاد في انتخاب من استعان بهم وفي مراقبتهم (ثانيا) أنه فعل كل ما يلزم فعله لمنع الضرر أو تدارك عواقبه".

ففي خصوص حوادث الطرقات أبطل مشرعنا العمل بالقانون المؤرخ في 30 ماي سنة 1957 القاضي باعتماد الفصل 845 في الموضوع ووضع مكانه قانون 24 ديسمبر سنة 1964 المتضمن بالفصل 267 لمسؤولية المخدم عما يرتكبه خادمه من الاضرار بالغير حالة مباشرته لعمله وهذا نص الفصل : "يقطع النظر عن حالات المسؤولية المدنية المسطرة بمجلة الالتزامات والعقود فإن المخدم يضمن الاضرار التي يتسبب فيها خادمه اذا صدرت عنه حالة مباشرته لعمله". وفيما يخص مسألة التأمين الذي أصبح واجبا ابتداء من فرة أبريل سنة 1961 قرر الفصل 268 ادخال المؤمن في القضية في صورة القيام بالحق الشخصي ويقع عند الاقتضاء ادخال صندوق ضمان السيارات وتكون المحكمة المتعھدة بالنازلة ذات نظر للبت في الوسائل والدفع ذات الصبغة المدنية وخاصة ما له تعلق بعقد التأمين.

هذا وقد أقر فقه القضاء نفي الضمان عن المخدم اذا صدر من خادمه عمل لا يمت بصله لخدمته فالسائق الذي استعمل سيارة مخدمه لنقل شخص على وجه المجاملة والود من غير علم صاحبها لا يعد عمله هذا داخلا في نطاق ما هو مأمور به (يراجع القرار الصادر في 9 مارس سنة 1960 عن دوائر التعقيب الفرنسي المجتمعة والقرار الصادر في 9 مارس سنة 1960 عن دوائر التعقيب الفرنسي المجتمعة والقرار الصادر في 7 جانفي 1965).

مسؤولية من في حفظه حيوان من جراء الأضرار الحاصلة منه

لما كان الحيوان عديم الذمة و كانت الأموال والنفوس مصونة فما يحدثه من ضرر ضمانه على حافظه ولو انفلت أو ضل ما لم يثبت أحد الأمرين - أولا - أنه اتخذ الوسائل اللازمة لصيانة الحيوان وإبعاده عن إيذاء الغير أو الاضرار به - ثانيا - واما ان الضرر حصل بسبب طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل المصاب نفسه فهناك قرينة تقصير تدحض بالدليل المعاكس مفادها عدم القيام بواجب الحفظ والرعاية سواء كان الحيوان في عهده أصالة أو بصفة وقتية كالصفائح والبيطار ورب الخان وللتوقي مما عسى أن يطرأ من الأخطار يجب على من تخلى مؤقتا عن الحفظ إشعار المؤمن على ذلك الحيوان بما يوجد فيه من عيوب ككونه عضوا أو كدوحا أو غير ذلك.

ما هي الحيوانات المقصودة ؟

هي بلا شك التي يمكن للإنسان أن يملكها ويستعملها كالخيل والابل والكلاب وغيرها من الحيوانات الداجنة أي التي تألف البيوت وتستأنس وكذلك الضواري الواقع إخضاعها بالتربية كالتي تؤوى مثلاً في البساتين العامة أو تستعمل للألعاب واما الضواري الطليقة فلا يترتب من أجلها أي ضمان ما لم يكن وجودها في أرض مملوكة وسعى صاحبها في جلبها أو كانت الأرض معدة للصيد ويخرج عن هذه القاعدة الطائر في السماء (الفصل 95) وفي هذه الصورة الأخيرة يطلب من القائم بالضرر اثبات خطأ رب الأرض.

النظر الشرعي الاسلامي :

جاء في الحديث الشريف "أن جناية العجماء جبار" والمقصود بالعجماء البهيمة أي قوة لا تعقل ولا تتكلم ومعنى جبار هدر أي باطلة لأنها لا تقاوم بما فعلت.

فالضرر الذي يحدثه الحيوان لا يضمنه صاحبه أو الحافظ له الا اذا ثبت أنه لم يتخذ الحيطة لمنعه فاذا أضر حيوان بمال شخص ورآه صاحبه ولم يمنعه كان ضامناً.

فما هو مقرر بهذه الصفة غير متفق مع مبادئ القانون العصري الذي يعتبر خطأ من في حفظه الدابة مفترضاً.

مسؤولية الضرر الناشئ عن الأشياء الجامدة :

جاء الفصل 96 بما يلي : "كل انسان عليه ضمان الضرر الناشئ مما هو في حفظه اذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الاشياء الا اذا اثبت ما يلي - أولاً - أنه فعل كل ما يلزمه لمنع الضرر - ثانياً - أن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو بسبب فعل من لحقه".

يستخلص من فحوى هذا الفصل اقرار نظرية المخاطر المستحدثة (Théorie des risques) التي بمقتضاها لا يكلف المتضرر باثبات الخطأ بل أن الخطأ في هذه الحالة مفترض الحصول من طرف المدعى عليه الا أن القانون سمح له بدفع هذه القرينة للتفصي من المسؤولية وذلك باثبات الأمرين المذكورين بالنص، هذا وان الشخص يعتبر حافظاً للشيء اذا كان هو المتصرف فيه والمهيمن عليه والمسير له سواء كانت يده محقة أو مبطلّة والمتضرر هو المكلف باثبات هذه السيطرة على الشيء ويلاحظ هنا أن مجرد

الاستعمال لا يستلزم وجود صفة حافظ للشيء عند من بيده ذلك الشيء فسائق السيارة بصفته عاملاً عند صاحبها ليس هو المطلوب مدنياً بالضمان لان المنتفع غيره أي صاحب السيارة فصاحبة النفع للاستعمال تؤيد نظرية وضع ضمان المخاطر المستحدثة على كاهل الحافظ بالمعنى المتقدم وقد سبق منا بيان ما ذهب اليه فقه القضاء منذ ما يقرب من ثلاثين سنة من أن مستعمل السيارة لصالحه الخاص يعفى من الضمان المركز على قرينة الخطأ إذا سلب منه الهيمنة عليها ولم يبق في مقدوره التصرف بالمراقبة والحفظ كما في صورة الحادث الذي يتسبب فيه سارق السيارة ونعلم أيضاً أن الحفظ ينتقل الى من يصبح الشيء بيده بموجب الايداع مع منحة الاستعمال أو الاعارة أو التسويغ، أما في صورة امتطاء السيارة للتنقل بلا أجر (auto-stop) فالسائق تنتفي عليه قرينة الخطأ لأن الراكب أصبح مشاركاً له في الاستعمال ودخل هكذا تحت مفعول القانون العام الذي يوجب عليه اثبات خطأ السائق.

إن مسألة الحفظ أصبحت اليوم كبيرة الأهمية بسبب انتشار حوادث السيارات وتنوعها ومن ذلك حصول الاصطدامات أو غيرها أثناء التدريب على السوق للتحميل على الرخصة القانونية فاذا وقع حادث من هذا القبيل فمن هو المسؤول به من المعلم والمتدرب؟ يلزم للجواب معرفة من هو المصاب بالحادث فهل هو المتدرب أو الغير أي أحد المارة فبالنسبة إلى الأولى تكون المسؤولية تعاقدية لأن عقد التدريب فحواه التزام المعلم بالسهر على سلامة المتدرب باتخاذ كل وسيلة للوقاية من الضرر وحينئذ يكون عبء الاثبات على المتدرب أي أنه يطالب باثبات خطأ المعلم طبقاً للأصول العامة، أما اذا أصاب الحادث بعض المارة أثناء التدريب فالمسؤولية صبغتها جناحية والمعلم هو المتحمل بالضمان كنتيجة لواجب حفظ السيارة المحمول عليه وتستثنى من هذه الصورة الأخيرة حالة محتملة الوقوع وهي التي يحصل فيها الحادث لبعض المارة أثناء الاختبار من طرف المهندس الدولي لمنح رخصة السوق فالضمان هنا محمول على المتدرب الذي انتقل اليه واجب حفظ السيارة.

ولنفترض الآن وجود حالة أخرى يكون فيها السائق قد استعمل السيارة لنقل انسان على وجه المجاملة لعلاقة شخصية بينهما وذلك بدون إذن مخدمه فاذا أصيب هذا الانسان بحادث أثناء السير فعلى من يحمل الضمان؟ أيطالب به رب السيارة أو السائق؟ فالرأي المتبع الآن هو ان السائق يكون قد خرج بسلوكه هذا عن دائرة عمله وحينئذ فهو المطالب بالضمان جزاءً تحديه.

وهناك صورة أخرى تطبيقية خاضت فيها المحاكم وهي التي تشير الى مسؤولية صاحب مسرح الألعاب الرياضية المعروفة بالمنيج أو الجبال الروسية (Manège ou montagnes russes) وذلك بمناسبة إصابة بنت بجروح بليغة بسبب سقوطها من أحد المقاعد التي كانت تصعد وتنزل بالراكب أو تدور به بغاية السرعة بمفعول محركات نارية فكان هذا الحادث موضوع أخذ ورد لدى القضاء.

لضبط ماهية وطبيعة الالتزام المحمول على حافظ الشيء فهل هو تعاقدى شبيه بالالتزام أجير النقل الذي يستلزم للتفصي من المسؤولية اثبات سبب خارجي عن الحادث يعزى الى القوة القاهرة أو غير ذلك لأن مؤداه وممراته المحافظة على أمن التعاقد وتحقيق سلامته من كل أذى وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالالتزام ضمان النتيجة أو ضمان الوصول الى غاية بمقابلته بالذي يقتضي التعهد بمجرد السعي وراء نتيجة غير محققة ويطلق عليه التعبير بالالتزام ببذل عناية فالضابط يتمثل في البحث وراء تحقيق أو عدم تحقيق الغاية التي يرمي اليها المتعاقدون فمثال الالتزام الذي هو في الصنف الاول تعهد شركات النقل ضمنيا بضمان سلامة المسافرين ومثال الثاني تعهد المحامي أو الطبيب ضمنيا أيضا باستعمال جميع وسائل النجاح من غير ضمان حصوله.

ما هي المصلحة من التفرقة بين النوعين :

تنحصر هذه المصلحة في موضوع التكليف بالاثبات فاذا كان الالتزام التزاما بالوصول الى غاية يكون على المدين الاثبات أي يثبت بحسب الأحوال أما حصول الغاية المقصودة أو أن هذه الغاية لم تحصل لسبب يعزى الى القوة القاهرة أو سبب لا دخل فيه ولم يكن في استطاعته التغلب عليه. واما اذا كان الالتزام يرمي الى مجرد السعي في حصول الغاية ولم تحصل فالدائن هو الذي عليه اثبات تقصير مدينه باعتباره المتسبب في عدم حصول تلك الغاية أي إثبات أنه لم يستعمل الحزم اللازم أو الوسائل والطرق اللازمة لذلك.

المسؤولية الناشئة عن انهدام الابنية وما هو ملحق بها :

إن هذه المسؤولية تدخل حسب نص الفصل 97 تحت أحكام تخص الاضرار التي تنتج عن انهدام الابنية وما هو ملحق بها من آلات وأشجار وغيرها وذلك بسبب القدم أو عدم اللوذ والرعاية أو الخلل في البناء دون أسباب أخرى كالمصواعق أو الرمي بالقنابل ويكون على من لحقته أضرار مما ذكر اثبات واحد من هذه الأسباب الثلاثة

فهناك حينئذ مسؤولية أخف من التي تركز على قاعدة الضمان الاجتماعي ولا تنحصر في شخص المالك بل يطالب بها أيضا الحافظ للبناء بموجب عقد تم مع المالك كالمتمتع بحق الاستغلال أو من بيده العقار اذا كان فيه نزاع أو مالك الانتقاض اذا كانت الارض لغيره ولكل من ذكر حق الرجوع على المتسبب في الخلل كالمهندس أو المقاول أو المكثري الذي منع الدخول للمحل لاجراء الاصلاح.

ملاحظة :

لا يقبل من المكثري أن يستند الى الفصل 97 في قيامه بتعويض ما حصل له من ضرر بموجب الانهدام بالصفة المذكورة بل يجعله مركزا على شروط العقد.

وفي صورة **الخطر الظاهر** يتوقف القيام على خطاب مالك العقار وانذاره بواسطة عدل منفذ.

واذا توقع الجار انهدام بناء مجاور لملكه أو سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على أسباب معتبرة فله أن يلزم مالك البناء أو من وجب عليه حفظه بأن يتخذ الوسائل اللازمة لمنع الضرر.

الإرادة الفردية كمصدر خامس للالتزامات

إن هذا المبحث يرمي الى معرفة هل أن الانسان قد يكون ملتزما لغيره بمقتضى إرادته الخاصة خلافا لما هو الشأن في أن الارتباط لا يتوجد بمجرد الاعلان بالارادة بل لا بد من قبول الطرف الثاني له أي من تبادل الارادتين أو من موجب قانوني يكون الربط وقد مر بنا تفصيل ذلك بمناسبة شرح نظرية القبول والايجاب وقد رأينا أن الموجب يتاح له الرجوع في ايجابه طالما لم يصدر القبول من الجانب الآخر بقيد أن لا يضحي بهذا الجانب الذي له عندئذ الرجوع عليه بالضمان وهذا الضمان لا يمكن تصوره ناتجا عن عقد بل هو منبعث عن ارادة منفردة واختيارية كما دل على ذلك تعبير المجلة بان تعمير الذمة يترتب على اتفاقات وغيرها من التصريحات الاختيارية مع الملاحظة بان يكون التصريح مبنيا على النية والقصد لا مجرد وعد حيث لا عبرة بالهزل وهناك عدة نصوص أخرى قاضية بما ذكر كنص الفصل 38 الذي سبق شرحه ونص الفصل 22 القاضي "بانه اذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له" ونص الفصل 34 الذي يوجب على من صدر منه ايجاب بمراسلة بلا تحديد أجل البقاء ملزوما الى الوقت المناسب لوصول الجواب اليه فكثرت المسألة ينحصر في الفترة التي بين الاعلان عن الايجاب والوقت الذي يحصل فيه القبول وفي صورة المكافأة عن العمل جاء الفصل 19 بما يلي "الوعد بالجعل باحدى وسائل الاشهار بان يأتي بشيء تلف أو يتمم عملا آخر يعد مقبولا ممن يأتي بالشئ المتالف أو يتمم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الوعد انجاز وعده".

الارادة المنفردة في الشريعة الاسلامية :

في كثير من الصور تكون الارادة المنفردة ملزمة لصاحبها فهبة من له ولاية على الطفل للطفل لنفسه تتم بالايجاب والنسبة إلى الوقف اقتضى المذهب الحنفي أن الوقف يلزم بمجرد الصيغة بدون توقف على قبول أو حوز ويرى المذهب المالكي أن الشخص لا يلزمه القبول الا بالنسبة إلى الغلة كما أن الوقف على غير موجود في الحال صحيح كالوقف مثلا على من سيولد فهو صحيح غير لازم فاذا وجد الولد تم الوقف وفي باب الايضا تصح الوصية للحمل الموجود أو الذي سيوجد الى غير ذلك من

الصور التي تتولد فيها الالتزامات من غير لزوم اقتران القبول بالايجاب وكذلك الامر بالنسبة إلى الاقرار وترك الحق في الميراث وعزل الوكيل .

نبذة :

نظرا لما لدور الارادة من الاهمية في النظرية العامة للالتزامات يحسن اضافة بعض توضيحات تتجلى بها سيادة الارادة في انشاء الأعمال القانونية ولنبدأ ببيان الفارق بين الاعمال القانونية والأفعال أو الاحداث القانونية المعبر عنها في الشريعة الاسلامية بالتصرفات القولية والتصرفات الفعلية فالأولى أي الاعمال تتميز عن الثانية بالاشارة الى التصرفات التي تتبع عنها الارادة متجهة نحو ايقاع آثار قانونية أي انشاء حق أو تحويلة أو تغييره أو انقضائه فالعقد عمل قانوني. أما الثانية أي الأفعال فهي تشير الى حدث أو عارض يترتب عليه تغيير حالة قانونية لم تتجه نحوها الارادة فالقاتل مثلا يكون قد أراد القتل بدون أن يقصد ما يترتب عن ذلك من ضمان وبعبارة أخرى فهي الحوادث التي تصدر من الشخص مولدة للمسؤولية المدنية التي تستلزم التعويض.

فمن المعلوم أن الانسان خلق مدنيا بالطبع ومعنى ذلك أنه لم يخلق منفردا بل هو مفطور على حاجته للاجتماع لان الحياة تساند وتعاضد وتعامل ودور الارادة في ذلك من الاهمية بمكان إذ أنها تسيطر على عموم الصلات والروابط وقد اعترف لها بالحرية المطلقة في فجر التاريخ وخاصة عند الرومان غير أن التطور الاجتماعي حد من هذه الحرية حتى لا تكون منبعا للظلم والفوضى.

ومن مظاهر هذا التطور استكشاف الفضاء وانتشار الآلية كالدماغ الالكتروني واستخراج شتى المنافع من الأشعة الشمسية ومن بطون الارض والبحار فلو تركت الحرية على حالتها الأولى حالة الاطلاق لتضرر من ذلك أناس تدعوهم الضرورة لقبول الشروط المرهقة كالتي يملئها المؤجر على المستأجر بسبب عدم التوازن وعدم التساوي بينهما من حيث المراكز وتصبح هكذا عقود الجماعات كعقود الشغل وعقود الانضمام لصالح الجماعة نافذة عملا بالمبدأ الأساسي المركزة عليه عموم المعاملات الخاصة الذي هذا نصه "الشرط املك: عليك أم لك" فهو يفرض على كل الناس احترام ما ارتبطوا به ولكن في بعض المجالات كالنجماري والفلاحي والصناعي يتحتم على الشارع عدم اغفال ظروف الحياة العصرية بوضع حد للشروط حتى لا تكون جائرة فمن ذلك أيضا تحديده لساعات العمل واستحقاق العامل لمنحة الساعات الزائدة والعطلة السنوية ومنحة الطرد ومنافع

صندوق الضمان الاجتماعي وصندوق التقاعد وفيما عدا ذلك لا وجه لتقييد حرية الأشخاص في تكييف حالتهم القانونية وتسيير تصرفاتهم متى توفرت عندهم الأهلية اللازمة وسلمت ارادتهم من العيوب مع وجود السبب الصحيح وقابلية المحل للتعامل فالعقد شريعة الطرفين ومعنى ذلك هو أنهما يلتزمان ما اتفقت عليه ارادتهما المشتركة من ايجاب وقبول على وجه صحيح مع المحافظة عما يقتضيه النظام العام الذي هو وضع كالمطاط يضيق ويتسع بحسب ضرورة الوقت أي بحسب ما يفرضه تطور مصلحة الجمهور الاشتراكية التي تتقدم بطبيعة الحال على المصلحة الشخصية الفردية. وعلى الجملة فان هذا الموضوع يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد التي سبقت الاشارة اليها.

وذلك لانه مركز على عوامل كثيرة منها عامل الزمان والمكان وسياسة التشريع وفلسفة القانون وعامل الآداب العامة فمن أجل ذلك مثلا حجر تعدد الزوجات و أجاز التبنّي وقد ترك المجال فسيحا للحاكم لاستيفاء فكرة المشرع من عموم الاعتبارات سواء كانت صبغتها اشتراكية أو أدبية أو اقتصادية ومن الطبيعي أن لا يضار الانسان في حقوقه فهو بصفته خلية في مجتمع بشري ملزم باخضاع نشاط ارادته لما ينتظرها من القيود في سبيل مصلحة الهيئة الاجتماعية وما الحق الا مصلحة يقرها القانون ويحميها بقوته ما لم تصطدم بالنظام العام والآداب العامة أو بما يخالف القانون فاذا تكون اتفاق على وجه صحيح لم يبق للحاكم حق النقض أو التعديل واما يقتصر عمله على تفسير مضمون هذا الاتفاق بالرجوع الى نية الطرفين وقد أقرت الشريعة الاسلامية مبدأ سيادة الارادة كما جاء في الحديث "انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى" وقد تحرر القانون الفرنسي من الشكليات التي كانت معتمدة عند الرومان وذلك بفضل اعلان حقوق الرجل وظهور مبدأ روسو في كتابه "العقد الاجتماعي" وهذا القانون الموضوع في عام 1804 جوز الاستناد الى الارادة الموجودة في قرارة النفس بحيث أنه إذا تعارضت الارادة المعلن بها والارادة الباطنة فالعمل يكون بمقتضى الثانية فالعقود الصورية والتحفظات الذهنية لا يعتد بها ولا يتجه العمل بالارادة الداخلية الا عند عدم وضوح الشروط المضمنة بالاتفاق وقد أقر المقتن التونسي هذا المبدأ بالفصول الآتية: بالفصل 515 من مجلة العقود والالتزامات أفاد بان "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب" و أما بالنسبة إلى القيود الذهنية جاء الفصل 25 بأن "الاستثناءات والقيود الواقعة من أحد المتعاقدين بدون أن يعلم بها الطرف الآخر لا تنقض الاتفاق ولا تقيّد شيئا من ظاهر لفظه" أما الكتابات السرية فالعمل بها منحصر فيما بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها كما هو صريح

الفصل 26. هذا وإن التعبير على الإرادة ليس له شكل معين بل يمكن وقوعه بالقول أو الكتابة وقد يقع بالإشارة الواضحة ممن يحسن النطق كحركة الرأس أو اليد أو غير ذلك مما جرت به العادة. قال صاحب التحفة في هذا الصدد بالنسبة إلى الأصم الأبكم:

ومن أصم أبكم العقود جائزة ويشهد الشهود

بمقتضى إشارة قد أفهمت مقصوده وبرضاء أعلمت

وقد قلنا عند الخوض في أحكام الإيجاب والقبول أن السكون قد يكون تعبيراً ضمنياً عن الإرادة في بعض الظروف ومراجعة كتب الفقه كالموافقات ومرشد الحيوان نجد أن المبدأ الأساسي في هذا الموضوع هو أنه لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ومعنى ذلك هو أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان فمن ذلك أن سكوت المقر له والمبرأ والوكيل والوديع يعد قبولاً ما لم يردوا ذلك صراحة ويسقط حق الشفعة بسكوت الشفيع عند علمه بالبيع دلالة على رضاه به وسكوت المشتري قبل البيع عند إخباره بالعيب رضاء بالعيب وفي الوكالة لو رأى الموكل "الوكيل بشراء شيء معين" يشتره لنفسه وسكت كان الشراء للوكيل وفي الوديعة إذا شاهد الإنسان وضعها وسكت وكذلك في كراء العقار يعد السكوت رضاء بالتجديد.

فقد رأينا بما تقدم أن موضوع سلطان الإرادة تناولته مع شيء من الاختلاف عموم الشرائع وخصوصاً شريعتنا الإسلامية التي سبقت غيرها ووضعت أحكاماً ملائمة لمتطلبات العصر الحاضر وقضت بالزوال على أخرى لا يتفق بقاءها مع تطور الزمان عملاً بهذه القاعدة المعروفة "لا ينكر تبدل الأحكام بتبدل الزمان" أليس هذا أقوى دليل على أنها صالحة لكل زمان ومكان.

ولنذكر على سبيل المثال نظرية التعسف في استعمال الحق التي جاء بها الفصل 103 من المجلة فقد أفاض القول فيها الشاطبي صاحب الموافقات معتبراً الحق منذ عهد قديم كوظيفة اجتماعية ونظرية أن الضرر لا يحاز بل تلزم إزالته لأنه من الطبيعي أن لا ضرر ولا ضرار وعلى الجملة فإن الأمر يرجع إلى وجوب حسن تأويل الأصول والمدارك العامة ولا يكون التأويل عند الضرورة داعياً لزيادة التضيق ونرى المجلة التونسية قد استوحت الكثير من القواعد الواردة في كتب الفقه فمن ذلك أيضاً ما تضمنه الفصل 546 عن كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم "إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع" فالمقتضى هو ما كان سبباً لاقتضاء فعلهما والمانع ما كان سبباً لمنعه. ففي الشيء المهرن مثلاً اجتمع السببان المقتضي وهو الملك الذي يسمح للمالك

بأن يتصرف في ملكه بالبيع وغيره والمانع هو بقاء الشيء في يد الدائن المرتهن ومنع التصرف فيه من قبل المالك الراهن فكل شيء غير محظور مباح.

وقد قال أحد علماء القانون الأفرنج في المؤتمر الدولي المنعقد في عام 1932 بمدينة لاهاي أن الشريعة الإسلامية تتطور كغيرها من الشرائع وقال آخر أن الإسلام أعطى للعالم أرسخ الشرائع ثباتاً وشريعته تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية فذلك أحسن جواب لمن أدى بهم عدم المأمهم بهذه الشريعة إلى اعتبارها كقانون رجعي.

أحوال الالتزامات

القسم الأول في الشرط :

للشرط عدة تعاريف مقتبسة من الفقه الاسلامي والقانون الروماني والقوانين العصرية منها أن الشرط عبارة عن عارض مجهول تلازمه صفة الاستقبال ومنها تعليق حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى مرتبطة بأداة الشرط وفيها أيضا تعليق وجود صلة قانونية أو زوال صلة موجودة على حادثة مقبلة وغير محققة الوقوع وقد عرفه المقتن التونسي بقوله "الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقق الوجود".

نستخلص مما سبق أن هناك ركنين للشرط - الأول - الأمر المستقبل - الثاني - الأمر غير المحقق لا ماديا ولا أدبيا ولا قانونيا ويفهم من الركن الأول أن الشرط لا يتعلق بأمر وقع في الماضي أو في الحال ولو جهله الطرفان كما هو صريح الفصل 116 كالتعليق على نجاح قريب في امتحان الاجازة وكان ناجحا من قبل فالتعقد في هذه الصورة موجود عاريا عن الشرط فالاحتمال هنا ذهني فقد الركن الثاني - الأمر غير متحقق الوقوع - فما كان وقوعه لا شك فيه ليس بشرط كالتعليق على موت شخص لان الموت أجل وهو محقق الوقوع في وقت مجهول، وهناك علاقات قانونية لا يكون لها مفعول الا بحصول حدث فالوصية مثلا تستلزم أن يعيش الموصى له بعد الموصي.

أنواع الشرط - إن تعليق الالتزام نشوء أو زوالا يقتضي التقييد ففي صورة تولد الالتزام ينعت الشرط بالتعليقي وفي صورة الانقضاء ينعت بالفسخي ويكون الشرط بقسميه التعليقي (suspensive) والفسخي (Résolutoire) ايجابيا (Positive) أو سلبيا (Négative) فالايجابي يعتبر فيه وقوع العارض بالفعل كقولي لك أهديك نسخة من تفسير القرآن للشيخ الأكبر محمد الطاهر بن عاشور ان نجحت في امتحان الاجازة في الآداب والثاني كقولي لك أبيع لك فرسي ويفسخ هذا البيع ان تنجح في ذلك الامتحان ويكون الشرط اراديا (Potestative) أي في استطاعة الطرفين انجازه كالتقييد بأداء فريضة الحج كما يكون مختلطا (Mixte) أي موكولا لارادة أحد الشقين وارادة ثالث كقولي لك أسوغ لك داري إن تزوجت ابنة عمي

تقسيم آخر لأنواع الشرط :

يكون الشرط **مستحيلا** (Impossible) أو **غير جائز** (Illicite) لمناقضاته للقانون أو الاخلاق الحميدة، فالمستحيل هو الذي موضوعه أمر لا يمكن حصوله ماديا أو قانونيا: فالمستحيل ماديا مثاله قولي لك أبيع لك داري ان حملت من زوجتك أو لمست كوكب الشمس ومثال الاستحالة القانونية وعدم جواز الشرط قولي لك أبيع لك داري على شرط عدم التفويت فيها أو على شرط أن تتنازل عن حقك في ميراث والدك قبل وفاته والامر كذلك على مقتضى الفصل 118 بالنسبة إلى الشرط الذي من شأنه أن يقيد أو يمنع على الشخص تعاطي ما له من الحقوق البشرية كحق الزواج و مباشرة حقوقه المدنية والسياسية أما اذا كان التقييد محدودا بمدة أو بمكان فهو صحيح كما لو قيد الزوج بامرأة دون أخرى أو قيد الاتجار بنوع من البضاعة أو بمكان معين، ولا يصح الشرط الذي لا فائدة فيه لمشرطه أو لغيره أو بالنسبة إلى موضوع العقد كما لو اشترط المؤجر على أجيده حفظ الألفية أو العاصمية.

شروط بقاء الترميل : (Veuve) - وهو أن يشترط الزوج عدم زواج زوجته بغيره بعد وفاته كما لو وهبها مالا على أن لا تتزوج بعد وفاته ولما كان في هذا الشرط تقييد للحرية الشخصية أخذت آراء العلماء مناهج متضادة من حيث الجواز وعدمه الا أن الرأي السائد رجح الجواز تحت قيود منها أن الباعث على ذلك لا الغيرة والحسد وانما الاهتمام بمصلحة الاولاد مثلا فالمصلحة تجوزه في الشريعة الاسلامية كما في صورة الوقف على أمهات الاولاد بقيد عدم الزواج وقد ذهب القانون اللبناني هذا المذهب حسب الفصل 83 الذي هذا نصه : الشرط صحيح اذا وجد ما يصوبه من الاسباب المشروعة وحق تقديرها يعود الى القاضي.

ملاحظة : يفرق بين الشرط والتكليف بحسب ما يلوح من مقاصد المتعاقدين فالأول يعلق وجود العقد على حصول مضمونه وفي الثاني العقد موجود من أول وهلة لكنه ينبنى على عدم تنفيذ التكليف طلب الفسخ اذا لم ير الدائن طلب الوفاء بدل الفسخ فمثال التكليف التزامي لك ببيع أرضي ويكون لشخص ثالث حق المرور منها فهناك توظيف ارتفاق يستلزم عدم الوفاء به أما طلب الفسخ أو جبر المدين على تسليم الأرض واقرار حق المرور للشخص الثالث.

طرق حصول الشرط : قد أوجب القانون حصول الشرط طبقا لمقاصد المتعاقدين والعبرة في التعبير عنها بما تعلق حقيقة بارادتهما لا بظاهر الألفاظ

فالتسوية هنا متوقف على رضا ابنة عمي بالتزوج بك، وهذا الشرط الارادي قد يكون موكولا لمحض إرادة الملتزم (Purement potestative) كقولي لك أسوغ لك داري متى ظهر لي ذلك أما إذا كان موكولا لمشينة الطرف الآخر أي الملتزم له فهو صحيح كقولي لك أبيع لك داري إن أردت شراءها ويصح في الصورة الأولى التي فيها الانجاز موكول لمحض ارادة الملتزم اذا كانت ارادته مرتبطة بحادث في استطاعته ايقاعه أو منعه كذهابه الى الحج مثلا إذ ربما تعوزه الاستطاعة لأسباب مختلفة كالترخيص له في ذلك أو توقفه على المال الكافي أو غير ذلك من الظروف.

تنبيه :

في صورة الشرط الارادي المحض يفرق بين تعليق انشاء الالتزام وتعليق فسخه فاذا كان الأول بطل الشرط والتصرف الموصوف به واذا كان الثاني صح الشرط وصح التصرف كما في بيع الخيار وبيع الثنيا الذي هو جائز في الشريعة الاسلامية وقد أبطل العمل به عندنا بمقتضى القانون الصادر في 28 جانفي 1958 وقد أجاز الفصل 121 لكل من المتعاقدين أن يبقي لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدة معينة وهذا الشرط لا يصح في الهبة والاقرار بالدين والابراء منه.

وهذا الخيار كثير التداول عند الممثلين لابقاء فسحة للتجربة فالعقد يتكون من أول وهلة وانما يكون للمدين وللدائن معا الحق في فسحة في مدة معينة واذا كانت المدة غير معينة فان لكل من المتعاقدين الزام الآخر بالتصريح بما استقر عليه رايه في مدة معقولة واذا توفي من له خيار الفسخ قبل انقضاء الأجل انتقل الخيار الى ورثته في الامضاء والفسخ فيما بقي من الأجل لمورثهم وان اختلفوا فليس لمن أراد الامضاء والفسخ فيما بقي من الأجل لمورثهم وان اختلفوا فليس لمن أراد الامضاء أن يجبر بقية الورثة عليه لكن لهم قبوله كله لخاصة أنفسهم واذا أبقى العاقد لنفسه الخيار فأصابه جنون أو غيره من الأسباب الموجبة للتحجير فللمجلس أن يعين مقدما لخصوص ذلك عند الطلب وللمقدم حينئذ الامضاء أو الفسخ بمشاركة المجلس واذا كان الموجب للتحجير هو التفليس فنائب الفلسة هو الذي يقدم قانونا على الامضاء والفسخ.

والتركيبة فدور الحاكم ينحصر في التأويل المؤدي الى تلك الغاية وليس له أن يتصرف في الآجال المحدودة بالتوسع فيها على وجه الفضل وعليه فاذا حل الأجل ولم تقع الحادثة المعينة انعدم الشرط ولا يحكم بانعدام الشرط قبل ذلك الحل الا اذا حصل الجزم بعدم وقوع الحادثة في المستقبل كما هو صريح الفصل 126 ومثال ذلك تعلق الشرط بقدوم باخرة معينة في أجل معين علم بصفة محققة أنها هلكت قبل حلول هذا الأجل أما إذا لم يعين أجل نفذ الشرط عند وقوع الحادثة لكنه يلاحظ هنا ان الشرط اذا كان انجازه موكولا للدائن فلا يمكن ترك المدين الى ما لا نهاية له في حالة ترقب حصول الشرط لذلك خول له أن يطلب من الحاكم تعيين أجل معقول لانجاز ما تعهد به فاذا تعهدت لك مثلاً ببيع عربتي مقابل ازالة حائط بملك حجب على الكشف على البحر في ضيعتي المجاورة لك وطال انتظاري جاز لي أن أطلب من الحاكم أن يضرب أجلاً معقولاً بانتهائه أكون معفى من بيع عربتي اذا لم تنجز ذلك العمل.

وقد جاء الفصل 127 بان الالتزام اذا كان موقوفاً على عدم وقوع حادثة في أجل معين ولم تقع تلك الحادثة الى انقضاء الأجل اعتبر الشرط حاصلًا أيضاً اذا أصبح من اليقين ولو قبل الأجل أن الحادثة لا تقع.

ويعد الشرط منعداً قانونياً اذا كان الوفاء به متوقفاً على مشاركة الغير وامتنع الغير منها أو على إجراء عمل من الملتزم له ولم يحصل منه ذلك ولو لعائق لا قدرة له على دفعه كما هو صريح الفصل 128.

صورة عدم حصول الشرط بفعل المدين أو تفريطه :

قد جعل المشرع لهذه الصورة حكماً خاصاً أتى به الفصل 131 وهو أن الشرط يعتبر حاصلًا بموجب ذلك الفعل أو التفريط الواقع من المدين، ويقاس على ذلك منع حصول الشرط من قبل الدائن وهناك حالة كثيرة الوقوع يلتجئ اليها مالك العقار المكري لاجراء المكثري الذي تحمل بشرط مغادرة المكري أي فسخ عقد الكراء إن تأخر عن الخلاص فالمكثري سعيًا منه وراء هذه النتيجة يستعمل عدة طرق لتعجيز المكثري عن القيام بواجب الخلاص، وهناك مثال متداول يقوم فيه المدين بسعي يرمي الى حصول الشرط ويلتزم فيه ببيع فرس رهان على ملكه ان فاز في السباق المعين اجراؤه في أجل معلوم ثم يندم عن التفريط فيه ويستعمل لذلك وسيلة من الوسائل التي تحول دون حصول ويحكم بانجاز البيع ما لم ير المشتري العدول عن الشراء ويطلب غرامة في مقابلة الحرمان.

صورة حصول الشرط بطريق التغرير : مثال ذلك عملية النجش في البيع أن بائع الشيء بطريق التواطؤ مع شخص آخر ليرغب أو ينفر الناس في ذلك الشيء كما في هذا المثال المتداول أيضاً وهو أن يشتري شخص عقاراً بالمزاد العمومي وإثر ذلك يتعهد بائعته الى شخص آخر بثمن معين ان لم يأت من يحل ذلك البيع في بحر المدة القانونية ثم انه يندم عما صدر منه من التعهد فيقوم باسم شخص موهم بالحل المذكور لثلاث يخرج العقار من يده.

فيما يترتب على الشرط بصفة عامة :

هناك ثلاث حالات يكون عليها الشرط بنوعيه التعليقي والفسخي. ففي الأولى يكون موقوفاً وفي الثانية قد حصل تحققه وفي الثالثة لم يتحقق.

مفاعيل هذه الحالات بالنسبة للشرط التعليقي :

اذا كان هذا الشرط موقوفاً ليس للدائن أن يطلب الوفاء بالدين ولا اجراء المقاصة به فتصرفه فيه يكون مثقلاً بالشرط وفي صورة وقوع الاداء من المدين قبل حصول الشرط يمكن الرجوع به لانه غير واجب كما أن المدين ليس له التمسك بمرور الزمن لان مدته يبتدئ حسابها من تاريخ تحقق الشرط وما دام الشرط موقوفاً يتاح للدائن اجراء الوسائل التحفظية فله مثلاً طلب عقلة تحفظية أو اجراء اختبار خط اليد المحرر في الدين أما غيرها من الوسائل التي تستلزم وجود الحق بالفعل فهي ممنوعة عليه فليس له مثلاً التدخل في القضايا التي تهم مدينه على معنى ما جاء بالفصل 306.

كما ان المدين ليس له من جهته اجراء أي عمل يمنع الغريم من اجراء حقوقه أو يصعب عليه اجراءها عند تحقق الشرط.

مفاعيل حالة تحقق الشرط :

للشرط في هذه الحالة مفعول رجعي يعتبر بموجبه الالتزام كأنه انبرم من أول وهلة عارياً عن الشرط. ففي البيع المعلق على شرط قد تحقق يعتبر المشتري مالكا للمبيع من تاريخ التعاقد وبموجب ذلك تتأيد كل الحقوق وكل التفويضات التي اجراها بالنسبة إلى المبيع حالة وجود الشرط موقوفاً والامر بخلاف ذلك بالنسبة إلى البائع فما

اجراه قبل تحقق الشرط من الاعمال المفضية الى تفويت ماله مساس بالمبيع تبطل
لاعتبارها مسلطة على ملك الغير أما الاعمال التي من قبيل الادارة كالتسويق لمدة
قصيرة فانها لا تبطل وكذلك الحال بالنسبة إلى الغلة التي حصلت في بحر المدة التي
كان فيها الشرط موقوفا فانها من حقوق البائع في مقابلة ما عسى ان يزداد في قيمة
المبيع بعد نشوء العقد وقبل تحقق الشرط باستثناء بيع الخيار الذي أوجب فيه القانون
بقاء الغلة موقوفة مدة الخيار لتكون لمن يصير له الملك.

ولنتفتح هنا هلالين لزيادة التبسط في ماهية الحق المعلق على شرط فنقول إن
هذا الحق توجد مع الالتزام نفسه و تحقيق الشرط تثبيت لوجوده وقد قال أهرنج أحد
علماء الحقوق "ان الحق المعلق على شرط هو حق موجود كوجود الجنين في بطن أمه
فالحق كالانسان يتدرج نطفة ثم علقه الى أن يكمل خلقا سويا والحق المعلق على شرط
واقف يبدأ جنينا وقت تعليق الشرط الى أن يولد حيا عند تحققه أو ميتا عند تخلفه".

قول الشريعة الاسلامية في المفعول الرجعي :

انها لم تقل بنظرية المفعول الرجعي لشرط التعليق الصريح بل قالت بعكس
ذلك باستثناء صورة الشرط الضمني ويكون لتحقيق الشرط اثر رجعي مثال ذلك
تصرفات المريض في مرض موته فان بطلانها معلق بشرط حصول الموت فاذا مات
المريض بطلت واذا برئ نفذت وكذلك اجازة الورثة لوصية المورث فانها تنفذ من وقت
الوفاة لا من وقت الاجازة .

هذا ولم تكن الشريعة الاسلامية وحدها غير مجبذة للمفعول الرجعي بل هناك
قوانين عصرية كالالماني والسويسري ترى لزوم الاتفاق بين الطرفين على ذلك المفعول
وفوق ذلك فان هذا المفعول لا يهم النظام العام بحيث أن الطرفين في حل من الاتفاق
على عكسه خصوصا وان أركان العقد المشروط تكون قد توجدت بمجرد وقوع وتوارد
الارادات وعليه فمن المتجه أن يكون تاريخ التعاقد هو الذي يرجع اليه مفعول العقد
وهذا يتكون منه فرق بين عقد البيع المشروط والوعد بالبيع الصادر عن إرادة فردية
فالعقد في هذه الصورة الثانية يتكون بعد أن يحصل القبول من الدائن الصادر له
الوعد بالبيع فهو حينئذ عقد جديد لا يتصور إسناد مفعوله الى تاريخ صدور الوعد
من البائع.

وسنرى فيما يلي بمناسبة مبحث ضمان التلف أن هذا الضمان قد انبنى على
قاعدة لا تتماشى مع نظرية المفعول الرجعي وهي القاضية بأن الضمان على البائع إذا
هلك المبيع قبل حصول الشرط بافة سماوية وكان قيميا وذلك لأنه يلزم مع المفعول
الرجعي وجود العين.

الشرط التعليقي لم يتحقق :

ففي هذه الحالة الثالثة يعتبر الالتزام كأنه لم يكن وبسبب ذلك لم تخرج الملكية
من يد صاحبها وله استرداد الغلة في صورة ما إذا كانت العين تحت يد الطرف الآخر.

مفاعيل الشرط الفسخي :

في حالة وجود الشرط الفسخي موقوفا يكون الحق توجد إثر التعاقد وتحقيق
الشروط يزول به ذلك الحق وتنقضي العلاقة القانونية بين الطرفين ويرجع كل منهما الى
الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، أما إذا لم يتحقق الشرط فان الالتزام يصبح باتا
كما لو لم ينعقد مشروطا.

أوجه الاختلاف بين الشرط الفسخي المصرح به والشرط الفسخي الضمني :

فالأول يفعل مفعوله وجوبا من غير لزوم القضاء به عملا بالاتفاق والحق الذي
وقع التخلي عنه يرجع إلى صاحبه الأول وتنقضي كل التفويتات ذات الصبغة العقارية
المجراة من طرف المشتري قبل تحقق الشرط وليس للطرفين فقط حق التمسك بحصول
الشرط بل إن هذا الحق يملكه كل ذي مصلحة منجزة من العقد، أما الشرط الفسخي
الضميني فهو دائما مستتر في العقود اللازمة للطرفين فاذا لم يوف أحدهما بالتزامه جاز
للآخر أن يتبع إحدى الطريقتين: أما طلب جبر معاودة على الوفاء أن يبقى هذا الوفاء
ممكنا أو طلب فسخ العقد مع الحكم بالغرم وهذا الغرم يوكل تقديره للحكام وليس على
المحكمة القضاء وجوبا بهذا الفسخ بل لها أن تمد للمدعى عليه حسن النية يد المساعدة
بمنحه أجلا للوفاء الذي عاقته ظروف قاهرة عن القيام به.

ضمان التلف أو التعيب في الالتزامات المقيدة بشرط :

يختص هذا الضمان بالأشياء القيمية دون المثلثات إذا هلك أو تعيبت قضا وقدرا قبل حصول الشرط.

فبالنسبة إلى الشرط التعليقي لا يترتب شيء على هلاك المعقود عليه بأكمله من غير فعل المدين أو تفريطه لأن الالتزام في هذه الحالة ينعدم والهلاك يبقى محمولا على المدين بالشيء أي البائع لأن ملكية الشيء تنتقل إلى معاقده ولا محل في هذه الصورة لتطبيق قاعدة المفعول الرجعي التي بمقتضاها يعتبر المشتري عند حصول الشرط مالكا للعين من تاريخ التعاقد باستثناء صورة بيع الخيار التي تقدم الكلام عليها.

حالة تعيب الشيء المتعاقد عليه بدون فعل المدين أو تفريطه :

هذا التعيب إما أنه جزئي أو كامل، ففي الصورة الأولى يفرض على الغريم أي المشتري قبول الشيء على ما هو عليه بدون حط من الثمن، وفي الصورة الثانية التي فيها التعيب كامل أي بمثابة الانعدام يوضع الضمان على كاهل المدين أي البائع وقد استثنى مشرعنا بيع الخيار معفيا المشتري الذي اختار حل عقدة البيع من كل ضمان مرخصا له في رد العين على حالتها أي معيبة معتبرا هكذا المبيع بمثابة ودیعة تحت يد المشتري إلى أن يتم الخيار ومن المسلم أنه إذا كان التعيب بفعل المدين يكون الغريم مخيرا إن شاء أخذ الشيء على ما هو عليه وإن شاء فسخ العقد مع بقاء الحق له في طلب الخسارة ما لم يكن في العقد ما يخالف ذلك كما هو صريح الفقرة الرابعة من الفصل 129.

الضمان في حالة حصول الشرط الفسخي :

الدائن يصبح على مقتضى التعبير السابق هو المدين أي أنه صار بحصول الشرط الفسخي مطلوبا بترجييع العين فاذا هلك حمل عليه الضمان وليس له طلب ترجيع الثمن بحيث أن القاعدة في التحمل بالضمان تنقلب ويرجع بها إلى المبدأ العام. أما غلة المبيع فلا يلزم بردها ولا برد ما زاد فيه وإذا اشترط هذا الرد كان الشرط باطلا لا عمل عليه.

القسم الثاني الأجل

تعريفه وأنواعه ومفاعيله :

الأجل عبارة عن حادثة مستقبلية ومحقة الوقوع يتوقف عليها تنفيذ الالتزام أو انقضاؤه.

فهناك التزام موجود في الحال أرجئ تنفيذه إلى ما بعد حصول تلك الحادثة في صورة الشرط وإن كانت مستقبلية لكنها غير محقة الوقوع ويتوقف عليها وجود الالتزام لا تنفيذه.

أنواع الأجل : يكون الأجل اتفاقيا أو قانونيا أو فضليا أي أجل فضل كما يكون تعليقيا أو فسخيا - صريحا أو ضمنيا.

فالاتفاقي هو الذي عين بالاتفاق في العقد والقانوني هو الذي جاءت به النصوص المدونة في عدة مواضيع كنظام الشغل أو نظام الأكرية أو المالية وغيرها أما الأجل الفضلي (délai de grâce) فهو الذي يمنحه الحاكم على وجه الفضل طبقا للفصل 137 المنقح بالأمر الصادر في 4 نوفمبر 1922 ومن شروطه أن لا تتجاوز المدة عاما واحدا بانتهائه يمكن إسعاف المدين بتنجيل الدفعات مع مراعاة بعض قيود منها : إن هذا المدين كان معسرا وقد سعى بدون جدوى في الخلاص وأن الدائن لا يلحقه من ذلك ضرر فاحش هذا وأن منح الامهال المذكور يعطل وسائل التنفيذ لا غير. بحيث هذا الدائن في حل من طلب المقاصة ومن اتخاذ الوسائل التحفظية.

الأجل التعليقي والأجل الفسخي :

فالأول يعلق تنفيذ الالتزام لا غير كما أسلفنا بينما الثاني يجعل حدا لوجود الالتزام فيمضيه وينقضي الالتزام لكن بدون تأثير على الماضي ففي صورة التسويغ مثلا تنقضي المنفعة بالمكثري بالنسبة إلى المستقبل لا غير.

الأجل الصريح والأجل الضمني :

فالصريح هو المسمى بالعقد فيمجرد حلوله يصبح المدين ماطلا والضمني هو الذي يستفاد من طبيعة الالتزام كما لو يقع التعاقد في زمن الشتاء على إتمام أشغال فلاحية لا تنجز الا زمن الصيف. ويكون الأجل محققا أو غير محقق فالمحقق هو المعلوم عند الطرفين كالالتزام زيد بتسليم بضاعة لمعاقده في شهر معين والغير محقق هو الذي لم يكن معلوما عندهما كالالتزام زيد بتسليم عقار لمعاقده عند موت قريبه فلان لعدم التحقق هنا لا يتعلق الا بوقت حصول حادثة الموت أما الحادثة نفسها فهي غير مشكوك في وقوعها.

تنبيه :

لا يمكن أن يفوض الأجل الاتفاقي الى محض مشيئة المدين كما لو سمح له دائته بأن يقضي دينه متى شاء و أراد اللهم إلا إذا استفاد الحاكم من ظروف الأحوال ان قصد الدائن ارجاء الأداء الأداء الى ميسرة كما جاء بذلك الفصل 138.

كيفية حساب الأجل :

قد جاء قانون 24 جويلية سنة 1965 بأن حساب الأجل يقع بمقتضى الرزنامة الميلادية وعين الفصل 139 في مجلة الالتزامات بداية الأجل من تاريخ العقد ما لم يعين له العاقدان أو القانون تاريخا آخر وبالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن جنة أو ما ينزل منزلتها تكون البداية من وقت صدور الحكم الذي قدرت به الخسارة ولا يدخل في عد أيام الأجل لا اليوم الأول ولا اليوم الأخير وإذا وافق حلول الأجل يوم عييد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد واليوم يبتدئ عند منتصف الليل ويدوم أربعاً وعشرين ساعة.

وإذا قدر الأجل بالأسابيع أو الأشهر أو السنين اعتبر الأسبوع بسبعة أيام كاملة والشهر ثلاثين يوما كاملة والسنة ثلاثمائة وخمسة وستين يوما كاملة.

لمن تكون فائدة الأجل ؟

هي أصالة للمدين وقد تكون للدائن أولهما معا فإذا كان الأجل لفائدة المدين جاز له أن يعجل بالوفاء إن كان مسكوكا ولم يكن في ذلك مضرة لرب الدين تجعله يخشى على سلامته بسبب وجوده في مكان غير آمن وبالنسبة إلى غير المسكوك فلا

بد من رضا الدائن وقد استثنى المقتن بعجز الفصل 286 الصورة التي أعلم فيها المدين دائته بأن قصده الوفاء بما التزم به وضرب له أجلا معقولا فانه أي الدائن يعد ماطلا إذا امتنع عن قبول الأداء أو كان امتناعه وقتيا.

الأجل لفائدة الدائن :

قد يقع ذلك إما بموجب قول صريح في العقد أو بموجب طبيعة العقد أو ظروف التعاقد فطبيعة عقد الوديعة مثلا تقتضي أن يكون الأجل في منفعة الدائن أي المودع . بالكسر . كما أنه قد تتوجد ظروف تجعل الدائن هو المستفيد من الأجل ومثال ذلك عقد شراء عدة رؤوس من الضأن بمناسبة عيد الإضحى اما بقصد الاتجار فيها أو الاستهلاك فمن المتعارف أن إبقاءها بيد بائعها يقصد منه عدم تحمل المشتري لنفقتها ورعيها وحراستها ما دام موسم العيد بعيدا لكنه لا شيء يمنع الدائن في هذه الصورة من العدول عن تلك المنفعة. فله حينئذ طلب الوفاء بالعقد متى شاء.

الأجل في منفعة الطرفين :

إذا كان الأجل في منفعة الطرفين معا فالعدول عنه يستلزم اتفاقهما على ذلك كما هو الشأن في المساهمات في بعض الشركات التجارية وبالنسبة إلى القروض الدولية.

مفاعيل الأجل :

خلافًا للشرط التعليقي ليس للأجل تأثير على وجود العقد بل إن التعليق يتناول تنفيذ العقد لا غير وعليه فإذا أدى المدين ما عليه قبل حلول الأجل فليس له حق استرداد ما أداه ولو كان جاهلا لوجود الأجل كما أن ضمان التلف لا يخرج من كلفة الدائن لأنه اكتسب ملكية الشيء القيمي من تاريخ التعاقد. ومن مفاعيل الأجل عدم السماح للدائن باتخاذ الوسائل التنفيذية قبل حلول الأجل فلا ينحصر حقه في طلب الوسائل التحفظية كطلب ضامن أو عقلة مكاسب المدين إذا كانت هناك أسباب تدعو لذلك كتوقع عسره أو هروبه، ومن المفاعيل أيضا عدم جواز إجراء المقاصة لأنها تستلزم حلول الدينين.

مسقطات الأجل : يسقط الأجل في الأحوال الآتية:

الحالة الأولى : إذا تنازل عنه المستفيد منه.

الحالة الثانية : إذا أعلن بفلس المديون وبالنسبة إلى غير التاجر إذا أحاطت الديون بكسبه حتى أصبح عاجزا عن الوفاء بتعهداته المالية أي في حالة عسر.

الحالة الثالثة : إذا نقص المديون بفعله شيئا من الضمانات المتفق عليها في العقد.

ملاحظة أولى : يوجد بازاء هذا الضمان الخاص ضمان مشروع يدعى بالعام لمصلحة الدائن مفاده أن كسب المدين معتبر ضمانا مشتركا بين دائنيه بحيث أن المدين لا يحرم من التصرف فيه غير أنه إذا فوت في شيء منه مع علمه بأنه أصبح عاجزا عن الخلاص بسبب هذا التفويت فيتاح لدائنه أن يقوم بالدعوى البوليانية لابطاله.

ملاحظة ثانية : نص القانون بالفصل 149 على صورة استثنائية يكون قد حصل فيها النقص من الكسب بدون فعل المدين كما لو هلك الدار المرهونة، بأمر سماوي أو صار الكفيل معدما فيجوز والحالة تلك تعويض هذه الوثيقة بأخرى إذا تعلق إرادته بالاستمرار على التمتع بالأجل ولا ينفذ العقد حالا بطلب من الدائن إلا إذا لم يتيسر ذلك.

الحالة الرابعة : وهي التي قصد فيها المدين الغرر باخفاء حق أو امتياز سبق منه توظيفه كاخفاء رهن سابق.

الحالة الخامسة : وهي التي جاء بها الفصل 150 وهذا نصه: "جميع التزامات المديون تعتبر حالة عند موته حقيقية أو حكما أي عندما تسلب منه حقوقه المدنية ولو لم يحل أجل العقود".

نرى المقتن التونسي في هذه الصورة قد اعتمد المشهور في الفقه الاسلامي لأن ذمة المدين تعطلت بوفاته ولا ذمة للورثة لأنهم لم يتعهدوا بالدين ولا رضي الدائن بذمتهم بل حقه تعلق بالتركة ومن مصلحة الورثة أن يحل الأجل لأنه لا ميراث لهم إلا بعد قضاء الدين، أما القانون اللبناني فقد قرر بالفصل 114 سقوط الأجل بوفاة المديون ما عدا الديون المضمونة بتأمينات عينية وليس الأمر كذلك في القانون الفرنسي حيث ذهب الى أن الأجل لا يسقط بوفاة المدين مبدئيا.

الصنف الثالث : خيار التعيين :

يقال في الالتزام أنه يقتضي خيار التعيين (obligation alternative) إذا تعددت الأشياء التي تذكر في العقد لكن الوفاء لا يكون إلا بواحد منها كالتعهد ببيع فرس أو أرض أو أنه يتعهد بحفر بئر والخيار في التعيين يوكل في أجل معين إلى أحد الطرفين أو اليهما معا بحيث أن الالتزام ينقضي إذا وقع الوفاء بالأمر المختار وقد يتعلق الالتزام بشيء واحد مع منحة الطرق الأخرى أو يطلب فسخ العقد، يفرق هنا من حيث منحة المدين تخوله الوفاء بغيره وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالبدي (obligation facultative).

كما أن محل الالتزام يشمل كل الأمور المذكورة في العقد وعليه لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا وفى بجميعها وهو المعبر عنه بالالتزام الجامعي كالتعهد مثلا بفرس وعربة ومبلغ من المال وتنعت التعهدات بالمتحدة (obligations conjointes) إذا تعدد المدينون أو الدائنون.

ماذا يشترط في الالتزام الذي يقتضي خيار التعيين؟

يلزم تعيين من له الخيار والا فالعقد باطل ويتم الخيار بالتصريح بالمختار للمعاقد وعند ذلك يعتبر العقد كأنه لم يكن مبنيا من أصله الأعلى الأمر المختار (الفصلان 151 - 152).

إذا كان الخيار للمدين وكانت الأشياء المضمنة في العقد قابلة للقسمة فليس له جبر دائنه على قبول جزء من كل شيء لما هو معلوم من أن المدين لا تبرأ ذمته إلا إذا وفى بعين ما التزم به. ففي صورة تعهد المدين بمبلغ من المال أو كمية من القمح ليس له أن يجبر دائنه على قبول جزء من كلا النوعين والأمر كذلك بالنسبة إلى الدائن فإذا كان له الخيار منع عليه أيضا جبر المدين على تسليم جزء من ذا وجزء من ذاك وبالأحرى لا تجوز التجزئة للورثة فكل وارث يسلم أو يقبل بقدر حصته في الشيء المختار وعند عدم اتفاق الورثة أو الغرماء يجوز للمعاقد أن يطلب تأجيلهم على بيان ما يختارونه فإذا انقضى الأجل ولم يختاروا انتقل الخيار اليه وذلك لأن بطلان الخيار أساسه زوال سببه وإذا وقع التعاقد المخير في إفلاس صار الخيار لجملة غرمائه هذا وإذا كان محل العقد أشياء دورية كعشرة أقفزة قمحا مثلا وعشرين قفيزا شعيرا في كل عام فاختيار

أحد الشئيين في عام ممن له الخيار لا ينحصر وجوبا في نفس الشيء بالنسبة إلى العام الموالي.

ملاحظة تتعلق بالفصل 157 الذي هذا نصه: "إذا صار إجراء إحدى الكيفيات المعينة لتنفيذ العقد غير ممكن أو غير مباح أو كان كذلك من أول الأمر فلرب الدين أن يختار إحدى الطرق الأخرى أو يطلب فسخ العقد" يفرق هنا من حيث منحه طلب الفسخ بين الصورة التي صار فيها إجراء إحدى الكيفيات غير ممكن والصورة التي كان فيها الإجراء من أوله غير ممكن. فالفسخ في الصورة الثانية لا مبرر له لأن صاحب الخيار يعلم من أول الأمر أن التعاقد على ذلك الشيء باطل كما لو ذكر من جملة الأشياء تسليم كمية من المفرقات.

ملاحظة ثانية: نرى المشرع في هذا الباب ركب متن التبسط في الجزئيات التي تستخرج من المبادئ العامة والموكولة عادة للشرح. فمن ذلك التفاصيل الآتية موضوع الفصول من 154 إلى 162.

التنظيم بين الشرط والأجل

محل الشبه أولا: الحادث فيهما أمر مستقبل

ثانيا: إذا كان الحادث قد انقضى بالصفة التي اتفق عليها الطرفان فلا شرط ولا أجل.

محل الاختلاف :

أولا : يختلفان في كون الشرط غير متحقق الوقوع من أصله بخلاف الأجل فحلولة محقق.

فإذا كان العقد موقوفا مثلا على نجاح فلان في امتحان آخر السنة المدرسية فهذا النجاح أو عدمه أمر غير متحقق منه وقت الاتفاق فهناك حينئذ شرط علق عليه وجود الالتزام.

أما إذا كان الوفاء بالعقد موقوفا مثلا على دخول شهر رمضان فهذا الشهر لا بد من مجيئه وعليه فهناك أجل لا شرط. والأمر كذلك إذا علق الوفاء بالالتزام على وفاة شخص معين لأن حادث الموت لا ريب فيه.

*

كما ذلك في عقود التقاعد وعقود التأمين على الحياة وعقود الانتفاع.

ثانيا: إذا كان هناك شرط تعليلي فلتحققه أثر على الماضي أي أن العقد يعتبر موجودا من يوم الاتفاق أما في الأجل فلا التفت إلى الماضي لأن العقد موجود مستوفى الأركان من أول الأمر والذي تأجل هو تنفيذه بدليل وجوب أداء الفوائد وغيرها من التوابع.

أما العقد المعلق وجوده على الشرط فلا يعلم الطرفان هل يتم أم لا إذ أن الشرط غير متحقق من وقوعه ساعة الاتفاق.

"ينقضي الالتزام بأحد الأمرين إذا صار إجراء كليهما غير ممكن بلا تقصير من المدين وقيل إنذاره بالوفاء".

"إذا صار إجراء كلا الأمرين المذكورين في العقد غير ممكن بتقصير من المدين أو بعد إنذاره بالوفاء فعليه أداء قيمة أحدهما حسب اختيار رب الدين".

"إذا كان الخيار لرب الدين وصار إجراء أحد الأمرين المعنيين في العقد غير ممكن بتقصير من المدين أو بعد مآطلته فلرب الدين أن يطلب إما إجراء الأمر الآخر الذي بقي ممكنا وإما قيمة ما كان إجراؤه غير ممكن".

"إذا صار أحد الأمرين الواقع بهما الالتزام غير ممكن بتقصير رب الدين اعتبر كأنه اختاره وليس له حينئذ أن يطلب الوفاء بالآخر".

"إذا صار الأمران الملتزم بهما غير ممكنين لتقصير من رب الدين فعليه للمدين قيمة ما تعذر الوفاء به أخيرا، فإذا صار الأمران غير ممكنين في آن واحد لزم الغريم نصف قيمة كل منهما".

التعهدات البديلة

هناك شبه بين الالتزام الذي يقتضي خيار التعيين والالتزام التخيري المعبر عنه أيضا بالبديلي. (obligation facultative) من حيث تعدد طرق الوفاء غير أنه توجد بينهما في الواقع فروق أهمها تعلق الأول بأمرين فأكثر يقع اختيار الوفاء بواحد منهما بينما الثاني موضوعه واحد مع رخصة للمدين في إبراء ذمته بإجراء أمر آخر لم يكن هو محل العقد كما لو خول لزيد الملتزم لبكر بتسليم عربة أن يبرئ ذمته بتسليم

فرس فمحل العقد هو العربة أما الفرس فهي مجرد وسيلة للوفاء موكولة لمشينة زيد فينجم عن ذلك الفروق الآتية :

أولاً - إذا تعلق خيار التعيين بأحد أمرين وكان فعلاً غير جائز أو شيئاً معدوماً لا يصح فيه الاتجار فلا يبطل العقد بذلك بل ينحصر موضوعه في الأمر الآخر وليس الحكم كذلك بالنسبة إلى الالتزام البدلي فإذا انعدم موضوعه بالصفة المذكورة بطل العقد وليس للدائن الزام المدين بالوفاء بالمنحة المخولة له وذلك لأن الأداء لا يتصور إذا كان هناك التزام صحيح.

ثانياً - إذا تعلق خيار التعيين بأمرين وهلك واحد منهما بأمر طارئ ينحصر موضوع الالتزام في الأمر الذي بقي بخلاف الالتزام البدلي فإنه ينقضي إذا هلك موضوعه كيف ذكر لأن المنحة المخولة للمدين في إبراء ذمته بغيره لم تكن محل التزام منه.

ثالثاً - إذا كان متعلق الالتزام الذي يقتضي خيار التعيين شيئاً من المنقولات أو عقاراً فمرجع النظر لا يضبط إلا بعد إتمام الخيار والأمر بخلاف ذلك في الالتزام البدلي لأن محل العقد معلوم الصفة من أول الأمر فهو إما منقول وإما عقار ففي الصورة الأولى تكون الدعوى شخصية وفي الثانية عقارية.

الالتزامات المتحددة

يقال في الالتزامات إنها متحدة أو مشتركة إذا تعدد الدائنون أو المدينون. ففي الصورة الأولى لا يطلب كل دائن إلا حصته في الدين ما لم يكن بيده توكيل على من معه وفي صورة تعدد المدينين لا يطالب كل مدين إلا بحصته من الدين وهذا التعدد يكون في الغالب نتيجة وفاة ذا أو ذاك من الفريقين وتركه لعدة ورثة. فالدين ينقسم بينهم على نسبة حصصهم في الارث وإذا كان مورثهم هو المدين وقد سبق أن وزع المخلف فيحمل على كل وارث قسطه في الدين كل ذلك في صورة ما إذا كان هناك مخلف.

لأن الوارث في الشريعة الإسلامية وفي القانون التونسي غير متحمل بديون مورثه إذا لم ينل شيئاً من المخلف عند التصفية التي يبتدأ فيها بالتجهيز ثم خلاص الديون ثم الوصية ثم الميراث ولا شيء عندنا مما هو معمول به في بعض الشرائع الأخرى من أن الوارث إذا قبل التركة أوجب على نفسه دفع كامل الدين الذي على المخلف ولو تجاوز أهميتها.

ومن نتائج الاشتراك استقلال المدينين عن بعضهم بعضاً بحيث أن عجز أحدهم عن الوفاء يتحمله الدائن وحده خلافاً لقاعدة التضامن التي سيأتي الكلام عليها، وإذا قطع الدائن مدة التقادم ضد أحدهم فلا يتضرر منه الباقيون كما أن تمسك المدين بالتقادم لا يسري مفعوله على من معه.

التضامن

التضامن عبارة عن ارتباط بين غرماً متعددين أو مدينين متعددين بمقتضاه يجوز لكل غريم أن يطلب من أي شاء من المدينين قضاء كامل الدين وهذا الأداء تبرأ به ذمة الباقيين فهو بمثابة توثقة للدائن يتوقى بها عجز بعضهم عن الوفاء.

فهناك تضامن بين الدائنين وهو التضامن الموجب (solidarité active) وتضامن بين المدينين وينعت بالتضامن الخاضع (solidarité passive) كما سيأتي تفصيله ويكون التضامن اتفاقياً (conventionnelle) وقانونياً (Légale) أو أن طبيعة النازلة تقتضيه وسيأتي بيان كل ذلك فيما يلي .:

ملاحظة أولى: يمتاز التضامن عن الضمان (cautionnement) أي الكفالة بكون الثاني لا يسمح للدائن بسؤال الكفيل إلا بعد سؤال المدين أو ثبوت ماطلته أو عجزه عن الوفاء.

ملاحظة ثانية : التضامن لا يفترض لأنه خروج عن القاعدة العامة التي بمقتضاها يجرأ الدين بين المدينين والخروج عنها لا يحمل على الظن باستثناء ما تقتضيه المادة التجارية في بعض الصور.

الفصل الأول : مبحث تضامن الدائنين: هذا التضامن مفاده تكوين رابطة بين الدائنين بمقتضاها يعتبرون وكلاء عن بعضهم بعضا لكل منهم الحق في استيفاء كامل الدين فهو يمثل الدائنية برمتها ومعتبر كأنه مفوض من الباقيين في المحافظة على الدين وليس له إجراء الأعمال التي تضر بالدين كالتنازل عن الدين أو شيء منه أو توجيه اليمين الحاسمة كما سيأتي تفصيل ذلك.

مصادر هذا التضامن :

جاء الفصل 163 بأن الخيار بين أرباب الدين ينبنى على نفس العقد أو القانون أو على مقتضى طبيعة النازلة. فالأمر واضح بالنسبة إلى العقد لأن الناس عند شروطهم كما هو معلوم وفي المادة المدنية خاصة يندر صدوره عن القانون بل هناك صور قليلة العدد يحصل فيها هذا الخيار بمقتضى طبيعة النازلة كطلب خروج من عقار مشترك أو طلب فسخ بيع عقار أنجز من طرف عدة أشخاص.

ملاحظة : إن دور الوكالة قد يغني عن استعمال طريقة تضامن الدائنين لما في ذلك من سهولة في الإجراءات واختصار للعمليات الحسابية والطلبات ويضاف إلى ذلك أن الوكالة يمكن الرجوع فيها ولا ينتقل مفعولها إلى الورثة وفوق ذلك يجنب بها خطر تحصيل أحد الدائنين المتضامنين على كامل الدين ثم يعيث به وينفقه في مصالحه الخاصة وليس لبقية الدائنين أن ترجع على المدين بشيء لأن دفعه الدين لأحدهم إبراء ذمته.

أولا : الصلات التي بين الدائنين والمدين :

يترتب على هذه الصلات الأمور الآتية:

(1) ينقضي الدين المشترك فيه بالخيار إذا وقع أدائه مع المدين لأحد الدائنين ولكل من هؤلاء طلبه من المدين كما لهذا الأخير أن يدفع لمن شاء منهم بيد أنه وقعت

مطالبته من أحدهم فلا يصح منه الأداء لغيره وذلك لأن له صفتين صفة صاحب حق وصفة وكيل عمن شاركه في الدين، هذا وإن الأداء بالفعل أو ما يقوم مقامه كالتيشير بالدين (Dation en paiement) والتأمين. (La Consignation) والمقاصة (Compensation) والتجديد (La Novation).

(2) إذا دفع المدين لأحدهم حصته اعتبر خالصا مع الباقيين بقدر تلك الحصة.

(3) هبة الدين للمدين من أحد الدائنين المتضامنين لا تعمل إلا بالنسبة لحصة هذا الدائن لأنه لا يجوز له تعكير حالة من معه وقياسا على ذلك فإن إحالة الدين للغير لا تعمل إلا بالنسبة إلى حصته ما لم يكن قد حصل على موافقة من معه.

(4) اختلاط ذمة أحد الدائنين المتضامنين بذمة المدين (La Confusion) لا ينقضي به الدين إلا في حق رب الدين المذكور.

(5) لا مفعول لليمين التي يوجهها أحد الدائنين المتضامنين على المدين على كامل الدين بل ينحصر مفعول أدائها في حصة من وجهها ويعتبر المدين الذي أداها بريئ الذمة بالنسبة إلى تلك الحصة لا غير وذلك لأن توجيه اليمين الحاسمة بمثابة إعراض عن التمسك بوسيلة أخرى للإثبات ولأن فكرة الوكالة التي انبنى عليها التضامن لا تنصرف إلى الضرر.

(6) إذا صدر حكم لا رجوع فيه بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين فلا تأثير له على باقي الدائنين إذ ربما كان لهم أيضا من أوجه الاحتجاج ما يمكنهم من النجاح لو وقع إدخالهم في النازلة.

ملاحظة : قد يكون اليمين واتصال القضاء حجة لبقية الدائنين أو عليهم إذا لم يكن في العقد أو في طبيعة النازلة ما ينافي ذلك.

(7) سقوط حق أحد الدائنين المتضامنين بمضي المدة المحدودة لا يكون حجة على بقية الدائنين وقد يقع ذلك في صورة اختلاف آجال ديونهم بأن حل أقصى الآجال واستمر سكوت صاحب الدين عن المطالبة حتى انقضت مدة التقادم.

(8) لا يتضرر الدائنون المتضامنون من تقصير أو مطل أحدهم فمسؤولية ذلك يتحملها مرتكب التقصير أو المطل وحده بخلاف مطل المدين فجملة الدائنين ينتفعون بنتائجه.

الفصل الثاني : مبحث تضامن المدينين :

يستفاد مما سبق أن التضامن تتكون بسببه رابطة مدينين مشتركين تجعلهم كشخص واحد أمام الدائن الذي له أن يطالب أيا شاء بأداء كامل الدين وهذا الأداء تبرأ به ذمة الباقي فهو بمثابة توثقة للدائن وقد جاء الفصل 177 بأن التضامن يحصل بين المدينين ولو اختلفوا في الالتزام ككون التزام أحدهم مؤجلا أو معلقا على شرط والالتزام الآخر عاريا عن ذلك وعدم أهلية أحد المدينين لا يفسد ما عقده الآخرون.

مصادر تضامن المدينين : لقد تقدم لنا أن التضامن لا يفترض فيلزم أن ينص عليه صراحة لذلك كان هناك مصدران له وهما إرادة الطرفين أو حكم القانون ويضاف الى ذلك اعتباره من ضروريات النازلة الأمر الذي يتاح بسببه للحاكم أن يستخلصه من مختلف الظروف التي حفت بالنازلة ولا رقابة لمحكمة التعقيب على ذلك فبالنسبة إلى مصدر الإرادة لا لزوم لصيغة خاصة تدل على وقوع الاتفاق عليه بل يصح استعمال كل لفظ يفيد وجوده اما مجرد تعدد المدينين في عقد واحد فهو لا يكفي وحده للدلالة عليه.

تضامن المدينين بحكم القانون :

لقد وردت بهذا التضامن نصوص عديدة في صور مختلفة إما تثبيتا للعمل الذي جرى عليه العرف أو لإرادة الطرفين أو لكون العمل لا يقبل الانقسام.

فمن ذلك ما جاء بالفصل 876 من أن المهندس المعماري المكلف من طرف المالك والمقاطع مسؤولان بمقتضى العرف في الخمس سنين الموالية لإتمام البناء عند سقوط كله أو بعضه إن كان ذلك متسببا عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض وكذلك ما جاء بالفصل 1026 من أن تعدد المستودعين يقتضي تضامنهم فيما لهم وعليهم من الحقوق الناشئة عن الوديعة حسب أصول الوكالة كما أن الورثة متضامنون بالنسبة إلى معالم النقل عن الخلف وبالنسبة إلى معالم التأمين في صورة استمراره بعد وفاة المؤمن وفي المادة الجزائية جاءت نصوص عديدة قاضية بالتضامن المذكور فمنهما تضامن المحكوم عليهم فيما يتعلق بالخطايا والترجييع والمصاريف ومراجعة كتب الفقه الاسلامي كشرح الخطاب نجد مثل ذلك كقوله "إذا تعدد السارقون أو الغاصبون أو المحاربون فكل واحد منهم ضامن لجميع ما أخذوه لأن بعضهم قوي ببعض".

(9) إذا منح أحد الدائنين المتضامين أجلا للمدين فلا يحتج به على الباقي إلا إذا ظهر من نفس النازلة أو من شروط العقد ما يخالف ذلك.

(10) إذا كان الصلح الذي أجراه مع المدين أحد الدائنين المتضامين مفاده الإبراء من الدين أو التثقيب فلا يمضي على الباقي الا برضاهم والأمر بخلاف ذلك إذا كان مؤداه الاعتراف بالدين أو بالحق.

(11) إذا قام أحد الدائنين المتضامين بعمل قاطع لسريان مدة سقوط الحق كطلب الوفاء بوجه صحيح انتفع به الباقيون أما إذا وجد من بينهم من له امتياز يقتضي تعليق تلك المدة فلا يسري هذا التعليق على الباقيين فإذا كان من بينهم قاصر مثلا فمدة سقوط حقه في الطلب تعلق الى أن يبلغ سن الرشد ولا ينتفع بذلك من معه لأن القصر حالة خاصة بالشخص وليس للقاصر المذكور أن يطلب ما زاد على حصته بعد زوال التعليق وذلك بسبب انقراض بقية الحصص بمرور الزمن.

ملاحظة : سنرى عند دراسة مبحث الالتزامات التي لا تقبل الانقسام أن الأمر بخلاف ذلك فحق الارتفاق العقاري كالمروور من أرض مثلا يبقى سقوطه معلقا في حق جملة مالكيه إذا كان من بينهم قاصر.

(12) ليس لأحد الدائنين المتضامين أن يستبدل مع المدين ديناً بدين ما لم يستأذن في ذلك من معه من الدائنين فإن أذنوا جازت عملية الاستبدال والا فلا يكون الاستبدال صحيحا إلا في نصيبه.

ثانيا : الصلات التي بين الدائنين مع بعضهم بعضا :

تنحصر هذه الصلات فيما يلي:

(1) ما قبضه كل واحد من أرباب الدين على وجه الوفاء أو الصلح يشترك فيه مع الباقيين كل بقدر حصته.

(2) إذا أخذ أحد الغرماء ضمنا أو حوالة في نصيبه من المدين كان لبقية الغرماء أن يشاركوه فيما يقبضه من الضامن أو من المدين المحال عليه ما لم يكن في العقد أو في طبيعة النازلة ما يخالف ذلك.

(3) إذا قبض أحد الدائنين المتضامين بقدر حصته من الدين وتلفت في يده لسبب ينسب الى تقصيره فانه يضمن حصص بقية الدائنين من ذلك المقبوض.

ضروريات النازلة كمصدر لتضامن المدينين :

فمن أجل هذه الضروريات قال المشرع أن الضرر المحدث من أشخاص متعددين في جريمة مدنية واحدة عليهم ضمانه بالخيار ولا فرق بين المباشر للفعل والمواطي والمغري وهذا الحكم يجري فيما إذا وجب ضمان الضرر على عدة أشخاص وتعذر تعيين الفاعل لذلك أو قدر ما ينسب لكل منهم في التقصير وقد كانت تلك الضروريات مبنية لنص الفصل 876 السالف ذكره فيما يتعلق بعيوب البناء.

وبمراجعة القانون التجاري نجد عدة صور يبنى فيها التضامن على العادة والعرف فمن ذلك حصوله فيما التزم به عدة أشخاص فيما بينهم في نازلة تجارية أو أنهم أمضوا في كنبالة واحدة.

مفاعيل تضامن المدينين :

ينظر في ذلك بمقتضى طبيعة هذا التضامن من ناحيتين ناحية العلاقات التي تربط الدائن بالمدين وناحية العلاقات التي تربط المدينين بعضهم ببعض فالناحية الأولى هي الأصلية وتبنى على فكرتين هما وحدة الدين (unité de dettes) واختلاف العلاقات (diversité des liens).

أما وحدة الدين فهي أن جميع المدينين المتضامنين ملزمون بأداء عمل واحد في نوعه ومقداره فأداؤه من واحد منهم تبرأ به ذمة الباقيين فإذا كان محل الالتزام عقارا وبيع من عدة أشخاص أصبحوا جميعا ملتزمين بتسليمه وبضمان الانتفاع به أما خاصية اختلاف العلاقات وتعدد الصلات فهي أن لكل مدين صلة بالدائن قد تكون شبيهة بصلة من معه أو مغايرة لها بسبب تباين الأحوال كما لو كان أحد المدينين قاصرا أو كان التزامه شرطيا أو مضافا الى أجل مسمى الأمر الذي يستلزم مراعاة ذلك عند التنفيذ كما سيأتي بيانه.

ماذا ينتج عن وحدة الدين ؟

ينتج عنها أولا ما سبق ذكره من أن الدائن له اختيار من شاء من المدينين لأداء الدين كله أو بعضه (droit d'élection du créancier) كما له مطالبتهم جميعا في آن واحد أو على التتابع الى أن يخلص في دينه بحيث أنه يكفي أن يوجد من المدينين من هو ملي ليكون الدائن في مأمن من خطر عسر الباقيين وقد خول القانون

للمدين المقوم عليه أن يطلب أجلا لادخال من معه في الخصومة والغرض من ذلك ليس هو تشريكهم في المطالبة الجارية عليه بل التنصيص بالحكم على حقه في الرجوع عليهم بالنسبة إلى حصصهم وإكساء هذا الرجوع الصبغة التنفيذية وهو المعبر عنه في القانون الفرنسي بهذه الجملة (exception dilatoire de garantie).

ثانيا : انقضاء الدين بالأداء الواقع من أحد المدينين المتضامنين وانقطاع الصلات ومن طرق الأداء كما هو معلوم التصيير بالدين (la dation en paiement) وتأمينه أو مقاصة المقوم عليه بماله على الدائن دون المقاصة التي لمن معه في الدين على ذلك الدائن وهذا الاستثناء يفسر بالقاعدة التي بمقتضاها ليس لمن وقع انتخابه من المدينين لأداء الدين أن يحيل الدائن على مدين آخر وسكوت المقتن عن ذلك يفسر أيضا بأن المقاصة في قانوننا التونسي اتفاقية أو عدلية أو اختيارية لا تفعل مفعولها بحكم القانون كما هو الشأن في القانون الفرنسي عدا ما جرى به العمل في المصارف التونسية ومن جهة أخرى فليس من المعقول السماح لأحد المدينين بالتدخل في شؤون من معه بحجة طلب المقاصة.

ثالثا : الدفع (les exceptions) بمعنى أن المدين المقوم عليه من طرف الدائن يجوز له أن يحتج بجميع الأوجه المشتركة بين جملة المدينين المتضامنين. فمن هذه الأوجه ما كان متعلقا بالالتزام نفسه وهي المرتكزة على العيوب التي يبطل أو يفسد بها الالتزام كفقدان السبب أو عدم جواز الموضوع أو الاكراه أو الفلأط أو التدليس ومن الدفع ما كان مختصا بكامل الدين كانقراضه بالأداء أو التجديد أو التقادم أو تلف الشيء القيمي المتعاقد عليه بقوة قاهرة أو أمر طارئ أو حصول شرط فسخي أو إسقاط يعم كامل الدين أما الدفع الشخصية المحضة لأحد المدينين المشتركين فلا يقوم بها سواه كما في صورة فقدان الأهلية أو صورة المصالحة التجارية (concordat).

ولزيادة الايضاح نقول أولا إذا وقع الأداء انعدم الدين وانقطعت الصلات مع الدائن، ثانيا إذا وقع تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين يبرأ الآخرون اللهم إلا إذا رضوا بالالتزام الجديد أو امتنعوا من الرضا بما اشترطه الدائن للتجديد.

ثالثا : إسقاط الدائن بكامل الدين تبرأ به ذمة جميع المدينين المتضامنين، أما إذا كان الإسقاط في حصة واحد منهم دون الباقيين فهو المنتفع به وحده والدائن في هذه الصورة لم يبق له الحق إلا فيما بقي بعد طرح تلك الحصة وللدائن أيضا أن يسقط التضامن على أحدهم أو عليهم جميعا.

رابعاً: الصلح الواقع بين الدائن و أحد المدينين المتضامنين ينسحب عليهم جميعاً إذا تضمن إسقاط الدين وغير ذلك من أوجه الخلاص ولا يمضي عليهم إلا برضاهم إذا ترتب عليهم منه التزام أو شروط مثقلة.

خامساً: اليمين الحاسمة ينتفع بها جميع المدينين المتضامنين إذا وجهها الدائن على أحدهم وهذا أداها نافياً وجود الدين أو كانت موجهة من أحدهم على الدائن إذا نكل أما إذا وجهت من قبل الدائن على جملة المدينين المتضامنين وأداها أحدهم دون الباقيين فالدين لا ينقضي إلا في حصة من حلف منهم لأن الآخرين رفضوا أداها.

سادساً : قيام أحد المدينين المتضامنين بعمل صار به الدائن ممطلا انتفع بذلك الباقيون.

فيما ينتج عن فكرة اختلاف العلاقات :

قد أشرنا فيما تقدم إلى أن التضامن لا يستلزم أن يكون كل مدين مرتبطاً بالدائن بصفة واحدة بل من الممكن أن يختلف التزام كل منهم بصفة خاصة به مغايرة للتي ارتبط بها غيره بالدائن كما أشرنا إلى أن الدائن إذا سأل الوفاء من أحد المتضامنين في الدين فلا شيء يمنعه من تركه ومطالبة غيره بذلك وإلى أن التزام أحدهم قد ينقضي بدون أن ينبجر عن ذلك انقضاء تعهدات من معه في الدين وهي صورة ما إذا خصه الدائن مثلاً بإسقاط حصته.

وقد جاء القانون بصور أخرى تكون فيها بعض الخاصيات منحصرة المفعول في حصة من تعلقت به من المدينين واليك هذه الصور المضمنة بالمجلة.

(1) إن رضي رب الدين بإفراز مناب أحد المدينين فهو باق على حقه في مطالبة الباقيين بجميع الدين إلا إذا كان هناك شرط يخالفه.

(2) في المادة التجارية إذا أسعف من فلس من المدينين بمصالحة تفيد الخط من دينه فالدائن باق على حقه في مطالبة الباقيين بالكامل كما يستفاد ذلك من الفصل 551 من القانون التجاري.

(3) اختلاط ذمة الدائن واحد المدينين المشتركين لا ينقضي به الالتزام إلا بقدر حصة ذلك المدين وهذا يقع مثلاً في صورة ما إذا أصبح المدين وارثاً وحده للدائن

ومعنى اتحاد الذمة اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بدين واحد كما سيأتي تفصيله.

(4) توقيف مرور مدة سقوط الحق وفصلها في حق أحدهم لا ينسحب حكمهما على الباقيين منهم وسقوط الطلب عن أحدهم بمضي المدة لا ينتفع به الباقيون.

(5) تقصير أحد المدينين أو مطله لا يضر باقيهم وإذا كان موضوع العقد عيناً ثابتة وهلك بعد ماطلة من سئل الأداء فهو المطلوب بالغرم الذي استحققه الدائن فوق قيمة الشيء.

(6) سقوط حق المدينين في الأجل في الأحوال التي نص عليها الفصل 144 لا يمضي إلا عليه.

(7) لا يحتج بقوة اتصال القضاء بين الدائن واحد المدينين المشتركين على الباقيين لأن الوكالة التي بينهم قاصرة على الوفاء أما الأعمال الأخرى ومنها التقاضي فخارجة عنها.

مفاعيل التضامن فيما بين المدينين :

لما كان العمل يجري فيما بين المدينين بمقتضى أحكام الوكالة والكفالة فإذا دفع أحدهم كامل الدين جاز له أن يرجع على كل من معه بحصته بحيث أن الأداء ينقسم فيما بينهم لأن التضامن يفرضه كاملاً على كل منهم بالنسبة إلى الدائن وقسمة الدين بينهم تقع على السوية أو حسب نص الاتفاق.

وإذا عجز أحدهم عن الوفاء أو تغيب عن البلاد وزع منابه على الموسر من الحاضرين ولا يعفى من الدخول في التوزيع من أحرز على إسقاط حصته ولهم الرجوع بما دفعوه على من لم يؤد ما عليه كل ذلك ما لم يكن في العقد ما ينفيه حسب صريح الفصل 189 هذا وقد تكون النازلة خاصة بواحد منهم فهذا هو المطلوب لهم بجميع الدين لأنهم بالنسبة إليه بمثابة كقلاء.

بأي طريقة يقع رجوع المدين الذي دفع أكثر من حصته ؟

لدى هذا المدين طريقتان لطلب ما زاد على حصته من المدينين معه فالأولى الوكالة والكفالة المنصوص عليهما بالفصل 188 والثانية طريقة الحلول.

السبب الثاني لسقوط التضامن :

وهو إسقاطه من طرف الدائن وهذا الإسقاط إما أنه منسحب على كافة المدينين وعندئذ يكون الدين مشتركا بينهم بمعنى أن كل واحد منهم لا يطالب إلا بحصته أو أن واحدا منهم يسعف به دون سواه وفي هذه الصورة الأخيرة لا يطالب من أحرز على الإسقاط إلا بحصته من الدين بينما الآخرون تمكن مطالبتهم على التتابع بكامل الحصص إلى أن يتم الخلاص وقد يكون الإسقاط ضمنيا كما في صورة قبول الدائن لحصة المدينين وإعطاء وصل في ذلك.

كيف يسقط التضامن بين المدينين ؟

هناك أمران يحصل بهما سقوط التضامن: وفاة أحد المدينين وتركه لوارثين فأكثر والثاني عدول الدائن عن التضامن فبالنسبة إلى الأمر الأول إذا توفي أحد المدينين المشتركين وكان:

القسم الأول :

الدين قابلا للتقسام فورثته لا يؤدون إلا بقدر مناباتهم فيما على مورثهم بحيث أن كامل الدين الذي على مورثهم لا يؤديه كل وارث بل يوزع على نسبة الفريضة الشرعية فإذا كان الدين يساوي مثلا ثلاثة دنانير وعدد المدينين ثلاثة مع التساوي في الحصة فكل واحد منهم مطلوب بموجب التضامن بأداء الكامل وإذا مات أحدهم عن ذكر وأنثى مثلا وترك م خلفا انتقل إلى دينار ومن الذكر ديناران.

مع إمكانية الرجوع على المدينين الآخرين بالصفة التي تقدم مستحقه فالدائن إذا سألهم الوفاء بالكامل فيطلب من الأنثى بيانها وهناك طريقة في تناول الدائن الحازم يتلافى بها تجزئة التضامن كيف ذكر وهي اشتراط عدم قابلية الدين للتقسام.

ملاحظة :

اقتضت أحكام الشريعة الإسلامية أن الوارث لا يتحمل بتعهدات مورثه إلا إذا وضع يده على شيء من التركة فيكون مسؤولا عن التزام مورثه فيما أخذه وإذا وضع يده على كامل المخلف فلا تجوز مطالبة غيره من الورثة بديون المورث.

الالتزامات المنقسمة وغير المنقسمة

لا داعي للبحث وراء الانقسام من عدمه إذا كان الارتباط بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين لأن القاعدة العامة تفيد عدم جبر الدائن على قبول دينه مجزءاً باستثناء صورة الأجل الفضلي أما إذا تعدد المدينون أو الدائنون اتجهت معرفة ما إذا كان الدين يقبل الانقسام أو لا يقبله فإذا كان الأول تقع قسمة الدين وجوباً ولا تلزم كل مدين إلا حصته ولا يطلب كل دائن إلا منابه لأنه ليست هناك نيابة متبادلة كما في صورة التضامن، وإذا كان الثاني فكل مدين مطالب بكامل الشيء وله إدخال شركائه في القضية ويجوز لكل دائن أن يطلب من بعض المدينين أو من جميعهم وفاء الدين كله.

والعمل يجري على هذه الصورة إذا كانت العلاقة التعاقدية بين شخصين ثم كثر العدد بموجب الوفاة فكل وارث من ورثة الدائن يمكنه طلب غير منابه من المتعهد به القابل للانقسام وكل وارث من ورثة المدين لا يطالب إلا بحصته من المخلف والأمر بخلاف ذلك إذا كان المتعهد به غير قابل للانقسام فالمطالبة ترمي إلى الوفاء بالكامل بالنسبة إلى كل وارث فإذا كان الدائن هو المتوفي جاز لكل واحد من ورثته أن يطلب تنفيذ الالتزام كاملاً وفي صورة وفاة المدين يكون كل وارث من ورثته ملزماً بالأداء كاملاً من المخلف وهذا الأداء من أحدهم يسقط به الالتزام.

موانع الانقسام :

يكون موضوع الالتزام غير قابل للانقسام إما بحسب طبيعته أو بحسب الاتفاق.

علمنا أن الشيء ينقسم بطبيعته إذا كان متركباً من أجزاء يمكن فصلها كمبلغ من المال أو كمية من الحبوب أو مرعى ترضع به علامات تدل على التجزئة إلى قطع متساوية أو متفاوتة في المساحة ومن الأشياء ما لا ينقسم بطبيعته لأنه غير متركب من أجزاء يمكن فصلها عن بعضها كالسفينة أو الحمام أو الرحي فمنافعها هي التي تنقسم بالذهن على المهاييات فيكون حينئذ لكل من الشركاء دور في التصرف على نسبة منابه ينتقل إلى من معه حسب شروط الاتفاق. وفي صورة إحالة ملكية عين أو حق عقاري لا يقبل القسمة المادية يكون على كل من المشتركين في الملكية التخلي عن منابه للمشتري باستثناء حقوق الارتفاق كحق الاعتلاء أو الكشف أو المرور لأنها غير قابلة لتجزئة التصرف وأحسن مثل لعدم الانقسام الطبيعي المطلق يتشخص

في الالتزام بالامتناع عن العمل لأن موضوعه عمل سلبي والعمل السلبي لا ينقسم فإذا بيع محل معد لتجارة معينة شركة بين عدة أشخاص واشترط عليهم عدم ممارسة مثلها في حارة معينة فكل من هؤلاء ملزم بالامتناع الكامل.

وإليك مثالا آخر تظهر به دقة التمييز بين قابلية المتعهد به للانقسام وعدمها وهو تعاقد انسان مع مقاول على بناء دور تستلزم عدة أعمال متنوعة ومتفرقة يتولاها أشخاص كثيرون كنجار لصنع الأبواب وتركيبها وحداد لإقامة السباج وعامل اختصاصي للكهرباء والغاز وغيرهم فلا ينفك التزام المقاول الا بعد تقديم مفتاح الدار مستكملة تامة.

عدم الانقسام بموجب الاتفاق :

قد يكون موضوع التعاقد قابلا للانقسام المادي بطبيعته غير ان إرادة الطرفين تعلقت بصفة واضحة بعدم الوفاء به مجزأ وذلك لغرض معين كما لو وقع التعاقد مع عدة أشخاص على بيع أرض مشتركة بينهم بقصد إقامة مدرسة تستلزم كامل مساحة تلك الأرض فلا يجوز الوفاء بالتبعض بحيث أن كل واحد من مالكيها يكون ملزما بالأداء وله الرجوع على باقي المتعهدين معه والأمر كذلك بالنسبة إلى الاتفاق على مبلغ من المال لشراء عربة أو لاتمام لوازم زفاف، وقد مر بنا أثناء دراسة مبحث التضامن أنه إذا مات أحد المدينين وترك ورثة متعددين فلا يطالب كل واحد منهم إلا بقدر حصته من المخلف وهذا فيه اجحاف بحقوق الدائن الذي تعذر عليه بسبب الوفاة ان يطلب دينه كاملا ممن شاء من الورثة كما كان في امكانه طلبه من المورث ان لو بقي بقيد الحياة فلاجتنب ذلك يشترط على مدينه الأصلي عدم قابلية الدين للقسمة في صورة وفاته قبل الخلاص وانتقال المخلف الى ورثته وذلك زيادة على التضامن.

مفاعيل عدم الانقسام :

ينظر الى ذلك من ناحيتين ناحية تعدد الدائنين وناحية تعدد المدينين.

فبالنسبة إلى الناحية الأولى ينتج عن عدم الانقسام ما سيأتي :

أولا : لكل دائن مطالبة المدين بالكامل باسم من معه في الدين وبأذنه وله أن يطلب في حقهم أي من غير لزوم للإذن تأمين الشيء المتعهد به ان أمكن والا حجزه تحت يد من يكلفه المجلس (يلاحظ هنا أن القانون الفرنسي لم يشترط الإذن المذكور بل خول للقاء من الدائنين طلب الكامل مع غير توقف على إذن الباقي).

ثانيا : قطع سريان مدة سقوط الحق بعمل يقوم به واحد منهم ينتفع به الباقيون.

ثالثا : تعليق سريان مدة سقوط الحق بسبب قصر بعض الدائنين يمتد الى جميعهم لأن الأداء بسبب عدم الانقسام لا يمكن وقوعه الا في طور واحد.

رابعا : اذا حصل ضرر تسبب فيه أحدهم فلا ينصرف مفعوله إلى باقيهم فتنازله مثلا عن الدين أو قبوله لشيء آخر عوض المتعهد به لا يمنع من معه من مطالبة المدين بأداء الدين مطروحة منه حصة من باشر ذلك التصرف وهنا يتجه التساؤل لمعرفة كيف يتصور طرح الحصة مع عدم قبول الدين للانقسام المادي فيجيب عن ذلك بأنه في صورة قيام أحد الدائنين الآخرين بطلب الوفاء يقع تقدير تلك الحصة بالمال ليسلم إلى المدين كمقابل للتنازل الذي أسعف به وبالمثال يتضح الحال.

تعاقد زيد مع عمرو على أن يبيع له ضيعة محملا أياه شرطا لفائدة بكر وخالد وابراهيم مفاده تعهده بحفر بئر تكون مشتركة بينهم وبعد قبول الشرط من ثلاثتهم تنازل أحدهم وهو بكر عما اشترط له، وبموجب هذا التنازل أصبح خالد وابراهيم مستقلين بالبئر ولكل منهما طلب انجاز الوعد كاملا لكن القاعدة في نظرية اشتراط الشروط في حق الغير تقتضي أن المنفعة التي تخلى عنها بكر أي حصته في البئر ترجع إلى عمرو فلذلك تقدر قيمة البئر ويكون لعمرو حق طلب ثلث تلك القيمة عند تسليم البئر إلى خالد وابراهيم لأن المنفعة المشترطة لهما زيد في أهميتها، لكن قد لا يكون هذا الحل متبعاً في عموم الصور كالتالي لا تتغير فيها المنفعة المشترطة لا بالزيادة ولا بغيرها كصورة اشتراط إحالة حق ارتفاق كالمرور من أرض أو الكشف على ضيعة جار فتنازل بكر عن حقه في تلك المنفعة لا تأثير له على ما اكتسبه خالد وابراهيم من الاشتراط فكل منهما باق على حقه كاملا في المرور أو الكشف.

وعلى الجملة فإذا تعدد الدائنون وكان الدين لا ينقسم فلا يستقل به واحد منهم دون الآخرين وقد سبق منا القول بأن ما يقوم به أحدهم من الأعمال الجالبة للنفع يمتد إلى الباقيين كما في صورة فصل مدة سقوط الحق بمرور الزمن لأنه يحفظ به الدين والأمر بخلاف ذلك بالنسبة إلى الضرر الذي يتسبب فيه واحد منهم فمفعوله لا يتعدى إلى سواه.

ملاحظة : إذا زال الانقسام بأن ماطل المدين بالوفاء وحكم باستبدال الدين بالمال فهذا المال المحكوم به ينقسم بين الدائنين ولا يطلب كل دائن أكثر من حصته إلا إذا اشترط خلاف ذلك في العقد.

مفاعيل عدم الإنقسام من ناحية المدينين :

إن تعدد المدينين في التعهدات التي لا تقبل الانقسام يوجب على كل واحد منهم وفاء الدين بأكمله وهذا الوفاء يحله محل الدائن وللمقوم عليه من طرف الدائن أن يطلب تأجيل الدعوى لإدخال بقية المتعهدين معه ليشملهم الحكم جميعاً لأن فكرة الوكالة هنا غير مفترضة أما إذا كان من شأن الدين أن ينحصر ادائه في شخص المطلوب الذي استقل به مثلاً كوارث بعد توزيع المخلف، جاز الحكم عليه وحده بأدائه مباشرة وهو يرجع على من معه كل فيما يخص منابه عملاً بنص الفصل 189.

وإذا وقع قطع سريان المدة بالنسبة إلى أحدهم امتد ذلك إلى الباقين.

المقارنة بين التضامن وعدم الانقسام :

إن أهم تشابه بينهما ينحصر في بقاء كل مدين مسؤولاً وحده عن الوفاء بكامل الدين لكنهما يفترقان من عدة وجوه منها عدم اتحاد السبب بالتضامن عبارة عن توثيق يقرها الاتفاق أو القانون حفظاً للدين وصيانة له أما عدم الانقسام فإنه ينبع عن طبيعة الشيء المتعاقد عليه ويحول دون تجزئة الدين كما أنه قد ينبع عن اتفاق يشترط بموجبه عدم قسمة المتهد به الذي بطبيعته يقبل الانقسام وذلك كوسيلة يجتنب بها تجزئة الاداء لغاية من الغايات التي سبق بيانها :

عدم الانقسام

- 1) إذا انقلب التعهد التزاماً بالغرم زال الانقسام
- 2) ادخال المدين شركاء في الخصومة غايته استصدار الحكم على جميعهم بالأداء لأن الوكالة غير مفترضة بينهم
- 3) موت أحد المدينين لا يزول به عدم الإنقسام.
- 4) إذا تعدد الدائنون فقيام أحدهم على المدين لا يقع إلا باسم جميعهم وبالإذن منهم.
- 5) تعليق مدة سقوط الحق بالنسبة إلى أحد الدائنين يسري مفعوله لمن معه وكذلك التعليق.

التضامن

- 1) ينتهي التضامن إذا انقلب التعهد بالغرم بسبب التفريط أو الماطلة
- 2) ادخال المدين شركاء في الدين عند المطالبة غايته فصل مسألة المحاصة بينهم
- 3) موت أحد المدينين يسقط به التضامن على ورثته
- 4) تضامن الدائنين يسمح لكل منهم بمطالبة المدين بالكامل من غير توقف على إذن الباقين
- 5) تعليق مدة سقوط الحق المختص بواحد من الدائنين لا يستفيد منه الآخرون وذلك لاختلاف العلاقات.

(6) قطع مدة سقوط الحق بمرور الزمن
بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين لا ينسحب حكمه على الباقين عملاً
بالفصل 186 وكذلك التعليق.

تنبيه : أعدنا هنا منقحاً تحت عنوان "انتقال الالتزامات" وعنوان "فيما يترتب على الإلتزامات بصفة عامة" ما كنا ضمناه بالحلقة الثانية من محاضراتنا في شرح النظرية العامة للالتزامات مع إضافة بعض بيانات تساعد على استجلاء ما يقتضي تناسق المواضيع.

انتقال الالتزامات

ان انتقال الديون مختلف فيه في الفقه الإسلامي فعلى مقتضى المذهب الحنفي تملك الدين من غير من عليه الدين باطل سواء بالعوض أو بدونه لأنه يلزم في العقود أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم وفي الهبة يلزم التحويل ولذلك كان التملك ممن عليه الدين جائزا لأنه لا يحتاج إلى التسليم لكنه يستثني من قاعدة تحجير التملك من غير المدين صورة الحوالة والوصية والهبة مع التوكيل بالقبض أما المذهب المالكي فقد جاء بالجواز تحت شروط مبينة بكتب الفقه تختلف بحسب نوع التملك من كونه بيعا للدين أو هبة فهو بذلك أرقى من القوانين الوضعية التي كانت في القديم لا ترى الانتقال بين الأحياء فالقانون الروماني لم يجوزه إلا بالوفاة باعتبار الوارث متما لشخص المورث أما الانتقال بين الأحياء فقد كان محجرا تحجيرا كلياً عند الرومان لأنهم يعتبرون الالتزام كرابطة بين شخصين تمكن الدائن من إجراء سيطرته على المدين وتجعله عند المطالبة أو العجز عن الوفاء مهدداً من طرف غريمه بعقاب صارم يفضي حتى إلى القتل أو قطع عضو أو شيء من البدن أو إلى الرق أو ما يقرب منه وكان يخول للمرضعة أن تحجز الرضيع إلى أن تخلص في إجرة الرضاع بحيث أن الرابطة لا تتعدى من الأشخاص إلى الكسب وإذا وقع إبدال في الدائن أو في المدين تنقطع رابطة الالتزام لأن هذه الرابطة بنيت على اختيار كل من الشخصين للآخر فالدائن تهمه صفات مدينه كما يهم المدين صفات دائنه من حيث الاستعداد والمساعدة والرفق وغير ذلك لكن هذه الفكرة زالت شيئاً بتقدم الزمن وأصبحت الرابطة مرتكزة لا على ذات المتعاقدين بل على نتيجة تداينها باعتبارها من الوجهة الإقتصادية متصلة بالكسب وبالتالي قابلة للتمليك مثل سائر الحقوق العينية.

هذا ويفرق في القانون الفرنسي المتأثر بالقانون الروماني ومبادئه بين انتقال دين الدائن والتمليك ممن عليه الدين باستثناء الإيصاء الذي يقتضي الانتقال بوجه خاص والميراث الذي يقتضي الانتقال بوجه عام أي أن المخلف ينتقل إلى الوارث بماله وما عليه فالوارث عندهم يتحمل كامل الديون إذا قبل التركة ولو تجاوزت هذه الديون أهمية المتروك أم التملك بوجه خاص من قبل الدائن فهو يقع بطريق الإحالة وهو جائز بخلاف التملك بوجه خاص ممن عليه الدين فهو يقع بطريق الإحالة وهو جائز بخلاف

(2) دين أو حق لا يقبل الإحالة لسبب من العقد أو من القانون كدعوى القيام باستخلاص غرم ضرر.

ومن ذلك الجرايات العسكرية والمدنية والأجور والمرتبات على النسبة المقررة بالقانون المؤرخ في 11 جويلية 1961 وعدة أمور أخرى تعرضت إليها الفصول 566 - 567 - 568 - 569.

(3) حقوق شخصية بحتة كحق العصمة والولاية والنفقة والانتفاع والسكنى وغيرها.

(4) دين لا يقبل الحجز والمعارضة.

(5) حق متنازع فيه إلا إذا وافقه على ذلك المدين وقد بين المقنن ذلك بالفصل 202 حيث قال إن معنى الحق المتنازع فيه على حد أمرين الأول - إذا كان النزاع في أصل الحق أو أصل الدين حين البيع أو الإحالة - الثاني : إذا كان هناك أحوال من شأنها أن توقع نزاعا معتبرا لدى المحاكم في أصل الحق. فنرى بذلك أن المقنن توسع كثيرا في معنى النزاع.

شروط الإحالة التي يعوض :

قدمنا أن الإحالة التي من هذا النوع يتكون منها صنف من أصناف البيوعات لذلك كانت شروط وجودها ولزومها متفقة مع شروط وجود ولزوم البيع فلتراجع الفصول المتقدمة وهي الفصل 566 وما بعده وقد جاء الفصل 204 بأن عقد إحالة الدين أو الحق أو المطالبة لدى المحاكم يكون تاما مهما رضي به الفريقان فيدخل المحال له مدخل المحيل من تاريخ الإحالة بحيث أن رضا المحال عليه مستغنى عنه فيجري الدائن تصرفاته بمعزل عن تدخل المدين.

مفاعيل الإحالة :

للإحالة مفاعيل فيما بين الطرفين وهما المحيل والمحال له ومفاعيل تجاه الغير ونعني بالغير هنا المدين المحال عليه والمحال له الثاني والغرماء الذين أجروا عقلا على المحال به وبعبارة أعم كل من لم يشملته عقد الإحالة كطرف فيه.

التمليك بوجه خاص ممن عليه الدين فهو مبدئيا غير جائز وموضوعه هو أن يبرىء المدين ذمته بإحلال مدين آخر محله من غير موافقة الدائن وبدون أن ينقضي الالتزام الأول بينما الإحالة تقتضي كما سنرى تفرغ الدائن عن دينه للغير بدون لزوم موافقة المدين وهناك صورتان يجوز فيهما بوجه الاستثناء انتقال دين المدين فواحدة مستمدة من قانون الشغل المؤرخ في 19 جويلية سنة 1928 والأخرى من قانون 13 جويلية سنة 1930 الوارد في أحوال التأمين والذي سبق الكلام عليه بمناسبة موضوع اشتراط الشروط في حق الغير.

فقد جاء قانون الشغل بأنه إذا طرأ ما غير حالة المؤجر القانونية كبيع أو غيره فجميع العقود المتعلقة بالشغل تبقى عاملة بين من حل محل ذلك المؤجر وكافة من وجدهم مباشرين للشغل.

الإحالة في القانون التونسي

الإحالة هي عبارة عن عملية قانونية بمقتضاها يحيل الدائن ما له من الحقوق والدعاوي على مدينه لثالث يصبح هو الدائن مكانه وقد تقع هذه الإحالة بعوض مالي فتشبه البيع أو على وجه التبرع فتشبه الهبة إلا أن عملية الإحالة لا تربط كالبيع والهبة بين شخصين بائع ومشتري أو واهب وموهوب بل بين ثلاثة أشخاص وهم المحيل والمحال له والمحال عليه ولهذا السبب ألحقت بالنظريات العامة للإلتزامات.

موضوع الإحالة أو المحال به :

إن كل دين أو حق تجوز مبدئيا إحالته إما بموجب اتفاق أو بموجب القانون كما هو صريح الفصل 199 وذلك سواء كان الدين أو الحق منجزا في الحال أو معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل وكذلك الحقوق المجردة كحق الصيد في البر أو في الماء بمحل معين أو الانتفاع بماء معين محله أو كحق المرور وما كان على ملك صاحبه ولم يكن في قبضته وقتيا كالحيوانات الداجنة التي من عادتها الرجوع إلى أصحابها.

الأحوال التي تكون فيها الإحالة باطلة :

تبطل الإحالة التي موضوعها :

(1) حقوق يرجى حصولها لأن ذلك من قبيل الغرر فيلزم حينئذ أن يكون لهذه الحقوق أصل وقت اتمام الإحالة.

المفاعيل فيما بين الطرفين من محيل ومحال له :

قلنا إن المحال له يدخل مدخل المحيل من تاريخ الإحالة ويخرج المحال به من يد المحيل فلو قبض الدين من المحال عليه يلزمه الغرم للمحال له في صورة ما إذا تعذر عليه استيفاء حقه من المدني المحال عليه فما هي يا ترى واجبات كل منهما ؟

واجبات المحيل :

على المحيل أن يتخلى للمحال له عن حقوقه في الدين المحال به وأن يمده بما لديه من وسائل يحصل بها إجراء الحقوق المحالة ومن ذلك رسم الإحالة ورسم الدين ومهما طلب صاحب الإحالة رسما صحيحا فيها فعلى المحيل أن يجيبه لذلك ومصروف هذا الرسم على صاحب الإحالة (فصل 209) ولقطة رسم هنا معناها وسيلة تنفيذ الإحالة لأنه يمكن إحالة دين لا كتب فيه إذا كانت أهميته لا تتجاوز الثلاثة دنانير حسب قاعدة الفصل 473.

الضمان الذي على المحيل :

جاء الفصل 213 بأنه من أحال دينا أو حقا مجردا بعوض فعليه ضمان ما يأتي

أولا - صفة كونه دائنا أو صاحب حق

ثانيا - وجود الدين أو الحق وقت الإحالة

ثالثا - حق التصرف فيه

رابعا - وجود التوابع كالامتيازات والرهون وغيرها من الحقوق المتعلقة بالدين أو الحق المحال حين الإحالة إلا إذا استثنى صريحا.

فالثلاثة أمور الأولى يضمنها المحيل وجودا ولو على فرض وقوع الإحالة على البراءة وأما الرابع فلا يضمنه إذا وقع استثناءؤه.

ويضاف إلى ما تقدم أن المحيل لا يضمن قدرة المدين على الوفاء إلا إذا كان مدعما حين الإحالة اللهم إلا إذا وقع الاتفاق على خلاف ذلك كما سنرى.

تنبيه : في المادة التجارية إذا وقع تظهير السفتجة أي الكنبية بتوقيع شخص ثالث فعليه ضمان الأداء وجوبا.

سؤال : إذا وجب الضمان ماذا يكون على المحيل ؟

أجاب عن ذلك الفصل 214 حيث تضمن أن الدرك يشمل الثمن الذي قبضه المحيل عن الإحالة وما صرفه المحال له في مطالبة المدين مع ما عسى أن يترتب من الضرر إن وقع تدليس من المحيل فلو فرضنا مثلا أن لزيد دينا على عمرو قيمته عشرة دنانير وأن زيدا باع هذا الدين لبكر بسبعة دنانير فقط واتضح فيما بعد تعذر استيفائه من عمرو لسقوطه مثلا بمرور الزمن فماذا يطلب بكر من المحيل زيد أي طلب منه العشرة دنانير أي الدين المسمى بالعقد أو الثمن الذي انقذه ؟

أجاب القانون التونسي كما سبق بيانه أن الثمن هو الذي يرد مع ما عسى أن يطلب من الغرم إن وقع تدليس من زيد اما على مقتضى القانون الفرنسي فالمسألة خلافية.

الضمان الفعلي أو الضمان الذي يقتضيه شرط صريح بالعقد

ما سبق ذكره بالنسبة إلى الضمان إنما هو متعلق بما يوجب القانون لكن يجوز للطرفين التضيق أو التوسيع فيه بالشرط الصريح.

الشرط المضيق للضمان :

للفريقين أن يتفقا على أن لا ضمان على المحيل أصلا غير أن هذا الشرط لا يفيد إلا إعفاء المحيل من تعويض الخسارة واما أصل الثمن فلا بد من رده للمحال له إن وقع الاستحقاق ولا عمل على شرط براءة المحيل إذا انبنى على فعله هو بذاته حرمان المحال له من الدين كما لو قبض الدين أو اسقطه أو تقدمت منه إحالته للغير وعلى كل حال فالعمل يكون على مقتضى ما جاء بالفصل 642 من فصول البيع. هذا وقد يكون التضيق في الضمان مفضيا إلى عدم التدرك بتوابع الدين من توثقات ورهون.

توسيع الضمان :

لم يتبع المقتن التونسي قاعدة المقتن الفرنسي القاضية بعدم ضمان قدرة المدين على الوفاء حين الإحالة بل جاء الفصل 214 من قانوننا بوجوب هذا الضمان وعلى فرض تأكيده بالشرط الصريح من طرف المحيل فإن هذا الأخير يكون معفى منه في الأحوال التي نص عليها الفصل 215 أي إذا كان عدم الوفاء متسببا عن فعل المحال له أو عن إهماله لغفلته مثلا عن اتخاذ الوسائل اللازمة لاستخلاص الدين وكذلك إذا

مفاعيل الإحالة بالنسبة إلى غير المتعاقدين :

جاء الفصل 205 بأن الانتقال لا يتم للمحال له بالنسبة إلى المدين أو لغيره إلا بالإعلام بانتقال الدين أو قبول المدين للانتقال برسم ثابت التاريخ.

والقصد من ذلك هو إشهار الإحالة لأن المدين إذا كان على علم منها أو قبلها صار في إمكانه إفادة كل من يأتي لاسترشاده في شأن ذلك.

ملاحظة : الإعلام المذكور يقع للمدين إما من طرف المحيل أو من طرف المحال له وفي غالب الأحوال يقع من هذا الأخير كما أن قبول المدين للإحالة لم يشترط فيه المقنن التونسي إلا الكتب الثابت التاريخ. بينما المقنن الفرنسي يشترط في القبول تحرير حجة رسمية. على أن بعض المؤلفين يرون في هذا الاشتراط شيئا من التشدد لأن العبرة بالتحقق من تاريخ قبول المدني للإحالة لأن هذا التاريخ يضبط به الوقت الذي تمت عليه علامة التسجيل، لكن الفريق الآخر يرد على ذلك بقوله أن تشدد القانون باشتراط الكتب الرسمي يشير إلى التحقق من التاريخ وإلى شيء آخر وهو أن ذلك القبول صدر حقيقة من المدين ولا يكون الأمر كذلك إلا بحجة رسمية شبيهة من حيث القوة بالإعلام عن طريق مأمور عمومي وهو اللوسي حتى لا يكون الغير مهددا بالنقاش في خط اليد واختباره لأنه من المعلوم أن الحجة الرسمية يمكن الطعن فيها بطريق القيام بدعوى الزور ومهما يكن من أمر فإن قبول المدين معناه أنه عالم بالإحالة وملتزم بعدم الدفع للمحيل ومفهوم ذلك هو أنه يتعهد بالأداء للمحال له لكن قد يتقدم على هذا الأخير شخص آخر بادر بالإعلام الذي لا متكلم فيه. هذا وقد تساءل بعضهم عما إذا كان مجرد علم المدين بالإحالة كافيا وحده للقيام مقام الإعلام والقبول المذكورين ؟. لكن هذا الرأي لم يتأيد بالعمل بل قرر مجلس النقض والإبرام عام 1938 عدم كفاية علم المدين بوجود الإحالة مرخصا للمدين الاحتجاج على المحال له بعدم إتمام موجبات الفصل 1960 (الذي يقابله الفصل 205 عندنا) ولو كان هذا المدين عالما في الواقع بالانتقال.

تنبيه : يتعلق بإحالة أكرية العقارات أو غيرها مما يقبل الرهن العقاري أو المداخل الدورية المرتبة عليه فهذه الإحالة لا تعتبر بالنسبة إلى الغير حسب صريح الفصل 206 إلا إذا كانت لمدة تزيد على عام واحد وحررت بكتب ثابت التاريخ.

أعطى للمدين فسحة في الأجل بعد حلوله غير أنه في هذه الصورة الأخيرة يقبل من المحال له إثبات عدم تسبب الفسحة المذكورة في عدم الوفاء أي اثبات أن المدين كان في أول الأمر عاجزا عن الوفاء وليست هذه الأسباب وحدها معفية من الضمان بل أيضا كل ما ينسب من خطأ إلى المحال له، بالجملة فإن هذا الضمان تجري عليه الأحكام الخاصة المقررة في باب البيع كأحكام الفصل 645 وغيره.

يمكن أيضا للمحيل أن يشدد في الضمان الذي عليه بأن يلتزم مثلا بالأداء مكان المدين عند امتناع هذا الأخير من الدفع في الأجل أو عند عدم نجاح الإنذار الذي يتقدم الشروع في التنفيذ الجبري، كما يمكن للمحيل أن يضمن قدرة المدين على الوفاء فيما يستقبل وفي ذلك توسيع في الضمان لأن القدرة على الوفاء حين الإحالة مضمونة وجوبا كما سبق ذكره فيكون المحيل بهذا الشرط كضامن في المحال عليه وحينئذ فلا يسع المحال له مبدئيا إلا أن يتتبع مكاسب المدين للتحقيق من عسره ثم يرجع بعد ذلك على المحيل إما لاستيفاء كامل الدين إن ظهر عجزه التام أو لتسديد النقص فيما إذا لم يحصل إلا بعض الدين من تتبع مكاسب المدين والمحيل يرجع بدوره على المحال عليه لاسترداد ما دفعه عنه كما لو أنه استحاله ما سبقت منه إحالته.

صورة الإحالة المبعضة :

إذا أحال الدائن بعض الدين ولم يكن كسب المدين موفيا بالكامل فالعمل يجري على مقتضى قاعدة الفصل 216 أي أن المحيل والمحال له يشتركان في المطالبة بالمحال به كل بحسب حصته فيه، وهناك صورتان يتقدم فيهما المحال له على المحيل.

الأولى : صورة ما إذا اشترط ذلك اشتراطا صريحا

والثانية : هي التي ضمن فيها المحيل قدرة المدين على أداء الدين المحال به أو التزم بأدائه عند عدم وفاء المدين به.

واجبات المحال له :

تستمد هاته الواجبات مما على المشتري تجاه البائع (يراجع الفصل 675 وما بعده) فمن ذلك دفعه للثمن ولما يترتب على الإحالة من أجور ومصاريف.

وهناك واجبات أخرى تتعلق بانتقال الملكية إليه تجاه المدين والغير تجاه المدين والغير أي تجاه من لم يكن طرفا في عقد الإحالة.

الاحالات التي لا تطبق عليها قاعدة الفصل 205 :

قلنا إن المحال له لا يعتبر مالكا للمحال به تجاه الغير إلا إذا قام بأحد الموجبين المضمنين بهذا الفصل وهما : إعلام المدين بالإحالة أو قبوله لها بكتب ثابت التاريخ لكن بعض الإحالات تستلزم طريقة أخرى للإشهار أي أنها لا تعتبر بالنسبة إلى الغير إلا تحت شروط خاصة تقتضيها نصوص خاصة وهذه الإحالات لها أربعة أصناف :

الصنف الأول : هو صنف الكنبيلات والسندات التي تكون تحت الإذن أو التي يجب دفعها لحاملها (الفصل 218). فالكنبيلات والسندات التي تكون تحت الإذن تقع إحالتها بالتظهير بتوقيع شخص ثالث والسندات التي يجب دفعها للحامل كالصك وأوراق البنوك فإحالتها تقع بالتسليم من يد إلى أخرى

الصنف الثاني : هو صنف الرقاع الدولية المعينة أسماء أصحابها بدفتر الديون الدولية المعبر عنه بالدفتر الكبير فإحالتها تقع بترسيم إسم المحال له مكان المحيل بالدفتر المذكور والأمر كذلك بالنسبة إلى رقاع الشركات المدنية أو التجارية فإذا تضمنت هذه الرقاع أسماء أصحابها ووقعت إحالتها فهناك دفاتر للشركات ترسم بها أسماء المحال لهم بدل أسماء المحيلين وفي هذه الطريقة إشارة إلى التملك المانع لادعاء استحقاق الغير لها. وبذلك فهي تفوق طريقة الإعلام الوارد بها الفصل 205 التي هي طريق إشهار.

الصنف الثالث : الذي صبغته تجارية تطبق عليه أحكام القانون التجاري (الفصل 109 وما بعده).

الصنف الرابع : يتعلق بإحالة التركة المنصوص عليها بالفصل 219 فهذه الإحالة لا تستلزم العمل بقاعدة الفصل 205 بل يكفي إشهارا لها تواتر خبر وفاة صاحب التركة.

من هم الأشخاص الذين تنطبق عليهم لفظة "غير" المنصوص عليها بالفصل 205 ؟

هؤلاء الأشخاص هم الذين يحق لهم عدم الاعتراف بالمحال له كمالك للمحال به طالما لم يقع الإعلام أو قبول المحال عليه للإحالة بالصفة المقررة آنفا. وبعبارة أخرى فهم الذين كانوا أجانب عن التعاقد في شأن الإحالة وتهمهم معرفتها بمسئولهم بمصالحهم ففي مقدمة هؤلاء الأشخاص المدين نفسه الذي يحق له أن لا يعترف بغير المحيل كدائن له

ما دام الإعلام لم يقع على نحو ما ذكر أي طالما لم يعلمه المحيل أو المحال له أو لم يقبل هو تلك الإحالة بحيث أنه إذا دفع للمحيل أو المحال له أو لم يقبل هو تلك الإحالة بحيث أنه إذا دفع للمحيل ما هو مطلوب به فدفعه هذا صحيح كما هو صريح الفصل 208 اللهم إلا إذا كان في ذلك تدليس أو تفريط فاحش، وليس للمحال له أن ينكر عليه ذلك لأن موجبات الفصل 205 لم يوف بها وخصوصا موجب الإعلام لأنه أي المحال عليه إذا قبل الإحالة بعد الاداء وسكت حمل على أنه ترك حق معارضة المحال له لهذا الاداء. هذا وتنطبق أيضا لفظة "غير" على كل من تناول حقا على الدين من المحيل بوجه خاص في بحر المدة التي بين الإحالة والإعلام وهذا الصنف يشمل كل من استحالوا الدين على المتتابع من المحيل وكذلك الغرماء الذين اكتسبوا حقا معيناً على الدين على وجه التوثيق والغرماء الذين لهم ضمان مشاع على كسب المدين ولنبداً بمن أحيل لهم الدين بعد الإحالة الأولى فنقول : أن لكل منهم صفة "غير" بالنسبة إلى الآخر وليست له هذه الصفة بالنسبة إلى المحيل بل هو تناول حقه من المحيل وذلك لأن كلا من هؤلاء المحال لهم أجنبي عن العقد الذي تم بينه وبين المحيل فنتيجة لذلك هي أنه إذا وقعت عدة إحالات لدين واحد فالأولوية لا تكون للأسبق منهم بل لمن قام منهم قبل الآخر بواجب الإعلام أو أحرز على قبول المدين لإحالاته بكتب ثابت التاريخ ولو حصل على الإحالة الخاصة به في تاريخ متأخر عن تاريخ محال له آخر لم يقم بأحد الموجبين المذكورين بالفصل 205 وبعبارة أخرى فإن الأولوية تكون للحازم منهم الذي بادر قبل الآخر بالإعلام وهذا هو منطوق الفصل 207 الذي هذا نصه : "إذا وقعت إحالة دين لشخص فالذي يسبق بتعريف المدين بالإحالة يقدم على الآخر ولو مع تأخير تاريخ إحالته..."

افتراض : إن وقوع الإعلام بالإحالتين في يوم واحد من غير تعيين الساعة بالضبط بالكتب المثبت لذلك يصعب معه التقديم والتأخير ويفضي الأمر بين المحال لهما إلى اقتسام الدين. قلنا إن غريم المحيل الذي حصل منه على توثيق خاصة متعلقها الدين موضوع الإحالة هو "فير" لا يعارض بالإحالة رداً إذا قام المحال له بموجبات الفصل 205 ويلزمه من جهته أيضاً عند تحصيله على التوثيق المذكورة إقام تلك الموجبات ليتسنى له معارضة المحال له بتلك التوثيق والأولوية تثبت لمن بادر منهما بالإعلام كما هو الشأن في الصورة المتقدمة.

هذا وقد قلنا أيضاً أن غرماء المحيل ولو تجردت ديونهم عن كل توثيق هم من صنف "الغير" إذ أن مكاسب مدينهم المحيل معتبرة حسب القاعدة العامة كضمان

مشترك بينهم دخلت عليه الإحالة بالتنقيص من أهميته وعليه فيمكن لهم قبل الإعلام بالإحالة اعتبار المحال به كأنه لم يختر من كسب المحيل ولهم إجراء توثقة تحت يد المحال عليه قبل أن يتصل هذا الأخير بالإعلام أو يقبل الإحالة بكتب ثابت التاريخ ويلاحظ هنا أنه لا يفرق بين الغرماء المتقدمين ديونهم عن الإحالة أو المتأخرة عنها لأنه ما دام الإعلام لم يقع لا يعتبر المحال به خارجا عن كسب المحيل الذي هو ضمان مشترك للجميع . هذا وإذا أصبح المحيل مفلسا أتيح لنائب الفلسفة أن يعتبر المحال به داخلا في عموم كسبه ومن حقوق غرماء الفلسفة لأنه تطلق عليهم أيضا لفظة "غير" ولا يعارضون بالإحالة الواقعة قبل التفليس إذا لم يقع القيام بموجبيات الفصل 205.

مفاعيل الإحالة التامة الشروط :

إذا توفرت في الإحالة الشروط القانونية طبقا لما جاء بالفصل 205 المذكور انتقلت للمحال له جميع الحقوق التي كانت للمحيل إلا أن هذه الحقوق لا يزداد عليها شيء أي أن المحال له لا ينتفع بأكثر مما كان للمحيل من الحقوق. وقد جاء الفصل 210 بتعدادها. وهي :

أولا : توابع الدين المتممة لذاته كالامتيازات باستثناء ما كان منها خاصا بذات المحيل بحيث أن هذا الانتقال لا تندمج بسببه الصفات المختص بها كل من المحيل والمحال له. فإذا كان الأول رشيدا مثالا والثاني قاصرا فمدة سقوط الدين بمرور الزمن تعلق وإذا كان العكس بأن كان المحيل هو القاصر مثالا فالتعليق ينتهي بالنسبة إلى المحال له الرشيد وابتدئ في الحال حساب مدة السقوط. ومثال التوابع المتممة لذات الدين شمول إحالة عقدة كراء لوعد بالبيع من مالك المكري فهذا الوعد الذي أحرز عليه المحيل ينتقل أيضا إلى المحال له مع إحالة الكراء.

ثانيا : ما كان للمحيل من القيام بالبطلان والفسخ. وصورة ذلك محل خلاف في القانون الفرنسي لأن البطلان والفسخ يعدمان الإحالة في هذا المثال : باع زيد عقارا لعمرو وبشمن معين لم يقبضه ثم أحال لبكر دينه هذا على المشتري عمرو فإذا كان البيع معيبا بشائبة من الشوائب كالغبن أو التدليس أو الإكراه أو الغلط أو عدم الأهلية فدعوى الفسخ التي للمحيل تنتقل للمحال له وهذا يتاح له القيام بها على المحال عليه بعد إتمام موجبات الفصل 205 لكنه يلاحظ أن المحيل إذا كان على علم من العيب وأحال الثمن فهذه الإحالة تعد منه مصادقة على البيع الفاسد وحينئذ فلا مفهومية

لانتقال دعوى الفسخ التي قضت تلك المصادقة على وجودها. وفوق ذلك فإنه يصعب احتمال رضا المحال له باكتساب حق فسخ البيع الذي ينجر عنه انعدام المنفعة التي استحالتها. ويفرق بين دعوى البطلان والفسخ المبينة على عيب في العقد ودعوى حل البيع أو الغائه لعدم انقضاء الثمن فهذه الدعوى التي خولها القانون للبائع كسلاح يقاوم به مطل المشتري تنتقل إلى المحال له بصفتها وسيلة إكراه.

هل تشمل الإحالة الرهن والضمان ؟

خلافًا لما جاء بالقانون الفرنسي قرر المقتن التونسي أن الرهن والضمان يلزم في إحالتهما النص الصريح (فصل 210) وفي صورة دخولهما في الإحالة بالنص الصريح أوجب الفصل 211 دخول المحال له مدخل المحيل في جميع ما التزم به للمدين من حفظ المرهون وصيانته من وقت تسليمه له وإذا لم يجر العمل بتلك الالتزامات كان المحيل والمحال له مطلوبين بالخيار للمدين فيما يترتب على ذلك. ولا يجري العمل بهذه القاعدة إذا كانت الإحالة بمقتضى القانون أو حكم الحاكم فيكون صاحبها في هذه الصورة مسؤولا وحده بالمرهون للمدين وذلك لانتفاء الاختيار من جانب المحيل.

علمنا مما سبق بيانه أن من مفاعيل الإحالة التامة الشروط انتقال جميع حقوق المحيل للمحال له إلا أنه لا ينتقل إليه أكثر من ذلك ولهذا الاستدراك نتائج تهم المدين المحال عليه. الأصل فيها تناول المحال له للمدين بما له وما عليه بحيث أن ذلك المدين بمجرد إعلامه بالإحالة أو قبوله لها لا يكون مطلوبا للمحال له إلا بقدر ما كانت ذمته عامرة به للمحيل. فله حينئذ أن يعارض المحال له بأوجه المعارضة التي كانت له وقتئذ ضد المحيل (فصل 217) فله مثلا : التمسك بالدفعات التي وقعت منه للمحيل قبل تاريخ الإعلام بما ينجر عنه سقوط الدين كلا أو بعضا وفي هذه الصورة ليس للمحال له إلا الرجوع بالدرك على المحيل ويلاحظ هنا أن هذا التمسك لا محل له إذا رضي المدين بالإحالة وقبلها وبالأخص التمسك بالمقاصة مع المحيل (فصل 371) كما للمحال عليه أن يحتج بأسباب الفسخ التي مبنها التغير أو الإكراه أو الغلط أو عدم الأهلية.

استثناء : ليس للمدين حسب مقتضيات الفصل 217 أن يعارض المحال له بالتوليع ولا بمكاتيب واتفاقات سرية بينه وبين المحيل تخالف ظاهر الأمر إذا كانت هذه الاتفاقات غير منبه عليها في رسم الدين ولم يعلم بها المحال له وذلك لأن المحال له الذي

كان عن جهل من ذلك يعتبر أجنبيا عن تلك الاتفاقات المغيرة لظاهر العقد وحينئذ فتطلق عليه لفظة "غير" الوارد بها الفصل 26 وذلك باعتباره متناولا لحقه بوجه خاص من المحيل.

في إحالة الدين على وجه التبرع - أي هبة الدين :

إن هذه الإحالة تدخل تحت أحكام الهبة كما هي مسطرة بكتب الفقه ودواوين الفتوى بيد أنه يلاحظ في شأنها ما تضمنه الفصل 213 بالنسبة إلى الضمان فالمحيل على مقتضى هذا النص لا ضمان عليه ولو في وجود الدين والحق المحال وإنما عليه ضمان ما يترتب عن تدليس بهاته المناسبة نرى من المتجه التذكير بغاية الإيجاز إلى بعض قواعد أصلية تتعلق بالهبة فمن حيث الأركان لا تتحقق الهبة إلا بواهب وموهوب له وموهوب وصيغة والصيغة ما دل على التملك مطابقة أو التزاما قولاً أو فعلاً وتنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ولا تتم إلا بالقبض من الموهوب له قبل حصول مانع للواهب كموت أو جنون أو إحاطة الدين بما له وعند السادة الحنفية موت الواهب يبطل الهبة سواء وقع الإشهاد أو لم يقع ولو اجتهد الموهوب له في طلبها بينما يرى السادة المالكية أن الاجتهاد في القبض يتنزل منزلة الحوز وتصح هبة من أحاط الدين بما له وتوقف على إجازة الغرماء ويرى المذهب الحنفي كما سبقت الإشارة إليه بطلان هبة الدين لغير المدين اللهم إلا إذا كانت في حوالة أو وصية أو إذا سلط الموهوب له على قبضة بالتوكل عنه من المدين وقبضه أما الإمام مالك رضي الله عنه فإنه يرى صحة هبة الدين لغير المدين إذا شهد الواهب ودفع وثيقة الدين للموهوب له وإذا وهب الواهب هبته لشخص ثم وهبها لثان وحازها الثاني قبل الأول فهي للثاني وحده وما يلزم التنبيه إليه هو أنه لا بد من الإشهاد في عقود التبرعات بمعنى أن العدل يقول "أشهد فلان".

في تحويل الحقوق صبرة أو تحويل التركة "الفصل 219 وما

بعده) :

إن تحويل التركة أو بيعها هو عبارة عن اتفاق بمقتضاه يبيع الوارث لشخص آخر أو لوارث مثله ما آل إليه من الحقوق في مخلف وهذا البيع لا يتصور إلا بعد حلول التركة لما نعمله من عدم جواز التعاقد في ميراث قبل وفاة المورث كما أن متعلق هذا البيع هو الكسب الذي انتقل بالميراث بما له وما عليه لا صفة وارث التي هي صفة شخصية لا تقبل الانتقال لتعلقها بمركز الشخص في العائلة ودرجة قرابته من الهالك بحيث أن البائع لا يتخلى للمشتري عن مركزه وإنما تخليه يتناول حصته في التركة لا

غير والعملية قد تكون من قبيل التبرع أي أن الوارث يتبرع بنصيبه في الخلف وعندئذ تطبق على الموضوع قواعد الهبة ومن الممكن أيضا وقوع ذلك بطريق المعاوضة بما يتجه معه تطبيق الأحكام الخاصة بهذه العملية.

شروط إحالة التركة :

هذه الشروط تختلف باختلاف نوع الإحالة من كونها بعوض أو على وجه التبرع وقد أوجب الفصل 219 لصحة هذه الإحالة على الفريقين بقيمة التركة ويكفي اتفاق الإرادتين بين المحيل والمحال له لتنتقل إلى هذا الأخير الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف ولا لزوم لتطبيق موجبات الفصل 205 فيما يخص الإشهار لأن هذا الإشهار يعتبر حاصلًا بطبيعة الأمر بحادث الوفاة. هذا وإن الانتقال المذكور يتناول الأشياء المنجرة بالميراث للمحيل على الحالة التي هي عليها وقت الإحالة فإذا حصل لها فو من تاريخ حلول التركة فهذا النمو ينتفع به المحال له ولو كان حصوله متسببا عن نفقات قام بها المحيل وذلك لأنه وقت التعاقد تراعى أهمية ذلك لتقدير الثمن والأمر بالمثل في صورة انخفاض قيمة المخلف بسبب الهلاك أو التعيب ولو كان ذلك نتيجة خطأ أو تفريط المحيل على أنه ليس من المحتمل صدور التدليس منه أو التغير قبل انبرام الإحالة وعلى فرض أنه أهمل ديناً من توابع التركة حتى انقضى بمرور الزمن قبل الإحالة فلا مسؤولية عليه من جراء ذلك لأن المحال له لا ينفذ إلا الثمن المتفق مع قيمة المحال به وقت التعاقد. نعم من المسلم أن المحيل يرجع للمحال له ما قبضه من مداخل وديون كانت بذمة الغير للمخلف كما أن يؤدي له ما قبضه من مداخل وديون كانت بذمته شخصياً للمخلف وانقضت باتحاد الذمتين ذمة المورث وذمة الوارث وذلك بناء على القاعدة السالفة الذكر القاضية بأن المحيل يرجع للمحال له جميع مقبوضاته. وبالجملة فإنه يسلم كل ما اتصل به من المخلف مع ملحقاته من توثقات ورهون حتى التوثقات التي توفرت للمخلف بفضل إدارته له كما لو أخذ ضامناً على من كان مديناً للمخلف فهذا الضمان ينتقل إلى المحال له غير أنه لا شيء يمنع المحيل من إفرازه بعض المخلف ليستبقيه لنفسه بمقتضى اتفاق على ذلك مع المحال له حسب القواعد العامة وبالأخص ما كانت له قيمة أدبية من الآثار العائلية التي لا شأن فيها للغير كالكنش وبعض المخطوطات الشخصية وغير ذلك.

هل يدخل في الإحالة ما حازه المحيل بموجب تنازل وارث آخر عن حصته ؟

الجواب عن هذا السؤال يختلف باختلاف الصور التي منها ما لا إشكال فيه كما لو أقال زيد حصته في المتروك وقدرها الثلث بالتعيين ثم تنازل له أخوه عن ثلثه فهذا الثلث لا يدخل قطعاً في الإحالة بسبب ضبط المناب في العقد وأما إذا وقع التصريح بإحالة ما هو راجع لزيد من المخلف بدون تعيين فمن المحتم أن تتناول الإحالة أصل المناب وما زيد فيه بموجب التنازل وهذا الاحتمال قد لا يخامر الفكر عند التعاقد إذا وقع الخوض في الثمن على نسبة مناب المحيل بدون أن يتوقع المتعاقدان الزيادة فيه. وباختصار فإذا حصلت الزيادة قبل الإحالة وكان المحيل على علم منها فهناك قرينة على شمول الإحالة لها اللهم إلا إذا وقع استثنائها بالشرط الصريح وأما إذا حصلت الزيادة بالتنازل المذكور بعد الإحالة فمن المحقق عدم دخولها فيما تناولته هذه الإحالة.

وعلى كل حال فإن الحل تراعى فيه مقاصد الطرفين بمقتضى ما يلوح من الظروف الحافة بالاتفاق.

تنبيه : إن القاعدة في الميراث عندنا هي أن الورثة لا يلزمون إلا بقدر ارثهم وعلى نسبة مناباتهم فإن امتنعوا من قبول الارث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين كما نص على ذلك الفصل 241 اتباعاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأما القانون الفرنسي فإنه يلزم الورثة بكامل الديون التي على المخلف عند قبولهم له ولو تجاوزت هذه الديون أهمية مناباتهم وبناء على ما اقتضاه الفصل 241 المذكور بضمه الفصل 222 فإن لأرباب الدين الذي على التركة أن يطالبوا من وقت الإحالة المدين السابق والمحال له معاً حسبما تقتضيه حقوقهم إلا إذا رضوا بالإحالة رضا صريحاً ولا يضمن المحال له إلا بقدر المال الذي أحيل له بمقتضى دفتر تقييد التركة.

قاعدة الضمان بالنسبة إلى إحالة التركة :

قررنا فيما سبق أن المحيل يجب عليه أن يسلم للمحال له كل ما هو داخل في المخلف وما نتج عنه من تاريخ حلول التركة كنتاج الحيوان والمزروعات وحتى ما استهلكه من ذلك قبل الإحالة وعليه أيضاً واجب الضمان لكن هذا الضمان مغاير تماماً للضمان الذي تقتضيه الإحالة العادية أي البيع العادي فالوارث المذي يحيل حقوقه في المخلف لا يحيل في الواقع أشياء مفرزة من أخرى بل أن حالته هاته تتناول جملة

حقوق على نسبة معينة تختلف باختلاف أهمية الميراث وعليه فلا يلزمه حسب الفصل 219 إلا ضمان كونه وارثاً أي ضمان ملكيته للمحال به وإلا يكون قد أقال مال الغير وفي هذه الصورة الأخيرة يرجع عليه المحال له بالدرك إما بسبب قيام الوارث الحقيقي باستحقاق المحال به أو بمجرد حصول العمل لذلك المحال له بأن المحيل ليس بوارث وقد أضاف إلى ذلك الفصل 219 المذكور أن إحالة التركة بوارث وقد أضاف إلى ذلك الفصل 219 المذكور أن إحالة التركة لا تصح إلا إذا علم قيمتها الفريقان وتنتقل بهذه الإحالة للمحال له الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف هذا وما يلزم التنبيه إليه هو أن الضمان الوجوبي الذي جاء به الفصل المشار إليه يمكن التوسيع أو التضييق فيه بأن يضمن المحيل في الصورة الأولى وجود الديون المذكورة بحجة تقييد المخلف وفي الصورة الثانية أي صورة التضييق يشترط مثلاً عدم الضمان غير أنه يكون ملزوما برد الثمن بدون رجوع عليه بالغرم وهذا التفصي من الغرم هو متعلق التضييق في الضمان.

إحالة الحقوق صبرة :

هذا النوع من الإحالات يشير إلى انتقال جملة مكاسب إنسان بثمان معين وقد شبهه المقتن بإحالة التركة وجعله مما ينطبق عليه الفصل 219 القاضي بعدم لزوم القيام بموجبيات الفصل 205 وبوجوب العلم بالقيمة وحصر الضمان في صفة مالك للكسب متعلق الإحالة ويضاف إلى ذلك ما اقتضاه الفصل 222 من أنه في صورة إحالة مال شخص صبرة تكون لأرباب الدين الذي على ذلك الكسب حق مطالبة المحيل والمحال له معاً.

ملاحظة : بالنسبة إلى الإحالة في الحق التجاري تراجع الفصول 190 وما بعده في القانون 129 لسنة 1959 الواقع العمل به ابتداء من غرة جانفي 1960.

حلول الغير محل الدائن

ماهية هذه الحلول : إذا باشر شخص أداء دين بذمة غيره فلا يخلو الحال من أحد الأمرين :

أما أن الدافع يقصد التبرع على المدين بما دفعه عليه وفي هذه الصورة ينقضي الدين بجميع ملحقاته ولا يحتمل أي رجوع على المدين أو أنه يقصد إبراء ذمة هذا الأخير مع دائنه ليحل هو محل هذا الدائن وعندئذ يعتبر الدين باقيا على حاله بجميع ملحقاته تجاه الدافع ليتسنى له الرجوع على المدين وينجح فيه بفضل التوثقات التي كانت للدائن الأول هذا وقد يكون المباشر للأداء على الصفة المذكورة مرتبطا مع المدين بالتضامن أو بالضمان أو مستقلا عنه أعني غير مرتبط بصلة من الصلات فبالمثال يتضح الحال : لزيد على عمرو دين موثق برهن فيحل أجل الوفاء ويبقى عمرو ساكتا فيتأهب زيد للمطالبة لدى الحاكم ولا يخفى ما في ذلك من التأثيرات القاسية بالنسبة إلى المقوم عليه عمرو فيفكر بكر في انقاذه من هذا الموقف غير أنه يتردد في الأمر نظرا للضائقة المالية التي عليها عمرو بما يخشى معه التوصل لاستيفاء ما سيقع به خلاص زيد وتردده هذا مفهوم لأنه إذا باشر الأداء باسم عمرو يكون له حق الرجوع عليه بمقتضى أحكام الوكالة أو التصرف الفضولي بحسب الأحوال وإذا باشره على وجه القرض فقيامه بعد ذلك لا يخرج عن دائرة القرض أي أنه يقوم باسترداد ما أقرضه لعمرو. لكن هذه الدعاوى التي مبنها الوكالة أو التصرف الفضولي أو القرض إنما هي من الدعاوى الشخصية التي يكون صاحبها مهددا بعسر المدين وعجزه عن الوفاء ولتلافي هذا الخطر يلتجئ إلى الحلول بأن يقع إحلال بكر محل الدائن زيد في جميع ما له من الحقوق. فالتوثقات التي كانت لهذا الأخير تنفع بكرا لا محالة وقد خول القانون نقلها إليه بالطريقة المذكورة أي طريقة الحلول التي تمكنه من إجراء جميع الحقوق التي كانت لزيد وبذلك تظهر الفائدة من عملية الحلول التي ليست بعملية تجارية يقصد من ورائها الربح كعملية الإحالة بل هي منبعثة عن فكرة المجاملة والمواساة بمد يد المساعدة لمدين أحاطت الديون بكسبه وأصبح مهددا بالمطالبة وأخطارها. على أن عملية الحلول لا تجنى من ورائها إلا الفوائد. فالغير يباشر الأداء من غير تردد لأنه بفضل التوثقات التي انتقلت إليه لم يبق على شك من استرداد ماله والدائن يكون قد حصل على

الخلاص الذي يرغب فيه والمدين ينجو من أخطار المطالبة لأنه لولا الحلول لما تسنى له إيجاد المال اللازم لخلاصه هذا وأن المضرة لا تتصور حتى بالنسبة إلى غرماء المدين لأن حالتهم لم يطرأ عليها بسبب الحلول ما تغيرت به بل غاية ما في الأمر هو أن دائن مدينهم حل محله دائن آخر من غير زيادة في الدين ولا في الوثائق.

تعريف الحلول : يستخلص مما تقدم أن الحلول عبارة عن استثناء قانوني بمقتضاه يعتبر الدين الذي انقضى في حق الدائن بمال الغير باقيا في الوجود بجميع ملحقاته بالنسبة إلى ذلك الغير وذلك تحقيقا لاسترداد المال المذكور.

لما كان الحلول استثناء من مفعول أداء ذلك المفعول الذي مفاده انقضاء الالتزام بملحقاته وجب الوقوف عند هذا الاستثناء حتى لا يؤخذ في صورة حلول كل أداء يقع من الغير في حق المدين بل إن حصول الحلول لا يخرج عن الصور التي ضبطها القانون ولذلك جاء الفصل 223 بهذا النص "يتم حلول الغير محل الدائن في حقوقه تارة بعقد وتارة بمقتضى القانون" فهناك حينئذ مصدران للحلول : **العقد والقانون.**

الحلول الاتفاقية : هذا الحلول تارة يمنحه الدائن وتارة أخرى يمنحه المدين للغير.

الحلول الممنوح للغير من طرف الدائن :

هذا الحلول يستلزم شرطين على مقتضى الفصل 224 - الأول هو أن يكون صريحا - والثاني هو أن يقع منحه **حين قبض الدين** وقد اشترط الحلول الصريح لأن الحلول بمثابة استثناء من قاعدة الأداء كما سبق توضيحه ولا لزوم لصيغة خاصة بل يمكن استعمال كل الألفاظ الدالة عليه. أما اشتراط منح الحلول حين القبض فمفاده المحافظة على ملحقات الدين من رهون وتوثقات لأن هذه التوثقات إذا انقرضت مع الدين فلا يمكن أحيائها فيما بعد وللتاريخ هنا أهمية كبرى لذلك وجب ثبوت هذا التاريخ بالتوصيل الذي يسلمه الدائن للغير في الأداء والحلول معا. أما بالنسبة إلى المحيل والمحال له بالحلول فيما بينهما من الصلات فقواعد الحق العام هي التي تطبق من حيث الإثبات بمعنى أن الكتب لا يلزم إذا كانت أهمية المال دون الثلاثة آلاف فرنك هذا وقد جاء الفصل 206 المشار إلى تطبيقه على الحلول بمقتضى الفصل 228 بأن

أكربة العقارات أو غيرها مما يقبل الرهن العقاري أو المداخيل الدورية المرتبة عليها لا يعتبر في شأنها الحلول بالنسبة إلى الغير إلا إذا كان لمدة تزيد على عام واحد وحرر بكتب ثابت التاريخ.

ملاحظة : يمكن للدائن أن يمنح الحلول بالنسبة إلى بعض التوثقات دون البعض الآخر فله مثلا أن يخرج التوثقات الشخصية من الحلول لتنتقل الرهون فقط إلى المحال له.

تنبيه : إن القانون الفرنسي لم يشترط في الحلول أي إشهار ومعنى ذلك هو أن الفصل 1960 المتعلق بموجبات الإعلام غير منطبق في الحلول بخلاف المقتن التونسي فإنه أوجب العمل بالفصل 205 كما يدل على ذلك ذكر هذا الفصل من بين الفصول الأخرى المنبه عليها بالفصل 228.

الحلول الممنوح من قبل المدين :

هذا الحلول يلتجئ إليه المدين عندما يجد من يقرضه مالا بشروط أخف من التي تعاقد عليها مع دائنه الأول فيخلص هذا الأخير بالمال الذي اقترضه من الغير ويحل هذا الغير محل ذلك الدائن فهذا الحق كان مجحودا في القديم على المدين لما فيه من الأفتيات على الدائن الذي هو رب الدين دون سواه غير أنه ظهر فيما بعد أن هناك اعتبارات تأيدت صلوحياتها في التطبيق فمن ذلك عدم وجود سبب يحمل الدائن على مضادة مصلحة المدين عندما يجد من يساعده على التخلص من شروط ثقيلة وذلك بالحلول محل ذلك الدائن بأقل تكاليف وأحسن معاملة ثم إن هذا الغير الذي أنجد المدين وقبل الحلول ربما كانت له مصلحة في معاملة كهاته مقترنة بالضمانات الكافية ويضاف إلى ذلك من الوجهة الاقتصادية العامة ما في خلاص الديون من الفوائد التي لا تنكر ومن أجل تلك الاعتبارات جاء الفصل 225 قاضيا بأن "الحلول المذكور بالعقد يتم أيضاً إذا اقترض المدين ما عليه من شخص لأداء دينه وإحالة على ما لدائنه من الكفالات في ذلك الدين وهذه الإحالة تتم بغير رضا الدائن فإن امتنع من قبض ماله سلمه المدين لصندوق الأمان بصورة صحيحة ثم إن هذا الفصل أوجب ثلاثة شروط مراعاة لمصلحة من كانوا أجانبا عن عملية الحلول وهو المعبر عنهم "بالغير" في اصطلاحنا القانوني بحيث أنه لا يصح من المتعاقدين التمسك بفقدانها لطلب إبطال الحلول وهاته الشروط هي الآتية :

الأول : أن يكون القرض والتوصيل برسم ثابت التاريخ

الثاني : أن يصرح برسم القرض بأن المبلغ أو الشيء المقترض إنما هو لأداء الدين. وأن يصرح بالتوصيل بأن الوفاء وقع بمال الدائن الجديد وإذا سلم المال لصندوق الأماين فعلى قابضه أن يصرح بالأمر المذكورة في التوصيل الذي يعطيه في المال المؤمن تحت يده.

الثالث : أن يحيل المدين بوجه صريح للدائن الجديد الكفالات المجعولة للدائن القديم ومتى توفرت هذه الشروط الثلاثة أصبح الدائن القديم مجردا عن كل وسيلة يعارض بها الحلول ويلاحظ هنا أن المقتن التونسي لم يشترط الحجة الرسمية كالمقتن الفرنسي بل اكتفى برسم ثابت التاريخ في القرض والتوصيل وذلك اتباعا لمبدئه القاضي بترك العقود الشكلية غير أنه يلاحظ ما تكررت الإشارة إليه من أن عقود الأميين لا تثبت إلا بالحجة الرسمية عملا بالفصل 454 فهذه الحجة ليست لازمة لوجود العقد بل لزومها مختص باثباته فقط هذا وإن الشروط المذكورة إذا جاءت هكذا شديدة بالنسبة إلى ثبوت التاريخ ومورد المال واستعماله فذلك لمنع التحيل والتدليس على غرماء ديونهم موثقة برهون عقارية متتابعة في الرتب وخلص المرتهن صاحب الرتبة الأولى ثم ساءت حالته بعد مدة واضطر لاقتراض مبلغ آخر من شخص اشترط عليه الحلول محل ذلك الدائن الذي خلص وتخلّى عن الرهن فلو كان الحلول ممكنا بغير الرسم الثابت التاريخ لاعطاء كتبها فيما طلبه منه متقدم التاريخ يحرز بسببه على أولوية وليدة هذا التدليس كما أن مورد المال الذي هو القرض اشترطه القانون لئلا يكون الخالص أي خلاص الدائن القديم من مال المدين حيث أنه في هذه الصورة الأخيرة ينقضي المدين بملحقاته حسب القاعدة العامة وقد رأينا أن الحلول مبني على استثناء من هذه القاعدة بمقتضاه يعتبر الدين لم ينقض بتوابعه وامتيازاته تجاه الدائن الجديد.

الحلول القانوني :

إن هذا الحلول يتم بمقتضى القانون أي وجوبا في صور مضبوطة بالعد نص عليها الفصل 226 فمن دفع ديننا بذمة الغير لشخص آخر حل محل هذا الأخير فيما كان له من الحقوق والدعاوى لكن ذلك في دائرة تلك الصور لما نعلمه من صفة الحلول باعتباره استثناء جاء به القانون وكل استثناء من هذا القليل يلزم الوقوف عند حد نطاقه والأربع صور المضمنة بالفصل المذكور هي الآتية :

أولا : يثبت الحلول للدائن سواء كان له رهن أو كان دينه مجردا عن كل رهن وامتيياز إذا أدى مال دائن آخر متقدم عليه بسبب امتيازاته ورهونه ولو كان متأخرا عليه في التاريخ.

ثانيا : يثبت كذلك المشتري العقار إلى حد ثمن مشتراه إذا دفع هذا الثمن في خلاص أرباب دين كان العقار مرهونا تحت يدهم.

يثبت لمن أدى ديننا كان مشتركا فيه مع المدين أو مطلوبا به في حقه على أنه مدين بالخيار معه أو كفيل عنه أو معه أو نائب بالكمسيون.

رابعاً : يثبت في حق من وفى بالدين لمصلحة له أو لم يكن مطلوبا معه كمن أعطى رهنا في دين غيره.

ستأمل من هذه الصور صورة بعد أخرى وإنما يتجه أن نلاحظ من الآن أن لدافع المال فيها مصلحة في الدفع. لذلك قرر المقتن وجوب الحلول تسهيلا للأداء. غير أنه لا يجوز بناء على ذلك التوسع بادخال صور أخرى تكون فيها للدافع مصلحة ما.

الصورة الأولى : أي صورة الدائن الذي أدى مال دائن آخر مقدم عليه بسبب امتيازاته ورهونه ولو كان متأخرا عليه في التاريخ.

يلزم أن يكون الدائن الآخر مقدما على الدافع بسبب امتيازاته أو رهونه والامتيازات هي التي أتى بتعريفها الفصل 1625 حيث تضمن ما نصه "الامتياز حق يعطيه القانون في تقدم بعض الغرماء على بعض في الخلاص من مكاسب المدين نظرا لأسباب ديونهم" فيؤخذ مما تقدم ومن لزوم عدم تجاوز نطاق النص أن الحلول القانوني لا يثبت للدائن الذي أدى مال دائن آخر متساو معه في الرتبة أو دونه فيها.

فائدة الحلول في هذه الصورة :

إن خلاص الدائن الممتاز في هذه الصورة ليست فيه مصلحة للدافع فقط بل حتى لبقية الغرماء وللمدين نفسه وبعبارة أخرى فإن هذا الدفع نافع للجميع لأنه يقل به عدد الغرماء ويسبب ذلك تسهيل المفاهمة بينهم ويصبح الاتفاق على توزيع الدين على الباقيين ميسورا وإذا لزم المحاصة في المصاريف تكون قليلة بسبب قلة عدد الغرماء ولربما أبعد بهذه الطريقة الدائن الذي ليس له اكتراث بمصالح من معه من

الدائنين حتى أنه لا يتأخر عن طلب بيع مكاسب المدين في غير الوقت المناسب لتيقنه من التحصيل على ما له قبل كل واحد نظرا لتمتعته بالرتبة الأولى في الرهن كما في هذا المثال : لزيد بذمة عمرو دين قدره مائة ألف دينار موثق برهن من الرتبة الأولى وللمدين نفسه دائن آخر وهو بكر قدر دينه خمسون ألف دينار وله الرتبة الثانية في الرهن فمن مصلحته أن يخلص زيدا ليحل محله فتفاديا من بيع المرهون في غير الوقت المناسب لأن زيدا بمجرد ما يحصل له اليقين بأن متحصل هذا البيع يفي بخلاصه يبادر بطلبه والحال أنه لو ترقب وقتا آخر أي أنه لو أرجأ البيع إلى ميسرة لتحصل من ذلك على مبلغ يفي بخلاص الدينين.

الصورة الثانية : أي صورة حلول مشتري العقار رلى حد ثمن
مشتراه إذا دفع هذا الثمن في خلاص أرباب دين كان العقار مرهونا تحت يدهم ومثال ذلك اشترى زيد بعشرة ملايين من المليمات عقارا مرهونا رهنا من الرتبة الأولى في ستة ملايين تحت يد عمرو ورهنا من الرتبة الثانية في أربعة ملايين تحت يد بكر ورهنا من الرتبة الثالثة تحت يد خالد. فيخلص زيد المرتهين الأولين وبذلك يكون قد وفى بكامل الثمن وحل محل عمرو وبكر فيما لهما من الحقوق وليس في ذلك زدنى إشكال وإنما يظهر بادئ ذي بدء أن زيد هذا أصبح بمثابة المرتهن لعقاره ولا أهمية لهذا الاعتبار في التطبيق لو كانت الديون مساوية للثمن غير أنه يوجد في مثالنا المتقدم دائن ثالث وهو خالد الذي رهنه لا يزال قائما ولا تمكن معارضته بالبيع لأنه متلبس بصفة "غير" ومن المتوقع أن يسعى في التحصيل على بيع العقار من جديد فإذا سعى بالفعل في ذلك وأهشر العقار للبيع وتحصل من هذا البيع الثاني أح عشر مليوناً مثلاً فزيد يقبض العشرة ملايين التي انقدها ثمنا وخلص بها الدائنين الأولين الذين حل محلهم والمليون الباقي يتسلمه خالد وهكذا زيد يكون قد استرد الثمن لكنه ضاع عليه العقار ولم يبق له إلا الرجوع بالدرك على البائع لطلب غرامة الحرمان من المبيع. وههنا يجدر بنا أن نلاحظ بأنه لو أرسلنا رلى الموضوع أشعة التدقيق لرأينا أن عملية كهذه نادرة الوقوع بالصفة المذكورة لأن الشأن في مثل ذلك أو أن المشتري يبادر بطلب رفع العقل والرهون والامتيازات الموظفة على العقار على نحو ما جاء به القانون فيما يتعلق بالإشهار والإعلامات في الآجال المعينة وبعدئذ يقع الشروع في إنجاز البيع لكن الاجراءات الموصلة لذلك تستلزم تكاليف مالية يقصد في الغالب اجتنابها بالطريقة التي جاء بها المثال وعلى كل حال فإذا استعملت هذه الطريقة ثبت الحل للمشتري إلى حد ثمن مشتراه وهو التفسير للصورة الثانية السالفة الذكر.

الصورة الثالثة للحلول القانوني : أي الصورة التي يثبت فيها الحل لمن أدى ديناً كان مشتركاً فيه مع المدين أو مطلوباً به في حقه على أنه مدين بالخيار معه أو كفيل عنه أو معه أو نائب بالكمسيون أو وسيط (والنائب بالكمسيون في المادة التجارية هو التاجر الذي يباشر عمليات في حق الغير إما باسمه الخاص وتحت مسؤوليته أو باسم ذلك الغير كمجرد وكيل بالأجر) ومما لا شك فيه هو أنه يدخل في هذه الصورة من كان مشتركاً مع المدين في دين لا يقبل القسمة وبالجملة فلا بد من أن يكون الدفاع قد تولى هذا الدفع من ماله الخاص وأنه كان مطلوباً مع المدين أو في حق المدين كما لو كان ضامناً فيه ضمان الأداء وبذلك يخرج الدافع الذي لم يكن متضامناً مع المدين أو مرتبطاً معه بسبب عدم قابلية الدين للقسمة اللهم إلا إذا أسعف بالحلول الاتفاقي.

الصورة الرابعة للحلول القانوني : أي الصورة التي يثبت فيها هذا الحل في حق من وفى بالدين لمصلحة له ولو لم يكن مطلوباً معه كمن أعطى رهناً في دين غيره.

هذه الصورة تشير إلى المصلحة في الأداء من غير أن يكون الدافع مطلوباً شخصياً مع المدين أو في حقه كمثال من أعطى رهناً في دين غيره وهو ما يعبر عنه بالضمان العيني. فصاحب العين الموثقة له مصلحة لا محالة في تحرير هذه العين وعليه فإذا أدى مال الدائن حل محله في عموم حقوقه. أما المشرع الفرنسي فإن أتى بما يلي كصورة رابعة للحلول القانوني حيث قال "يثبت الحل القانوني للوارث إذا دفع من ماله الخاص ما على التركة من الديون" فهذا مثال آخر تظهر فيه المصلحة المتحدثة عنها لأن الوارث ينتفع بلا شك بما يفضل بعد دفع الديون ولربما تصفية الديون تستلزم طول الوقت وكثرة المصاريف فإذا عجل بالدفع من ماله الخاص يكون قد أحرز على ربح الوقت واختصار المصاريف خصوصاً إذا كان للدائن رهن على عقار دخل في حصة هذا الوارث فالمصلحة تكون أوضح وهناك أيضاً مصلحة للدافع يبنى عليها الحل القانوني إذا كان هذا الدافع متسوغاً لعقار مرهون أراد المرتهن بيعه فهذا المستوغ يعجل بالمال خشية حدوث صعوبات مع المالك الجديد في شأن تسويغه خصوصاً إذا كان هذا التسويغ واقعاً بعد تاريخ العقلة أو كان غير ثابت التاريخ وبهذا الدفع تضمن حقوقه لأنه يحل محل ذلك الدائن في الرهن المذكور وفي كل التوثقات التي منح إياها من طرف المدين.

مفاعيل الحلول :

سواء كان الحلّول اتفاقيا أو قانونيا فالغير الذي حل محل الدائن ينتصب مكان هذا الأخير ويجري كل ما كان له من الحقوق والدعاوى بالنسبة إلى الدين الذي خلصه وذلك تجاه المدين نفسه والحملاء كما هو صريح الفصل 227 وعلى مقتضى هذا الفصل إذا تعلق الأداء بجزء فقط مما يطلبه الدائن تقع المحاصة بين هذا الأخير والدفاع بدون أولوية لذا أو ذاك بخلاف القانون الفرنسي فإنه أعطى الأولوية للدائن على الغير الذي دفع قسما فقط من الدين وذلك حسب الفصل 1252 فنرى بذلك أن الدائن الذي لم يتصل إلا بجزء من دينه لا يمكن أن يتضرر من الحلّول وهذا الاعتبار لم يقره مقننا التونسي بل رأى أن الدافع يشارك الدائن في مطالبته كل بقدر حصته في الدين فإذا كان مبلغ الدين الذي لزيد على عمرو مائة ألف دينار مثلاً موثقة برهن عقاري ودفع بكر بوجه الحلّول نصف ذلك الدين لزيد ثم بيع العقار المرهون وتحصل من ذلك ثمانون ألف دينار فقد كان لزيد نصف هذا المتحصل والنصف الآخر لبكر وإذا طبقنا على هذا المثال قاعدة القانون الفرنسي كان لزيد كامل دينه أي خمسون ألف دينار ولبكر ما بقي من الثمانين أي ثلاثون ألف دينار.

ملاحظة : جاء الفصل 228 بأن ما يترتب على الحلّول تجري عليه الأصول المقررة بالنسبة إلى لإحالة أعني الفصول 200 - 204 - 205 - 206 - 213 فتراجع في بابها. هذا ومن مفاعيل الحلّول هو أن الدين ينتقل بجميع ملحقاته إلى من خلص الدائن فإذا كان للدائن مثلاً رهن أو ضمان أو امتياز فذلك ينتفع به من حل محله كما سبقت الإشارة إليه وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بأن الحلّول له **مفعول انتقالي** كالإحالة وكذلك إذا كان للدائن الواقع خلاصه دعوى تنجر له منها منفعة كدعوى الرجوع بالمسؤولية على محرر عقدة القرض أو دعوى الفسخ المعبر عنها بالدعوى البوليانية لإبطال العقود التي تمها المدين تدليسا منه وتغيرا فإنها تصبح أيضا من حقوق الغير الذي حل محل ذلك الدائن.

تنبيه : إذا كان الغير الذي دفع مال الدائن مدينا مع غيره بالتضامن فلا يرجع على كل من معه إلا بمنايه حسب الفصل 189 وكذلك الأمر في صورة عدم قابلية الدين للقسمة حسب الفصل 194 وقد سبق منها توضيح ذلك بمناسبة شرح الفصلين المذكورين.

التنظير بين الإحالة والحلول :

ينظر إلى العمليتين من ناحيتين ناحية الشبه وناحية الاختلاف.

أوجه الشبه

تقدم لنا أن الإحالة والحلول يجتمعان في أحوال كثيرة من حيث المفاعيل ومن حيث الوجود والصحة وهي الآتية :

- (1) يجوز انتقال دين أو حق بالإحالة وذلك قبل حلوله ولا يجوز انتقال حقوق يرجى حصولها (الفصل 200).
- (2) لا يجوز انتقال الديون أو الحقوق التي لا تقبل الحجز أو المعارضة أو الإحالة ولا الحقوق الشخصية البحتة كحق مستحق النفقة (الفصل 201).
- (3) تحويل الحق المتنازع فيه باطل إلا إذا وافق على ذلك المدين (الفصل 202).
- (4) إذا كان متعلق الحلّول أكرية العقارات أو غيرها مما يقبل الرهن العقاري أو المداخل الدورية المرتبة عليها فلا تعتبر بالنسبة إلى الغير إلا إذا كانت لمدة تزيد على عام واحد وحررت بكتب ثابت التاريخ (الفصل 206).
- (5) إذا وقع الحلّول في بعض الدين وعجز المدين عن دفع الكامل تحاصص الدائن والغير الذي حلّ محله في ذلك الجزء من الدين وأخذ كل منهما على نسبة حصته مما تحصل من بيع مكاسب المدين بعد عقلتها (الفصل 227) والأمر كذلك بالنسبة إلى الإحالة (الفصل 216) بحيث أنه لا أولوية لواحد على الآخر.
- (6) ضمان وجود الدين محمول بصفة واحدة على المحيل بالإحالة أو بالحلول كما جاء بذلك الفصل 228 الذي قرر انطباق الفصل 213 على الحلّول.
- (7) موجبات الفصل 205 تنطبق في صورتها بالإحالة والحلول.
- (8) الفوائد المشتركة على المدين تنتقل إلى الغير الذي حلّ بالحلول محل الدائن بالصفة التي تنتقل بها إلى المخال له في الإحالة.

أوجه الاختلاف

(1) الإحالة بعوض عملية بيع يقصد المحيل من ورائها الربح بينما الحلول وسيلة يستعملها الغير لم يد المساعدة للمدين حتى لا يكون ضحية شدة دأئنه وافراطه في المطالبة.

(2) الإحالة يمنحها الدائن بينما الحلول يمكن منحه أيضا من قبل المدين وحتى من قبل القانون.

(3) في صورة الحلول إذا رجع الدافع على المدين فلا يطلب منه أكثر مما دفعه بالفعل بينما الأمر بخلاف ذلك في الإحالة إذ أن المحال له يطلب من المدين كامل الدين المسمى بالعقد ولو أنه دفع في الحقيقة للمحيل أقل من ذلك.

(4) من حيث الأهلية يلزم في الإحالة أن تكون للمحيل أهلية التفويت بينما الأهلية المشترطة في الحلول من المدين هي أهلية القبض فمن له ولاية مثلا على عديم أهلية ليس له على مقتضى الفصل 568 أن يقبل بنفسه إحالة ما على منظوره أو له من الديون فهذا التحجير خاص بالإحالة دون الحلول لأن الحلول يقع في منفعة المولى عليه.

(5) ما تضمنه الفصل 255 من الشروط لانعقاد الحلول لا محل لتطبيقه على الإحالة.

(6) للمدين المحال عليه أن يعارض المحال له بجميع الأوجه التي كان له حق معارضة المحيل بها بخلاف الحلول فإن وقوعه من طرف المدين أو نائبه يقضي على عيوب الدين الممكن التمسك بها ضد المحيل.

(7) ملحققات الدين في الإحالة من رهن وضمان تنتقل بالشرط الصريح إلى المحال له حسب الفصل 210 بينما انتقالها في الحلول يقع وجوبا.

الحوالة

تضمن الفصل 229 هذا التعريف للحوالة : "الحوالة عبارة عن نقل ما للدائن من الحقوق على مدينه لشخص آخر وفاء بما عليه لذلك الشخص. وتنعقد الحوالة أيضا إذا كلف أحد غيره بأداء دينه ولم يكن للمكلف دين في ذمة ذلك الغير" فمن هذا التعريف نستخرج ثلاث صور :

الأولى : أكون فيها مثلا دائنا لزيد ومدينا لعمرو. فبصفتي دائنا أحيل إلى هذا الأخير مالي على الأول.

الثانية : أكون فيها مدينا لعمرو أيضا ودائنا لزيد. فبصفتي مدينا أكلف مديني زيدا بأن يدفع إلى عمرو ما يطلبه مني.

الثالثة : أكون فيها مدينا لعمرو فأكلف زيدا الذي ليس لي عليه شيء بأن يبرئ ذمتي مع عمرو.

فكما تقدم يتبادر للذهن أن الحوالة ثلاثة أصناف لكن الحقيقة غير ذلك بل تنحصر الحوالة في الصورة الثانية التي يكلف فيها المدين مدينه بالدفع لدأئنه كما يفعله مثلا بائع العقار المرهون عندما يكلف المشتري بخلاص المرتهن من الثمن. أما الصورة الأولى فيمكن أن تكون من قبيل التجديد إذا اشترطت موافقة المدين المحال عليه أو من قبيل الإحالة أو الحلول بحسب الأحوال المضمنة بالعقد.

والصورة الثالثة التي فيها الدافع ليس بمدين لمن كلفه بالدفع إنما هي مجرد وكالة لا غير كما نص على ذلك الفصل 239.

ففي الحلول يقع تقديم مال ناض وفي الحوالة تعوض ذمة المدين بذمة شخص آخر هو نفسه مدين للمدين. فإذا رضي الدائن المحال له بالحوالة مع اشتراط بقاء مدينه المحيل مطوبا مع المدين الجديد المحال عليه بالحوالة كما لو كان ضامنا اعتبرت الحوالة ناقصة وتكون تامة إذا لم يقع هذا الشرط وما الحوالة التامة في الحقيقة إلا تجديد للدين باستبدال المدين لكن على شرط الرضا أي رضا المدين بالتجديد.

شروط الحوالة :

الشرط الأول : جاء به الفصل 230 حيث تضمن أن الحوالة لا تصح إلا إذا كانت بلفظ صريح ولا تثبت بغلبة الظن.

والشرط الثاني : نجده أيضا بذلك الفصل وهو الذي يقتضي أن من ليست له أهلية التفويت ليس له الحوالة.

والشرط الثالث : يقتضي أن عقد الحوالة يتم برضا المحيل والمحال له ولو من غير علم المحال عليه فإن كان بين المحال له والمدين المحال عليه عداوة فالحوالة لا تصح إلا برضا المحال عليه وله أن يمتنع من قبولها (الفصل 231) وهو أهم فرق باخراج الاستثناء المذكور بين الحوالة والتجديد الذي يستلزم رضا المتعاقدين الثلاثة على الإطلاق.

والشرط الرابع : نص عليه الفصلان 232 - 233 هكذا "لا تصح الحوالة إلا إذا كان كل من الدينين صحيحا قانونا ولا تصح الحوالة أيضا في الحقوق المشكوك في حصولها كما لا يلزم لصحة الحوالة أن يكون الدينان مستاويين في القدر أو متماثلين في السبب".

مفاعيل الحوالة :

تراجع الفصول التي نصت عليه المادة عدد 237 وهذه الفصول هي الآتية : 203 - 208 - 211 - 212 - 214 ويضاف إلى ذلك أنه إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل إلا إذا اشترط في العقد ما يخالف ذلك أو كان ما تقرر بالفصل 236 من أن الحوالة لا تبرئ ذمة المحيل وللمحال له حق الرجوع عليه بجملة المال المحال به وتوابعه في الأحوال الآتية :

أولها : إذا سقط أو ألغي الدين المحال به لكون القانون أوجب فسخه أو إبطاله.

ثانيها : إذا انقضى دين المدين المحال عليه بأن وقع اسقاطه على معنى ما جاء بالفصل 256.

ثالثها : إذا اثبت المحال عليه أنه وفي بالدين قبل عليه بالحوالة وأما إن دفع شيئا للمحيل بعد علمه بالحوالة بقي مطلوبا للمحال له على أن يرجع على المحيل

بما دفع. هذا ويضاف إلى الاستثناءات المذكورة ما نص عليه الفصل 234 من أن للمحال عليه أن يحتج على المحال له بجميع الأوجه التي كان يمكنه الاحتجاج بها على الدائن المحيل. وله أن يعارضه ولو بالأوجه المتعلقة بذات المحيل. وفي الختام نلاحظ أن العمل يجري على نحو ما جاء بالفصل 238 في صورة وقوع الحوالة لشخصين على مدين واحد فالأسبق تاريخا هو الذي يتقدم على الآخر فإن وقعت لهما معا في يوم واحد وتعذر تعيين الساعة قسم المال بين الغريمين كل على نسبة دينه. ويجدر بنا أن نلاحظ بمناسبة قاعدة هذا الفصل أنه لا محل لتطبيق الفصل 207 الذي أشار إليه الفصل 237 المذكور وذلك لعدم انسحاب مقتضيات الفصل 205 على موضوع الحوالة وهي المتعلقة بالإعلام.

فيما يترتب على الالتزامات بصفة عامة

وقبل الخوض في أصل الموضوع يتجه أن نذكر بما كنا أسلفناه من الفروق بين الالتزامات والاتفاقات تفاديا من اللبس فالاتفاقات يترتب عليها أحداث أو تغيير أو انقضاء الالتزامات بينما الالتزامات لا يترتب عليها إلا ما اقتضاه القانون من وجوب تنفيذها اختيارا أو جبرا والتنفيذ الجبري يلتجأ اليه عند امتناع المدين من الوفاء بمحض ارادته فاذا كان هذا المدين عامر الذمة بمبلغ من المال وامتنع من دفعه تعقل عليه مكاسبه وتباع ومن ثمنها يقع خلاص الدائن وهذا الخلاص بالصفة المذكورة مترتب على التزام المدين. والأمر كذلك في صورة التعهد بتسليم شيء بيع. فاذا امتنع المدين الذي هو البائع من تسليم العين قام دائنه المشتري مستنجدا بالقوة العامة لوضع يده على تلك العين وما ذلك الا نتيجة الالتزام بالتخلي عن الشيء لمن اشتراه. وكذلك الأمر أيضا إذا كان التعهد باجراء عمل أو بالامتناع عن عمل فيقع أيضا البديل تنفيذا لذلك الالتزام. هذا في صورة تعذر التحصيل على الوفاء بعين العمل من شخص المدين لأن الشخص لا يمكن اكراهه على ما لا يريد فعله بدون تعد على ذاته فكيف يتصور مثلا إكراه الممثل على القيام بدور قميلي تعهد به إذا لم يرض من تلقاء نفسه بمباشرة ذلك وليس هناك سوى طريقة القضاء عليه بالغرم تنفيذا للالتزام وقد سمي علماء الأصول إيفاء الأصل أداء وإيفاء البديل قضاء. فمن المعلوم أن الانسان لا يكره على الالتزام لكنه إذا التزم وجب عليه الوفاء واكراهه على هذا الوفاء في صورة لا يعد تعديا على حريته إذا كان بالوسائل القانونية. نعم هناك أحوال يجري فيها عين العمل المتعهد به وهي التي لا تلزم فيها المباشرة من شخص المتعهد فيكلف غيره بها على نفقته وبناء على ما تقدم فقد كان على المقتن أن يضع هذا العنوان "فيما يترتب على الالتزامات وعلى الاتفاقات" وذلك لأن العقد الذي هو رابطة قانونية بين عاقلين أو أكثر لا يخرج عن نوع من أنواع الاتفاقات القصد منه إحداث التزام أو عدة التزامات. فالبيع مثلا عقد تتولد عنه التزامات يتحمل بها الشقان من بائع ومشتري. أما إسقاط الدين مثلا فهو ليس بعقد بل هو اتفاق مفاده انقضاء التزام.

- لزوم العقد وصفته النسبية :

تتلخص مفاعيل العقود في أمرين بل في قاعدتين الأولى: جاء بها الفصل 242 من المجلة حيث تضمن أن "ما انعقد على الوجه الصحيح (أي الاتفاقات) يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض الا برضاها أو في الصور المقررة في القانون" والثانية: هي الصفة النسبية للعقد مضمون الفصل 240 الذي هذا نصه: "لا يلزم العقد الا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع في الصور التي نص عليها القانون".

- شرح القاعدة الأولى :

(في أن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين) لما أقر المشرع مبدأ لزوم العقد بالنسبة إلى العاقدين كان رائده في ذلك إيجاب احترام الوعود وبعث الطمأنينة في القلوب بما يكفل استقرار الثقة في المعاملات ويحقق الرقي الاجتماعي في جو حسن الأخلاق ومظاهر الآداب السامية. ومن نتائج مبدأ استقلال الإرادة حرية التعاقد التي للأشخاص. فلهم حق وضع الشروط التي يرونها مع امكانية الاتفاق على إنهاء مفعول العقد وليس لتلك الحرية أصالة الاقيد عدم مخالفة الأحكام التي تهم النظام العام والأخلاق الحميدة كما يدل على ذلك استعمال المقتن لجملة على "الوجه الصحيح" ومعنى النظام العام هو كل ما له مساس بالنظم السياسية والعائلية والاقتصادية. فمن متعلقات النظم السياسية أحكام القوانين الدستورية والجنائية والمالية.. فكل اتفاق يخالفها يعتبر باطلا. والنظم العائلية تقتضي احترام الاحكام المختصة بالولاية والعاصمة والتبني وغيرها. أما الاقتصادية فهي كل ما له تعلق بانتقال الملكية العقارية تجاه الغير أو بعدم انتقالها أو بقيمة النقود وأحوال رواجها. وقد تتداخل السلطة التشريعية في الروابط الخاصة بالافراد وتوظف أحكاما تقيد حرية المعاملات باسم النظام العام كما ذلك في عدة أحوال نخص منها بالذكر أحكام الأكرية والملكية التجارية والشغل.

وقد تكاثرت هذه القيود زمن الاستعمار من تاريخ انتهاء الحرب العالمية الأولى أي حرب 1914 - 1918 وزادت دائرتها اتساعا بعد الحرب العالمية الثانية أي حرب 1939 - 1945 وذلك باباحة تحرير العقود المنبرمة قبل الحرب بما يخالف مقاصد

الطرفين مراعاة للأحوال الاقتصادية الجديدة وليدة الانقلابات المتسببة عن الحروب باعتبار أن التنفيذ بالنسبة إلى الالتزامات السابقة ينبجم عنه من التكاليف ما يتجاوز بكثير أهمية ما كان يتوقعه ويرمي إليه المعاهد حين انبرام العقد. ولا يخفى ما في ذلك من تحطيم للمبدأ السالف الذكر القاضي بأن الناس عند شروطهم وفعلا فقد كانت الانقلابات رائد المشرع في ذلك التاريخ لادخال ما وصف بالتعديل للنظام الاجتماعي منعا لحلول الفوضى محل التوازن الاقتصادي وصدرت عدة قوانين استثنائية وصفت بالوقفية حدثت من إرادة المتعاقدين فمن ذلك قوانين التمسك بالبقاء في المحلات المسوغة وقانون التسخير الذي استغلت أحكامه بعض الشركات الأجنبية والعناصر المحظوظة التي لا تقيم وزنا لوخز الضمير.

لقد تعرضنا فيما سبق الى حرية الاتفاقات المقيدة بعدم الخروج عن القانون والنظام العام والأخلاق الحميدة وقلنا إن كل اتفاق يخالف القانون أو النظام العام لا به يعمل ولا عليه يعول والأمر كذلك إذا خالف الاتفاق الأخلاق الحميدة ونعني بالأخلاق الحميدة في المادة المدنية ما تقدم شرحه عند الخوض في نظرية السبب فهناك أمور غير جائزة لا يصح فيها التعاقد كالاتفاق مثلا على مباشرة أعمال تنافي الحياة ويوكل لاجتهاد المحاكم تقدير الظروف التي يكون فيها الأمر المتفق عليه منافيا للآداب الموضوعية والأخلاق الحميدة.

ماذا ينتج عن لزوم العقد ؟

هذا اللزوم ينظر إليه من جهة المتعاقدين ومن جهة المقتن ومن جهة الحاكم فمن جهة المتعاقدين يقع الأخذ بارادتهما ويعتبر العقد كقانون بينهما يحترمانه كاحترامهما للقانون العام نفسه وإذا غيرا شيئا من مقتضياته فلا يكون ذلك إلا بالنسبة إلى المستقبل خصوصا إذا كان متعلق العقد تعهدات دورية ككراء عقار لمدة معلومة يتفق الطرفان على قطعها. وبالنسبة إلى دور المشرع فليس لأحكامه تأثير على العقود السابقة الوضع ما لم يطرأ ما يوجب الخروج عن قاعدة عدم انسحاب القوانين على الماضي لمنع ما يتوقع من الاخلال بالنظام العام بسبب الحالات الاضطرارية التي سبقت الإشارة إليها، أما بالنسبة إلى دور الحاكم فهو ملزوم بالسهر على تطبيق العقد وتنفيذه وتأويله بدون أن يغير شيئا من شروطه ولو كانت قاسية. فليس له مثلا أن يحط من أجرة وقع الاتفاق عليها بعلة أنها فاحشة ولا أن يعوض شرطا مشوبا بالفساد

بآخر فاذا تضمن العقد مثلاً شرطاً يقتضي تحجير مباشرة التجارة مطلقاً على المعاهد فلا يسع الحاكم إلا القضاء ببطلانه بدون أن يحصر التحجير في منطقة معينة لازالة الاطلاق الممنوع. وقد يبيح المقتن للحاكم في أحوال استثنائية إدخال تغييرات جزئية على العقد كاعطاء أجل على وجه الفضل أو تنجيم الدفعات على معنى ما جاء بالفصل 137 من المجلة التونسية المنقح في عام 1922.

تأويل الحاكم للعقود

تضمن الفصل 514 الأحوال التي يسوغ فيها للحاكم التأويل وهي الآتية :

أولاً : إذا كانت عبارة العقد مناقضة للمقصود ولصریح الغرض منه عند تحريره.

ثانياً : إذا كانت عباراته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.

ثالثاً : إذا كان موجب الرب تناقض في فصول الكتب أوجب تردداً في حقيقة مدلولها. وتضمن الفصل 515 أن "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب" يؤخذ من ذلك أن الحاكم كما يفسر القانون عند الغموض والابهام يفسر أيضاً العقود ليوضح معناها ومداه وادليله في ذلك ما جاء بالفصل 515 المذكور الذي أوجب الاهتمام بنية الطرفين المتبادلة بدون التقيد بالألفاظ المستعملة للإعلان عنها وقد جاء في الحديث الصحيح "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى" فعندما يجد الحاكم نفسه أمام ارادتين واحدة باطنية والأخرى معلنة عنها يجتهد في التقريب بينهما بطريق التحليل وسبر الملامح الخارجية. فإذا تسوغت مني مثلاً بيتاً بداري لمدة معينة قد انتهت وجددت لك التسويغ بكتب ذكرت فيه ما يلي "تسوغ مني فلان داري لمدة كذا بالمبلغ المضمن بالرسم القديم" فمما لا شك فيه هو أن التسويغ الجديد كان للبيت لا لكامل الدار ومن قواعد التفسير ما جاء بالفصل 516 من أن "المعمول به عادة بمحل الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود" فالاصلاحات التي تقتضي العوائد المحلية حملها على المكتري لا يجب اشتراطها نصاً.

ومن القواعد أيضاً ما نص عليه الفصل 518 من أنه "إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على مافيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة

فيه" فاذا تضمن اتفاق زيد وبكر على أن لبكر حق المرور من ملكه فالتأويل لا يكون الا باعتبار المرور من طرف بكر بملك زيد.

ومن قواعد التأويل أيضاً موضوع الفصل 529 القاضي بأن "التفسير عند الرب يكون بما هو أخف على المدين بيمينه" وذلك لأن الشروط يملئها الدائن عادة. تلك هي بعض القواعد القانونية المعتمدة في تأويل مقاصد المتعاقدين وفي قول المقتن "أن العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب" إشارة الى أن المحاكم لا تتقيد بالوصف الذي أعطاه الطرفان للعقد قصداً أو خطأ بل يجوز لها أن تردده الى حقيقته فكثيراً ما يعتمد المتعاقدان تغيير الوصف تحيلاً منهما على الغير وهذا الغير هو في غالب الأحوال صندوق الدولة لأن أهمية معالم النقل تختلف باختلاف نوع العقد فنرى عقد الهبة يوصف بالبيع لأن معالم النقل عن التبرعات أوفر من المعالم الموظفة على البيوعات فالحاكم في هذه الصورة يغير الوصف بعد التأمل من فصول العقد والتحقق من اخفائها لشرائط البيع ويبني على ذلك استخلاص ضعف المعالم بتضامن كل من شملهم العقد.

رضاء المتعاقدين لنقض العقد :

أفادت الفقرة الثانية من الفصل 242 بأن العقد لا ينقضي إلا برضاء المتعاقدين أو في الصورة المقررة في القانون ففي ذلك إشارة الى صورة الاقالة إلا أنه يلزم هنا تراضي الطرفين على الفسخ إثر التعاقد وأما إذا عمل بالعقد ثم حصل الاتفاق على النقص فمفعول ذلك لا ينسحب على الماضي كما أسلفنا وذلك احتراماً للحقوق التي اكتسبها الغير بعد التعاقد مثل الرهون وحقوق الارتفاق حتى أنه إذا بيع عقار ثم حصل الاتفاق على الفسخ فحقوق صندوق الدولة لا تتضرر من ذلك وتستخلص معالم نقل أخرى.

أما الصورة التي ينقضي فيها العقد بمقتضى أحكام القانون فهي كثيرة وليراجع في شأنها باب البيع وأبواب الكراء والاجارة والنقل والانتزاع والصلح وغيرها.

ملاحظة : هناك عقود تكفي لنقضها بالنسبة إلى المستقبل إرادة واحدة. فمن ذلك الوكالة إذ خول للموكل بمقتضى الفصل 1160 عزل الوكيل.

وهناك أسباب أخرى للتقاضي اقتضاها القانون وهو التدليس والاكراه والغلط وعدم الأهلية ومطل المشتري في دفع الثمن فالعقد بموجب هذه الأسباب يفسخ بالنسبة إلى الماضي والمتعاقدان يرجعان للحالة التي كانا عليها وقت التعاقد وقد جاء الفصل 244 بتجوير اشتراط عدم التحمل بما ينتج عن الخطأ الفاحش أو التدليس كما أوجب المقتن أن يكون الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون أو العرف أو الانصاف حسب طبيعته (فصل 243) وإذا أناب المدين من يجري الالتزام مكانه أو استعان بالغير على إجراء ما ذكر فهو مسؤول عما يصدر من النائب ومن ذلك الغير كما لو صدر ذلك منه نفسه وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا.

وهناك صور يكون فيها المدين معفى من الوفاء حسب الفصلين 246، 247. حيث جاء بهما أنه ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج من التزام ما لم يثبت أنه قد وفى من جهته أو عرض أن يوفى بما أوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى القانون أو العرف إذا كان الالتزام من الطرفين فلا أحدهما أن يمتنع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه وإذا كان على أحد أن يوفى بما عليه لعدة أشخاص فله أن يمتنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتموا جميعا ما وجب عليهم.

شرح القاعدة الثانية في صفة العقد الذمبية :

جاء بالفصل 240 أن العقد لا يلزم إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون.

أما كون العقد لا يلزم إلا العاقدين فهو أمر مسلم لأن الاتفاقات تستمد نفوذها من الرضا. ومفعولها ينسحب على الأشخاص الصادر منهم الرضا فمن بقي خارجا عن دائرتها لا ينتفع ولا يتضرر منها وهذا ما كنا شرحناه بمناسبة الكلام على الوعد في حق الغير واشتراط الشروط في حق الغير وكلاهما محجر مبدئيا بمقتضى الفصل 37.

ما المراد من كلمة " العاقدين " ؟

لا شك في أن كل من شارك فعليا في إبرام العقد يعتبر طرفا فيه لكنه في مضمون الطرفين يدخل من شارك فيه بواسطة نائب قانوني أو عدلي أو اتفاقي فالاتفاقات المبرمة من النائب تكون بالنسبة إلى المنوب عنه حجة له أو عليه مثل ما تكون اتفاقات المالك الأصلي للحق في شأن هذا الحق منسحبة المفعول على من خلفه بوجه عام. أما الخلف بوجه خاص كالمشتري والموهوب له فلا تنسحب عليه اتفاقات البائع أو الواهب إلا إذا كانت أسبق تاريخا من البيع أو الهبة.

ما المراد من كلمة "الغير" في الفصل 240 ؟

هذه الكلمة تشير إلى غير من سبق ذكرهم من معاقد أصلي أو خلف بوجه عام أو بوجه خاص وسنرى انسحابها في الاصطلاح على هؤلاء الآخرين في أحوال سنذكرها بمناسبة الكلام على العقود السرية وعلى الدعوى البوليانة وبهذا يظهر أن لفظة "الغير" يضبط مؤداها باعتبار الحالات التعاقدية على اختلافها وأما معناها بصفة عامة فهو يتناول من كان أجنبيا تماما عن دائرة التعاقد ولم يشارك فيها لا بنفسه ولا بواسطة من كانت له نيابة صحيحة عنه. وعليه فليس من قبيل "الغير" بهذا المعنى الأشخاص الذين انجر لهم حق من المتعاقدين وهم خلفاؤهم بوجه عام أو بوجه خاص وقد جاء بالفصل 241 بأن الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون.

ثم إن المشروع حوصل بهذا الفصل قاعدة الميراث الشرعية القاضية بأن الورثة لا يلزمون إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم فليس عليهم من التواء إلا بقدر ما لهم من النماء كل هذا إذا لم يمتنعوا من قبول الإرث أما إذا سلموا فيه فلا يلزمون بشيء فليس عليهم غرم إذا لم يكن لهم غنم وحينئذ لا يسع أرباب الدين إلا تتبع مخلف المدين وقد أضاف المقتن بالفصل 553 قاعدة الأولوية الشرعية حيث قال: إن الدائن يقدم على الوارث ولا إرث إلا بعد أداء الدين كما يؤخذ ذلك من كلمة "تدوم" المضمنة بهذا البيت:

"أول ما يبدأ به في المال تدريه من "تدوم" في مقال"

وليس أيضا من قبيل "الغير" الدائنون المجردة ديونهم من الرهن فهؤلاء تنسحب عليهم نتائج عقود مدينهم فمما تقدم يظهر أن هناك ثلاثة أصناف من الأشخاص وهم:

الخلفاء بوجه عام والخلفاء بوجه خاص والغرماء المجردة ديونهم من الرهن أي الغرماء العاديون.

الخلفاء بوجه عام :

هذا الصنف يشمل كل من ترتب له حق شائع في مكاسب المعاقدين غير مخصوص بجزء منها دون جزء آخر مثال ذلك الورثة والموهور لهم بوجه عام أي بدون تقييد الهبة بشيء معين من مكاسب الواهب والموصي لهم بوجه عام كذلك وهم كالورثة فالورثة يعتبرون متممين لشخصية من يخلفونه وحالين محله فيما له وعليه بحيث أن العقد يحصل مفعوله أولا وبالذات فيما بين المتعاقدين من دائن ومدين فاذا مات الدائن قبل استيفاء حقه أو مات المدين قبل الوفاء بما تعهد به فالحق أو الدين ينتقل إلى ورثة من مات منهما لكن مع الاحتراز الذي أوردناه فيما يتعلق بعدم قبول الوارث للمخلف وبالإبقاء على قدر المناب من الارث في صورة القبول. وإذا وضع أحد الورثة يده على مجموع التركة فلا يجوز مطالبة غيره من الورثة بديون المورث.

استثناءات :

أسلفنا أن الفصل 241 تضمن التصريح بجريان أحكام الالتزامات على المتعاقدين وعلى خلفائهم لكنه استثنى من ذلك :

أولا : صورة ما إذا نص العقد بشرط صريح أن مفعوله لا يتعدى إلى الورثة أو غيرهم من المنجر لهم الحق بوجه عام بمعنى أنه يمكن للشخص أن يضمن بالعقد أن مفعول هذا العقد لا يتسلط بالنفع أو بالضرر على من سيخلفه بوجه عام مثال ذلك استبقاء بائع العقار حق استجاره مع شرط عدم انتقال هذا الحق إلى ورثته.

ثانيا : صورة ما إذا كانت طبيعة الاتفاق لا تسمح بالانسحاب وهذا في جميع العقود المراعاة فيها ذات المعاقدين كما في عقد الزواج وعقد التضامن والوكالة إذ

أنها لا تنتقل إلى الورثة وكذلك بالنسبة إلى الاستغلال والجرايات العمرية والنفقة وحق السكنى فينتهي هنا أثر العقد بزوال العاقد عن الوجود.

الخلفاء بوجه خاص :

يعتبر الخلف خاصا كلما كان الحق المنجر له واقعا على جزء معين من مكاسب المنجر منه الحق مثال ذلك البائع. فالمشتري لا يخلف البائع إلا في خصوص الشيء المباع فهو لا يخلفه حينئذ في عموم مكاسبه لذلك كان المشتري خلفا بوجه خاص لا بوجه عام وكذلك المكتري فهو خلف خاص للمكري والمعاوض خلف خاص للمبادل الآخر.

تنبيه : ينسحب اثر العمل القانوني على الخلف الخاص إلا إذا كان متقدما من حيث التاريخ على العقد لانه بدون ذلك يعطي هذا المعاهد صفة "غير" بالنسبة إلى العمل المذكور.

فاذا باع أو وهب شخص شيئا يملكه انتقل ذلك إلى المشتري أو الموهور له على حالته. مثال ذلك أن أبيع دارا كنت اتفقت مع جاري على أن يكون لها حق ارتفاع يقتضي الكشف على ضيعته فالمشتري للدار ينتفع بهذا الاتفاق ويتمسك به ضد من يحاول حرمانه من حق الارتفاع المذكور فنرى بذلك أن الاتفاق المذكور وسع في نطاق المبيع. ولنفرض الآن أن الدار المباعة كانت قبل البيع محل شغب من طرف الغير فيقع صلح يقتضي كف المشاغب عن كل دعوى في شأن الدار مقابل منفعة تسلمها من خصمه الذي أصبح مالكا للدار بدون شغب فبالصلح المذكور تدعمت ملكيته لما ذكر ومن استحالتها منه بوجه من الوجوه يتاح له أن يتمسك بذلك الصلح ضد كل مشاغب جديد وقد يؤول الحق في الدار إلى الغير منقوصا وذلك في صورة ما إذا كان البائع لها وظف عليها حق ارتفاع قبل البيع فالمشتري ملزوم باحترامه.

ملاحظة : يفرق بين الاتفاقات التي توسع في نطاق الحق أو تضيق فيه والتي تعلقها إنما هو بشخص المعاهد فاذا اتفق مثلا هذا الأخير مع جاره على أن يخدم أرض جناه ويلوذ بأشجاره في كل سنة فالجار لا يلزم بذلك مشتري الجنان والأمر كذلك في صورة ما إذا كانت للبائع اتفاقية مع شركة الضوء تقتضي الحط من ثمن التيار الكهربائي الذي كان يستعمله بداره فالمشتري للدار لا ينتفع بذلك الاتفاق وقد حكمت

محكمة النقض والابرام الفرنسية في 12 جانفي سنة 1937 بأن إحالة محل تجارة ليس في ضمنها انتقال ما للمحيل بذمة الغير من الديون إلى المحال له معتبرة هذه الديون غير مرتبطة بعين المحل اللهم إلا إذا كانت هناك رابطة قوية بين الدين أو المصلحة والمحال به بما يؤخذ منه أن هذه المصلحة أصبحت فائدتها بعد الإحالة خاصة المحال له وهو الخلف بوجه خاص كما جاء بذلك قانون التأمين الفرنسي المؤرخ في 13 جويلية سنة 1930 والذي سبقت الإشارة إليه بمناسبة دراسة اشتراط الشروط في حق الغير وقد اقتضى هذا القانون أن المشتري العين المؤمنة تنسحب عليه وجوبا اتفاقية التأمين المبرمة بين البائع لتلك العين وشركة التأمين بجميع منافعها وتكاليفها ونرى أيضا حصول انسحاب الحقوق والتكاليف الشخصية على الخلف بوجه خاص في صورة الفصل 798 القاضي بأن عقد الكراء ينسحب على المشتري للعقار بالرغم من كون الكراء حقا شخصا لكنه قيد ذلك بثلاثة شروط: وهي أن يكون الكراء عن حسن نية وأن يكون سابقا عن تاريخ الشراء وأن يكون ثابت التاريخ.

الغرماء العاديون :

ذهب علماء الحقوق الى اعتبار هذا الصنف من الغرماء كخلفاء بوجه عام لمدينهم وذلك بناء على القاعدة العامة القاضية بأن مجموع أموال الدين ضمان لغرمائه ليتحاصصوا ما يجدون منها عند التنفيذ فهذا الحق في الضمان متغير وغير قار إذ أنه يتأثر بالتصرفات التي يجريها المدين على مكاسبه سواء كانت هذه التصرفات منمية لمكاسبه أو منقصة منها. ثم وقع العدول حديثا عن هذه النظرية واعتبر الصنف المذكور من الغرماء كخلفاء بوجه خاص بناء على أنهم لا يخلفونه بالنسبة إلى الديون العامرة بها ذمته بل لهم مراقبة تصرفاته بفضل ما خوله لهم القانون من الدعاوى كالدعوى المنحرفة والدعوى البوليائية لكن الفكرة التي سادت أخيرا هي التي بمقتضاها لا يلزم اعتبارهم من الخلفاء مطلقا بل هم متمتعون بحالة مستقلة عن ذا وذاك. فالدائن المجرد دينه عن الرهن لا يستمد من عقود مدينه مع الغير لا صفة دائن ولا صفة مدين شخصا حتى أنه إذا قام بالدعوى المنحرفة على مدين مدينه فقيامه هذا متعلق بحق غيره عدا ما استثنى في بعض الصور القانونية كصورة الفصل 776 الذي يخول للمكري أن يطالب المكتري الثاني مهما جاز له مطالبة الأول وصورة الفصل 1130 الذي يجعل نائب الوكيل مسؤولا مباشرة للموكل وصورة الفصل 887 الذي

يخول للاجراء والصناع المستخدمين في بناء أو غيره من الأعمال الجارية على وجه المقاطعة أن يطالبوا المالك رأسا بالمبالغ المترتبة في ذمته للمقاطع وقت قيام أحدهم بهذه الصور وما شاكلها في مواضيع أخرى يخول فيها القانون للدائن القيام مباشرة على من لم يتعاقد معه راسا وهي استثناء من صفة النسبية في العقود.

فيما يترتب على العقود تجاه الغير :

نص الفصل 240 على أنه "لا يلزم العقد إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصورة التي نص عليها القانون" فالأصل في ذلك هو أن الناس لا تقيد ذمتهم إلا بإرادتهم أو إرادة القانون وهو مبدأ حرية الإرادة.

تقدم لنا تفسير كلمة "الغير" في الفصل 240 فيلزمنا الآن أن نوضح ما هو المراد بعدم انجرار نفع أو ضرر للغير من العقد. لذلك نعود لما كنا أوردناه على معنى ما جاء بالفصل 37 من أن العقد لا يمكن أن يترتب عنه التزامات في ذمة الغير أو لفائده لكن هذه القاعدة دخلت عليها استثناءات من قبل القانون نفسه بالفصول 38 - 39. 40 التي سبق شرحها تحت عنوان الوعد في حق الغير واشتراط الشروط في حق الغير. وهناك عقود أخرى خالفت مبدأ النسبية الذي نحن بصدد شرحه ذكرنا منها ما له تعلق بالكراء والوكالة والاجارة. هذا وإن الصور الاستثنائية التي أصبح فيها للعقد تأثير على الغير أخذت اليوم في الازدياد لأن الأفكار الاجتماعية غمرت القانون وأهم هذه الصور صورة العقود المشتركة أو عقود الجماعة التي لم يصدر في شأنها قانون فرنسي قبل عام 1919 وقد وقع انتشارها إثر الحوادث الاجتماعية الواقعة في عام 1936 وحصل اتفاق يتعلق بها بين الهيئات المشرفة على العمل ينعت باتفاق ماتينيون (Matignon).

هذه العقود تهم أصنافا مختلفة من الهيئات في دائرة الشغل كנקابات العملة ومنظمات الاعراف بحسب العمل أو الشغل فمفعولها ينسحب على أفراد كل صنف بدون استثناء الممضي بها منهم وغير الممضي والأصل فيها اتفاقات كتابية أبرمت بين البعض من ذا وذاك وبالاتخراط في سلك العملة أو في دائرة الشغل يقع الخضوع لمقتضياتها ممن لم يشارك فيها مباشرة لأنها معتبرة بمثابة نظام.

العقود السرية

هناك توليغ أو صورية (Simulation ou fiction) إذا غيرت أو نقضت مفاعيل عقد ظاهر بعقد آخر اتفق الطرفان على أن يبقى سريا بينهما وفي الاصطلاح الفقهي التوليغ هو تنكير الهبة في صورة بيع وذلك لاجتناب شرط حوز الموهوب لصحة الهبة. فهناك حينئذ عقدان أحدهما ظاهر (Ostensible) والآخر مستتر وعلى مقتضى الفصل 26 لا عمل على هذا الأخير إلا بين المتعاقدين وورثتهم وذلك لأن التوليغ أي الكذب لا يقصد منه إلا مخادعة الغير وعليه فالغير في التوليغ هو الذي يستند على العقد الظاهر تأييدا لحقه ولا يكون التوليغ فيما بين المتعاقدين سببا لفساد العقد وهذا فرق بين التوليغ والتغريب أو التدليس الذي فيه تحيل على المعاهد لا على الغير. ولنضرب لذلك هذا المثال : حرر بين زيد وعمرو كتب نص به أن الأول باع للثاني أرضه بعشرة ملايين وفي الوقت نفسه يحرران كتابا آخر مفاده أن ذلك البيع صوري فهذا الكتب الثاني هو المعني بالسري وهو عامل فيما بين زيد وعمرو لأن الحقيقة تتقدم على عكسها بحيث أن زيدا يمكن له أن يقوم باستحقاق الأرض التي تسلمها منه عمرو محتجا عليه بالعقد السري ولا يقبل من عمرو رد هذا الاحتجاج بالتمسك بالعقد الظاهر القاضي بالبيع لأن هذا البيع غير حقيقي وأما بالنسبة إلى الغير الذي له مصلحة في اعتبار البيع ناجزا فلا تأثير للعقد السري عليه بحيث أن هذا الغير لا تجوز معارضته به ونتيجة ذلك هي أن عمرا لو باع للغير أو وظف حقا على المبيع المذكور وجب على زيد احترام هذا التفويت وانما يبقى له حق القيام بالغرم على معاقده الذي لم يحترم الكتب السري وذلك لأن هذا الكتب لا قيمة له تجاه الغير اللهم إلا إذا كان هذا الغير عالما به.

هذا وإن متعلق العقد السري أو التوليغ يختلف باختلاف الظروف فتارة يكون مؤداه أن العقد الظاهر صوري كما في المثال المتقدم وتارة أخرى يقصد من العقد الظاهر تنكير الهبة في صورة بيع وأحيانا يضمن بعقد البيع الظاهر تنكير الهبة في صورة بيع وأحيانا يضمن بعقد البيع الظاهر ثمن دون الثمن الحقيقي وذلك للتحيل على صندوق الدولة بسبب تفاوت أهمية معالم النقل بحسب نوع المعاملة

ونجد أيضا في المادة التجارية استثناء من قاعدة عدم انسحاب الاتفاقات على الغير أي على من لم يشارك فيها مباشرة أو بواسطة وهو المتعلق بالمصالحة الواقية (concordat) التي هي عبارة عن اتفاق بين التاجر والمفلس وأغلبية غرمائه ليستأنف إدارة تجارته في مقابلة تنازلهم عن جزء من الدين ومتى حصلت تلك الأغلبية على نسبة معينة وهي نسبة الثلثين باعتبار عدد الغرماء وأهمية الديون أصبح الاتفاق على المصالحة نافذ المفعول على الغرماء الذين لم يرتضوه فيحط من ديونهم على النسبة المتفق عليها رغم معارضتهم ويتحاصون الباقي مع الآخرين أي باقي الديون التي وعد المدين بدفعها على الوجه القانوني.

توضيح كلمة "غير" على ضوء قاعدة الفصل 26 المتعلقة بالعقود السرية :

استفدنا من منطوق الفصل 241 أن الالتزامات تجري أحكامها على المتعاقدين وورثتهم ومن ترتب له حق منهم فالورثة هم الخلفاء بوجه عام ومن ترتب له حق من المتعاقدين يدخل من بينهم الخلفاء بوجه خاص فهذا الصنف الأخير لا تطلق عليه كلمة "غير" حسب القاعدة المذكورة ومع ذلك فقد تكون له صفة "غير" على معنى ما جاء بالفصل 26 الذي هذا نصه:

"الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها ومن يصير إليه حق من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل".

أليس هذا دليلا قاطعا على ما كنا ذكرناه من أن كلمة "غير" لا يضبط مؤداها إلا بمعرفة مقام استعمالها؟ وهنا يجدر بنا أن نبسط نظرية التوليغ والعقود السرية.

ملاحظة تتعلق بالاثبات :

لما كان العقد السري لازما للطرفين فاثباته يقع طبق قواعد الاثبات العامة. بمعنى أنه تلزم الحجة الخطية إذا كانت أهمية محل العقد تتجاوز الثلاثة آلاف مليم وأما بالنسبة إلى الغير فانه لا يقيد بوسيلة خاصة بل يجوز له الاثبات حتى بالقرائن التي هي أضعف وسيلة من وسائل الاثبات وذلك لانه متحيل عليه.

وفي أحوال أخرى يقصد من العقد الظاهر اخفاء اسم المعاهد الحقيقي كما لو كان ابن زنا مثلاً أو كان الموصى له في الحقيقة وارثاً للموصي لا يصح في حقه الايصاء.

فمن هو الغير يا ترى في نطاق هذه النظرية ؟ إن كلمة "غير" بالمعنى العام تنطبق حسبما بسطناه سابقاً على الأشخاص الذين تناولوا من أحد المتعاقدين قبل تعاقدهما اما المتعاقد عليه نفسه أو حقاً موظفاً عليه كحق ارتفاق أو رهن عقاري. وخلفاء المتعاقدين هم الذين اكتسبوا بعد ذلك التعاقد حقاً على نفس ذلك المتعاقد عليه. أما في نطاق نظرية العقود السرية فان هذه الكلمة أي كلمة "غير" يتسع مداها بان تشمل خلفاء المتعاقدين بوجه خاص كالمشترين والموهوب لهم كما تشمل أيضاً الغرماء المجردة ديونهم من الرهن بخلاف الخلفاء بوجه عام كالورثة فانهم يعتبرون كالتطرفين أنفسهم بمعنى أنهم يدخلون تحت مفعول العقود السرية.

ملاحظة : لهذا "الغير" في الاصطلاح المتقدم أن يختار التمسك بالعقد الظاهر أو بالعقد السري حسبما تقتضيه مصلحته. ففي مثال البيع الصوري المتقدم ذكره نرى أن غرماء المشتري يختارون بلا شك العقد الظاهر بينما مصلحة غرماء البائع هي التمسك بالعقد السري المصرح به بصورة البيع المضمن بالعقد الظاهر وجرى عمل المحاكم بالأخذ بيد الغير المتحيل عليه بالعقد الظاهر وذلك لئلا يخرج المبيع من كسب مدينهم حينما يتمسك بهذا العقد ونعني بذلك غرماء المشتري.

هذا وقد تدعو المصلحة في مثال البيع للتمسك بالعقد السري وذلك في صورة ماذا باع زيد عقاراً لعمرو بمقتضى عقد تضمن أن معين الثمن ثلاثة ملايين مؤجلة ثم يكتب باتفاق سري بينهما أن الثمن الحقيقي هو عشرة ملايين فبدون شك يجوز لغرماء البائع زيد ان يطلبوا من عمرو المشتري العشرة ملايين تمسكاً منهم بالعقد السري المبين للثمن الحقيقي وهذا ما سبقت الإشارة إليه بالنسبة إلى صندوق الدولة الذي له طلب معالم النقل على نسبة ما بالعقد السري أي على نسبة العشرة ملايين بدون أن يمنع ذلك حسب أحكام التسجيل من توظيف الخطايا الجبائية كعقاب مدني على هذا التحيل.

الوفاء بالالتزامات أي تنفيذها

إن للتنفيذ أهمية كبرى حيث تدرك به الغاية من التعهدات ومطلق الالتزامات مهما كان مصدرها فمحل الالتزام ينحصر كما علمنا في ثلاثة أمور أما التخلي للدائن عن شيء من الأشياء أو إجراء عمل أو الامتناع عن عمل.

والأصل في الوفاء وقوعه مبدئياً بعين المتعهد به وفي ذلك إشارة إلى الجبر أي أن الملتزم يجرى عليه التنفيذ الجبري ما لم ير إبراء ذمته طوعاً ولا يقضى بإيفاء البديل إلا عند عدم إمكان إيفاء عين الموضوع لأن الدائن لا يلزم بقبول غير ما وقع به التعهد فاذا كان المتعهد به من القيميات مثلاً وهلك بتفريط من المدين جاز الحكم عليه بأداء قيمته وفي الاصطلاح تستعمل لفظة أداء للدلالة على الوفاء بعين المتعهد به ولفظة قضاه إذا كان الوفاء بالبديل وكل من هاتين اللفظتين تعبر عن فك الرابطة القانونية التي أنشأها التعهد فالبائع مثلاً يكون قد وفى بما تعهد به إذا سلم المبيع وبنفك التزام المشتري إذا أنقذ الثمن وتتبيراً ذمة الأجير إذا باشر العمل الملتزم به للمؤجر وهذا المؤجر ينفك التزامه عندما ينقذ الأجر المتفق عليه.

هذا وقد يحصل الأداء بطرق أخرى من بينها التجديد والمقاصة والتصيير بالدين ولا يتصور الأداء إلا إذا كان هناك دين أما إيفاء غير المستحق فإنه يخول القيام بالاسترداد وقد رأينا فيما سبق أن الوفاء بالالتزام الطبيعي أداء لأن الالتزام الطبيعي يقتضي وجود ذمة شخص عامرة لشخص آخر لا يملك حق مطالبته بالوفاء كما لو ترك دائن مدة التقادم تنقضي بدون أن يقوم بعمل قاطع فالمدين لا تمكن مطالبته بعد ذلك اللهم إلا إذا دفع ما بذمته وعن طوعية واختيار وهذا الدفع لا يعتبر تبرعاً منه بل هو أداء صحيح وليس لهذا المدين أن يقوم بعد ذلك بالاسترداد بعلّة أنه دفع عن جهل بمرور الزمن المسقط لحق المطالبة.

من يصح الوفاء

الجواب عن هذا السؤال تضمنه الفصل 248 حيث جاء به أن للمدين أن يوفي بما التزم به إما بنفسه أو بواسطة غيره وعليه أن يوفي بنفسه في صورتين الآتيتين :

الأولى : إذا اقتضى النص الصريح أن يجري المدين التزامه بنفسه لأنه منعقد بالنظر لشخصه وحينئذ لا تصح النيابة ولو كان النائب أولى من المنوب لأن اتخاذ طريقة أخرى يفوت بها الغرض المقصود.

الثانية : إذا كان هذا القيد من مفهوم طبيعة العقد أو من الأحوال الحافطة به ككون الملتزم ذا مهارة شخصية كانت من أسباب التعاقد، بحيث أن الوفاء من غيره لا يصح ولو كان ذلك الغير متفوقا على الملتزم لأن العمل المتعهد به لم يقصد بذاته فقط بل أيضا باعتباره متصلا بذات المتعهد.

فيفهم مما تقدم أن الغير يصح منه الوفاء إذ كانت له في ذلك فائدة "ولو اعتبارية" ويدخل في زمرة من أطلقت عليه لفظة "غير" الضامن والمتضامن في الأداء مع المدين ومن بيده العقار المرهون والدائن الذي يخشى بيع الملك بثمن بخس ويختار أن يحل بالحلول مكان دائن آخر متقدم عليه في الرتبة حتى لا يقع من هذا الأخير بيع الملك المرهون في غير الابان المناسب فالضامن مثلا قد تكون له مصلحة في الأداء قبل قيام الدائن بالطلب وذلك تفاديا للمصاريف وليتمكن هو من القيام على المضمون فيه قبل أن يصبح عاجزا عن الدفع كما يصح الوفاء ممن بيده العقار المرهون تفاديا أيضا لقيام الدائن عليه بإجراء حق التتبع، هذا ويجوز أيضا الوفاء من الغير ولو لم تكن له مصلحة شخصية في ذلك إذ لا يهم الدائن إلا قبض دينه مهما كان شخص الدافع للمال بحيث أن رضا الدائن غير لازم أي أن هذا الدائن يجبر على القبض وإذا امتنع من ذلك يؤمن المال بعد اتمام عملية العرض لكن إتمام الالتزام بغير رضا المطلوب والطالب معا لا يجوز كما هو صريح الفصل 249 وذلك لأنه ليس من المعقول في شيء أن يتولى الغير إزالة رابطة التزامية شاء الطرفان بقاءها لسبب من الأسباب، وجدير بالملاحظة أن الغير الواقع منه الأداء كيف ذكر لا يقبل منه جبر الدائن على أن يحله

محله إذ ربما كان في ذلك ضرر على المدين كما لو كانت لمن أراد الدفع عداوة مع هذا الأخير أراد بسببها التشفي بالتضييق عليه.

وعلى الجملة فإن الغير الذي أدى الدين انقيادا لفكرة تبرعية أو بنية التمتع بالفوائد لا يتم له الحلول القانوني وإنما يكون له حق الاسترداد بصفته متصرفا فضوليا أو بناء على قاعدة الإثراء بدون سبب التي جاء بها الفصل 72 مع مراعاة بعض الحالات كالتي أسقط فيها الدائن بعض الدين أو كان فيها المدين على وشك التمتع بمرور الزمن وفي هذه الصورة الأخيرة يكون للدافع ما بقي من المدة لانقضاء الدين بالتقادم بمعنى أن دعوى الإثراء بدون سبب تنحصر مدتها فيما بقي من الزمن هذا وإن الأداء الذي يباشره الغير باسم المدين كما لو كان وكيلًا عنه أو متصرفا فضوليا يعتبر كأنه واقع من المدين نفسه.

ماذا يشترط فيمن يقوم بالوفاء ؟

يشترط فيه أن يكون أهلا للتفويت و أن يكون مالكا للعين المتعهد بها.

فبالنسبة إلى الشرط الأول لا يجوز الوفاء من فاقد الأهلية وعلى فرض وقوعه تطبيق قاعدة الفصل 10 التي تخول لعديم الأهلية فقط القيام بإبطال هذا الأداء وقد جاء الفصل 253 بقيد في هذا الموضوع يقتضي أن الالتزام ينقضي بالوفاء من عديم الأهلية إذا لم تكن له مضرّة في ذلك وقد تكون لعديم الأهلية مصلحة في إبطال الأداء في أحوال خاصة كما لو صدر منه هذا الأداء قبل حلول الأجل فعندئذ يسترد ما دفعه لينتفع بالفوائد وإذا وفي مثلا بشيء مثلي من النوع الرفيع والحال أنه مطلوب بنوع متوسط الجودة فتكون له في هذه الصورة مصلحة في الاسترداد.

أما بالنسبة إلى الشرط الثاني فالمراد بالعين الأشياء التي هي من المثليات لأن المقومات تنتقل ملكيتها للدائن بمجرد التعاقد وليس على المدين إلا تسليمها على الحالة التي هي عليها ما لم يكن قد تغير حالها من جراء تقصيره أو مطله بما يتجه معه تحميله بالغرم فالأداء الذي يقع بما هو على ملك الغير ليس بأداء صحيح وقد جاء بالفصل 342 أن المدين إذا أدى لدائنه شيئا أو دينا له على الغير أو حقا مجردا فعليه ما على البائع من ضمان. هذا وإن طلب إبطال الوفاء الحاصل بغير مملوك للموفى قد

يقع من هذا الأخير لتدارك غلطه أو من الدائن نفسه الذي له الحق بعد رد العين في طلب وفاء جديد وليس لهذا الدائن أن يحبسها حتى يحصل الوفاء على الوجه الصحيح لمن يجب الوفاء.

يكون الوفاء لنفس الدائن أو لوكيله المأذون تام للموجب أو للشخص المعين منه لقبض الدين أو لمن بيده حوز صحيح أما إذا وقع غلطا لغير الدائن أو نائبه كان غير مبرى من التعهد وجاز للمتعهد أن يقوم باسترداده طبقا لقاعدة الاثراء بدون سبب.

هناك ثلاث صور جديدة بالتحليل وهي الآتية :

الصورة الأولى :

يكون الأداء فيها للدائن. فهي تستلزم أن يكون أهلا للقبض والمطالبة بالحق وأهلية القبض هذه تماثل أهلية التفويت لان قبول الأداء يترتب عليه زوال رابطة التدين وعبرة الفصل 253 صريحة في أن الوفاء لمن ليس بأهل للتصرف صحيح إذا أثبت المدين أن ذلك القاصر انتفع به على معنى الفصل 13 كما لو استعمل المال مثلا في إصلاح داره لأن الإبطال تقرر لمصلحته وحمايته فلا يمكن أن يكون وسيلة للاثراء ويكون إثبات ذلك على المدين بسائر الأدلة وكفي لاعتبار النفع حاصلا أن يكون قد وقع الإصلاح الضروري بالفعل ولو أنه قد زال فيما بعد بسبب قوة قاهرة أو أمر طارئ ويجري هذا الحكم حتى بالنسبة إلى القاصر الذي استعمل الحيل لايهام مدينه بأنه رشيد خلافا لما يراء المشرع الفرنسي من أن الأداء للقاصر يعتبر صحيحا إذا صدر منه استعمال ما ذكر أي استعمال الحيل وذلك بناء على قاعدة عدم جواز استثمار الانسان لتحيلاته هذا وان الوفاء للقاصر قد يؤول إلى الصحة بامضائه له بعد الرشد.

ملاحظة :

إن صفة دائن لا يشترط وجودها من أول الأمر أي من تاريخ التعاقد بل تطلق هذه الصفة على كل من كان خلفا للمتعهد له أصالة إما بوجه عام كالوارث أو بوجه خاص كما لو كان محل التعهد عينا فباعها المتعهد له الى غيره أو دينا فتنازل عنه للغير وتسليم فاتورة من تاجر الى تابعه يعتبر دليلا كافيا لاثبات الاذن بالقبض.

هذا وان الأداء للدائن لا يصح أيضا إذا كان هذا الدائن مدينا بمال للغير ووقف هذا الغير الاداء توقيفا تحفظيا فدفع الدين من المدين الى دائنه بعد هذا التوقيف غير مبرء له بالنسبة إلى من أجرى التوقيف المذكور، إن هذا النوع من الحجز المعبر عنه بالعقلة التوقيفية يختلف عن عقلة المتاع منقولا كان أو عقارا فهو يتناول الأموال والديون ولقطة التوقيف أو الاعتراض تفيد بأن الدائن يوقف أداء ما لمدينه تجاه الغير فهو بمثابة اعتراض منه على مباشرة ذلك الغير للأداء وإجراء العقلة التوقيفية يحصل باعلام الغير بصدر الحكم أو إذن الحاكم بتوقيف المال أو الدين ويصير الغير بمفعول العقلة حارسا للمال أو الشيء المعقول إلا إذا فضل تسليم المعقول الى عون التنفيذ مثال ذلك: زيد الذي له دين بذمة بكر قد اتصل بعلمه أن لهذا الأخير دينا على خالد فيستصدر الاذن بتوقيف هذا الدين تحت يد خالد وبموجب ذلك يصبح من المتعذر على خالد مباشرة الأداء لبكر الى أن يصدر إذن الحاكم بما يعتمد وهذه الطريقة كثيرة الاستعمال مع البنوك وغيرها من المؤسسات بالامساك عن الدفع لوقوع سرقة رسم الدين أو ضياعه.

أما عقلة المتاع منقولا كان أو عقارا فهي وسيلة بيد الدائن يتوصل بها للتنفيذ المباشر بوضع يده على كسب مدينه بواسطة عون التنفيذ ثم يستصدر الاذن ببيعه ليخلص من ثمنه والاجراءات في شأنها تختلف بحسب ما إذا كان الكسب منقولا أو عقارا كما نص على ذلك في بابه بقانون المرافعات المدنية.

الصورة الثانية :

الأداء فيها لمن له نيابة عن الدائن : إن كل ما تقدم يتعلق بالأداء للدائن مباشرة فلنتأمل الآن من وقوعه لمن له صفة في قبوله مكان الدائن وذلك بموجب حكم يخول لمن أجرى العقلة التوقيفية استخلاص المال الموقوف أو بموجب توكيل من الدائن تام الموجب أو نيابة قانونية كنيابة الولي عن القاصر ومعنى التوكيل "تام الموجب" هو أن تكون للدائن أهلية القبض لأن يد الوكيل عارية ومونة وكفي التوكيل العام لذلك لكن على شرط استمراره أو جهل الوكيل للعزل في صورة وقوعه وذلك طبقا للمبادئ العامة المقررة في باب الوكالة وليس للمحامين ولا للعدول أهلية القبض ما لم تستخلص هذه الصفة من تفويض صريح أو عناصر مختلفة يوكل للحاكم تقديرها وذلك لأن دور المحامي لا يتناول إجراء طرق التنفيذ بل دوره عدلي بحث كما

أن دور العدل المجرد عن صفة منفذ ينحصر مبدئياً في تحرير الكتابات فتكليف العدل باتمام عقدة بيع لا ينبني عليه توكله على قبض الثمن على أنه من الممكن إسناد هذا التوكيل لذا أو ذاك أما العدل المنفذ فانه يعتبر أهلاً للقبض ما دامت أعمال التنفيذ جارية على يده لأن مسكه لحجة التنفيذ قاض بتحويله أهلية القبض ولزيادة الايضاح يمكن لنا أن نقول إن إسناد توكيل على البيع لا يؤخذ منه أهلية قبض الثمن اللهم إلا إذا كانت ظروف هذا الاسناد قاضية بذلك لأن تأويل الانابة لا يسمح بالتوسع فيها إلى ما يتجاوز مقاصد الطرفين والأمر كذلك في صورة إسناد توكيل على تسويغ عقار فهو لا يستلزم أيضاً إسناد أهلية قبض معاليم الكراء ولربما يتسامح باعتبار وجود هذه الاهلية بالنسبة إلى تسبقة بعض هذه المعاليم لا لكل المعاليم الدورية وعلى كل فان المسألة تقديرية كما أسلفنا والرائد فيها مختلف الظروف والاحوال وكل ما تقدم يمكن حصره في القول بان الأداء يقع للدائن أو لمن له صفة تخول له قبوله نيابة عنه، أما إذا كانت النيابة مدلسة أو مفتعلة فالمطلوب بالأداء لا يلوم إلا نفسه إذا هو لم يتحرر في الصفة ويكون مجبوراً على الأداء من جديد لأن الدائن لا ينسب إليه تقصير في هذه الصورة فالتحليل إنما هو واقع ضد المدين لكن طلب الأداء بعد ذلك من الدائن لا يجوز إذا كان له ضلع في وقوع أو تسهيل التحيل عن المدين حتى راجت عليه صفة الزور وقد جاء الفصل 251 بأن "من قدم توصيلاً من الدائن أو رسماً يقتضي القبض حمل على أنه مأذون في قبول تنفيذ العقد إلا إذا كان المدين يعلم أو كان من حقه أن يعلم أن ذلك الاذن لا وجود له في نفس الواقع" والمجال هنا فسيح أيضاً لتقدير الظروف واستخلاص ما يشير منها إلى اتخاذ الموقف المواتي.

الصورة الثالثة :

الأداء فيها لمن بيده حوز صحيح (فصل 252)

يلزم هنا شرطان الأول هو أن يكون الأداء لمن بيده حوز الدين والثاني صحة الحوز أي تحري المدين كل التحري حتى يعتبر حسن النية، إن لفظة حوز هنا تشير إلى ما يعتبر به الشخص مكتسباً للحق في الدين لا مجرد مسك حجة هذا الدين فهو بعبارة أخرى الشخص الذي ينسب الحق لنفسه وينسبه الناس إليه كالوارث في الظاهر مثلاً ولو استحققت منه التركة بعد ذلك غير أنه في صورة واحدة يقوم مجرد المسك مقام الحوز وهي صورة الأوراق المأذون بدفع ما بها لحاملها فمجرد المسك

هنا قرينة على ملكية الدين ومن أمثلة الحوز استلام رسم الدين بموجب إحالة وقع إبطالها فيما بعد فالمدين لا تثريب عليه إذا دفع للمحال له الماسك لحجة الدين ولو لم يتم هذا الأخير بموجب الفصل 205 من حيث الاعلام لكنه من المسلم أن هذا الأداء لا تبرأ به ذمة المدين مع محال له آخر قام بواجب الاعلام طبقاً لما ورد في باب الاحالة، ومجمل القول أن حائز الدين هو الذي اشتهر في نظر العموم بانه صاحب الدين كالموصى له بكتب ثبت فيما بعد بطلانه.

ما الذي يوفى به ؟ أو موضوع الايفاء :

لا تبرأ ذمة المدين إلا إذا سلم ما التزم به في العقد قدراً وصفة ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضاً عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف ذلك هو منطوق الفصل 254 الذي جاء هكذا بصورة تطبيقية للقاعدة القاضية بان الناس عند شروطهم والشرط أملاك بحيث أن الوفاء لا يتم بغير ما وقع عليه الاتفاق ما لم يرض الدائن بالبدل وتضاف عند الوفاء فوائد الدين الى الأصل لأنها فرع منه بحيث أن المدين لا يمكنه جبر دائنه على قبول الأصل بدون إضافة الفوائد التي حل أجلها.

كما أن الوفاء لا يكون مجزئاً عدا ما استثنى في صورة وفاة المدين وتركه لعدة ورثة اقتسموا المخلف فكل وارث منهم لا يطالب إلا بحصته من الدين، إذا كان هذا الدين قابلاً للقسمة كما تستثنى صورة تعدد الكفلاء لأن القاعدة تقتضي قسمة الدين بينهم ما لم يشترط تضامتهم فيه وكذلك إذا كانت هناك مقاصة وكان الدينان متفاوتي المقدار فالدين الأصغر يطرح من الأكبر ويمكن التقسيط أيضاً إذا حكم به الحاكم بناء على اعتبارات إنسانية تراعى فيها المصلحة الاجتماعية وهي التي يكون فيها المدين في حالة عسر غير متسبب عن فعله أو تهاونه وإنما ظروف قاهرة تكون قد أقعدته عن القيام بواجب الوفاء في الإبان فعندئذ يسعفه الحاكم بتوسعة في الآجال أو بالتقسيط ليسهل عليه إبراء ذمته مع الاحتياط التام لئلا يضر بمصلحة الدائن خصوصاً إذا كانت له حاجة أكيدة جداً بهاله ويظهر أن السماح للحاكم باعطاء الآجال على وجه الفضل أو بالتقسيط مراعى فيه النظام العام والمصلحة الاجتماعية بحيث أنه لا عمل على الشرط الذي يحجر هذا الاسعاف ولا يتوقف الحاكم في شأنه على

طلب بل يجوز له منحه من عند نفسه كلما دعت الظروف الى ذلك مع الاحتراز السابق ذكره كما ذلك مبين في باب الأجل.

فبعد أن وضعنا هكذا الاستثناءات من قاعدة عدم تجزئة الوفاء اتجه أن نأتي على تفاصيل صفات الشيء المتعهد به فهي لا تخرج عن الأحوال الآتية :

فإما أن يكون الشيء من القيميات أو من الأشياء كثيرة العدد التي تعين بنوعها أو من النقود.

(أ) فإذا كان الشيء قيمياً أو معيناً بذاته أي محدداً في جنسه ونوعه وماهيته ووصفه ومميزاته وجب تسليمه على الحالة التي هو عليها ولا يضمن المدين ما يكون قد طرأ عليه من التلف أو التعيب بالأمر السماوي وهو المطالب باثبات هذا السبب غير أنه في الامكان اشتراط التحمل بهذا الضمان بالنسبة إلى التعيب ومبنى كل ذلك هو أن الشيء أصبح من تاريخ التعاقد على ملك الدائن ولو حصل الاتفاق على تأخير التسليم، أما إذا كان التلف أو التعيب ناتجاً عن فعل المدين أو تفریطه وجب عليه الضمان وهو يضمن أيضاً إذا كان مماتلاً وحصل العيب أثناء مآطلته والمآطلة هي تأخير الوفاء بدون عذر مقبول فعدم وجود المبرر للتأخير يعتبر خطأ غير أنه في هذه الصورة يمكنه التفصي من الضمان إذا ما أثبت أن هلاك الشيء لا محيص عنه سواء وقع التسليم في الابان أو بعده وهذا الحكم لا يجري في صورة السرقة فالسارق يغرم العين إذا هلك بالامر السماوي ولا يتفصى من هذا الغرم بدعوى أنها كانت هالكة لا محالة سرقته أو لم تسرق.

(ب) الشيء معين نوعاً فقط - ليس على المدين في هذه الصورة أن يوفي بأعلى نوع ولا بأدناه بل أنه يوفي بالنوع الوسط وعلى الجملة فليس على المدين إلا ما نص عليه في الالتزام قدراً ونوعاً وصفة مهما كانت الزيادة أو النقص في قيمته وقول المشرع أن الشيء لا يعطى من النوع الأعلى أو الأدنى فيه إشارة الى قاعدة أن الوفاء بالاتفاقات يلزم وقوعه مع تمام حسن النية إذ لم يدر بخلد المدين حسب الظاهر أن يكون الوفاء بأعلى نوعاً كما أنه لم يفترض أن يرضى الدائن بالنوع الأدنى، لذلك وجب اتخاذ الوسط.

(ت) المتعهد به عمل أو امتناع عن عمل : فإذا كان الأول وجب إجراؤه بحسب نوعه على نحو ما اقتضاه العقد كما سبق بيانه، أما الامتناع عن العمل فيتم تنفيذه باستمرار المدين على تخلفه عن إجراء العمل وإذا تم العمل الممنوع يكون المدين قد خرج عن تعهده مخلاً به واستحق عليه التعويض.

(ث) المتعهد من النقود : كالقروض ومعين الأكرية والايجار وغير ذلك، أن مسألة التعامل بالمال الناض تطورت تطورات كثيرة منذ الحرب العالمية الأولى متأثرة بتدهور قيمة الفرنك في الماضي بالتنظير بقيمة النقود الذهبية وصدرت نصوص بعد الحرب العالمية الأولى قاضية بتحجير رواج السكة الذهبية والفضية وقررت لذلك عقوبات مختلفة فافرضة التعامل بالأوراق المالية التي تصدرها البنوك الدولية مع جواز استعمال نقود من معدن آخر قليل الاعتبار تسهيلاً للدفع والقبض وهذه النقود المعدنية أو النحاسية لها في التعامل قيمة أرفع من قيمتها الحقيقية أي أرفع من قيمة المعدن المتركبة منه ويؤخذ مما تقدم بيانه أن الأوراق المالية أصبحت مشبهة بالنقود وهي ذات رواج قانوني ومعنى ذلك هو أن الصناديق المالية العمومية وأفراد الناس الملزمون بالتعامل بها وقد نتج عن ابطال التعامل بالنقود الذهبية فيما عدا المعاملات التي تجري بين الدول إعطاء الرواج القانوني صبغة الجبر بمعنى أن معهد الاصدار (Institut d'émission) لا يفرض عليه كما كان الأمر في الماضي مناوله حامل الأوراق ما يقابل قيمتها من النقود الذهبية وتفادياً لاختلال الأسعار بما ينتج عنه التضخم المالي أي الاكثار من الأوراق المالية قررت الدوائر المسؤولة تجميد هذه الأسعار حتى لا ينجح المحتكرون وغيرهم ممن اعتادوا الصيد في الماء العكر في تحطيم التوازن المالي وقد جرى عمل المحاكم من تاريخ وجوب الرواج القانوني باعتبار عدم جواز خلاص الديون بالنقود الذهبية فيما بين أفراد الناس وكانت نتيجة ذلك أن التجار الناس في معاملتهم الى طريقة تعرف بسلم المقارنة أو المعادلة (Echelle Mobile) تأيدت صحة العمل بها لدى المحاكم بعد صدور قرار من دائرة التعقيب الفرنسية في 27 جوان سنة 1957 فهي أي الطريقة المذكورة تفيد القياس عند التعامل بين السكة الرائجة وأسعار بعض المواد أو قيمة المعاش أو مستوى الانتاج بصفة عامة أو غير ذلك مما يكسب الديون متانة تساعد على الشراء بما ليس فيه مضرة على الدائن وهكذا ترك القياس في التطبيق على النقود الذهبية أو الاجنبية ونرى اليوم أكرية العقارات الفلاحية تقدر بكميات من الحبوب يقع عليها الاتفاق ولربما قيس كراء محلات السكنى

على تطور الأجور من حيث الأهمية ونفس الأجور تقاس في الاتفاقات الجماعية على نسبة ارتفاع المعاش وكذلك مرتبات الموظفين يراعى فيها ارتفاع المعاش.

ملاحظة : فقه القضاء متجه اليوم نحو التمييز بين اشتراط الأداء بالذهب الذي هو ممنوع وبين القياس على قيمة الذهب فيرى أن التحجير مختص بالأداء بالسكة الذهبية دون القياس على قيمتها ولربما وقع التوسع باعتبار القياس جائزا حتى بالنسبة إلى قيمة السكة الأجنبية بحيث أن التحجير ينحصر في خصوص الأداء بهذه السكة (انظر مجلة القصر عدد 53 بتاريخ 23 فيفري 1964).

هذا وإن الوفاء بالدينون في القطر التونسي لا يكون مبدئيا إلا بأنواع العملة الراضجة به رواج قانونيا أما العملة الأجنبية فليس لها رواج اجباري عندنا وإنما تحول بمقتضى السعر الرائج عند حلول الدين كما يستفاد ذلك من الفصل 259 من مجلة العقود والالتزامات القاضي بأنه إذا تعين الدين بنقود أجنبية ساع الأداء بالنقود الراضجة بالجمهورية التونسية رواج قانونيا إلا إذا صرح بالعقد بان الوفاء لا يكون إلا بنقود أجنبية وعندئذ تعتبر هذه النقود الأجنبية كبضاعة وإذا بطل التعامل بالنقود المعينة في العقد أو انقطعت هذه النقود وقت حصول الدين كان أدائه بالمسكوك المتعامل به في القطر التونسي وبحسب ما لتلك النقود من القيمة النوعية وقت العقد (الفصل 260)، وإذا كان اسم النقود المذكورة بالعقد يصدق على مسكوكات رائجة مختلفة القيمة و وقع الشك برأت ذمة المدين بأداء الدين من السكة الأقل قيمة ومع ذلك فإن الدين يحمل في عقود المعاملات على أنه من السكة الأكثر رواجاً، فإن استوت أنواعها فيه ساع فسخ العقد (الفصل 261)، وقد جاء الفصل 297 من المجلة التجارية التونسية المقرر العمل بها ابتداء من غرة جانفي 1960 بأنه إذا اشترط بالكتبيالة دفع مبلغها بنوع من النقود لم تكن من النقود الراضجة بمكان الأداء فيمكن دفع مبلغها بالنقود الراضجة في البلاد على حسب قيمتها يوم الحلول وتقدر قيمة النقود الأجنبية على مقتضى العرف الجاري بمكان الأداء على أنه يمكن للساحب أن يشترط حساب المبلغ الواجب حسب القيمة المعينة بالكتبيالة ولا تطبق القواعد السابق ذكرها إذا وقع اشتراط الأداء من الساحب بنوع خاص من النقود وهذا يقتضي اشتراط إتمام الأداء بالنقود المتداولة في مكان الأداء وفيما يتعلق بالصك اقتضى الفصل 378 من المجلة التجارية المذكورة أنه إذا اشترط دفع الصك بنقود غير رائجة بالقطر التونسي

فان مبلغها يمكن دفعه في أجل عرض الصك للوفاء به حسب قيمتها دنائير في يوم الأداء وإذا لم يتم الدفع في يوم العرض فيكون للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغ الصك مقوماً بالدنانير على حسب السعر الرائج في يوم العرض أو في يوم الدفع ويجب اتباع العرف التونسي في تحديد سعر مختلف النقود الأجنبية التي تحرر بها الصكوك لأجل تقويمها بالدنانير على أنه يمكن للساحب اشتراط حساب المبلغ الذي يدفع وفقا لسعر معين بالصك ولا تنطبق القواعد المذكورة في صورة ما إذا اشترط الساحب وجوب الدفع بنوع من أنواع النقود المعينة وهي صورة اشتراط الدفع الفعلي بنقود أجنبية.

- هذا وعلى ذكر تعويض الفرنكات بالدنانير اتجه أن نعطي لمحة تاريخية توضيحا للتطور الاقتصادي بالقطر التونسي كنتيجة للاستقلال وزوال مخلفات الحماية الفرنسية التي هيمنت على البلاد ثلاثة أرباع قرن قضت فيها على رقيها وازدهارها في مختلف الميادين ولزم للخروج من تحت سيطرة هذه الحماية تكتل الشعب بأكمله مدة ثلث قرن للقضاء على النفوذ الأجنبي تحت قيادة المجاهد الأكبر فخامة رئيس الجمهورية الحبيب بورقيبة.

ففي 3 جوان 1955 اعترفت فرنسا باستقلال تونس الداخلي وصدعت به بدون قيد ولا تحديد سوى ما ينجر من ذلك عن أحكام الاتفاقيات المبرمة في ذلك التاريخ ومن نتائج هذه الاتفاقيات بقاء العمل جاريا بالنظام المتعلق بالنقود ذلك النظام الذي يمنح فرنسا امتياز الاصدار بواسطة مصرف فرنسي وبقاء التساوي بين الفرنك التونسي والفرنك الفرنسي واستمر هكذا البنك الجزائري على متابعة ما كان خول له في عام 1904 من إصدار الأوراق المالية مقدرة بالفرنكات وعين شهر أفريل سنة 1961 كنهاية لهذا الامتياز لكن إحراز تونس على استقلالها الكامل قضى على هذا الامتياز ففي 25 جويلية 1958 تمت مع فرنسا اتفاقية قاضية بالتخلي عنه قبل إبان الانتهاء أي قبل أفريل 1961 وفعلا صدر قانون عدد 108 - بتاريخ 4 ربيع الثاني سنة 1378 الموافق ليوم 18 أكتوبر سنة 1958 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المذكورة وعين يوم الجمعة في 31 أكتوبر سنة 1958 لتهنية ذلك الامتياز وفي 5 ربيع الأول سنة 1978 الموافق ليوم 19 سبتمبر سنة 1958 صدر قانون ممضى من رئيس الجمهورية في إنشاء وتنظيم البنك المركزي التونسي وأصبح الدينار هو الوحدة

ملاحظة أولى : الرأي عندنا هو أن المشرع أسهب في التفاصيل منزلا نفسه منزلة الشراح وقد كان عليه أن يترك للحاكم المجال فسيحا ليقرر ما يراه على ضوء العناصر المتجمعة لديه.

ملاحظة ثانية : إن ما قرر بالفصلين 343 - 344 المذكورين لا محل لاتباعه في صورة التفليس وتوزيع متحصل الفلسة على الغرماء بل يجري العمل على نحو ما هو مقرر بالمجلة التجارية (تراجع الفصول 542 و 565 وما بعدهما).

أين يجب الوفاء ؟ أي مكان الوفاء ؟

إن مسألة معرفة المكان الذي يجب فيه الوفاء ضبطها الفصل 262 على الصورة الآتية : "الوفاء يكون في المحل الذي يقتضيه نوع الشيء المتعاقد عليه وفي المحل المبين في العقد فان لم يبين فيه مكان الوفاء كان في محل التعاقد ان كان في نقل الشيء مصروف أو مشقة فان أمكن النقل بغير ذلك وفي المدين حيثما وجد الغريم إلا إذا كان له عذر مقبول في عدم قبوله للوفاء هناك وإذا كان الالتزام ناشئا عن جنحة كان الوفاء حيث كان المجلس الذي نشرت النازلة لديه".

يستنتج مما تقدم أن اتفاق الطرفين سواء كان صريحا أو ضمنيا وسواء كان واقعا عند إنشاء العقد أو بعده هو الأصل في معرفة مكان الوفاء مع مراعاة الحالات التي يكون فيها نقل المتعهد به عسيرا فتأويلا لارادة الطرفين قرر المشرع أن يكون الوفاء في المحل الذي يقتضيه نوع الشيء المتعاقد عليه.

وهنا يتجه التساؤل لمعرفة الطريقة التي توخاها المقتن في وصول الدين ليد الدائن في غير صورة الاتفاق فهل ان الدائن مطلوب بالذهاب الى محل المدين لاستلام المتعهد به أو العكس أي أن المدين هو الذي عليه حمل المتعهد به إلى الدائن.

إن بعض القوانين كالقانون الفرنسي والقانون اللبناني اتخذت مبدئيا الطريقة الأولى أي الطريقة القاضية بان الدائن هو الذي يطلب الشيء من المدين خلافا لما جرى به العمل بانقلترا من أن المدين هو الذي يحمل الشيء الى دائنته وقد اتبع المقتن التونسي الطريقة الثانية أي طريقة حمل الدين الى الدائن كما يستفاد ذلك من الصور التي تضمنها الفصل 262 ومن مفهوم الفصل 289 وما يليه فيما يتعلق بعرض الدين

النقدية لتونس بدل الفرنك وذلك بمقتضى القانون السالف الذكر المؤرخ في 18 أكتوبر سنة 1958 ومن يوم 4 نوفمبر 1958 ابتدئ التعامل بالدينانير وهي الآن في شكل أوراق ذات عشر دينانير وخمسة دينانير ودينار ونصف الدينار أصدرها البنك المركزي التونسي، وفي 22 فيفري سنة 1959 انتهى رواج الأوراق القديمة التي كان أصدرها البنك الجزائري وبفضل هذا الابتكار لم يقع الخط من قيمة الدينار لما أعلنت الحكومة الفرنسية في 27 ديسمبر 1958 تدهور الفرنك عندها وهي ظاهرة وطنية تذكر فتشكر.

طريقة خصم ما يدفع من الدين أي تعيين جهة الوفاء عند تعدد الديون :

إن تكليف هذا التعيين تتصوره عندما يكون المدين مطلوبا بديون متعددة مترتبة من النقود أو من أشياء متحدة في الجنس ولا يدفع منها إلا جزء برضاء المتعهد له فما هي يا ترى الديون التي تنقضي منها بهذا الدفع قبل الأخرى مع افتراض حلولها جميعا خصوصا إذا كان الأجل لفائدة الدائن على أن هذا الخصم قد يقع تارة بإشارة من المدين وأخرى من قبل الدائن كما سيأتي بيانه وقد يكون أيضا من قبل القانون فكل هذه الصور نجدتها بالفصلين 343 - 344 واليك مضمون الأول منهما "إذا كان على المدين عدة ديون ودفع شيئا طرح من الدين الذي عينه عند الدفع فان سكت بقي له الحق في بيان مراده وان وقع شك شرح المدفوع من الدين الذي له أكثر مصلحة في خلاصه والاولى طرحه من الدين الذي حل أجله فان كان هناك عدة ديون حالة طرح المدفوع من الدين الذي فيه أقل توثقة للدائن وان كانت الديون متساوية في التوثقة طرح المدفوع من أثقل دين على المدين فان كانت الديون متساوية في الثقل طرح المدفوع من الدين الأسبق تاريخا" وجاء الفصل 344 بانه "إذا كان على المدين عدة ديون وقبل توصيلا من الدائن فيه تعيين الدين الذي طرح منه المدفوع لم يبق له طلب طرحه من دين آخر إذا وقع الطرح بصورة توافق مصالحه" ففي قول المشرع (بصورة توافق مصالحه) إشارة الى أن الدافع أعلم بجهة الايفاء نعم إذا كان الدين بالفائض فالطرح يقع منه أولا وبالذات وتطبيقا لقاعدة منع تجزئة الدين فلا يجوز الطرح من الدين الذي مقداره يتجاوز المبلغ المدفوع ما لم يرض الدائن بذلك

وكذلك من قاعدة الفصل 269 التي بمقتضاها يعد الدين ماطلا بمضي الأجل المعين في العقد بدون لزوم لسؤاله الوفاء من طرف الدائن خلافا لما هو الشأن في القانون الفرنسي والقانون اللبناني اللذين يوجبان على الدائن لجعل مدينه في حالة ماطلة أن يطالب منه الوفاء كتابة واهم صورة تظهر فيها الفائدة من التمييز بين الطريقتين هي صورة التأمين فالشركة على مقتضى القانون الفرنسي هي التي تسال الوفاء بالمعاليم الدورية بحيث أنه إذا تواتت وحصلت الفاجعة المؤمن عليها إثر ذلك يستحق معاقدها الغرم كل ذلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك وللحاكم دخل عظيم في تأويل الشروط التي من هذا القبيل.

مصاريف الوفاء :

قسم المشرع هذه المصاريف الى قسمين حيث قال بالفصل 264 أن مصاريف الاداء على المدين ومصاريف القبض على الدائن ولما كانت هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام جاز للطرفين مخالفتها بالاتفاق أو اتباع العرف في شأنها وقد توجد صور يقرر فيها القانون نفسه وجه العمل وهذا التقسيم جاء مطابقا للمعقول لان هناك من النفقات ما ترجع فائدتها على المدين وحده كمصاريف التسليم التي تبرئ ذمة المدين وتطبيق ذلك نجده في باب البيع إذ تضمن الفصل 605 أن المشتري عليه مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه مع الصرف و أجر العدول عن كتب رسم الشراء والتامير والتسجيل ولف البضائع و سقها ونقلها وتشمل مصاريف القبول معاليم القمرك والمكس والمراكز المتوسطة أثناء النقل وعند وصولها للمكان المقصود كل ذلك ما لم يكن في العقد أو العرف ما يخالفه.

فاذا حللنا ما جاء بهذا النص معتبرين البائع كما هو الشأن دائنا بالنسبة إلى الثمن ومدينا بالنسبة إلى المبيع ظهرت لنا الفائدة واضحة من التسليم المذكور فالمشتري الذي هو كما قلنا مدين بالثمن عليه مصروف تحرير الوصل بواسطة العدول لانه بذلك يقتني الوسيلة التي تمكنه من اثبات الاداء عند انكاره من طرف البائع كما أنه يفرق بين أمرين وهما التسليم والنقل فالتسليم الذي نفقته على المدين أي البائع يشمل تكاليف العد والوزن والقيس وكل ما يستلزمه التسليم بالفعل وأما النقل أي نقل المبيع الى حيث شاء الدائن أي المشتري فعلى هذا الأخير التحمل بتكاليفه التي منها معاليم القمرك والمكس والمراكز المتوسطة أثناء النقل.

وعلى الجملة فان مصاريف الأداء على المدين ومصاريف القبض على الدائن ما لم يقع الاتفاق بينهما على ما يخالف ذلك أو ما لم يترك الأمر في شأن ذلك للعرف.

ملاحظة :

تقدم لنا أن مصاريف التسليم وأخذ توصيل في براءة الذمة يتحملها المدين وقد تكون حجة الخلاص محررة بواسطة العدول أو يكتب بخط اليد وإذا كان الدائن أميا لا يحسن الكتابة يقع الاضطراب الى الحجة العادلة فكل ذلك لا يغير شيئا في نظرنا مما تقتضيه القاعدة من أن المدين هو المتحمل بالمصاريف غير أن حضور الطرفين لدى العدول واتفاقهما على تحرير الحجة يجعلانها محمولين على التضامن بما يسمح للعدلين بمطالبة ذا أو ذاك منهما بالمصاريف لكن مع بقاء الحق للدائن في الرجوع على مدينه لاسترداد ما دفعه للعدلين.

استثناء :

هناك صورة مستثناة من القاعدة المذكورة فيما يتعلق بنفقة الخلاص وهي التي تشير حسب الفصل 265 الى تعذر استرجاع المدين لرسم الدين المتضمن لتوقيع الدائن به على الخلاص أو كانت للدائن مصلحة مقبولة قانونا في إبقائه تحت يده فللمدين أن يطلب حجة بالشهادة العادلة في خلاصه ومصرفها على الدائن.

هذا وقد يكون الوفاء من المدين مجزأ ففي هذه الصورة يكون له الحق في أخذ توصيل فيما دفعه مع التنصيص عليه بحجة الدين.

وبالنسبة إلى الأداءات الدورية كالايرادات والأكرية فان التوصيل المعطى في قسط من الأقساط تتكون منه قرينة على الخلاص في الاقساط المتقدمة عن تاريخ ذلك التوصيل غير أن هذه القرينة يمكن دحضها بالحجة المضادة كغيرها من القرائن الفعلية.

في عدم الوفاء بالالتزامات وما يترتب على ذلك في مطل

المدين (De la demeure du débiteur)

تمهيد :

من المسلم أن الشخص الذي عمر ذمته للغير لا يقبل منه أن يتأخر عن الوفاء بدون عذر مقبول فإن فعل يكون قد ارتكب خيانة للأمانة وعيث بالثقة التي منح إياها من الدائن فيجوز اعتباره ظالما أي مستحقا للتشديد عليه بتحميله ضمان التلف بالأمر السماوي وغرم الأضرار المتسببة عن مطله وقد عرف المقتن - المطل - بقوله هذا : "المدين يعتبر ماطلا ان تأخر عن الوفاء بما التزم به في الكل أو في البعض لسبب غير صحيح".

هذا وإن الالتزامات لا يخلو حالها من أحد الأمرين إما أنها مضافة الى أجل أو غير مؤجلة ففي الصورة الأولى يعد المدين ماطلا بمجرد حلول الأجل وبدون لزوم دعوته من طرف الدائن للوفاء وفي الثانية لا بد من أن يسأله الدائن أو نائبه القانوني بوجه صريح خلاص ما عليه وبالنسبة إلى الغرم جاء الفصل 278 المنقح بالقانون رقم 148 والصادر في 7 نوفمبر 1959 بما يأتي : "في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين ينحصر الغرم الذي يحكم به في الفائض المعين من قبل القانون.

ويحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن باثبات حصول خسارة ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه انذار للمدين من طرف الدائن".

إن طريقة القانون التونسي هي الطريقة المثلى وقد جاءت بها الشريعة الاسلامية وعدة قوانين عصرية كالقانون الالمانى والايطالي وغيرهما أما القانون الفرنسي فقد أوجب سؤال الوفاء على الاطلاق معتبرا سكوت الدائن رضاء بالامهال والذي يبدو في نظرنا هو أن هذا السؤال لا مبرر له في صورة الاتفاق على أجل خصوصا وأنه يستلزم اجراءات على طريق اللوسي ومصاريف يسبقها الدائن ثم يثقل بها كاهل المدين والحال أن تاريخ الأداء جاء به الاتفاق.

كيف يقع السؤال من الدائن ؟

لم يقيد المقتن التونسي هذا السؤال بصيغة خاصة كما فعل المقتن الفرنسي بل يكفي على مقتضى الفصل 269 أن يكون هذا السؤال بالكتابة سواء برسالة تلغرافية أو بمكتوب مضمون الوصول أو باستدعاء المدين للحضور لدى الحكم ولو كان نظر الحاكم لا يشمل تلك النازلة.

ويحتوي السؤال المذكور على ما يأتي :

أولا : إنه أي الدائن يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة.

ثانيا : أنه إذا مضى هذا الأجل فإن الدائن يعد نفسه بريئا مما تعهد به. وفي صورة موت المدين لا يعتبر ورثته ماطلين إلا بعد إنذارهم بالوفاء انذارا صريحا فإن كان فيهم قاصر أو صغير وجب إنذار الولي بالوفاء.

كما أن الانذار بالوفاء ليس له اعتبار إذا وقع في وقت أو أجل بل أو في محل لا يجب فيه الوفاء كما هو صريح الفصل 272.

متى يكون السؤال غير واجب على الدائن ؟

هناك صورتان لا يجب فيهما السؤال حسب الفصل 270 وهما :

أولا : صورة ما إذا امتنع المدين من الوفاء امتناعا صريحا.

ثانيا : الصورة التي صار فيها الوفاء غير ممكن فيدخل في ذلك حالات منها التي أصبح فيها الوفاء متعذرا بتفريط من المدين كما لو أهمل حفظ ما التزم بتسليمه حتى هلك أو أصبح الوفاء غير مقيد بأن فات وقته كما لو كان المتعهد به فعل شيء في زمن معين لغرض خاص مثل إقامة نصب من خشب لعرض سلع التجارة في المعرض وانقضت أيام المعرض من دون أن يقوم الملتزم بوفاء ما تعهد به ولا محل للانذار أيضا إذا كان موضوع التعهد الامتناع عن عمل وقد خالف المدين مقتضى هذا الالتزام وأجرى العمل الممنوع عليه أي أنه صير الوفاء بالالتزام غير ممكن فلم يبق للسؤال معنى ويجوز للدائن في هذه الحالة أن يطلب إذن الحاكم بإزالة ما أجراه الملتزم ومصروف ذلك من مال المخالف ولا محل أيضا للسؤال في حالة الالتزامات الحالة

بطبيعتها والمعروفة بالمتابعة كالتزام المكري بإجراء الاصلاحات ذات الأهمية وتولي حفظ حالة ما أجراه مدّة الكراء حسبما جاء به الفصل 742، لأن مثل ذلك من الأمور الواجبة عليه فلا معنى حينئذ للانذار.

ملاحظة : تقدم لنا ان المدين هو المطلوب على مقتضى القانون التونسي بحمل الدين الى الدائن بينما المقتن الفرنسي يوجب على الدائن أن يأتي الى المدين لاستلام دينه لكي يصبح المدين ماطلا عند الامتناع عن الوفاء بلا عذر وقد كان من المتجه في الصور المستثناة التي لا يجب فيها سؤال الوفاء أن يكلف المدين بحمل الدين الى الدائن كما هي طريقة القانون التونسي لكن القانون الفرنسي نراه يوجب تكليف الدائن بالسعي لدى المدين حتى في حالة الاعفاء من الانذار.

مفاعيل ماطلة المدين

قاعدة أولى :

إذا كان المتعهد به من القيميات فضمانه على المدين الماطل إذا تلف بالأمر السماوي أي أنه يدفع للدائن قيمته وهذا الحكم القاسي يمكن للمدين اجتنابه إن أثبت أن هذه العين كانت تهلك لا محالة عند الدائن بالصفة نفسها لو تم تسليمها إليه في الابان.

قاعدة ثانية :

مباطلة المدين يتولد عنها الحكم عليه بتعويض الخسارة وهذه الخسارة المعبر عنها في الاصطلاح القانوني بالفائض لها صفتان صفة فوائض تأخير وصفة فوائض تعويض.

ملاحظة هامة :

قبل أن نبين محتوى الخسارة يتجه أن نتعرض الى التحوير الجديد الذي جاء به قانون رقم 148 لسنة 1959 المؤرخ في 6 جمادي الأولى 1379 وفي نوفمبر سنة 1959 والقاضي بالغاء الفصل 1095 الذي هذا نصه: "شرط الفائض في القرض باطل مبطل للعقد بين المسلمين سواء كان الشرط صريحا أو على صورة هدية أو فائدة

للمقرض أو لواسطة" فقد نص القانون رقم 148 المذكور على أنه: "في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه (أي سبعة على المائة في العام)

ويحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن باثبات حصول أي خسارة (ومعنى ذلك هو أن هذا الفائض معتبر كمقابل التأخير فقط).

ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن.

يمكن للدائن الذي حصل له ضرر بسبب سوء نية مدينه زيادة على الماطلة أنه يتحصل على جبر ضرره وذلك بقطع النظر عن الفائض المعين لغرم الماطلة أي أنه يتحصل على فوائض التعويض".

والذي يبدو في نظرنا هو أن الفقرة أعلاه التي هذا نصها :

"ويكون الغرم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار المدين من طرف الدائن" لا تتفق مع نص الفصل 269 القاضي بحصول الماطلة بمجرد مضي الأجل وبدون لزوم إنذار فهي مستوحاة من الفصل 1153 الفرنسي المرتكز على قاعدة تعليق الماطلة على وقوع الانذار ولنا اليقين بأن مشرعنا سوف يتولى التنقيح المواتي لتدارك الأمر.

هناك ملاحظة أخيرة لا تخلو من الأهمية وهي أن المشرع التونسي لم يعد إلا الجزء الأول من الفقرة الثالثة من الفصل 1153 الفرنسي تاركا الجزء الثاني الذي استثنى الصور التي يكون فيها الفائض المعين قانونا وجوبيا أي مستحقا بدون توقف على طلب كصورة الوكيل الذي يستحق وجوبا فائض ما سبقه من مال لموكله (الفصل 2001) وصورة الشريك الذي يتحمل وجوبا فائض ما لم يدفعه للشركة من المال الذي هو بذمته لها وصورة المهر.

وعليه فبناء على ذلك يمكن أن نقول إن مقننا التونسي فرض حكم الحاكم بالفائض المعين لغرم الماطلة وذلك في جميع الصور بدون استثناء.

تعريف الخسارة :

تضمن الفصل 278 أن "الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من ربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل نازلة موكولا لتبصر المجلس وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطإ المدين أو تدليسه".

إن هذه الخسارة يحكم بها على المدين المماطل أو المتسبب في الضرر بسوء نيته أما إذا لم يكن مماطلاً أو مخطئاً وكان عدم الوفاء يعزى إلى القوة القاهرة أو إلى مماطلة الدائن فلا ضمان عليه على شرط أن يقيم الحجة على عذره والخسارة المذكورة أما أن يعينها الحاكم باعتبار أحوال الدعوى أو يتفق عليها المتعاقدان حين التعاقد بمقتضى شرط تعريفي وهذا الشرط التعريفي لا تنظر المحكمة في قيمته بل يجب عليها أن تقضي به وقد لا يعلق على حصول ضرر للدائن من عدم الوفاء أو تأخيره.

هذا وقد اقتضى النص الجديد المنبه إليه إمكانية الحكم بالغرم بالنسبة إلى الالتزامات الخاصة بمقدار مالي بدون أن يلزم الدائن باثبات حصول أي خسارة وهو الغرم المعبر عنه بغوائض التأخير فيمكن الجمع بين هذا الغرم وما يستلزمه جبر الضرر الحاصل للدائن بسبب سوء نية مدينه أو تقصيره وهذا الضرر يلزم تعويضه ولو مع تحصيل الدائن على فسخ العقد كما هو صريح الفصل 273 وعند التقدير يراعي الحاكم أهمية التقصير للتخفيف أو التشديد على المدين لما هو معلوم من أن التقصير الجسيم صنو الغش والتدليس.

تقدم لنا أن المدين لا يضمن إذا كان عدم الوفاء أو تأخيره متسبباً عن قوة القاهرة أو أمر طارئ أو مماطلة الدائن فلنبداً بالقوة القاهرة فنقول أنها حسب عبارة الفصل 283 كل شيء لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير الذي هو عبارة عن الأمر أو النهي الصادر عن السلطة العامة، فمن شروط القوة القاهرة أن يكون الحادث مما لا يمكن دفعه أو توقعه أو التغلب عليه.

ويشترط من المدين أن يثبت أنه استعمل كل الحزم في درء الحادث وليس من قبيل القوة القاهرة السبب الحاصل من خطأ متقدم ارتكبه المدين وبعبارة أوجز فان

المدين لا ضمان عليه إذا لم ينسب إليه التسبب في الحادث وقد وقع التوسع اليوم على مقتضى فقه القضاء باعتبار تسبب الغير في عدم الوفاء أو تأخره من قبيل القوة القاهرة إذا كان فعل الغير هذا مما لا يتوقع ولا يمكن التحرز منه بحيث أن العلم والقضاء متفقان على أن كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان يعد قوة القاهرة.

تنبيه :

إذا كان تعذر الوفاء وقتياً يعلق التنفيذ إلى ما بعد زوال المانع وقد أفاد فقه القضاء أن ما يصدر عن السلطة الإدارية من تأخير في إعطاء بعض الأدون يعتبر خارجاً عن نطاق القوة القاهرة لأن مثل هذا التأخير متعارف ومتوقع الحصول وليس من الصعب الاحتياط إليه عند التعاقد.

هل يعد الاضراب عن العمل قوة القاهرة ؟

هنا يلزم التمييز بين مقتضيات الظروف بحسب ما إذا كان وقوع الاضراب من العوائق التي لا يمكن التغلب عليها أو أنه كان في الامكان إجراء التنفيذ رغم حدوث هذا الاضراب بحيث أن المسألة توكل إلى اجتهاد الحاكم.

هل يصح الاتفاق على عدم التحمل بنتائج القوة القاهرة والأمر الطارئ ؟

لما كان هذا الاتفاق لا تراعى في شأنه إلا المصالح الخاصة فليس هناك ما يحول دون ابرامه وفي خصوص موضوع الكراء صدر أمر في 4 ماي سنة 1920 بالغاء الفصل 817 الذي كان يحجر تحمل المكثري بما ينشأ عن الأسباب الطارئة.

ملاحظة :

إذا كانت المسؤولية تعاقدية يتسامح مع المدين في الخطأ الخفيف جداً وتبنى المؤاخذه على الخطأ الفاحش الذي هو صنو التدليس وعلى الخطأ الخفيف الذي يمكن اجتنابه ممن كان سلوكه في إدارة الشؤون سلوكاً معتاداً يعبر عنه عند الافرنج بسلوك الأب الصالح أما إذا كانت المسؤولية متولدة عن جنحة أو ما يشابهها فأقل تفريط يوجب التعويض الكامل وقد توسع اليوم في ذلك فقه القضاء بما يسمح بتعويض ما حصل من الضرر وما فات من الربح وضاع من فرص لم تكن بعيدة الاحتمال كما لو

قتل موظف في طور الشباب بحادث سيارة في تقدير التعويض لا الجرامة التي كان يتقاضاها فقط بل حتى الزيادة المتوقعة من رقيه من رتبة الى أخرى ذات رقم قياسي أوفر.

جاء الفصل 284 بأن الدائن "يعد ماطلا إذا امتنع بلا وجه من قبول الاداء من المدين أو من نائبه إذا عرض إتمام ذلك على الوجه المقرر بالعقد أو الذي تقتضيه طبيعة الالتزام وسكوت الدائن أو مغيبه وقت لزوم مباشرته للوفاء بالعقد يعد امتناعا".

ماذا يترتب على ماطلة الدائن ؟

علمنا مما تقدم أن الدائن يضمن تلف أو تعيب القيميات بمفعول القوة القاهرة لكن هذا الضمان قد ينتقل الى المدين بموجب شرط في العقد وعليه فإذا كان الدائن ماطلا فلا عمل على هذا الشرط لأن الضمان ينتقل الى الدائن جزاء ماطلته كما أننا نعلم مما تقدم أن ضمان الهلاك بالأمر السماوي يتحمله المدين بالنسبة إلى المثليات لأن ملكيتها الحقيقية لا تنتقل الى الدائن الا بالتسليم وعليه فإذا أحضر المدين الشيء المثلي في الأجل المتفق عليه وامتنع الدائن أي المشتري عن قبوله بلا عذر فالضمان يصبح على كاهل الدائن جزاء ماطلته ولا يطالب المدين بتعويض الشيء المثلي اللهم إلا إذا تسبب هذا المدين بتدليس وتقصيره الفاحش في هلاك ذلك الشيء أو تعيبه من وقت ماطلة الدائن ويظهر من ذلك أن المدين لا يؤاخذ في هذه الصورة بخطئه الخفيف بل تبني المؤاخذة على خطئه الفاحش الذي هو كما قلنا سابقا صنو التدليس.

نتيجة أخرى لماطلة الدائن :

لا يلزم المدين أي البائع إلا برد الغلة التي تحصل عليها من وقت ماطلة الدائن وله الحق في طلب ما أنفقه من ذلك الوقت لحفظ وصيانة الشيء الذي التزم به كما له استرداد المصاريف التي صرفها لعرض الأداء على الدائن أي المشتري إذا كان العقد عقد بيع.

الصور التي لا يحمل فيها الدائن على الماطلة :

أولا : لا يعد الدائن ماطلا إذا عرض المدين أداء ما التزم به وكان في نفس الواقع غير قادر على ذلك فالدائن في هذه الصورة لا يؤاخذ إذا امتنع عن قبول الوفاء.

ثانيا : لا يعد الدائن ماطلا إذا كان الدين بلا أجل صريح أو مفهوم وامتنع الدائن عن قبوله وقتيا.

ثالثا : إذا كان الأجل لفائدة المدين ورأى هذا الأخير إتمام الوفاء قبل حلوله فلا يعد الدائن ماطلا إذا امتنع عن قبول هذا الوفاء لأن القاعدة المضمنة في باب الأجل تقتضي أن المدين المستفيد وحده من الأجل يجوز له الوفاء قبل الحلول إذا كان الملتزم به غير مسكوك فلا يلزم رب الدين بقبوله قبل الأجل وعليه فرفضه للوفاء في هذه الصورة لا يجعله في حالة ماطلة.

في عرض المدين ما عليه وتأمين الملتزم به :

قد يمتنع الدائن لسبب ما وحتى بدون سبب ولمجرد التعنت من استلام دينه وترك المدين تحت خطر التحمل بفوائض زائدة أو ببعض التكاليف أو المسؤوليات بحسب نوع المتعهد به.

فلئلا يتضرر هذا المدين مما ذكر وضع القانون على ذمته طريقة العرض والتأمين التي تقوم مقام الأداء المباشر إذ أن ماطلة الدائن لا تكفي وحدها في إبراء ذمة المدين فالعرض يقتضي إحضار المتعهد به والتأمين هو إيداعه بالمكان المعين من قبل القانون أو الحاكم وهذا العرض يتناول مبدئيا كل شيء تعلق به الالتزام سواء كان من النقود أو المقومات أو المثليات وإذا كان الملتزم به عملا فان ذمة الملتزم لا تبرا بعرضه لإجراء العمل لكن إذا كان عرضه لذلك في وقت مناسب على الصور المعينة بالاتفاق أو عرف المكان وثبت ذلك بالوجه المطلوب في وقته فللملتزم القيام على الملتزم له بقدر ما يترتب له لو تم العمل بالالتزام وللمجلس أن ينقص من القدر المذكور حسب الأحوال الحافة بالنازلة (الفصل 290) وإن كان التعهد بالامتناع عن عمل فالوفاء هو السكوت التام أي استمرار المدين على تخلفه عن إجراء العمل.

الصور التي لا يلزم فيها العرض

الصورة الأولى :

إذا كان الدائن قد صرح للمدين بانه لا يقبل إجراء العمل بالالتزام وهذا المدين هو المطلوب باثبات التصريح المذكور.

الصورة الثانية :

إذا كانت مشاركة الدائن لازمة لاتمام الملتمزم به وأمسك عنها كما في صورة أداء الدين بمحل المدين ولم يأت الدائن ففي الصورتين يقوم مقام العرض الفعلي مجرد استدعاء المدين للدائن بواسطة عدل منفذ (الفصل 291).

الصورة الثالثة :

يعفى المدين من العرض الحقيقي وتبرأ ذمته بإيداع ما عليه إذا كانت ذات الدائن غير محققة أو مجهولة وهذا يقع في صورة وفاة الدائن وعدم التوصل لمعرفة ورثته أو كان الدائن عديم أهلية وليس له من يمثله قانونا.

الصورة الرابعة :

يكفي أيضا التأمين بدون لزوم للعرض في جميع الأحوال التي يتعذر فيها على المدين الوفاء بما التزم به لخوف أو غيره مما سببه من ذات الدائن كما في صورة مال الدائن المعرقل على الدائن أو على المحال له الدين.

ما هي شروط صحة العرض الحقيقي ؟

جاء بالفصل 293 أن العرض الحقيقي لا يكون ماضيا إلا بالشروط الآتية:

أولا : أن يكون العرض للدائن الذي له أهلية القبض أو لمن له ولاية القبض عنه وإذا كان الدائن مفلسا فالخطاب لنائب الغرماء وإذا تعدد الغرماء فالعرض يقع وجوبا لكل منهم ما لم يكونوا متضامين وكذلك في غير صورة عدم قابلية الدين للقسمة.

ثانيا : يلزم وقوع العرض ممن له أهلية الدفع ولو بواسطة شخص ينوب عنه في براءة ذمته وذلك لأن الدائن ربما يرفض الأداء المعروض عليه تفاديا للقيام عليه فيما بعد باسترداد ما قبضه على أن العرض يمكن وقوعه من كل ذي مصلحة في براءة ذمة المدين بقيد أن يكون أهلا للدفع.

ثالثا : أن يكون عرض الوفاء شاملا لجميع ما على الملتمزم مع فوائضه الواجبة ومصاريفه المنحصرة وذلك لأن العرض الذي لم يكن على تلك الصورة يعد ناقصا وبالتالي باطلا اللهم إلا إذا كان الدين غير مضبوط المقدار بتقصير من الدائن

الذي ترك بدون تعيين بعض التوايع من فوائض وغيرها فذلك يقوم عذرا للمدين في عدم عرض الكامل وعلى كل فان الحاكم يقرر حسب اجتهاده كفاية أو عدم كفاية العرض.

رابعا : أن يكون الأجل قد حل إن اشترط ذلك لفائدة الدائن فاعتبار الأجل لفائدة الدائن يشير الى القاعدة التي يمكن بمقتضاها للمدين أن يعجل بالوفاء إذا كان الأجل لفائدته خاصة.

خامسا : أن يكون الشرط الذي علق عليه الدين قد حصل وذلك لأن الشرط التعليقي لما كان يجعل وجود الدين موقوفا على حصوله فالدائن في حل من عدم الرضاء بتسبيق الدين لانه في صورة عدم حصول الشرط يصبح مضطرا للترجيع أما إذا كان الشرط شرط فسخ فلا مبرر لرفض قبول الأداء لأن هذا الشرط لا يعلق وجود التزام بل يوقف فسخه.

سادسا : أن يكون العرض بالمحل المتفق عليه للأداء وإلا خاطب به ذات الدائن أو بمحل العقد أو في جلسة المجلس والمراد بمحل العقد المكان المعين للوفاء وفي قول المقتن أن العرض يقع بمحل الدائن إشارة الى ما يقتضيه قانوننا التونسي من أن الدين يحمل الى الدائن لا أن الدائن يأتي الى المدين لاستلامه.

سابعا : أن يكون العرض مجردا من كل قيد أو شرط وللقضاء على كل نزاع في صحته واعطائه الصبغة الرسمية يتجه إجراؤه بواسطة عدل منفذ أو غير منفذ وهذا العدل يحرر فيه محضرا يتضمن بيان ما وقع عرضه بالضبط وجواب الدائن أو نائبه بالقبول أو الرفض ويحسن ترك نسخة من المحضر بيد الدائن أو من كانت له صفة في النيابة عنه وفي صورة الامتناع عن القبض لا تبرأ ذمة المدين إلا بوضع الشيء المعروض كيف ذكر في المستودع الذي يعينه مجلس جهة التنفيذ إن كان ذلك الشيء قابلا للتأمين.

ملاحظة : يمكن عرض الدين أثناء الترافع لدى المحكمة وحتى لأول مرة لدى الاستئناف لانه ليس بطلب جديد بالعنى المصطلح عليه بل هو وسيلة دفاع تعارض بها الدعوى الأصلية وللمجلس أن يقرر عندئذ كفاية هذا العرض لبراءة الذمة بدون لزوم للتأمين.

ماذا يترتب على العرض الحقيقي غير المتبوع بالتأمين ؟

جاء الفصل 294 بأن عرض الوفاء على الدائن دون تأمين عين الدين لا تبرأ به ذمة المديون من عواقب مخاطلته الا من يوم التأمين وتبقى عليه عواقب ما تقدمه.

فالعرض حينئذ وسيلة يتوصل بها المديون لمعرفة هل أن دائته مستعد لتسلم الدين أو لرفضه وفي صورة الرفض الذي لا مبرر له تحمل المصاريف على الدائن ويحق للمدين طلب الغرم.

التأمين

علمنا مما تقدم أن العرض وحده لا يكفي لبراءة الذمة بل يلزم أن يعقبه التأمين وهذا التأمين لا يقع إلا إذا امتنع الدائن من تسلم الدين بحيث أن سكوته أو غيابه يعد امتناعاً منه للقبول ببرر التأمين لكن يشترط عدم التراخي في هذا التأمين.

متعلق الدين شيء قيمى أو مبلغ من الدراهم

فاذا كان الشيء القيمي مما ينقل الى الدائن ساغ للمدين في صورة الامتناع من القبول أن يطلب من المجلس تعيين محل لوضعه والأمر كذلك بالنسبة إلى الدراهم أي أن المجلس يأمر بوضعها باحدى خزائن الدولة كل ذلك بعد العرض بواسطة عدل منفذ ويقف حساب الفوائد من وقت التأمين.

متعلق الدين من المنقولات

هذه المنقولات إما أنها قابلة للإيداع وعندئذ يجرى الأمر في شأنها حسب البيان السابق أو أنها ليست مما يودع بمحل حفظ الأمان أو كان يخشى عليها من التأخير أو كان حفظها يستلزم مصاريف تفوق قيمتها فاذا كان الثاني جاز للمدين أن يستأذن المجلس في بيعها وتأمين الثمن وهذا البيع يقع بالمزاد العمومي حسبما هو مبين بالفصل 295 القاضي بأنه إذا كان السعر قابلاً للزيادة والنقص كل يوم في سوق أو بورصة جاز للمجلس أن يأذن في بيعها بالسعر الحالي بواسطة سمسار أو مأمور

مأذون له في ذلك ويجب على المديون أن يعرف الدائن حالا بما أنتجه البيع وألا يكون ملزوماً بتعويض الخسارة ويبقى له الرجوع على الدائن بالفرق بين ثمن المبيع والثمن المتفق عليه في العقد وتعويض ما عسى أن يترتب من الخسارة ومصاريف البيع تكون على الدائن.

وبالمثال يتضح الحال: اشترى زيد من بكر برميلاً زيتاً بخمسين ديناراً لم تدفع له ولما جاء إبان الوفاء عرض بكر على معاقده الزيت المتعهد به فرفض قبوله بما اضطر معه العارض الى طلب بيعه من المحكمة خشية فسادة وقد تحصل من البيع على ثلاثين ديناراً فقط قبضها بكر وبقي له الحق في طلب عشرين ديناراً من زيد مع ما استحقه من الغرم في مقابلة المطل وإذا افترضنا أن متحصل البيع المأذون به من طرف الحاكم يفوق الخمسين ديناراً المتفق عليها في العقد بأن كان ستين ديناراً مثلاً فمن الذي يستحق منهما العشرة دنائير الزائدة فهل أنها ترجع للمدين زيد أو أن بكراً يفوز بها مقابلة المطل وتكاليف العرض فالأرجح هو أن بكراً هو الذي يفوز بالزائد.

ماذا يترتب على التأمين؟

إذا وقع التأمين بعد القيام بالموجبات التي أسلفناها حصلت براءة الذمة وانقضى الدين بتوابعه وملحقاته ومن مصلحة المدين أن يبادر بالتأمين بمجرد وقوع العرض وامتناع الدائن من القبض ولا نجد بالنصوص تعيين أجل لإتمام إيداع الدين وبهذا الإيداع يصير الدين حسب صريح الفصل 297 في عهدة الدائن وله غلته والفوائد والرهون التي فيه تزول وبقيّة المديونين الملزمين به والكفلاء تبرأ ذمتهم منه.

استفهام ؟ أمن المتجه أن يجوز قانوننا للمدين بالفصل 198 استرداد ما أمنه بعد أن قرر أن التأمين تبرأ به ذمة المديون والكفلاء ويجعل الدين في عهدة الدائن (لأنه يعطى حكم الشيء القيمي من جهة الضمان) ثم يقول إن هذا الاسترداد المشروط بعدم قبول الدائن للتأمين يتجدد به الدين بالامتيازات والرهون التي خصصت له من قبل ولا تبرأ به ذمة بقية المديونين الملزمين به ولا الكفلاء ولم يستثن إلا صورتين لا يجوز فيهما الاسترداد فالأولى صورة ما إذا صدر للمدين حكم نهائي يقتضي ان عرضه للوفاء وتأمينه للدين صحيحان والثانية يكون فيها المدين قد أشهد على نفسه من قبل أنه تخلى عما له من الحق في استرداد ما أمنه ؟

إن الرأي عندي هو أن هذا لا يتفق مع نظرية المقنن التونسي الذي اشترط أن يكون التأمين عن إذن المجلس (الفصل 289) خلافا لما ارتآه المقنن الفرنسي ونص عليه بالفصل 1259 من أن إذن الحاكم بالتأمين غير لازم بما يسمح للمدين بأن يقدم لصندوق التأمين التوصيل الذي تسلمه منه ليسترد ما أمنه من تلقاء نفسه إذا لم يكن قد قبله الدائن أو وقع توقيفه من طرف دائنيه والأمر بخلاف ذلك على مقتضى القانون التونسي لأن ما إذن به المجلس لا يرفع إلا بأمر منه ويستبعد وقوع ذلك بدون سبب جدي.

ومما يقرب للمعقول ما أسلفنا ملاحظته قول مشرعنا بالفصل 302 أن الدين يجوز للمدين أخذه إذا ترك الدائن مدة خمسة عشرة سنة تقضي من تاريخ إعلامه بالتأمين من غير أن يطلب ما أمن على ذمته ويضاف الى ذلك ما جاء بالفصل 297 من أن الدين يصير من يوم تأمينه في عهدة الدائن وله غلته فهذا الفصل لم ينص على القبول أي قبول التأمين.

سؤال : إذا افترضنا أن الدائن نزولا عند رغبة المدين أباح له استرداد ما أمنه فهل ان هذا الدين الذي انقضى بالتأمين يرجع الى الوجود بملاحظات من مختلف الوثائق بنوعيتها العينية والشخصية؟ الجواب لا يكون إلا بالنفي لأن هناك تجديدا للعقد لا يسمح بالحاق المضرة بالغير فالدين أصبح بذلك بدون ضمان.

سؤال آخر : إن الفصل 298 الذي بين أنواع الديون التي تعرض وتؤمن عن إذن المجلس لم يذكر العقار مقتصر على ذكر العيون المعنية بدون زيادة بيان أي ما يعبر عنه بالمقومات وما يعين بذاته من المثليات كوضع التمر أو الزيت في وعاء منعوت بذاته وعليه فكيف الحال إذا امتنع الدائن من استلام العقار المتعهد له به؟ الجواب هو أن المدين يدعو دائنه الى ذلك على معنى ما جاء بالفصل 291 وفي صورة رفضه للقبول يمكن السعي لدى المحكمة من طرف ذلك المدين ليعين أمينا عدليا يتولى إدارة العقار.

فإذا سلمنا اتباعا للنص جواز سحب المدين لما أمنه طالما لم يقبله الدائن فهل يجوز لغرماء هذا المدين التمسك بمنحة الفصل 306 أي القيام بالدعوى المنحرفة أي غير المباشرة للحصول باسم المدين على رد ما أمن؟ فالظاهر هو أن ذلك لا يجوز لاعتبار حق الاسترداد شخصا للمدين بناء على أن التأمين قد تم به خلاص الدين.

أما غرماء الدائن الذي وقع التأمين على ذمته فهم في حل من إجراء القبول في حقه ولهم أيضا توقيف المؤمن على نسبة أهمية ما يطلبونه.

العرض والتأمين في التشريع الاسلامي :

إن كان الدائن غائبا أو رفض التسلم فللمدين إحضار التزامه للقاضي إذا أمكن إحضاره والقاضي ينظر المصلحة إن شاء دفعه عند أمين وإن شاء دفعه في خزانة الدولة العامة حتى يتسلمه صاحبه وإن شاء تركه عند الملتزم نفسه كأمانة.

وكذلك الأمر إذا دعي الدائن لأخذه ولم يحضر للتسلم وقد يحضر الدائن ويقول لمدينه دع عندك الملتزم به فتصبح مادة الالتزام وديعة بيد المدين ولا ضمان عليه إلا إذا تعدى.

فان كان الملتزم به عينا أو ذاتا ولو مثليا فيكفي إشهاد الملتزم بصفة صحيحة بدعوة الدائن للتسلم وتحديد يوم لذلك فان حضر فيها والا فلا مسؤولية على الملتزم فيما التزم فان هلك وكان مقوما فليس له القيمة إلا إذا تعدى الملتزم وان كان مثليا فكذا.

فليس للمدين قبض ما عرض وأودع ولو قبضه باذن الدائن بعد ذلك فهو أمانة ولا ضمان على الأمين الا إذا تعذر.

بعض وسائل يحصل بها الوفاء بالعقود "العربون"

عرف المقتن التونسي العربون بأنه "ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر لأجل إتمام ما تعاقدوا عليه".

فيؤخذ من هذا التعريف أن العربون له إحدى الصفتين، صفة تسبقة جزء من أصل الثمن أو أصل الكراء أو صفة شرط تخريمي أو جزائي يقابل النكول من طرف الجانب الذي دفع العربون فهذا الجانب مخير حسب الاتفاق بين أحد الأمرين إما إتمام العقد أو التحمل بالجزاء المقدر وبعبارة أخرى فإن الوعد بالبيع الذي يصاحبه دفع العربون يتوقف انجازه على شرط يقتضي تخيير البائع أو المشتري في إتمام العقد والأوضاع عليه العربون أما القانون الفرنسي فقد أوجب على من عرض البيع في هذه الصورة رد العربون مضاعفا كما هو صريح الفصل 1590 وجاء القانون الفرنسي الصادر في 5 ديسمبر سنة 1951 بالزام بائع المنقول بأداء الفائض القانوني على المال الذي قبضه مسبقا من الثمن وحساب هذا الفائض يبتدئ بانقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ هذا القبض مع بقاء واجب تسليم المبيع قائما على حاله فالبيع في حد ذاته يبقى هنا معلقا وينتج عن هذا التعليق عدم انتقال ملكية المبيع إذا كان قيميا وبالتالي تحمل البائع بالضمان عند تلفه بالآفة السماوية وقد يكون العربون كما سبق ذكره تسبقة من أصل الثمن أو أصل الكراء فإن دفعه المشتري أو المكترى ووقع إتمام العقد طرح من ثمن البيع أو الكراء وإذا كان الدافع له هو البائع أو المكري فإنه يرجع بعد تنفيذ العقد.

هذا وقد لا يكون العربون من النقود فقط بل أيضا من الأشياء المنقولة.

أما إذا فسخ العقد باتفاق الجانبين وجب ترجيع العربون.

وإذا كان فسخ العقد متسببا عن تقصير الطرف الذي دفع العربون فلمعاقده أن يبقيه تحت يده وإن لا يرده إلا بعد أخذ الغرامة التي يعينها المجلس عند الاقتضاء.

ملاحظة : قد يصعب أحيانا معرفة هل أن المبلغ دفع على وجه التسبقة من الثمن أو كغرامة تعويضية بحيث أن الألفاظ وحدها لا تدل غالبا على قصد الدافع للمجلس حينئذ حق التأويل.

الشرط التغريمي ويعبر عنه أيضا بالجزائي

التعريف :

الشرط التغريمي هو عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان حين التعاقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة من عدم الوفاء أو من تأخير ومثال ذلك أن يتعهد شخص للآخر بأجراء عمل في مدة معينة وأنه إذا لم يوف بذلك العمل أو يتأخر عن إجرائه في الإبان يدفع كذا والغاية من هذا الشرط القضاء على كل نزاع فيما يستقبل.

مبنى الشرط التغريمي :

يلزم - أولا - أن يكون عدم الوفاء أو تأخيره منسوباً الى المدين أي مبنياً على خطئه وذلك لإخراج الصورة التي يكون فيها الإخلال بالعقد متسبباً عن قوة قاهرة أو أمر طارئ أو فعل الدائن فعلى مقتضى قانون الشغل لا شيء على المؤجر من شروط العمل أن إطراد العامل الذي ارتكب خطأ فاحشاً كخيانة أو تعد على مخدومه.

ثانيا : أن يكون المدين ماطلا

خاصيات الشرط التغريمي :

(1) يفترق هذا الشرط عن التعويض العادي بكونه مقدراً في العقد بصفة جمالية باتفاق العاقدين ولا شأن للحاكم في تقديره بل يجب عليه القضاء به كما هو. بحيث أنه لا يزيد في مقداره ولا يحط منه ولا يستثنى من ذلك إلا صورة وقبوع الوفاء بالبعض إذ يجوز فيها التنقيص من الشرط على نسبة ما وقع الوفاء به اللهم إلا إذا كان الالتزام لا يقتضي تجزئة التنفيذ كما أنه تمكن الزيادة فيه عند ارتكاب المدين للتغريم أو لخطأ فاحش.

(2) ليس للدائن أن يطلب الوفاء بالعقد مع استحقاق مقدار الشرط لأن هذا الشرط معتبر كمقابل لعدم الوفاء أما إذا تعلق الشرط التغريمي بتعويض ضرر تأخير الوفاء جاز للدائن أن يطلب الوفاء مع تنفيذ الشرط.

(3) لا يبحث على حصول ضرر للدائن الذي ليس عليه سوى إثبات عدم الوفاء أو تأخيره فهناك قرينة بمقتضاها يعتبر الضرر محمولا على الظن.

(4) الشرط التغريمي يبطل ببطان العقد الأصلي لأنه بمثابة عقد فرعي والقاعدة الكلية تقتضي أن الفرع يبطل بالأصل لا العكس.

تذكير الاستثناء :

تقدم لنا عند شرح نظرية اشتراط الشروط في حق الغير أن بطلان الاشتراط لا يترتب عليه بطلان الشرط التغريمي لأنه جاء لتصحيح الاشتراط لفائدة الغير.

الغرامة اليومية أو التهديدية

التعريف :

الغرامة التهديدية هي عبارة عن وسيلة ضغط يتخذها الحاكم في بعض الصور لارغام المحكوم له عن كل يوم تقاعس فيه المدين عن الوفاء.

فاذا اقتضى الحال مثلاً جبر المدين على إجراء عمل ما كتسليم وديعة أو رسم أو إخلاء محل فاحتياطاً للدد يقضي الحاكم أيضاً بالزام هذا المدين بمبلغ من المال يستحقه المحكوم له عن كل يوم تأخر فيه التنفيذ وفي صورة عدم ضبط الوفاء بأجل يحدد المقدار الموظف كيف ذكر حتى لا يتجاوز مقدار الغرامة التهديدية أهمية الضرر الحاصل من التقاعس.

صفات هذه الغرامة :

إن أهم صفة لهذه الغرامة هي الضغط والتهديد لارغام المدين على التنفيذ بحيث أن الحاكم في استطاعته أن يزيد في مقدارها كلما تراءى له عدم اكتراث المدين

إيضاح :

جرى اليوم عمل المحاكم باعطاء الغرامة التهديدية صفة وسيلة تعويض فاذا عينت جزافا بدون مراعاة لقيمة الضرر الناجم عن تأخر الوفاء أو عن عدم وقوعه يمكن أن يعاد فيها النظر بما يتفق مع تلك القيمة وبذلك فهي تخرج عن صفتها الأصلية التي هي مجرد التهديد والضغط سعيا وراء تحقيق التنفيذ مع ترك المجال فسيحا أمام المتضرر من تعطيل التنفيذ للحصول على تعويض حقيقي.

وقد ذهب فقه القضاء الى اعتبار الغرامة المذكورة ذات صفة مزدوجة أي صفة غرامة تعويض وصفة وسيلة جبر وبناء على هذه الصفة الثانية فلا تحسب إلا من اليوم الذي صار فيه الحكم باتا وفي صورة استئنائه تجرى الغرامة من يوم صدور قرار المحكمة الثانية لأن التنفيذ لا يمكن وقوعه قبل ذلك وليس للجبر معنى أثناء جريان النازلة في دائرة الحدود التي ضبطها هذا القرار من حيث المدة والمقدار.

ملاحظة :

اقتضى رأي بعض الفقهاء العصريين أن الغرامة التهديدية إذا تجاوزت أهميتها ما حصل بالفعل من الضرر تصبح ذات صبغة زجرية وليس للحاكم المدني أن يتولى القضاء بها لما فيه من خرق للقاعدة القضائية بان العقاب لا يسلط إلا إذا ورد فيه نص قانوني وأجابت عن ذلك طائفة أخرى من علماء الحقوق بان القاعدة المذكورة إنما هي قاصرة على حكاية الشخص من المجازفة في التتبعات الجزائية وليس لتطبيقها من وجه بالنسبة إلى المصالح الخاصة التي لا تمت بصلة للنظام العام ويبدو لنا أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب وليس لما يقرره الحاكم في هذا الشأن من افتيات على السلطة التنفيذية بل أن عمله هذا غايته تسهيل التنفيذ بالضغط على المدين حتى يقوم بواجب الوفاء بما تعهد به.

بها وذلك لأنها ليست مجعولة لتعويض ضرر التأخير أو ضرر عدم التنفيذ فهذا الضرر مستقل الموضوع ومن أجل ذلك ترك للحاكم التصرف في الغرامة التهديدية بما يتفق مع موقف المحكوم عليه في خصوص التنفيذ الذي يكتسي صبغة إدارية أيضا وقد ذهب فقه القضاء الى منح الحاكم أهلية إعادة النظر في الغرامة المذكورة استثناء من مبدأ تخلي المجلس عن النظر في موضوع اتصل به القضاء ومما تقدم يستخلص أن الغرامة التهديدية إنما هي وسيلة احتياطية وقتية لا يقاس مقدارها على الضرر الذي سيحصل في المستقبل من عدم الوفاء أو من تأخيره وقد اختلفت بعض المحاكم في الرأي عندما وقع التساؤل لمعرفة هل أن الجمع ممكن أو غير ممكن بين الغرامة التهديدية وتعويض الضرر بعد وقوعه خصوصا إذا تجاوزت أهميتها هذا التعويض. وأخيرا صدر بفرنسا قرار مجلس التحكيم بين السلطتين الادارية والعدلية بجواز الحكم من السلطة الثانية بالغرامة التهديدية ضد الدولة والمؤسسات العامة لما هو معلوم في القانون الاداري من أن الدولة وتلك المؤسسات لا يمكن استعمال وسائل الضغط والتهديد معها عند اتجاه الحكم عليها كما في صورة امتناعها مثلا عن اخلاء محل بعد رفع التسخير عليه والقرار المذكور مؤرخ في 17 جوان سنة 1948.

صفة أخرى للغرامة التهديدية :

هذه الغرامة لم تكن هي الوسيلة الأصلية لتحقيق التنفيذ بل هي طريقة استثنائية يقع الالتجاء اليها كما تعذر وجود غيرها لايقاع التنفيذ وقد تستعمل غالبا في الصور التي يكون فيها الالتزام باجراء عمل من المحكوم عليه نفسه أما اذا كان في الإمكان أن يقوم غيره بذلك العمل على نفقته فلا وجه للحكم بها إذ يكفي أن يسند الأمر الى غيره كما في صورة العامل الذي تعهد بحرث أرض فلا لزوم هنا لتوظيف الغرامة اليومية عليه بل يكلف عامل آخر باتمام الحرث على نفقته أي نفقة المحكوم عليه الذي يصبح مدينا بالمال الذي أوجبه القيام بنفس العمل.

ومن صفات الغرامة التهديدية أيضا أن تكون بمثابة خطية تقرر بعض النصوص توظيفها كما في صورة بطاقات الجبر التي تصدر من المجالس البلدية وصورة الأداءات الموظفة على آلات نقل الاذاعة المعبر عنها بالراديو والتلفزة فهناك غرامة توظف على صاحب الآلة تتفاوت أهميتها باعتبار فوات آجال دفع المعلوم وكذلك الأمر بالنسبة إلى بعض الضرائب.

الدعوى البوليانية او دعوى إبطال تصرفات المدين العسر

جاء القانون المدني بحماية الدائن العادي أي الذي لم يكن قد أحرز على رهن عقاري أو امتياز ما وذلك بوضع عدة وسائل على ذمته يتوصل بها إلى رد احتيال مدينه خاصة عندما يتعمد التفريط في كل أو بعض ما بقي له من المكاسب الكافية للخلاص ولهذا الدائن أيضا أن يستعمل الطرق التي احتوى عليها الفصل 312 وما بعده والفصل 314 من قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما يتعلق بالعقل والأذن على المطالب كما له أن يقوم باسم مدينه بما له من حقوق ودعاو على الغير متى استبان من سلوكه أنه مستهين بها وهو القيام المعبر عنه في الاصطلاح بالدعوى المنحرفة أو بالمداعاة باسم المدين حسب الأصول المضمنة بالفصل 306 من مجلة العقود والالتزامات . وسنبحث الآن في الدعوى البوليانية من حيث حقيقتها وشرائطها وأنواع الأعمال القانونية القابلة للطعن بهذه الطريقة ومختلف مفاعيل هاته الدعوى ولنبدأ بالحقيقة فنقول : أن الدعوى البوليانية هي الدعوى التي يقوم بها الغريم باسمه الخاص طالبا إبطال ما أنشأه مدينه من عقود التفويت المالي تدليسا منه واحتيالا ولا فرق في ذلك بين المعاوضات والتبرعات بمعنى أن هذا المدين يكون هكذا قد تصرف في كسبه تصرفا ضارا بغرمائه عن شعور تام بأن هذا التصرف أوجب عسره أو زاد في اعساره وهو المعبر عنه بالتدليس أو الاحتيال.

وهذا الإبطال الذي هو من نوع خاص : الأصل فيه عدم امكانية معارضة الغرماء بالتفويت المذكور تحت الشروط الآتية:

أولا : يلزم أن يكون العقد سببا في اعسار المدين. أما إذا كان هذا المدين مليا فتداخل دائنه في تصرفاته لا مبرر له لفقدان المصلحة التي هي مرتكز كل دعوى.

ثانيا : يلزم علم المدين بحالة كسبه وبأنه لا يفى بالديون التي عليه فعلم المدين بأنه أصبح بهذا العقد في حالة إعسار أو عدم هو المعبر عنه بالتدليس أو الاحتيال أو الغش حتى ولو كان قصد الضرر بعيدا عنه.

ثالثا : يلزم أن يكون الدائن هو السابق عن العقد المدلس لأن تأخر دينه عن العقد يفيد دخوله على حالة الإعسار وهو المطلوب باثبات هذه الأسبقية بحجة ثابتة التاريخ ويرى بعض الشراح أن الدائن المتأخر تاريخ دينه عن العقد المطعون فيه قد يقبل منه الطعن متى أثبت أن الاحتيال دبر من قبل للأضرار بمن سيكون دائنا في المستقبل. هذه النظرية مطابقة للمبادئ الشرعية القاضية بأنه إذا تبين أن تصرفه السابق كان مقصودا به التهرب من الوفاء بالتزاماته كما لو باع لامرأته أو لولده قبل التعاقد مع الغير وزوجته وابنه لا مال عندهما لدفع الثمن فيصح للغرماء طلب ابطال هذا التصرف، هذا ومن جهة أخرى فاذا باع المدين عينا بثمن بخس جاز لامحالة الطعن في هذا البيع وجاءت الشريعة الاسلامية بان من وقف ملكه على أولاده وهربه عن الدائنين لا يصح وقفه ولا يلزم.

رابعا : يلزم لصحة الدعوى الاشتراك في التدليس إذا كان العقد بعوض أي اشتراك معاقدين فيما ذكر وأما إذا كان العقد بلا مقابل فتصح الدعوى مطلقا حسنت النية أو ساءت فيؤثر الدائن على الموهوب له لأن الأول يتجنب ضررا والثاني يفقد ربحا فهناك دائنان لمدين واحد فالأسبق منهما أولى من الثاني وبعبارة أخرى يلزم حصول ضرر للقائم بالدعوى وهذا الضرر يوكل تقدير وجوده للحاكم بحسب اجتهاده المطلق.

خامسا : يلزم أن يكون دين القائم ثابتا وحالا أي مستحق الأداء فليس له هذا القيام ان كان دينه معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ما لم يكن هذا الأجل قد سقط حكما.

ما هي التصرفات القانونية التي يجوز إبطالها ؟

تدخل تحت طائلة الطعن بالطريقة المذكورة كل العقود التي أنشأها المدين ونقصت من كسبه الذي هو ضمان مشترك بين دائنيه حسب منطوق الفصل 1623 من مجلة العقود والالتزامات وذلك بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة

الشخصية أو بالميراث حسب عبارة الفصل 306 ومن العقود المذكورة عقود العوض وعقود التبرع والتنازل عن حق مكتسب والابراء من التعهد أما الأحكام التي قضت باخراج مال من كسب المدين لفائدة الغير الذي كان متواطئا معه فهي قابلة للطعن من طرف الدائنين لكن ذلك بالطريقة التي نص عليها قانون المرافعات المدنية والتجارية بالفصل 224 وفي ذلك إشارة الى الصورة التي تكون فيها للمدين نية تهريب شيء من كسبه فيوعز لهذا الغير بالقيام عليه لدى المحكمة ويتظاهر أمامها بدفاع صوري ليس من ورائه نجاح.

وهناك أعمال أو تصرفات لا تدخل تحت طائلة الطعن وهي التي مفادها امتناع المدين من تنمية كسبه كعدم قبوله لهبة أو تبرع وذلك لأن الاعتماد عند الدائن كان على الموجود من الثروة ومن ذلك القبيل الحقوق الذاتية المحضة المنصوص عليها بالفصل المذكور وهي حقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والتنفقة وحقوق تترتب له من جنحة أو شبهها وقعتا على الذات وبصفة عامة كل ما لا يصح حجزه ولا إحالته، وأما القيام بالفسخ بناء على عدم أهلية المدين أو صغر سنه فلا يعد من الدعاوى الشخصية على معنى ذلك الفصل.

أما الأداء الذي يباشره المدين بالنسبة إلى ما حل عليه من الديون فلا يجوز اعتباره مما يطعن فيه بالدعوى البوليانية ما لم يكن هناك تواطؤ مع الدائن الذي استوفى حقه.

وسنرى أن هذا الحكم يجري حتى في صورة ما إذا كان لمعاقد المدين حق قبله بمعنى أن صاحب الحق هذا لا ينجح القيام عليه بالدعوى البوليانية ولو كان عالما بعسر المدين وفي ذلك استثناء من قاعدة توقف اسقاط المعاوضات على ثبوت سوء نية المدين ومعاقده معا لأن هذا الأخير غير ملزم بالامتناع عن أخذ حقه إلا إذا كان المدين تاجرا في حالة إفلاس لأن حالة الإفلاس تمنع تصرفات المدين المفلس وتوجب التساوي بين الغرماء. فالمدين لا يصح منه أي أداء بعد الاعلان بتفليس.

مفاعيل الدعوى البوليانية أي آثارها

هذه المفاعيل تنحصر في نسبية الدعوى البوليانية وضبط طبيعتها وقد رأينا أنه يلزم التواطؤ بين المدين ومعاقده الأجنبي لاسقاط العقد بالنسبة إلى هذا الأخير فما هو يا ترى مركز الأجنبي الثاني الذي تعاقد معه الأجنبي الأول في نفس الشيء ؟ فإذا كان المشتري الأول حسن النية أي غير مشارك للمدين في التدليس فشراؤه صحيح وبيعه لما اشتراه صحيح أيضا وكذلك هبته ولا يبحث عن الأحوال التي وقع فيها تفويته فيها لمشتراه وأما إذا كان المنتقل إليه الحق من المدين مهددا بالقيام عليه بالدعوى البوليانية لأنه اشترى مع علمه بعسر المدين أو كان ذلك الحق موهوبا له من المدين ففي المقام تفصيل إذ ينظر في مركز هذا الغير على مقتضى ما كانت عليه نيته من الصفات بحيث أنه يجوز القيام عليه بالدعوى البوليانية إذا كان هو أيضا عن سوء نية أو انتقل إليه الشيء على وجه التبرع إذ بذلك يكون خارجا عن حماية القانون وأما إذا كان حسن النية واقتنى الحق بعوض فلا تقبل ضده الدعوى البوليانية ومن هذا الحق نستخلص طبيعة الدعوى البوليانية التي هي ليست بدعوى إبطال حقيقي إذ لو كانت لها هذه الصفة لفسخ العقد بناء على اشتراك المدين ومعاقده في التدليس أي بناء على توأطئهما وعلمهما بأن المدين أصبح غير قادر على الوفاء بما عليه ولتعذر أيضا على المشتري الثاني حسن النية الفوز بمشتراه لما سبق بيانه من أن هذا المشتري الثاني لا يحرم من شرائه إلا إذا كان هو أيضا سيء النية أي عالما بالتدليس أعني أنه إذا كان التصرف الجديد حاصلا بين اثنين يعلمان حال المدين من العسر جاز للدائن طلب إبطال التصرفين وعليه فهناك إبطال نسبي يقرر فيما بين القائم والأجنبي المشتري من المدين أما بالنسبة إلى المدين والأجنبي العاقد معه فباقي الثمن المتحصل من بيع الشيء العائد من الدعوى لأموال المدين ينبغي أن لا يسلم للمدين بل يسلم للأجنبي ولهذا الأخير الرجوع على المدين بما غرمه أصلا وربحا ومصاريف وان كان بلا مقابل كالهبة فليس للأجنبي المتبرع عليه الرجوع على المدين بالمصاريف التي دفعها عند إقامة الدعوى. وزيدة القول هي أن تصرفات المدين على الصفة المذكورة لا يعارض بها دأئوه المتوفرة فيهم الشروط السالف بيانها ويحق لكل منهم الطعن فيها بالدعوى البوليانية التي ينحصر مفعولها هكذا فيما بين القائم والمقوم

عليه معاقده المدين ولا يتخلص المدين بسببها من التزاماته نحو الغير المقوم عليه فيتاح لهذا الغير الرجوع عليه بالدرك في صورة نجاح الدعوى البوليانية وبسبب هذا النجاح يكون الغير قد أرجع الشيء للقائم عليه أو أنه دفع له دينه لرد دعواه مع الرجوع على المدين بما دفع (يراجع القرار عدد 3366 المؤرخ في 4 جويلية سنة 1939 والقرار عدد 6375 المؤرخ في غرة مارس 1959 الصادران عن المحاكم التونسية).

كيف الحال في صورة التلف؟

إن معاقده المدين يسأل عن تقصيره فان كان التعاقد معاوضة يضمن هلاك الشيء أو تلفه إن كان بتقصيره وإن كان قد تصرف في المال الذي أخذه فعليه القيمة التي كانت للمال وقت الحكم بإبطال التصرف إن كانت تزيد على الثمن الذي اشتراه به أو أنه ينقد الثمن إن كان هو الذي يزيد على القيمة مع ضمان الفوائد والغلة التي أهمل جنيتها وفوق ذلك يحكم عليه بالغرم وإن كان التعاقد تبرعا فلا عهدة عليه في صورة الهلاك أو التلف وإن باع الشيء فلا يلزم إلا بثمنه قل عن قيمته أو زاد عليها وله الثمرة وينتفع بالغلة مدة حسن نيته كل ذلك طبقا للأحكام المضمنة بالفصلين 110 و111 وإذا بيع العقار واستوفى الدائن دينه فالزائد لمن تعاقد مع المدين أما مصاريف الترف فلا رجوع بها على القائم وإنما للمقوم عليه إزالة التحسينات التي من هذا القبيل بدون إضرار بالعين وليس له وهو سيء النية حبس العين لاستيفاء ما صرفه من المصاريف النافعة والضرورة.

مفعول الدعوى البوليانية بالنسبة إلى بقية الدائنين

إن هذه الدعوى يترتب عليها إسقاط العقد المخدوش فيه خاصة بالنسبة إلى الدائن القائم بها دون سواه من بقية الدائنين ما لم يكونوا قد انضموا إليه بالتدخل في القضية وتداخلهم هذا يقبل ولو كان واقعا لأول مرة لدى الاستئناف بحيث أن الدعوى البوليانية لا ينتفع بها إلا الدائن القائم بها باسمه الخاص فيكون قد أحرز هكذا على امتياز في مواجهة بقية الدائنين وإذا رجع الشيء المفوت فيه إلى المدين فرجوعه هذا يعتبر لخاصة مصلحة القائم جزء حزمه وليس لبقية الدائنين إجراء العقلة عليه لكن في صورة التفليس لا محل لهذا الامتياز لأن القيام بالدعوى البوليانية يعتبر واقعا في حق كافة الغرماء فجميعهم ينتفعون به.

ملاحظة :

إن هذه الرعاية من المقتن التونسي للدائنين المتيقظين للأخطار التي تهدد أموالهم لا تقف عند حد الدعوى البوليانية بل نجد أنها أيضا في صورة قيامهم بالمداعاة باسم المدين فالقائم منهم هو المستفيد وحده من القيام حسب الفصل 308 خلافا لما ارتآه المقتن الفرنسي من عدم تخصيص القائم بالدعوى المنحرفة بالفائدة الحاصلة من قيامه لأنه معتبر في نظره كوكيل قانوني على مدينه وما حصل من هذه المداعاة يدخل في كسبه أي في الضمان المشترك.

تنبيه :

بناء على الصفة السابق توضيحها من أن الدعوى البوليانية ليست كدعاوى الإبطال المتعارفة بل هي دعوى إبطال نسبي مبنية على مبدأ عدم معارضة الغرماء بالتصرفات القانونية التي يباشرها المدين المعسر مع الغير وانقضاء هذه الدعوى لا يحصل بمضي مدة عام المنصوص عليها بالفصل 330 من المجلة بل بمضي مدة الخمسة عشر عاما المشار إليها بالفصل 334.

بيان :

كان التنفيذ بالنسبة إلى الديون يجعل المدين عند الاقدمين من رومان وغيرهم تحت رحمة دائنيه الذين يحق لهم أن يسلطوا عليه أنواع الضغط والأذى من حبس وغيره وبذلك كانوا في مأمن من تدليسه وتغريه واحتياله، أما اليوم فقد أصبح الضمان منحصرا في كسبه باستثناء صورة الاجبار بالسجن التي لم يبق العمل جاريا بها إلا في المادة الجزائية ومن أجل ذلك أباحت الشرايع الحديثة للغرماء وسائل مختلفة سبقت الإشارة إليها ومن بين هذه الوسائل الدعوى البوليانية التي سميت هكذا نسبة إلى مستنبطها عند الرومان وهو الحاكم في القضايا المدنية المسمى فكانت لها صفة جنحة جزائية من أجل ركوب المدين متن التدليس والاحتتيال بالتعاقد مع الغير لحرمان غرمائه من حقوقهم عليه ولذلك اشترط في القيام بالدعوى البوليانية اليوم أن يكون المدين مدلسا بالمعنى الذي أسلفناه ومتواطئا مع الغير خاصة في صورة عقود العوض كما سبق بيانه.

•

دعوى إبطال تصرفات المدين في نظر الشريعة الإسلامية

إن الشريعة الإسلامية لا ترى مبدئيا تقييد تصرفات المدين في ماله عملا بالقاعدة الكلية القاضية بأن لكل شخص ولاية على نفسه وماله باستثناء المحجور عليه والمريض بمرض مخيف وقد رأى الامام مالك رضي الله عنه الخروج عن تلك القاعدة بالنسبة إلى التبرعات وجوز للدائن أن يطلب من الحاكم لصالحه الخاص إبطال عقود التبرع التي تمها مدينه واشترط لصحة القيام إحاطة الديون بكسب المدين وعجزه عن الوفاء بحقوق دائنيه وبالنسبة إلى البيوعات قرر الفقهاء أن المدين إذا باع وهو مريض مرض الموت شيئا من ماله بأقل من القيمة ثم مات وتركته مستغرقة بالمدين فلدائنيه أن يطلبوا من المشتري تكميل الثمن حتى يبلغ القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع فاذا أبى كان لهم الحق في فسخ البيع ورد الثمن الذي دفعه المشتري اليه وينزع منه المبيع والغبن هنا لا يغتفر سواء كان يسيرا أو فاحشا.

أما في زماننا هذا الذي كثر فيه الاحتيال والغش بسبب تضائل العقيدة المولدة لعدم الاكتراث بوخز الضمير يلزم التشدد في مقاومة سوء النية ولهذا السبب أصدر المقتن التونسي أمرا مؤرخا في 15 سبتمبر 1923 أكمل به نص الفصل 306 الوارد بمنح الدائنين حق المداعاة باسم المدين وذلك باضافة مضمون الفصل 1167 الفرنسي الخاص بالدعوى البوليانية وقد نسج على منواله المقتن اللبناني اذ ضمن بالفصل 278 ما جاء بالنص الفرنسي المذكور مع زيادة بعض الشرائط المستوحاة من الشروح وفقه القضاء.

في إقامة الدائنين دعاوى مدينهم

استثناء من القاعدة القاضية بأن العقود ليس لها تأثير على غير المتعاقدين نفعا أو ضررا قد سمح المشرع التونسي للغرماء بحماية كسب المدين من التلاشي وذلك بإقامة ماله من الحقوق والدعاوى على الغير نيابة عنه في صورة ما إذا أهمل تلك الحقوق أو قصر في إجرائها تقصيرا مضرا بأولئك الغرماء لما هو معلوم من أن أموال المدين العاجلة والآجلة ضامنة للدين وهذا القيام المستوحى من قاعدة الفصل 1166 الفرنسي اصطلح على وصفه بالدعوى المنحرفة أو غير

المباشرة فخصصت له المجلة التونسية الفصول 306 و307 و208 وقد أقر المقتن اللبناني هذا المبدأ في الفصل 276 نقلا أيضا عن القانون المدني الفرنسي لأن الشريعة لا ترى مثل ذلك عملا بقاعدة ولاية الانسان على ماله التي من نتائجها أن "لا يكون مديون المديون خصما للدائن" غير أنه إذا ثبت دين الدائن على مدينه ثم تبين للقاضي أن لهذا المدين مالا عند الغير فللقاضي أن يأمر مدين المدين بدفع ما عليه لدائن دائنه وبالتنظير بين مضمون الفصل 1166 الفرنسي والفصل 306 من المجلة التونسية نجد فرقا مهما بينهما وهو أن المقتن التونسي المتأثر بالأصول الشرعية أوجب على الدائن استئذان القاضي خلافا للمقتن الفرنسي وبعد هذه المقدمة سنتناول درس الموضوع من نواح خمس:

أولا : حقيقة الدعوى غير المباشرة

ثانيا : الحقوق والدعاوى التي يجوز إجراؤها

ثالثا : ما لا يجوز إجراؤه من الحقوق والدعاوى

رابعا : شروط القيام.

خامسا : المفاعيل. حقيقة الدعاوى المنحرفة. لما كانت الحقوق والدعاوى التي للمدين من مشمولات كسبه الذي هو ضمان مشترك بين دائنيه فمن الممكن أن يمتنع هذا المدين من إجرائها أو يقصر في إجرائها تهاونا بحقوق دائنيه وهذا يقع كلما رأى المدين أن ماله أصبح دون ما عليه من مطالب فيقول في قرارة نفسه ما الفائدة في الاعتناء بالدعاوى التي له على الغير حيث أن ثمرتها راجعة لغرمائه وفعلا قد جوز لهم القانون في هذه الحالة القيام مكانه بما ذكر لكن هذا القيام يقع منهم باسم المدين لا باسمهم الخاص كما هو الشأن في الدعوى البوليانية ومن أجل ذلك وصف قيامهم بالدعوى المنحرفة أو بالدعوى غير المباشرة.

ما هي الحقوق والدعاوى التي يجوز للغرماء القيام بها ؟

علمنا بما تقدم أن إقامة الدعوى المباشرة حق خاص للمدين نفسه لكن القانون قد رخص لغرمائه القيام بها باسمه تحت شروط معينة للتحصيل على الاعتراف له بحقوقه على الغير ولا يقبل منهم القيام بما كان شخصا للمدين كما سنرى ولا بما كان

من قبيل التصرفات في الكسب بالبيع والابتياح والكراء وغير ذلك مما تتولد عنه الحقوق أو يحصل به تغيير في الذمة المالية وعلى الجملة فليس للدائن غير اجراء الحقوق التي كان المدين مستحقا لها من قبل وبعبارة أصح كل الحقوق التي تكون محل مطالبة باستثناء ما سيذكر فيجوز حينئذ للغرماء طلب ما لمدينهم من الديون بذمة الغير كطلب فسخ بيع لعدم دفع المشتري للثمن والرجوع بالدرك على بائع العقار والقيام بالشفعة وبالفسخ من أجل عيوب الرضا وطلب جبر الأضرار التي لحقت بكسب المدين وحتى إجراء وسائل التنفيذ وإن كانت هذه المسألة الأخيرة محل جدال قبل أن قالت فيها محكمة النقض والابرام قولها الحاسم القاضي بالترخيص وبذلك نعلم أن المداعة باسم المدين طريقة تتجاوز أهمية الوسائل التحفظية بل هي شروع حقيقي في التنفيذ ومما يجوز للغرماء إجراؤه أيضا قطع مدة سقوط الحق بمرور الزمن وأخرى كل ما من شأنه أن تحفظ به مكاسب المدين فيمكن لهم حسب عبارة الفصل 306 التحصيل على تعريق ما للمدين من الحقوق والديون التي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدعاوى.

ما هي الحقوق والدعاوى التي لا يجوز للغرماء القيام بها ؟

بعد أن جوز القانون بالفصل 306 للغرماء القيام بصفة عامة بما لمدينهم من الحقوق والدعاوى استثنى ما كان منها ذا صبغة شخصية أي الخاصة بذاته كحقوق الأب على ولده وحق الانتفاع والسكنى والنفقة وبصفة عامة كل ما لا يصح حجزه ولا حالته.

فيظهر من الاجمال في التعبير أن المقتن ترك للحاكم ضبط الصفة المذكورة أي الصفة الذاتية للحقوق ليستثنى منها ما كانت له صبغة مالية وهذا من البداهة بمكان إذ لا يعقل أن يكون للغرماء حق التداخل مثلا في تزويج بنت أو في ترشيد ولد وعليه فهناك فروق تستلزم التحري في الضبط لان الحقوق تتميز عن بعضها بما ترتكز عليه من الاعتبارات فتكون حينئذ اما أدبية بحتة وهي صورة الاحاق والطلاق وكل ما له تعلق بالحالة الشخصية أو المالية البحتة أو المختلطة لارتكازها على مصلحة أدبية ومالية في آن واحد وفي هذه الصورة الأخيرة ينظر في أي الجانبين أرجح بحيث أنها تعتبر ذاتية إذا رجع الجانب الأدبي على الجانب المادي كما في صورة التعدي على ذات المدين بالقذف أو الضرب فالمدين هنا أدري بما يتعلق بناموسه

الشخصي أو مقامه الاجتماعي أو غير ذلك مما يجعله يتردد في القيام على المعتدي وقد اختلفت الآراء في صورة ما إذا كان التعدي على الذات قد انجر عنه العجز عن العمل و أقعد المدين عن اكتساب الرزق والرأي عندنا هو أن المصلحة المالية تكون هنا أرجح من المصلحة الأدبية وأحسن مثال لذلك صورة الممثل أو العبقري في فن من الفنون وقع التعامل معه اعتمادا على وفرة الدخل من هذه الناحية فإذا قطعت يده مثلا أو كسر أحد فكليه حتى أصبح في حالة عجز تام جاز لغرمائه القيام باسمه بطلب التعويض وإن كانت هذه الصورة نادرة الوقوع في التطبيق لأنه من المستبعد جدا أن يتخلى المتضرر بهذه الصفة عن طلب التعويض ومتى قام بذلك شخصا منع على غرمائه حق القيام باسمه.

أما الاستثناء الذي ورد بالفصل 306 المذكور فيما يتعلق بالحقوق التي لا يصح حجزها ولا إحالتها فهو يركز على قاعدة خروج هذه الحقوق عما هو معتبر من الكسب كضمان مشترك بين الغرماء كالحق في طلب النفقة أو حق الانتفاع والسكنى.

شروط القيام بالدعوى غير المباشرة

هذه الشروط تتناول النظر فيما له تعلق بالمدين والدائن ونفس الدين.

أما بالنسبة إلى المدين فيلزم أن يكون قد أهمل بالفعل تعاطي حقوقه.

وبالنسبة إلى الغرماء لا بد من أن تكون لهم مصلحة في القيام لان من شروط الدعوى وجود المصلحة ولما كان قيام الغرماء على مقتضى ما جاء بالقانون التونسي يستلزم استئذان الحاكم فهذا الحاكم ينظر في أحقية الطلب إذ ربما كانت لأولئك الغرماء طرق أخرى تحمي مصالحهم ويجوز للمقوم عليه من طرفهم رد دعواهم باثبات فقدان المصلحة وبعبارة أصح لا بد من ثبوت عسر المدين وعدم شمول ذمته المالية لمكاسب أخرى تفني بالخلاص وذلك منعا من التداخل في شؤونه بدون مبرر.

أما الشروط بالنسبة إلى الدين فهي تستلزم أن يكون دين القائم ثابتا أي غير معلق على شرط وغير مشوب بشائبة الاحتمال وأن يكون هقدرا ومستحق الوفاء به أي أن أجل قضاؤه قد حل على أن مسألة حلول الأجل لا صعوبة فيها لأن القانون

التونسي خلافا للقانون الفرنسي لا يسمح بالقيام بغير ثبوت أمرين هما إذن الحاكم وعسر المدين.

ملاحظة : الدعوى غير المباشرة لا تتوقف خلافا للدعوى البوليانية على أسبقية دين القائم بها بحيث أن المثير للدعوى غير المباشرة لا يطلب منه إثبات تقدم تاريخ دينه على تاريخ موضوع الدعوى القائم بها فاذا حل إبان الوفاء جاز للدائنين وضع أيديهم على عموم مكاسب المدين.

هل يشترط على القائم ادخال المدين في النازلة ؟

لا يلزم ذلك مبدئيا إلا أنه يستحب إدخاله ليكون الحكم ماضيا عليه لما هو معلوم من أن الأحكام لا يعارض بها إلا من كان مشمولا في الدعوى، فمفعولها نسبي كمفعول العقود.

مفاعيل القيام بالدعوى غير المباشرة :

خلافا لقاعدة القانون الفرنسي القائم بالدعوى يستفيد وحده من نتيجة قيامه وإن لم يكن قيامه هذا باسمه الخاص كما هو صريح الفصل 308 بحيث أن بقية الغرماء لا يشاركونه في ذلك اللهم إلا إذا انضموا إليه في المدعاة غير أنهم ينتفعون بما يتخذه من الوسائل التحفظية من عقلة وغيرها وبطبيعة الحال يمكن للمقوم عليه أن يوقف سير الدعوى بدفع دين القائم عليه هذا وقد جوز الفصل 307 للمقوم عليه أن يحتج على القائم بجميع الأوجه التي يمكن الاحتجاج بها على المدين إن كان سببها سابقا على القيام ومما يجدر التنبيه إليه هو أن الغريم المحرز على رهن أو امتياز يتقدم وجوبا على القائم المذكور بالنسبة إلى متحصل هذا القيام وذلك عملا بقاعدة الفصل 1532.

التنظير بين الدعوى البوليانية والدعوى غير المباشرة أوجه الاختلاف

الدعوى غير المباشرة

الدعوى البوليانية

- (1) يقوم بها الدائن باسمه الخاص لا بإبطال تصرفات مدينه القانونية تدليساً منه وتغريراً وذلك بإخراج ما كان منها ذا صبغة شخصية بحتة.
- (2) علم المدين بأن هذا التصرف تسبب في عسره وهو المعنى المقصود من الاختيال والتدليس فعلمه هذا يعتبر قرينة على ما ذكر.
- (3) لا يتوقف هذا القيام على إذن الحاكم.
- (4) إذا تناول القيام طلب إبطال عقد فتويز مالي فهذا الإبطال نسبي بمعنى أن أثره لا يتعدى إلى المدين بالنسبة إلى علاقته مع خلفه المقوم عليه فهو ليس بإبطال حقيقي بل يقصد من الدعوى عدم نفاذ التصرفات المطعون فيها أي عدم معارضة الغير بها.
- (5) لحسن نية المدين أو لسوئها تأثير على نتيجة الدعوى بحسب ما إذا كان العقد تعارضياً أو مجانياً.
- (6) لا يتاح القيام إلا للدائن الذي تاريخ دينه أسبق من تاريخ العقد الواقع إنشاؤه.
- (7) يقوم بها الدائن باسمه لا بإبطال عمل إيجابي أجراه المدين إضراراً بحقوقه.
- (1) يقوم بها الدائن باسم مدينه المعسر لطلب ما له من ديون على الغير وما تبعها من حقوق ودعاو دون ما اتصل منها خاصة بشخصه كالتى تشير الى امكانية طلب تعويض الاضرار الأدبية.
- (2) إهمال المدين مباشرة القيام بنفسه مع علمه بأن هذا الإهمال سيكون سبباً في إعساره أو موسعا فيه.
- (3) القانون التونسي يفرض استئذان الحاكم خلافاً للقانون الفرنسي وغيره من القوانين.
- (4) ليس للإبطال الصفة النسبية التي تقتضيها الدعوى البوليانية أي عدم نفاذ التصرفات فيما بين المدين وفي خلفه.
- (5) لا محل لذلك بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة فهناك نيابة عن المدين من نوع خاص مصدرها القانون.
- (6) الدعوى غير المباشرة لا تتوقف على أسبقية دين القائم بها.
- (7) يقوم بها الدائن باسم مدينه الذي أخذ موقفاً سلبياً مضراً به مبناه التّعاس والاهمال.

أوجه الشبه

- (1) كل من الدعويين تهدف الى صيانة مصلحة الدائن.
- (2) نفع كل منهما قاصر على من يرفعها من الدائنين وهذا خاص بالقانون التونسي على معنى ما جاء بالفصل 308 من مجلة العقود والالتزامات أما في غيره من القوانين كالقانون المصري الجديد والقانون الفرنسي والقانون اللبناني والقانون العراقي فان الدعوى غير المباشرة ينسحب نفعها على جميع الدائنين استناداً الى القاعدة التي بمقتضاها أموال المدين العاجلة والآجلة تكون ضامنة للوفاء بديونه وكذلك الى فكرة النيابة على المدين المفروضة بحكم القانون لمصلحة الدائن حفظاً لتلك الأموال وهي نيابة من نوع خاص لانها مقررة لفائدة النائب لا المنوب عنه.
- (3) يلزم أن يكون دين القائم ثابتاً ومستحق الأداء.
- (4) يوقف اجراءات كل من الدعويين إذا دفع المقوم عليه دين القائم وذلك لاتفاء سبب القيام.
- (5) لكل من الدعويين صفة استطرادية بمعنى أن الدائن لا يشير الدعوى البوليانية إلا إذا لم تكن لمدينه مكاسب أخرى يتحقق بها الخلاص ومن المسلم أنه يتاح للخلف المقوم عليه أن يعارض بوجوب مبادرة القائم باختبار أموال مدينه قبل الالتجاء الى هذه الدعوى.
- وأما بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة فالقائم لا يقبل منه التدخل في متعلقات ذمة مدينه المالية إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك وعليه فيلزمه عند القيام إثبات عسر مدينه واهماله لما له على الغير من حقوق لانه هو المستفيد منها دون سواه ومن أجل ذلك أوجب القانون التونسي استئذان الحاكم خلافاً لبقية القوانين الأخرى فهذه الدعوى غير المباشرة بمثابة شروع في التنفيذ ما لم يقصد منها عدم تلاشي

دين على الغير تقاعس المدين عن قطع مدة سقوطه بمرور الزمن أو يقصد غير ذلك من الوسائل التحفظية التي يستفيد منها بالاخارة جميع الدائنين.

ملاحظة : إن القانون المصري يجعل فائدة قيام أحد الدائنين بالدعوى البوليانية منسحبة على الباقيين خلافا لمعظم القوانين الأخرى إلا القانون البرازيلي والبرتغالي.

حق حبس المالك

من التوثقات والامتيازات التي يمنحها القانون للغرماء حق حبس الأشياء التي على ملك المدين عندما تكون هذه الاشياء في حوزتهم وذلك في الأحوال المستمدة من القانون نفسه بمعنى أن إرادة الطرفين لا تنشئ هذا الحق الذي هو شبيه بالرهن والامتياز لأنه يعطي لصاحبه أفضلية تمكنه من استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين ومن الجدير بنا أن نذكر بالقاعدة القاضية بأنه يجوز لكل من المتعاقدين في خصوص عقود المعاوضة أن يعلق أداء ما تعهد به على وفاء الطرف الآخر بما هو بذمته لما هو معلوم من أن موضوع تعهد أحد الطرفين سبب لتعهد الطرف الثاني فالوفاء بالنسبة إلى هذا النوع من العقود يقع يدا بيد ولا يقصد هنا من الامتناع عن الوفاء إبطال العقد بل المقصود هو إرجاء التنفيذ حتى يوفي المعاهد الآخر بالتزامه وقد دعانا الى هذا التنبيه اجتناب اللبس بين تعليق الوفاء وحق الحبس نفسه فهذا الحق لا ينحصر مفعوله في عقود المعاوضة بل ينسحب بحكم القانون على عامة العقود وشبهها وعلى كل الصور التي يكون فيها الدائن حائزا لشيء يملكه المدين عقارا كان أو منقولا.

ماهية حق الحبس :

ليس من الانصاف في شيء أن يجبر الدائن على التخلي عما كان تحت يده مما يكسب المدين قبل أن يخلص فيما يطلبه منه لكن ذلك مقيد بوجود صلة بين الشيء المحبوس والديون أي أن الدين يكون متصلا بالشيء كما في صورة حبس السيارة من طرف من تولى إصلاحها الى أن يخلص في أجرته وحبس الخياط والصباغ للمستأجر فيه لاستيفاء الأجرة وتكون الصلة أيضا بين الدين ومسك الشيء من غير أن يكون هذا المسك ناتجا عن العقد الذي نشأ عنه الدين كما في صورة الوكيل الذي أعطى الثمن من ماله فهذا الوكيل له حبس المشتري الى أن يتسلم الثمن من موكله بحيث أن الارتباط قد يكون له صفتان صفة موضوعية مادية وهذا في

صورة ما اذا كان الدين متولدا عن الشيء أو صفة اعتبارية قانونية كما في صورة الوكيل الذي يحبس ما هو تحت يده من متاع موكله الى أن يخلص فيما أنفقه عليه من ماله الخاص.

وصورة العدل الذي له أن يبقى تحت يده الوثائق والكتايب المسلمة إليه حتى يقع خلاصه فيما يطلبه من الأجور وهذه الصفة الأخيرة بعيدة المدى إذ أنها لا تقيد حق الحبس بتولد الدين عن الشيء المحبوس بل تبيح حبس ما أصبح تحت يد الدائن بمناسبة علاقة ما متولدة عن عقد أو شبه عقد كان السبب في إيجاد الدين وهذا ما أشار اليه المقتن التونسي بالفقرة الثانية من الفصل 314 التي هذا نصها "أن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه" ومن الممكن أن تتوجد الصفتان معا الصفة المادية والصفة الاعتبارية كما في صورة الدائن الذي صرف مصاريف كانت ضرورية أو لازمة لحفظ الشيء وهناك حالات يقتضيها النظام العام لا تسمح بحبس العين مع توفر جميع شروط اجراء هذا الحق فمن ذلك هدم الدولة لبناء انتزعت له مصلحة عامة قبل أن توفي بقيمته لصاحبه.

شروط حق الحبس :

الشرط الأول والأهم على معنى ما جاء بالفصل 314 هو أن يكون الشيء في حوزة الدائن بوجه صحيح لا بطريق الاحتيال أو الغصب ونجد بالفصل 315 ما يوضح كيفية هذا الحوار الذي لا ينحصر في وضع اليد بالفعل على الشيء بل يكفي أن يكون الشيء على ذمة الدائن ولو كانت يد الغير موضوعة عليه في حق ذلك الدائن وهكذا يعتبر الشيء في حوزة الدائن ان كان في مخازنه أو مراكبه أو في مخازن أو مراكب وكيله بالكُمسيون أو نائبه أو الشخص المكلف منه أو في مخازن القمرق أو في مستودع عمومي وإذا أعلم الدائن بارسال شيء له على طريق البر أو البحر فان ذلك الشيء يعتبر في حوزة قبل وروده له ومن وقت اتصاله بتذكرة الارسال أو ببوليصة الشحن غير أن حق الحبس هذا يسقط بزوال الحوز اختيارا فلو سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن سقط حقه في حبس ذلك المبيع ويسبب هذا التخلي الاختياري لا يعاد الحق لصاحبه إلا إذ رجع الشيء ليده بسبب متأخر كما هو صريح الفصل 319 أما

القانون الفرنسي فانه يعتبر سقوط حق الحبس نهائيا بتخلي الدائن عن الشيء اختيارا منه أما إذا كان خروج الشيء من يده خفية أو انتزع منه رغما عن معارضته ظل حقه في الحبس قائما وكان له أن يطلب رده للمحل الذي نقل منه في مدة ثلاثين يوما من وقت علمه بنقله وبعد انقضاء الأجل المذكور لم يبق له حق في هذا الطلب (الفصل 316).

الشرط الثاني هو أن يكون أجل الدين قد حل فان كان مقدار الدين غير منحصر عين المجلس للدائن أقصر أجل ممكن لحصر حقوقه وقد تضمن الفصل 317 صورتين يسوغ فيهما اجراء حق الحبس ولو لم يحل الأجل فالأولى إذا توقف المدين في أداء ما عليه لغرمائه أو حكم عليه بالافلاس والثانية إذا صدر الحكم بالحجز ولم يوجد للمدين كسب فيؤخذ مما تقدم أن حق الحبس يستلزم اتباع قاعدة المقاصة التي تشير الى صفات الدين من كونه موجودا وغير متنازع فيه ومستحق الوفاء وقد جرى عمل المحاكم بمؤاخذه الممتنع عن ترجيع الشيء من أجل الخيانة إذا كان دينه غير محقق الوجود وأما إذا كان النزاع في مقداره لا في وجوده فالمجلس يتولى حصر هذا المقدار كما سبق ذكره أما وجوب حلول الأجل فلان الدائن بمنحه للأجل قد أوجب على نفسه عدم إجراء حق الحبس بالنسبة إلى البضاعة التي اشتراها المفلس (يراجع الفصل 555 وما بعده من المجلة التجارية).

ملاحظة :

ذهب بعض الشراح الى تشبيه حق الحبس بالرهن قائلين إن الدائن الذي له حق الحبس في مأمّن من سقوط دينه بمرور الزمن كما هو الشأن بالنسبة إلى الديون الموثقة برهن لكن هذه النظرية فندها غيرهم بوجه معقول للغاية وهو أن الرهن يختلف عن حق الحبس بكونه ناتجا عن إرادة الطرفين لا عن القانون كما أسلفناه وبذلك يعتبر كسبب قاطع لمرور الزمن إذ هو بمثابة اعتراف مستمر بالدين ناتج عن رضا المدين بابقاء المرهون تحت يد غريمه والرهن كما هو معلوم عندنا عقد فرعي تابع لعقد أصلي.

الشرط الثالث من شروط حق الحبس : هو أن يكون الدين نشأ من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه فهذا الشرط سبق منا تفسيره تحت العنوان "ماهية حق الحبس" فليراجع ما قيل في هذا الصدد.

متعلق حق الحبس :

تضمن الفصل 312 أن حق الحبس يجرى على المنقولات وغيرها كما يجرى على الرسوم التي تحت الإذن أو التي للحامل وقد شبهت هذه الرسوم بالأشياء المادية لأنها تضبط مادية الدين، ولما كان هذا الحق يجرى في الصور التي ضبطها القانون نرى من المناسب ذكر البعض منها الواردة في أبواب متفرقة من أبواب العقود فبالنسبة إلى الوديعة يسوغ للمستودع حبس الوديعة لاستيفاء ما صرفه عليها من ماله وفي صورة عارية الاستعمال يجوز للمستعير أن يرجع على المعير بالمصاريف الطارئة التي تأكد صرفها على العارية قبل تمكنه من الاعلام بها وله حبس العارية في هذه الحالة وفي الوكالة يجوز للوكيل حبس ما وجهه الموكل أو سلمه إليه من سلع وغيرها من المنقولات لاستيفاء ما صرفه أو سبقه من ماله للوازم الوكالة الضرورية. وفي عقد الكراء يجوز للمؤجر أن يحبس الأمتعة وغيرها من الأشياء المنقولة الموجودة في المحل المؤجر لاستيفاء ما حل من الكراء وما سيحل في أثناء السنة وكذلك الفضولي له حبس ما لصاحب الحق إلى أن يوفى له بمصاريفه إلى غير ذلك من الصور التي وردت بها النصوص القانونية.

استثناء :

لا حق في حبس الشيء إذا كان الحائز مدلسا أو كان أصل الدين غير جائز (الفصل 311) كما أن الحبس لا يجرى على الأشياء التي ليست على ملك المدين كالضائعة والمسروقة التي يطلبها أربابها ولا على الأشياء التي يعلم الدائن أو كان من حقه أن يعلم أنها ليست على ملك المدين بناء على أحوال أو إعلانات يقتضيها القانون ولا يجرى كذلك حق الحبس على الأشياء التي لا تقبل الحجز كالضروري للمعاش وحقوق النفقة وغير ذلك (الفصل 313) وقد اقتضى الفصل 318 أن حق الحبس لا يجرى على الأشياء التي هي على ملك المدين وسلمت للدائن لغرض

مخصوص أو التي التزم الدائن باستعمالها في شيء معين لكن إذا علم الدائن بعد ذلك بتوقيف مدينه في أداء ما عليه أو بصدور الحكم بتفليسه كان له حق الحبس.

مفاعيل حق الحبس :

من حيث الضمان جاء الفصل 320 بأن الدائن عليه ضمان الشيء المحبوس كما لو كان هذا الشيء بيده على وجه الرهن وعليه فهو مطلوب بالاعتناء بصيانتة وحفظه بما يحفظ به ماله فالعهدة عليه أن تلف الشيء أو تعيب بفعله أو بتقصيره وفي صورة وقوع التلف أو التعيب بالقوة القاهرة لا ضمان عليه إلا إذا وقع ذلك بعد ماطلة أو تقصير منه.

في الأحوال التي يجب فيها على الدائن رد الشيء المحبوس :

يجوز للمجلس حسب الفصل 322 أن يأمر برد المحبوس عند الدائن إذا عرض المدين أن يودع عنده مبلغا أو شيئا يعادله أو أن يؤمن المبلغ المدعى به إلى فصل الخصام كما يجوز للمجلس أن يأمر برد بعض الأشياء المحبوسة إن كان ذلك ممكنا إذا عرض المدين أن يؤمن قدرا مساويا.

تنبيه :

إعطاء ضامن لا يكون كافيا لفك المحبوس كما أن حق الحبس لا يقبل التجزئة ومعنى ذلك هو أن الدائن يسوغ له إجراؤه على كامل الشيء أو بعضه حتى يخلص في كامل دينه وإذا اتصل الدائن بجزء من دينه فلا يجبر على رفع يده عن جزء من المحبوس يناسب أهمية المقبوض.

في المعارضة بحق الحبس :

يسوغ الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين العاديين وعلى خلفاء المدين لأنهم معتبرون جميعا كالمدين نفسه من حيث نطاق الحقوق ويجوز أيضا أن يعارض به الدائنون المعتازون كل ذلك بصرف النظر عن تاريخ ديونهم لأن حق الحبس هذا ممنوح من قبل القانون للدائن الذي أجراه.

ما هو وجه الحل إذا كان المحبوس مما يتغير أو مما يخشى
فساده ؟

أجاب عن ذلك المقتن بالفصل 312 حيث قال إن للدائن في هذه الصورة
أن يستأذن في بيعه على الصور المقررة لبيع الرهن ليجرى حق الحبس على
ثمن المبيع.

كيف العمل إذا لم يقع الوفاء بالدين وأنذر المدين مجرد
إنذار ؟

للدائن في هذه الحالة استئذان المجلس في بيع ما تحت يده توثقة لخلاص دينه
من الثمن قبل غيره من الغرماء وسبيله في البيع وما يترتب عليه سبيل المرتهن
الحائز للرهن.

بطلان الالتزامات وفسخها

خصص المقتن التونسي للبطلان والفسخ المقالة السادسة من مقالات مجلة
الالتزامات والعقود وجعل بابا لكل منهما لاختلاف أحكامها كما سنرى.

تمهيد :

تكون العقود صحيحة إذا كانت مشروعة ذاتا ووصفا لكن قد تعثر بها
حالات تكون فيها باطلة بطلانا مطلقا أي معدومة من أصلها أو فاسدة. فالباطلة
والمعدومة غير مشروعة باصلها كعقد المجنون والصغير غير المميز أو عقد في
مخالفة النظام العام أما الفاسدة فهي المشروعة أصلا لا وصفا كالتي اختل فيها شرط
من شروط صحة الرضاء التي تقدم لنا بيانها أي التي صاحبها عيب يوجب الفسخ.

البطلان المطلق

بناء على ما تقدم يمكن لنا أن نقول إن البطلان صفة تنصرف الى العقد الذي
اتجه التصور أولا الى إنشائه ثم اختل تكوينه بفوات بعض العناصر الجوهرية من
رضاء وموضوع وسبب وبعبارة أخرى فهو الذي له وجود غير حقيقي لأنه لم يستكمل
الشكل الذي أوجبه الشارع بصفة عامة أو حكم القانون ببطلانه في صورة معينة
كالتعاقد على تركة مستقبلية ما زال صاحبها بقيد الحياة وذلك مراعاة لمصلحة
اجتماعية عليا يقتضيها النظام العام. فهذا العقد يكون كما قلنا موجودا في الظاهر
لا في الواقع وليس له أدنى أثر بحيث أن المتمسك به لدى القضاء يعارض ببطلانه مهما
طال الزمن كما سيأتي توضيحه فيما يلي.

قد سبق منا القول بأن أركان وجود العقد ثلاثة: الرضاء والموضوع والسبب
فاذا فقد واحد منها تعذر إنشاء العقد.

صور فقدان الرضاء :

هناك ثلاث صور يعتبر فيها الرضاء مفقودا. الأولى : عدم اجتماع إرادة كل من العاقدين على نوع العقد أو على موضوعه كما لو قصد أحدهما بيع شيء للآخر وهذا اعتقد هبته له أو كما لو قصد أحدهما بيع شيء للآخر وهذا اعتقد هبته له أو كما لو قصد أحدهما أن يبيع للآخر فرسه الأحمر واعتقد الثاني تعلق البيع بالفرس الأبيض والصورة الثانية تشير الى حالة طبيعية لا يملك فيها الشخص ميزا ولا عقلا.

أما الثالثة فهي التي تشير الى الأحوال التي قصد فيها المشرع حماية المصالح العامة فمن ذلك صورة المحجور عليه بموجب حكم بالأشغال الشاقة وصورة رجال القضاء وغيرهم الوارد في شأنهم الفصل 566 القاضي بأن أعضاء المجالس الحكومية وكتبة المحاكم والمحامين ليس لهم أن يكسبوا بالشراء أو بالاحالة شيئا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون بها وظيفتهم سواء كان الشراء والإحالة باسمهم أو باسم غيرهم فالبيع باطل والحكم بالبطلان يقع بالطلب ممن له مصلحة فيه أو بغير طلب.

فقدان الموضوع :

يعتبر الموضوع غير موجود إما ماديا كالدار التي هلكت إثر رجة أرضية أو كانت شروطه المعروفة من جواز وغيره لم تتوفر كما في مثال التعاقد على تركة قبل موت صاحبها أي على تركة مستقبلية.

فقدان السبب :

يكون السبب مفقودا من أصله كما في مثال التحمل بغرم ناشئ عن ضرر ثبتت نسبته إلى الغير ويعطى السبب حكم الشيء المفقود بناء على عدم جوازه كالتحمل بدين من أجل الخناء أو كقابل لإيقاع جريمة.

رأينا مما تقدم ما هي الأصول المرتكز عليها البطلان المطلق فاتجه الآن أن نبين خاصياته.

خاصيات البطلان المطلق ومفاعيله :

أولا : العقد الباطل ليس له وجود ولا أثر وعليه فلا يتصور التمسك به ويبقى هكذا باطلا على الدوام لا تصححه إرادة الطرفين ولا مضي المدة الطويلة فهو كالجنين الذي يولد ميتا فإذا قام قائم بهذا العقد تكفي معارضته ببطلانه ولو بعد مضي عشرات السنين فلو فرضنا أنه نفذ غلطا وسلم بمقتضاه أحد الطرفين شيئا للآخر ثم استدرك. بعد أن تبين له البطلان وقام بطلب رد ذلك الشيء فقيامه هذا لا يرمي من ورائه الى استصدار حكم بالبطلان وإنما يقصد به رفع يد من حازه بدون حق بخلاف البطلان النسبي فتصححه إرادة المعاهد أو التقادم الذي هو بمثابة إجازة ضمنية فالعقد الفاسد كالجنين الذي يولد عليلا للمعالجة وما الإجازة إلا وسيلة معالجة بالنسبة إلى ذلك العقد.

ثانيا : لكل ذي منفعة طلب فسخه

لما كان الأصل في البطلان حماية المصالح العامة ومنع وقوع خرق القواعد الموضوعية مراعاة للنظام العام جاز لكل من يهمه الأمر أي لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه خلافا لصورة الفساد فلا يتاح التمسك به إلا للشخص الذي أراد القانون رعايته وحمايته كما في الأهلية القاصرة فالمصلحة التي يستند اليها القائم بالنسبة إلى البطلان المطلق ممن لم يكن طرفا في العقد أو وارثا لأحد المتعاقدين تستلزم صفة جدية فالتاجر الذي تضايق من مزاحمة شركة تجارية لم تتوفر فيها أركان الوجود ليس له مثلا أن يقوم ببطلانها للسبب المذكور ولئن كانت له منفعة في دفع هذه المزاحمة فهذه المنفعة لم تكن شرعية حتى يبني عليها قيامه ببطلان الشركة أما الشخص الذي بيعت دار بجواره أعدت للفجور فيمكنه القيام بدعوى ترمي الى إبطال هذا البيع ويجوز للحاكم أن يقضي بالبطلان بدون توقف على طلب خاصة إذا كان السبب القاضي بالبطلان موصوفا بعدم الجواز كما لو قامت امرأة بطلب مال من رجل مقابل علاقة خنائية ربطتها معه.

ثالثا : لا يتصرف الحاكم في البطلان بل متى ثبت سببه وجب إيقاعه وفي هذه الخاصية إشارة الى تداخل الحاكم في كل بطلان مهما كان نوعه غير

أنه بالنسبة إلى البطلان المطلق ينحصر دور الحاكم في مشاهدة وجوده ليصرح بفقدان كل اثر للعقد حيث أن هذا البطلان واقع بحكم القانون ولا يتصور تداخل الحاكم الا عند النزاع كما في هذا المثال - اشترى زيد من خالد بثمن معجل عقارا بدون اتمام موجب التحصيل على الرخصة التي أوجبها القانون فاذا امتنع البائع من ترجيع الثمن وجب على المشتري القيام لدى الحاكم ليقضي له بالرد بناء على علة البطلان الموجد في ذلك البيع. اما إذا كان العقد فاسدا أي باطلا بطلانا نسبيا فلا يترتب الفسخ على هذا الفساد الا إذا قضى به الحاكم بطلب من الطرف الذي منحه القانون على وجه الرعاية عدم تحمل نتائج العقد لأن العقد الفاسد ينعقد ويحدث أثره الى أن يفسخ. وللحاكم النظر في أسباب الفساد فيقضي بالفسخ أو بعدمه على حسب الاحوال وإذا قضى بالفسخ انسحب مفعوله على الماضي ويعتبر العقد كأن لم يكن بحيث أن النهاية واحدة في نوعي البطلان.

رابعا : ليس لأحد من المتعاقدين ضمان قبل الآخر بسبب البطلان المطلق فذلك لأن العقد يتواجد عاريا من كل أثر بخلاف العقد الفاسد فانه يحدث أثرا الى أن يحكم بفسخه وعليه فيجوز فيه القضاء بالضمان لأحد المتعاقدين على الآخر بسبب فسخ العقد فاذا كان الفساد متسببا عن خطأ أو إكراه أو تدليس أحد المتعاقدين يجوز لمعاقده أن يطلب منه غرم الضرر الذي تسبب عن فساد العقد.

خامسا : بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل أما إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من التزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك.

كما أن بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصفة عقد خاص.

وإذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام كما في صورة الفصل 1219 من فصول باب القراض أو المضاربة فما جاء بهذا الفصل هو أنه إذا اشترط الريح كله للعامل فالعقد ليس بعقد قراض بل هو قرض وتجري عليه أحكامه.

البطلان النسبي

تقدم لنا أن العقد الباطل من أصله ليس له وجود حقيقي بل أنه يوجد في الظاهر فقط ولا ينتج أثرا ما والأمر بخلاف ذلك بالنسبة إلى العقد الفاسد فهو موجود حقيقة إلا أن وجوده هذا مشوب بعلة قد ينجر عنها فسخه إن تمسك بها الطرف الذي تقررت حمايته فيمكن أن يقال إن وجوده مشروط بشرط فسخي وهو طلب فسخه ممن ذكر في الآجال التي ضبطها القانون والعيب الذي يعتري هذا النوع من العقود يكون متعلقا إما بارادة ذلك الطرف أو بأهليته ومراد المشرع هو حماية الارادة التي تكون ضعيفة بموجب فقدان الرشد أو عيب من عيوب الرضا التي هي الغلط والاكراه والتدليس باضافة الغبن في بعض الصور ومفعول هذه العيوب يزول بالاجازة أو التصديق الذي يكون تارة ضمينا كما في صورة سكوت صاحب الدعوى طيلة المدة التي حددها له القانون للقيام بالفساد وتارة أخرى يكون التصحيح صريحا بتوفر ثلاثة شروط :

الأول : علم صاحب التصديق بالفساد الذي عاب العقد.

الثاني : قصد إزالة أثره

الثالث : وقوع التصديق في وقت يكون قد زال فيه العيب السابق تفاديا من أن يكون هذا التصديق معيبا بعين العلة المشوب بها العقد وإذا تعددت العيوب لزم أن يعلم بجميعها طالب تصحيح العقد وبعبارة أخرى فلما كان التصديق عملا قانونيا وجب أن يكون وقوعه ممن له تمام الأهلية وحينئذ فليس للقاصر أو المحجور عليه أن يصادق على عقد فاسد حتى يبلغ هذا القاصر سن الرشد وحتى يكون سبب الحجر قد زال قبل عملية التصديق وإذا كان العيب هو الاكراه وجب أن يكون قد بطل هذا الاكراه وكذلك الامر بالنسبة إلى التدليس. بحيث أن العقد الفاسد ينقلب الى الصحة بفضل التصديق المذكور. والآثار التي أنشأها وكانت وقتية تصبح قائمة نهائيا كما لو توجد العقد من أوله صحيحا.

خاصيات البطلان النسبي ومفاعيله

الخاصية الأولى : العقد الفاسد يكون موجودا بأصله مع قابليته للفسخ

وهذا الفسخ ينسحب على الماضي ويستلزم الرد أي أن كلا من الطرفين يرد على الآخر ما أخذه منه باستثناء الغلة في صورة ثبوت سوء النية أما بالنسبة إلى القاصر فإن الرد ينحصر فيما عاد عليه بالنفع وهذه المنفعة تعتبر حاصلة حسب الفصل 3 إذا أنفق المال الذي أخذه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عنده.

الخاصية الثانية : ليس لغير من تحقق العيب من جانبه أن يطلب فسخ العقد بسبب فساده

ومعنى ذلك هو أن الفساد في العقد لا يوجب البطلان بحكم القانون فالقضاء به يتوقف على الطلب وليس للرئيس أن يقوم به بحجة أن معاقده كان صغيرا أو قاصرا.

ملاحظة : جاء الفصل 10 من المجلة بأنه للولي أو المولى عليه بعد رشده القيام بإبطال ما التزم به الثاني مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر فلم يأت المقتن الفرنسي بمثل ذلك بل منع القيام بالفسخ على المولى عليه الذي كان أوهم معاقده بأنه من ذوي الأهلية وذلك تطبيقا للقاعدة الكلية التي مفادها عدم استثمار الانسان لتحيلاته.

الخاصية الثالثة : يجوز التصديق على العقد الفاسد

فقد جاء الفصل 337 بأن إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانونا أو تصحيحه لا يمضي إلا إذا تضمن بيان السبب الذي أوجب الفسخ والتصريح بقصد جبر النقص وعند عدم التصريح بالإمضاء يكفي إجراء العمل بالالتزام اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح.

الخاصية الرابعة : يزول الفساد بمضي المدة :

هذه المدة حددها القانون بسنة واحدة حسب الفصل 330 الذي به إشارة إلى عقود الصغير الذي تجاوز الثلاثة عشر عاما وإلى العقود المشوبة بالغلط أو التدليس أو الاكراه وإلى الالتزام الواقع في حال السكر المغير للشعور وجعل تلك المدة تنسحب أيضا على صور الغبن.

أما القانون الفرنسي فقد حدد بعشرة أعوام مدة سقوط دعوى القيام بالفسخ حسب الفصل 1304 الذي هذا نصه: "تسقط دعوى الفسخ في جميع الحالات بمضي عشر سنوات متى لم يحدد القانون لها مدة أخرى" واستخلص من ذلك أن البطلان المطلق لا ينتضي القيام به بمرور الزمن ولا يمكن التصديق عليه وفي ذلك إشارة إلى صفة العيب الذي تقرر من أجله بطلان العقد مراعاة للنظام العام لا للمصالح الخاصة أما القانون المصري الجديد فقد حدد تلك المدة بثلاثة أعوام.

هذا وما يجدر التنبيه إليه هو أن بداية سريان مدة السقوط تستلزم زوال الحالة التي أوجبت الفساد فصاحب دعوى الفسخ يشترط فيه عند القيام أن يكون متمتعا بكامل الحرية ولذلك جاء الفصل 331 من المجلة التونسية بأن المدة المذكورة لا تحسب في صورة الاكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الخطأ أو التدليس إلا من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة إلى عقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر أما فيما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه أما إذا كان المغبون صغيرا فمدة السقوط تبتدىء من يوم رشده.

ملاحظة أولى : علمنا بمناسبة الكلام على مسؤولية الدولة أن ما جاء بالمجلة فيما يتعلق بالدولة وبالادارات العامة قد نسخ بالامر الصادر في 30 جوان 1907 الذي قرر العمل بالنصوص السابقة الوضع التي منها نص الامر المؤرخ في 27 نوفمبر سنة 1888 وعليه فإن الفصل 332 المتعلق بسريان حكم مدة سقوط دعوى الفسخ بالنسبة إلى الدولة والادارات البلدية وغيرهما من الذات المعنوية يعتبر منسوخا وقد كان من الواجب حذفه من المجلة عند إعادة طبعها.

ملاحظة ثانية : قرر المشرع بالفصل 334 أن القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد الفاسد مهما كان سبب الفساد ومن غير اعتبار لأسباب توقيف أو تعليق المدة لكنه جوز بالفصل الذي يليه عدم مراعاة هذه المدة للمعارضة بالفساد عند وقوع قيام الطرف الآخر بالوفاء بالعقد وذلك من المعقولية بمكان حسب قانوننا التونسي لأن صاحب دعوى الفسخ حر في إجراءاتها متى شاء وعليه فمن المفهوم أن يحدد له أجل للقيام أما الاحتجاج على الوفاء بالعقد الفاسد فلا محل له إلا متى وقع الطلب ومن المحتمل وقوعه بعد مضي الأجل الذي سمح فيه للمتضرر من الغلط أو الاكراه أو التدليس بالقيام بالفسخ وعندئذ لا يسعه إلا الرضوخ فلذلك جاء الفصل 335 بحمايته بالترخيص له في المعارضة غير المقيدة بأجل لأن هذه المعارضة كما أسلفنا يرد بها سعي من قصد استغلال هذا الموقف للحصول على التنفيذ خصوصا إذا كان الصغير أو المدلس عليه أو رثته عن جهل تام بسبب الفساد فمن أجل ذلك قرر مشرعنا عدم انقضاء الحق في الاحتجاج بالفساد ما دام العقد لم ينفذ وهو إن شئت قلت إفراط في الرعاية أما إذا وقع الوفاء فلا سبيل للاحتجاج بالفساد ويسقط كذلك الاحتجاج بالفساد إذا وقع الوفاء بعد مضي خمسة عشر عاما ممن له حق القيام بالفسخ لأن هذا الوفاء بمثابة مصادقة ضمنية.

هل يجوز في الصورة المتقدمة التمسك بالحيازة بالنسبة إلى العقار؟

الجواب لا يكون إلا بالنفي لأن المشرع التونسي لم يستثن هذا التمسك بالفصل 334.

مفاعيل المصادقة :

تضمن الفصل 338 أن إمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختيارا على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن التمسك بها ضد الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الراجعة للغير قانونا والتي لا تدليس فيها وكانت موجودة قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجرى عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة - وعليه فبالنسبة إلى الطرفين وخلفائهما بوجه عام وغرمائهما العاديين ينتهي فساد العقد بالتصديق عليه وتأيد تأثيراته من تاريخ انشائه أما الغير أي المنجر له حق من المعاقدين بوجه خاص فلا يتضرر من المصادقة بحيث أنه إذا باشر الصغير بعد رشده بيع العقار محل العقد

الفاقد ثم صادق على العقد الأول فالمشتري منه بعد رشده لا تلحقه مضرة من هذه المصادقة لأن بيعه الثاني بمثابة تخل عن حقه فيها.

التنظير بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

البطلان المطلق

البطلان النسبي

- | | |
|--|--|
| (أ) العقد الباطل موجود ظاهريا فقط ولا يترتب عليه أدنى أثر. | (أ) العقد الفاسد يحدث أثره إلى أن يفسخ. |
| (ب) الأصل في البطلان المطلق حماية المصلحة العامة والنظام العام. | (ب) في النسبي يقصد حمايته المصالح الخاصة. |
| (ت) لا تجوز المصادقة على العقد الباطل من أصله. | (ت) تجوز المصادقة على العقد الفاسد. |
| (ث) لكل ذي منفعة التمسك بالبطلان. | (ث) ليس لغير من تحقق العيب من جانبه أن يطلب الفسخ. |
| (ج) حق الاحتجاج بالبطلان لا ينقضي بمرور الزمن. | (ج) يزول الفساد بمضي المدة. |
| (ح) لا نظر للحاكم في إيقاع البطلان بل يقضي به متى ثبت لديه سببه. | (ح) للحاكم النظر في أسباب الفساد فيقضي بالفسخ أو بعدمه حسبما تقتضيه الأحوال. |
| (خ) يجوز للحاكم أن يصرح بالبطلان بدون توقف على طلب. | (خ) القضاء بالفساد يستلزم الطلب من الطرف الذي جاء القانون بحمايته. |
| (د) البطلان المطلق يتمسك به في كل درجة من درجات المرافعة ولو لأول مرة لدى التعقيب. | (د) عدم التمسك بالبطلان النسبي لدى المحكمة الابتدائية يعد مصادقة ممن توفرت فيه شروط الأهلية. |

ملاحظة تتعلق بدعوى الإبطال :

تقدم لنا أن الغبن سبب من أسباب فساد العقد لكن القيام به قد لا يوجب الفسخ عند بذل المقوم عليه ما يسدد به الفرق بين القيمة والثمن.

ملاحظة أخرى :

وجه الشبه بين العقد الباطل من أصله والعقد القابل للإبطال ينحصر في اتحاد النتيجة بمعنى أن العقد يسقط بأكمله في الحالتين ولهذا السقوط مفعول رجعي لا بالنسبة إلى الطرفين فقط بل بالنسبة إلى الغير أيضا.

عدم إمكان الوفاء بالعقد

(أي استحالة الوفاء)

إن هذا الموضوع يشير إلى الأحوال التي يصبح فيها الوفاء بالالتزامات متعذرا إما بطبيعة الحال أو بمقتضى نواهي قانونية بدون أن ينسب للملتزم أي خطأ فلا يمكن والحالة تلك جبره على ما استحيل قضاؤه عملا بالقاعدة الكلية القاضية بأن لا يكلف الانسان بغير المستطاع والتعذر المذكور يحصل بالنسبة إلى الالتزامات بتسليم شيء قيمي أو معين بذاته قد هلك أو باجراء عمل أصبح مستحيل الوقوع ويتصور هلاك الشيء من جهات: أولا: ككونه اضمحل تماما بعد وجوده - ثانيا : الاضمحلال جزئي لكنه في حكم هلاك الكامل - ثالثا : تعذر الوفاء بالمتعهد به من جراء تحجير التعامل فيه تحجيرا قانونيا.

إيضاح : إن هلاك العين بالأمر السماوي لا تبرأ به ذمة المدين إلا إذا كانت هذه العين من القيميات ويقوم مقام الهلاك المادي تحجير التعامل في العين من قبل القانون كارض وقع انتزاعها للمصلحة العامة وألحقت بمتلكات الدولة وما على الملتزم إلا إحضار مثلها جنسا وصفة كما لو تعهد إنسان بحالة فرس لم يكن معيناً بذاته وهلك جميع ما يملكه من الخيل بقوة القاهرة أو أمر طارئ فوجب التسليم لا ينقضي وما عليه إلا أن يجلب مثله من السوق ليسلمه للدائن لأن الجنس لا ينقطع مبدئيا اللهم إلا إذا بطل التعامل فيه بأمر من القانون قبل التسليم لأن المثلي تنتقل ملكيته بالتسليم إذ يصبح بذلك معيناً بذاته وينتقل ضمانه إلى المشتري عند الهلاك بالقوة القاهرة خلافا للقيمي أو الشيء الذي يعطى حكمه بتعيينه دون سواء بالوصف أو بعلامة خاصة فمن وقت التعاقد يصبح ضمانه على المشتري وبعبارة أخصر لا يبقى للالتزام وجود إذا تعذر تنفيذه تعذرا قهريا لا دخل فيه للملتزم فبالنسبة إلى الالتزام بعمل يعتبر العمل مستحيلا إذا طرأ على الملتزم بأجرائه شخصا ما أزال قدرته على القيام به كما لو التزم ممثل بالقيام بدور تمثيلي ثم اعتراه مانع قهري كنبوة عصبية أو عطل في لسانه وحركاته.

تحت أي شروط تحصل براءة ذمة المدين ؟

أولا : أن يكون المتعهد به قيما لان الملكية تنتقل بمجرد تكوين العقد.

ثانيا : أن يكون التعذر ناتجا عن قوة القاهرة أو أمر طارئ يزيل بقاء ذمة الملتزم عامرة.

ثالثا : أن لا يكون المدين ماطلا وأن لا يكون قد تحمل بضمان الهلاك الذي ينشأ عن الأمر السماوي ففي هاته الصورة لا تبرأ ذمة المدين وكل ما في الأمر أن التنفيذ ينقلب بالاستحالة من تنفيذ عيني الى تنفيذ بالتعويض، قال بعض الشراح وهو بلانيول أن المدين في هذه الصورة يعتبر بمثابة الأمين أي المستودع.

وعليه فلا تبرأ ذمة المدين إذا كان المتعهد به مثليا كما سبق بيانه وما عليه إلا أن يأتي بمثله لأن ذمته لم تكن عامرة بشيء معين بذاته أما إذا كان قيما فان هلاكه يجعل الوفاء به متعذرا على المدين وبسبب ذلك ينفك التزامه بالتسليم لأن الهلاك لم يكن متسببا عن خطأ ينسب اليه حتى يطالب بالتعويض ولما كانت الماطلة من قبيل الخطأ لأنها تفيد تأخير الوفاء بدون عذر مقبول اعتبرت ذمة المدين عامرة بالبدل عند هلاك العين الثابتة بالأمر السماوي وكذلك الحال في صورة ما إذا تحمل المدين بضمان الهلاك بالصفة المذكورة أي بالقوة القاهرة التي جاء الفصل 283 بتعريفها هكذا "القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شيء لا يستطيع الانسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء وقلة أمطار وزوايع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدو أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة القاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درئه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فانه لا يعتبر قوة القاهرة".

وفي صورة الخطأ أو الماطلة يجبر المدين على الوفاء بالبدل مع تعويض الخسارة التي هي عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعما فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد. ويترتب على هذا أنه لو كان للدائن تأمينات لضمان الوفاء بدينه فان هذه التأمينات تبقى ضامنة للوفاء بالبدل.

هذا وان الامر لا صعوبة فيه بالنسبة إلى العقود التي الالتزام فيها من طرف واحد أما في العقود التبادلية كالبيع مثلا فان هلاك العين بدون خطأ ينسب للبائع تبقى به ذمة المشتري عامرة بالثمن بحيث أنه يدفع الثمن ولا يتسلم شيئا عدا ما بقي من العين وفي صورة الكراء إذا هلك بعض العقار أو تعيب مع بقاءه صالحا للانتفاع به أو يبعثه فليس للمكثري إلا تنقيص الكراء بقدر نقص الانتفاع ما لم يطلب فسخ العقد (الفصل 764).

تنبيه : قلنا إن المدين الماطل يضمن هلاك العين لكن هذا الضمان ينتفي عليه حسب الأحكام العامة إذا أثبت أن العين كانت تهلك لا محالة.

مفاعيل استحالة الوفاء :

قاعدة: إذا انقضى العقد لعدم إمكان الوفاء به من غير تفريط من المدين فما كان له من الحقوق والدعاوى من حيث موضوع الدين ينتقل للدائن (الفصل 347) إن لفظة "ينتقل" لم يصب المشرع في استعمالها لأنه ليس هناك انتقال حق أو دعوى من المدين الى الدائن بل الحق توجد من أول وهلة عند الدائن الذي هو صاحب العين الهالكة بفعل الغير فاذا بعث لك عربة معينة احترقت بفعل فاعل بعد هذا البيع وقبل تسليمها اليك فانت صاحب الحق في طلب الغرم لان ملكيتها انتقلت اليك حين التعاقد وعليه فليس هناك انتقال حق أو دعوى مني اليك لأنني لم أكتسب شيئا من ذلك بعد خروج الملكية من يدي.

قاعدة أخرى : إذا لم يتيسر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقدين وبغير مطل من المدين برئت ذمته وسقط حقه في طلب ما عسى أن يترتب في ذمة المعاهد الآخر فان كان المعاهد الآخر قد وفى بما عليه جاز له القيام بجميع ما أداه أو يبعثه بحسب الحال على أن ذلك غير واجب عليه (الفصل 348) وهذا يقع تطبيقا لنظرية السبب.

أما إذا كان عدم الوفاء من فعل الدائن أو من سبب آخر ينسب إليه بقي الحق للمدين في طلب الوفاء بما له على معاقده غير أنه يلزمه أن يوفي له بما فضل عنده بسبب عدم تنفيذ التزامه أو بما انتفع به من الشيء المتعاقد عليه كما في هذا المثال:

ملاحظة :

إن القواعد السابقة الذكر لا تنطبق على من كانت يده على الشيء يد ضمان كالسارق والمغتصب فإن التزام كل منهما بالرد لا ينقضي بهلاك الشيء فالوفاء ينقلب من التزام عيني إلى التزام بأداء العوض.

باع زيد لبكر فرسا وسرجا معينين ثم إن بكرًا تسبب في حرق المأوى الذي كان به الفرس بما نتج عنه هلاك الدابة فزيد يستحق الثمن إلا أنه يجب عليه أن يسلم إلى بكر سرج الفرس وما يتبعه والامر كذلك لو كان المبيع دارا تسبب في هلاكها مشتريها قبل استلامها فالارض التي كانت مقامة عليها الدار والمواد التي بقيت فيها ترجع إلى بكر.

صورة هلاك الشيء القيمي بتفريط أو فعل أحد المدينين المتضامين :

لقد جاء بالفصل 187 أن تقصير أحد المدينين المشتركين أو مظهره لا يضر باقيهم فهذا المدين المقصر يجب عليه في هذه الصورة أداء قيمة العين التي هلكت مع ما يقتضيه الحال من تعويض بينما بقية المدينين المتضامين معه ليس عليهم إلا القيمة لأن مفهوم التزامهم بالتضامن يقتضي التحمل بالدين لا بما زاد عليه بفعل أحدهم فالدين والحالة تلك لم ينقض وانما وقع تحويله إلى غرم ضرر.

صورة عدم قابلية الدين للقسمة وصورة الكفالة :

إذا هلكت العين التي لا تقبل القسمة بفعل أو تفريط أحد المدينين فهذا المدين هو المطلوب وحده بأداء القيمة والامر كذلك في صورة الكفالة إذا هلكت العين بخطأ الكفيل (الفصل 1492) الذي هذا نصه: "إذا لم تحصر الكفالة في مبلغ معين من المال أو في جزء معين من الالتزام كان الكفيل مطلوباً أيضاً بما يلزم المدين من الخسائر والمصاريف الناشئة عن عدم وفائه بالالتزام ولا يطلب الضامن بما التزم به المدين بعد إبرام العقد. أما إذا صرح الكفيل بالوفاء بجميع ما يطالب به المضمون من جراء العقد فتتوجه عليه المطالبة بسائر ما يطالب به المضمون بالنسبة إلى توابع ذلك العقد".

على من إثبات استحالة التنفيذ ؟

هذا الإثبات يطالب به المدين لادعائه التخلص من التزامه فعليه إقامة الدليل على هذا الادعاء.

اتحاد الذمة في الالتزامات

اتحاد الذمة عبارة عن اجتماع صفتين متعارضتين عند شخص واحد هما صفة دائن وصفة مدين وعلى نسبة هذا الاتحاد يسقط الدين أو الالتزام فإذا مات شخص كان دائنا أو مدينا لوارثه اجتمعت في هذا الوارث الصفتان وهي الصورة التي يحصل فيها غالبا الاختلاط الذي يتعذر بسببه إجراء التنفيذ لأنه ليس من المعقول أن يكون الانسان مدينا لنفسه وقد يكون هذا الاختلاط جزئيا كما لو كان المورث دائنا مثلا لأحد ابنيه فلا ينقضي من الدين إلا نصفه لأنه لا محل للاختلاط بالنسبة إلى الإبن الآخر والأمر كذلك في صورة ما إذا كان المورث مدينا.

مفاعيل الاختلاط : إذا زال سبب الاختلاط رجع الدين الى الوجود على حالته الأولى وبذلك يفسر مؤدي الاختلاط من أنه عائق للوفاء وليس بوجه من أوجه انقضاء الالتزامات. بمعنى أنه إذا زال المانع عاد الممنوع أما الغير سواء كانت له مصلحة في وجود الدين أو كان هذا الدين حجة عليه فلا فاعلية للاختلاط على مركزه هذا وعليه فإذا أحال الدائن دينه لشخص آخر قبل أن تجتمع عنده الصفتان فلا سبيل لاستناد أي مفعول إلى اختلاط الذمة.

مفعول الاختلاط في صورة الكفالة : هناك صور أتى بها الفصل

: 1518

الصورة الأولى : "إذا اتحدت ذمة الدائن والمدين برئت ذمة الكفيل" فهذا الكفيل إذا سأله الدائن الوفاء يجوز له أن يجيبه بالرفض بناء على حقه في الرجوع عليه لما أصبح مدينا أيضا بموجب اختلاط الذمة فلا يعقل أن يدفع له الكفيل دينه ثم يرجع عليه في الحين نفسه باسترداد المدفوع لأنه مطلوب به بحلولة محل الدين المضمون فيه كنتيجة لذلك الاختلاط وذلك لأن الضمان تابع لوجود الدين.

الصورة الثانية : إذا كان للدائن وارث غير المدين فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر حصة المدين من الارث.

الصورة الثالثة : إذا اتحدت ذمة الكفيل والدائن لا تبرأ ذمة المدين.

الصورة الرابعة : إذا اتحدت ذمة المدين والكفيل بأن صار أحدهما وارثا للآخر سقطت الكفالة وبقي الدين غير أنه إذا كان لهذا الكفيل ضامن جاز للدائن مطالبته بالوفاء وله حبس ما أعطاه الكفيل الأول من التوثقات.

مفعول اختلاط الذمة في صورة التضامن :

فبالنسبة إلى تضامن الدائنين اختلاط ذمة أحد الدائنين المشتركين بالخيار بذمة المدين لا ينقضي به الالتزام إلا في حق رب الدين المذكور.

وبالنسبة إلى التضامن بين المدينين اختلاط ذمة الدائن واحد المديونين المشتركين لا ينقضي به الالتزام إلا بقدر حصة ذلك المديون وبالمثال يتضح الحال: كان لزيد دين قدره ثلاثون دينارا على بكر وخالد وإبراهيم المتضامنين في أدائه فمات زيد وورثه بكر فحصل بذلك اختلاط ذمة الدائن زيد بأحد مدينيه وهو بكر الذي أصبح دائنا لشريكه فلا يجوز له أن يطلب إلا عشرين دينارا من ذا أو ذاك منهما.

المقاصة

تعريف : إذا كنت مدينا لك بمبلغ من المال حل أجل دفعه وكنت أنت مدينا لي بمثلته حل أيضا أجل دفعه فالمعقول يقتضي أن لا أدفع لك ما بذمتي وأترك في قبضتك ما بذمتك لي متحملا هكذا خطر صيرورتك عاجزا عن الوفاء فطريقة المقاصة يحصل بها تساقط الدينين ويكفي مجرد الطلب لبراءة ذمة كل منا هذا عند تساوي الدينين وان اختلفت المقادير يسقط الدين الأصغر وتبقى الذمة عامرة بالباقي فقط وذلك تحت الشروط التي سيأتي بيانها فهناك أداء بطريقة عادلة تجتنب بها أخطار العسر وكثرة المصاريف وتكاليف المداعاة وقد ذهبت الشرائع مذاهب مختلفة فالقانون الفرنسي يرى أربعة أشكال للمقاصة منها المقاصة الجبرية أي التي تقع حتما بمقتضى القانون نفسه ويدون طلب من أحد الفريقين وحتى بدون علم المدينين فمجرد التقاء الدينين تحصل به المقاصة متى توفرت شروطها وقد ينجم عن ذلك أمر خطير وهو استيفاء الدين الذي لم يتمسك صاحبه بسقوطه بمرور الزمن أما الشريعة الاسلامية والقانون التونسي (الفصل 370) والقانون الالماني واللبناني فانها لا ترى إجراءها حتما بل بناء على طلب أحد الشقين. والأشكال الأخرى للمقاصة على مقتضى القانون الفرنسي هي الاتفاقية والاختيارية والعديلية والاتفاقية تشير الى رضا الطرفين بإجرائها ولو لم تتوفر فيها بعض الشروط كشرط اتحاد الجنس في الدينين فهي تشبه عملية التصيير بالدين والمقاصة الاختيارية هي الموكولة لمشئته أحد الطرفين كما لو كان أحد الدينين مؤجلا فيرضى صاحبه بالتنازل عن الأجل لتجري المقاصة بالدين الآخر الذي حل أجله والنوع الرابع هو الذي تكون فيه المقاصة عدلية أي أنه يقام بطلبها بصفة دعوى معارضة من طرف المدعي عليه.

ملاحظة : تختلف المقاصة عن اتحاد الذمة بكونها ترمي الى انقضاء دينين اثنين أو علاقيتين التزاميتين متعارضتين بينما اتحاد الذمة مفاده زوال ربط ذمة الشخص المالية لأنه أصبح دائنا ومدينا لنفسه.

والمقاصة كثيرة الوقوع في المجال التجاري لانه من النادر أن لا يكون التاجر دائنا ومدينا في آن واحد.

الشروط التي أوجبها القانون لصحة المقاصة :

أولا : يلزم أن يكون كل من الطرفين مدينا شخصا للآخر ولذلك اقتضى الفصل 372 أن الشريك ليس له أن يقاصص دائته بما على هذا الدائن للشركة كما لا يسوغ لدائن الشركة أن يقاصص الشريك بما له على الشركة ولا أن يحتج على الشركة بما لذاته على أحد الشركاء وكذلك لا مقاصة بين الولي والمولى عليه وليس للمدين الأصلي المضمون فيه أن يقاصص دائته بما على هذا الدائن للضامن.

ثاني الشروط : هو أن يتفق الدينان جنسا كما نص على ذلك بالفصل 373 وما ذلك إلا تطبيقا للقاعدة الكلية التي بمقتضاها لا يجبر الدائن على قبول غير ما وقع له به التعهد وعليه فتصح المقاصة إذا كان موضوع الدينين مبلغا من النقود أو أشياء من المثليات من جنس واحد بمعنى أن كل شيء منها قابل لتعويضه بالآخر كما لو كان موضوع الدينين من جنس الزيت أو الشعير مع الاتحاد في أصل النوعين فلا مقاصة مثلا إذا كان موضوع أحد الدينين زيت زيتون وموضوع الآخر زيت كتان ومن باب أولى وأحرى عدم جواز المقاصة إذا كان محل الالتزامين أو محل أحدهما من القيميات.

استثناء : يجوز على وجه الاستثناء إجراء المقاصة بين الدراهم والطعام على شرط أن تكون المأكولات كالقمح والزيت مسعرة بالدفاتر الرسمية المعدة لذلك بالأسواق لأنه من السهل جدا تحويل القمح أو الزيت بمبالغ مالية.

ثالث الشروط : لا تدخل في المقاصة إلا الديون الحالية والكلام

هنا على الأجل الاتفاقي دون الذي يمنحه الحاكم على وجه الفضل كما وقع توضيحه في باب الأجل وذلك لأن الحاكم لا يمنح هذا الأجل إلا للمدين الذي عاقته في الحال ظروف قهرية عن الوفاء بما عليه وهذه التوسعة يقصد منها تمكين المدين من إيجاد ما

تبرأ به ذمته ولما كان لهذا المدين وسيلة المقاصة للوصول لهذه الغاية فلم يبق محل لتلك التوسعة ونرى من جهة أخرى إمكانية إجراء المقاصة مع وجود الأجل إذا رضي المستفيد منه بالتنازل عنه وقد جاء بالفصل 374 أن سقوط أجل الدين بسبب إفلاس المدين وحلول إرث تصير به المقاصة في الدين ممكنة ويضاف الى ذلك سقوط الأجل بسبب التنقيص من التوثقات.

رابع الشروط : على مقتضى ما جاء بالفصل 374 هو أن يكون الدينان معلومي المقدار أي غير متنازع في وجودهما أي أنه لا شك في اشغال ذمة المدين بالدين.

لما كانت المقاصة في القانون التونسي عدلية فلا لزوم لأن يكون الدينان معلومي المقدار لأن في استطاعة المحكمة أن تؤخر النظر في معلومي المقدار لأن في استطاعة المحكمة أن تؤخر النظر في الدعوى الأصلية الى أن يحرر المقدار بعد ثبوت الدين وهذا ما ذهب اليه فقه القضاء الحديث على أن النزاع في الدين المراد المقاصة به يلزم أن يكون جديا حتى لا يعطل الوفاء بالدين الحال بمجرد الادعاء من طرف المدين بأن له ما سيبيديه لمعارضة ذلك الدين بدين مبناه مثلا غرم ضرر محتمل وعلى كل فللحاكم مطلق النظر في جدية دعوى المعارضة من عدمها.

تنبيه : لا يلزم حسب الفصل 374 وجوب الدينين في محل واحد ومعنى ذلك هو أن المقاصة جائزة بين دينين أحدهما واجب الأداء في قفصة مثلا والآخر في بنزرت لكنه يراعي ما يستلزمه الأداء في غير مكانه من المصاريف المستحقة من ذا أو ذاك من المدينين وقد أضاف المقتن الى ذلك بالفصل 375 قوله بأن أداء الديون إذا كان واجبا في أماكن متفرقة فلا مقاصة إلا مع أداء الديون إذا كان واجبا في أماكن متفرقة فلا مقاصة إلا مع أداء الفرق لمن وجب له في الصرف أو الثمن إن كان الدين طعاما.

تنبيه آخر : تضمن الفصل 377 أن المقاصة تصح في ديون مختلفة الأسباب ومعنى ذلك هو أن المقاصة جائزة بين دين من قرض ودين من ثمن مبيع وكذلك بين دين متولد عن جنحة أو شبهها وآخر متولد من عقد أو شبهه.

الأحوال التي لا تجوز فيها المقاصة

بعد أن قرر المشرع بالفصل 377 جواز المقاصة مع اختلاف أسباب الديون استثنى بالفصول 376 و 378 و 379 سبع صور تقتضي عدم الجواز وهي الآتية:

الصورة الأولى : هي التي لا تجوز فيها المقاصة إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو شيئا آخر مما لا يجوز حجه فاذا كنت مثلاً مطلوباً لي بعشرة دنانير من جهة نفقة وأنا مطلوب لك بمثل ذلك المقدار فلا يقبل منك الامتناع عن انقاد مبلغ النفقة لمقاصصتي بما هو بذمتي لك وحينئذ فانك تدفع لي النفقة المذكورة أو ما تأخر دفعه منها لأنها مجعولة لتسديد ضروريات الأكل وأنت باق على حقك في الالتجاء الى الوسائل القانونية لاستيفاء ما بذمتي لك وما قيل بالنسبة إلى النفقة ينسحب على ما لا يقبل الحجز مطلقاً حسب صريح النص فعلى مقتضى قانون الشغل لا يمكن للعرف أو المستأجر أن يقاصص العامل بكامل أجرته إذا كانت ذمته عامرة ببعض تسبيقات مالية بل إنه لا يستبقي من الأجرة إلا بقدر النسبة التي حددها القانون ليرتك له ما يسدد به لوازم قوته.

الصورة الثانية : هي التي لا تجوز فيها المقاصة إذا كانت في استرجاع شيء مغصوب إما باكره أو تدليس أو في دعوى دين سببه جنحة أخرى أو شبهها.

في هذه الصورة إشارة الى معاكسة المحتالين وقمع من يتجاوز حدود القانون ليقترض لنفسه كما لو كنت مثلاً مديناً لي بعشرة دنانير تقاعست عن ردها فعوض أن أقوم عليك بطلب الأداء أركب متن الغصب أو الاكراه أو التدليس أو غير ذلك من الجنح وشبهها للاستيلاء على مالك ولما تطالبني بترجيعة أعارضك بديني الذي قدره عشرة دنانير لتقع المقاصة بيننا لكن فقد دفع القانون هذه المقاصة.

الصورة الثالثة : هي التي لا تجوز فيها المقاصة إذا كانت الدعوى في استرجاع ودیعة أو عارية أو في دعوى الضمان المبنية على ما ذكر فالوديعة تجعل الشيء المودع معينا بذاته أي من القيميات وعلماً فيما سبق أن المقاصة لا تصح إلا إذا اتفق الدينان جنساً وصفة كما أن العارية ترد بعينها كالوديعة حسب الفصلين

995 و 1065 وليس للمستعير أن يمتنع من ذلك متمسكاً بالمقاصة بدين له بذمة المعير بل له مجرد الحبس الى أن يخلص في المصاريف الطارئة التي تؤكد صرفها حسبما اقتضاه الفصل 1071 لا أنه يستبقي الشيء لنفسه في مقابلة دينه وفاء بهذا الدين وقد جاء في الآية الكريمة "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها".

استثناء من القاعدة بالنسبة إلى ودیعة : تجوز المقاصة إذا كانت الوديعة نقداً أو أوراق بنوك أو غيرها من الأوراق المالية القائمة مقام النقود ولم تكن عند إيداعها مظلوفة أو مختوما عليها لأنه في هذه الصورة يحمل المستودع حسب الفصل 997 على أنه مأذون بالانتفاع بها ما لم يقم دليل على خلاف ذلك.

ملاحظة : لقائل أن يقول أن هذا الاستثناء لم يأت به نص الفصل 378 القاضي بمنع المقاصة إذا كانت الدعوى في استرجاع ودیعة على الإطلاق لكن لدينا نص الفصل 377 الذي جاء بصحة المقاصة في ديون مختلفة الأسباب وبالمراجعة تبين أن فقه القضاء أجاز هذا الاستثناء فالبنوك تخصم من المال المودع عندها بالصفة المذكورة ما تطلبه من صاحبه أما نظرية منع المقاصة مطلقاً سواء كانت الوديعة من النقود المظلوفة بكيس مختوم عليه مثلاً أو من النقود غير المعينة بالذات فهي مبنية على اعتبارات أدبية أخلاقية لأنه من المزري بالشرف أن لا يرد الانسان الوديعة لصاحبها متعللاً بصفته دائماً له ومن المسلم أن هذا الاستثناء لا محل له بالنسبة إلى عارية الاستعمال لأن المستعير ملزوم برد المستعار بعينه.

ملاحظة أخرى : تضمنت الصورة الثالثة السالفة الذكر أن المقاصة لا تجوز في دعوى الضمان المبنية على الوديعة أو العارية ومعنى ذلك هو أن المستعير أو المودع عنده الشيء إذا تسبب في هلاكه بتفريط منه حتى انقلب التزامه بالترجيع التزاماً بالغرم فانه يدفع هذا الغرم بدون أن يكون له الحق في أن يطلب من المعير أو المودع المقاصة بما بذمة أحدهما له وهذا لا يتماشى مع ما يقتضيه القانون العام خصوصاً وأن المقاصة عندنا عدلية بالمعنى الذي أسلفناه أي أن الحاكم يتولى ضبط مقدار هذا الغرم ومن باب أولى وأحرى إذا كان الغرم مقدراً سلفاً بمقتضى شرط تعريفي وقع به الاحتياط للصورة التي يكون فيها المستودع أو المستعير ضامناً للهلاك المتسبب فيه.

الصورة الرابعة : هي التي تمنع فيها المقاصة إذا تركها المدين من أول الأمر أو كانت ممنوعة بمقتضى عقد الدين وفي ذلك إشارة إلى المقاصة الاختياري الاتفاقية فالناس عند شروطهم والشرط أملك.

فمما تقدم نستخلص خطر استيحاء الأحكام من قانون آخر بدون تفتن للفروق الموجودة بين المبادئ خصوصا إذا اشتبه على واضع هذا القانون أحكام القانون الروماني الذي لا يجيز المقاصة الحتمية ولا يمنع وقوع المقاصة العدلية عند اختلاف الدينين جنسا وصفة بحيث أن القيميات تمكن فيها المقاصة ويعهد الى الحاكم تعيين قيمتها النقدية.

الصورة الخامسة من المستثنيات : هي التي تمنع فيها المقاصة إذا كانت في المغارم والأداءات الواجبة للدولة والأداءات البلدية ما لم يمكن لمدعي المقاصة دين على نفس الخزينة التي طلبت تلك المغارم أو الأداءات وذلك لثلا تتعطل المنافع العامة فمن كان مطلوبا مثلا بأداء ضريبة وله على الدولة دين من أجل اضرار الحرب أو قرض لا يقبل منه طلب المقاصة فبالنسبة إلى القرض الدولي الوارد فيه نص في عام 1958 وقع الترخيص للمقرض بصفة استثنائية بمقاصة الدولة بما هو مطلوب به من جهة معلوم نقل ملكية عقار وذلك على نسبة معينة وهي نصف مبلغ القرض.

الصورة السادسة : هي التي لا يجوز فيها للمدين الذي قبل بلا شرط تحويل دينه من الدائن الأصلي الى شخص آخر أن يحتج على المحال له بالمقاصة التي كان يمكنه أن يحتج بها على الدائن الأصلي قبل قبوله الحوالة.

إن هذه الصورة تشير الى الاحالة التي لا يلزم فيها الاعلام طبقا للفصل 205 فالمدين هنا ممنوع عليه بسبب قبوله للاحالة الاحتجاج على المحال له بما ترتب له من دين بذمة المحيل وبالمثال يتضح الحال: كل من زيد وبكر مدين للآخر بمبلغ من المال فاذا أحال الأول الى عمرو دينه على بكر ورضي هذا الأخير بذلك منع عليه مقاصة عمرو بما يطلبه من زيد.

إن مفهوم هذا الاستثناء تنازل ضمنى من المدين عن حق طلب المقاصة التي كانت تسمح له بتبرئة ذمته مع المحيل.

الصورة السابعة : "لا تصح المقاصة بدين سقط القيام به لمرور المدة" وهذا لا إشكال فيه لأن هذا الدين قد سقط القيام به بموجب التقادم وتضاف الى ذلك صورة الدين المتولد عن التزام طبيعي لأن هذا الالتزام لا تصاحبه الدعوى أيضا.

مفاعيل المقاصة

تنحصر مفاعيل المقاصة في أمور:

أولا : لما كانت للمقاصة صفة أداء مزدوج فعند اختلاف الدينين في المقدار تقع بقدر الأصغر وقد جاء الفصل 380 بان المقاصة تستهلك الدينين بقدر ما تساويا فيه من وقت وجودهما معا على الشروط التي عينها القانون لصحتها أما إذا كان الدينان متساويين معا وكل دين انقضى تزول امتيازاته وما تعلق به من رهون وتوثقات وإذا تعددت الديون تتبع قواعد خصم الوفاء على معنى ما جاء بالفصل 343 الذي هذا نصه: "إذا كان على المدين عدة ديون ودفع شيئا طرح من الدين الذي عينه عند الدفع فان سكت بقي له الحق في بيان مراده وإن وقع شك طرح المدفوع من الدين الذي له أكثر مصلحة في خلاصه والأولى طرحه من الدين الذي حل أجله فان كان هناك عدة ديون حالة طرح المدفوع من الدين الذي فيه أقل توثقة للدائن وإذا كانت الديون متساوية في التوثقة طرح المدفوع من أثقل دين على المدين فان كانت الديون متساوية في الثقل طرح المدفوع من الدين الأسبق تاريخا".

ثانيا : للمقاصة تأثير على الكفالة، فالكفيل يعارض الدائن بالمقاصة بما عليه للأصيل أوله فالحالة هي عين التي يكون فيها المدين قد دفع ما عليه لدائنه أما الأصيل فليس له أن يعارض الدائن بالمقاصة بما عليه للكفيل لأن الأداء لا يجب على الضامن إلا بعد اختبار مكاسب المضمون فيه.

ثالثا : في صورة تضامن الدائنين إذا وقعت المقاصة بين المدين و أحد الدائنين المشتركين بالخيار ينقضي الدين في حق الباقيين وفي صورة تضامن المدينين إذا وقعت المقاصة بين الدائنين و أحد المدينين المتضامنين برئت ذمة الباقيين (الفصلان 165 و 179).

رابعاً : المقاصة لا تضر بالحقوق التي اكتسبها الغير على مقتضى القانون
ومعنى ذلك هو أن المدين إذا أصبح دائناً لدائنه بعد أن وقف تحت يده مبلغ الدين بطلب من الغير بموجب دين له على الدائن الأصلي فهذا المدين الأول لا يقبل منه طلب المقاصة مع دائنه وبالمثال يتضح الحال: " زيد عليه عشرة دنائير لبكر الذي هو مدين لخالد يمثل ذلك المبلغ فإذا حصل خالد على توقيف الدفع لبكر وصار زيد بعد ذلك دائناً لدائنه بكر فليس له أن يقاصصه بالمال المعقول تحت يده لأن المقاصة أداء مزدوج كما قلنا وإذا تقاصص مع بكر تضرر من ذلك خالد الذي أجرى عقلته تحت يد زيد وعلى الجملة فإذا وقف الدين منعت المقاصة به".

الإبراء من التعهد أي إسقاط الدين

حقيقته :

إسقاط الدين عبارة عن عمل قانوني يقتضي تنازل الدائن لمدينه اختياراً منه وبدون مقابل عن كامل دينه أو جزء منه بشرط أن لا يكون المدين قد رفضه رفضاً صريحاً لأن قبول الإسقاط من طرف المدين محمول مبدئياً على الظن كما أنه ليس له حق الرفض إن سبق منه القبول أو كان الإسقاط بطلب منه وهذا التنازل من الدائن صفته التبرع والا كان تصبيراً بالدين أو تجديداً له باستبدال موضوع الالتزام ونظراً لهذه الصفة اشترط الفصل 350 أن تكون للدائن أهلية التبرع.

القيود التي تعتري الإسقاط :

جاء الفصل 354 بأن الدائن إذا أسقط في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة وذلك لأن تلك الحالة التي عليها الدائن تجعله غير متبصر في شؤونه وتتكون منها قرينة على أن الوارث نفسه ربما استعمل ما من شأنه أن يحمل المريض على الانقياد إلى تنفيذه دون سواه بهبة ما بذمته له، لذلك اشترط المشرع مصادقة بقية الورثة، أما بالنسبة إلى غير الوارث يعطى الإسقاط حكم الوصية حتى لا يتجاوز حد النصاب الذي هو الثلث من المخلف بعد استيفاء الديون ومصاريف الجنازة ويستفاد من ذلك أن الإسقاط إما أنه ناتج عن اتفاق صريح أو عن سكوت الدائن أو عن أدلة أخرى يستخلص منها مراد الدائن ترك حقه في الدين كترجييع رسم أصل الدين اختياراً، أما رد الدائن ما تسلمه من المدين على وجه التوثقة من رسوم ملك أو مصوغ أو غير ذلك فإنه لا يكفي في الحمل على إسقاط الدين (الفصل 352) لما هو معلوم من أن وجود الدين مستقل عن التوثقات.

مادي والمراد بالرسم كل كتب سواء كان رسميا أو خط يد أو نسخة حكم محلاة بالصيغة التنفيذية لأن نسخة الحكم المجردة لا يقوم تسليمها قرينة على الإبراء.

استثناء :

في صورة المصالحة التجارية هناك إسقاط لكنه من نوع خاص منتفية منه الصفة الاختيارية بالنسبة إلى تسليم رسم المدين فالقاعدة هي أن أغلبية الدائنين تفرض على الأقلية تسليم الرسوم، على أن هذا التسليم لا يفيد الاسقاط بالمعنى المستفيد من القانون المدني العام ولا تشم منه رائحة التبرع بل هو طريقة يستعملها الدائنون ارتكابا لأخف الضررين، إذ هي تسمح بتوقيف إجراءات التفليس ليستمر المدين على إدارة تجارته لما في ذلك من النفع لمصالحهم والقسط الذي وقع به التنازل يبقى المدين عامر الذمة به كالتزام طبيعي.

سؤال :

إذا ترك الدائن مدة التقادم تمضي اختيارا منه فهل يعد ذلك إسقاطا للمدين قاضيا بانقضائه؟

الجواب :

الجواب لا يكون في نظرنا إلا بالنفي لأن الدين في هذه الصورة يبقى قابلا للأداء وفاء بالتزام طبيعي وحينئذ فهو لم ينقض وقد سبق منا القول بأن الاسقاط صفته التبرع وإلا كان تصييرا بالدين أو تجديدا له.

نظرية الاسقاط في الشريعة الاسلامية:

الشريعة الاسلامية تعتبر التصرف في الحقوق إما بالنقل أو بالاسقاط، فالتصرف بالنقل ثلاثة أقسام:

(1) نقل بعوض في الاعيان

(2) نقل في المنافع

(3) نقل بدون عوض

مفاعيل اسقاط الدين :

من مفاعيل الاسقاط انقضاء الدين بتوابعه وتوثقاته الشخصية والعينية، وقد يكون الاسقاط في جزء منه فقط فتبقى الذمة عامرة بالباقي مع بقاء التوثقات ما لم يقع إدخال تغيير عليها بالاتفاق، ومن المفاعيل أيضا أنه لا رجوع فيه بصفة مطلقة وتبرأ به ذمة المدين ولو جهل الدائن حقيقة مقدار دينه أو وجد بعد ذلك حججا لم يعلم بها وقت صدور الاسقاط منه، أما إسقاط الوارث للمدين المورث فيمكن القيام بإبطاله في صورة وجود حجج كان غير عالم بها أو في صورتها الغلط في المقدار أو تدليس من المدين أو ممن كان متواطئا معه واثبات ذلك على الدائن الوارث.

مفاعيل الاسقاط في صورتها التضامن والكفالة :

إذا أسقط الدائن بعض الدين على أحد المدينين المتضامنين اعتبر ذلك من جملة الدين ما لم يقع التصريح منه بأنه يقصد إعفاء ذلك المدين بالنسبة إلى حصته وعندئذ لا تمكن مطالبة الباقي إلا بما بقي من الدين بعد طرح تلك الحصة، أما بالنسبة إلى الكفالة فإن الاسقاط على المدين الأصلي تبرأ به ذمة الكفيل ولا العكس بالعكس لأن التعهد يقوم مبدئيا بلا كفالة التي هي حق للمتعهد له، وفي صورة تعدد الكفلاء فإن الاسقاط الواقع لأحدهم بدون موافقة الباقيين يبرئهم بقدر منابه (الفصل 1516).

فيما يترتب على ترجيع رسم الدين للمدين :

جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 351 "أن ترجيع رسم الأصل اختيارا من الدائن للمدين يحمل على إسقاط الدين". يلزم هنا فتح هلالين لضبط ما هو المقصود من قرينة ترجيع رسم الدين لأن المشرع قال إن هذا الترجيع يفيد إسقاط الدين ولم يقل إنه يفيد أداء الدين فهو يشير بذلك إلى التبرع بالدين بما يتجه معه تطبيق أحكام الهبة.

شروط قرينة ترجيع الرسم :

يلزم أن يكون رسم الدين قد وقع ترجيعه اختيارا من الدائن إلى المدين نفسه أو نائبه لأنه إذا وصل ليد المدين بطريقة أخرى كالتدليس أو الغلط أو الإكراه أو الضياع انتفت بذلك قرينة الاسقاط، وإثبات ما ينافي التسليم الاختياري على مدعيه أي الدائن وكل الطرق تكون صالحة لإثبات التسليم الاختياري إذ هو مجرد فعل

اما التصرف بالاسقاط فنوعان:

(1) اسقاط بعوض كالخلع

(2) اسقاط بغير عوض كالإبراء من الدين.

والفرقة بين النوعين يتناولها القبول أو عدمه، فالتصرف بالاسقاط لا يحتاج لقبول إلا إذا لوحظ فيه التملك للمسقط عنه، ولذا قالوا في الإبراء من الدين إذا اعتبر إسقاطا لا يحتاج الى قول و ان اعتبر فيه التملك للمدين بما في ذمته فيحتاج للقبول والمشهور أنه من التملك بما في ذمة المدين خصوصا إذا كان المبرئ من ذوي المروءات.

التجديد أي استبدال الدين

حقيقته :

التجديد عبارة عن اتفاق يقع بمقتضاه تعويض التزام قديم بآخر جديد مغاير له في عنصر من عناصره الجوهرية التي هي الدائن والمدين والموضوع والسبب.

بيان :

إذا أدخل على الالتزام مجرد تحوير أو تغيير في صورته أو في شرط من الشروط التابعة له كالأجل مع بقاءه موجودا فلا ينبغي على ذلك تجديد العقد اللهم إلا إذا صرح به المتعاقدان.

فليس من قبيل التجديد مثلا تغيير إبان الوفاء أو تغيير في التأمينات أو في تكييف الوفاء بأن يقع الاتفاق على أن يسلم المدين لدائنه في الوقت المعين سنداً للأمر أي كنيالة عوض الدراهم المذكورة في العقد.

ملاحظة :

ليس لعملية التجديد أهمية كبرى إلا بالنسبة إلى تغيير عنصر الموضوع أو السبب لأنه بالنسبة إلى العنصر الشخصي قد يستغني عن التجديد بالاحالة أو الحوالة أو الحلول بحسب الصور.

شروط التجديد :

يلزم توافر خمسة شروط :

(1) وجود دين قديم

(2) حلول دين جديد محله

(3) اختلاف الدينين

(5) أهلية التعاقد عند الطرفين بأن يكون الدائن أهلا للتفويت والمدين الجديد أهلا للالتزام.

فبالنسبة إلى الشرط الأول (وجود دين قديم) لما كان التجديد معتبرا من أوجه الوفاء فلا بد من وجود دين قديم يعتبر التجديد وفاء به وإلا كان باطلا مطلقا لتخلف أحد أركانه وهو السبب أما إذا كان الالتزام القديم ناتجا عن عقد فاسد أي باطل بطلانا نسبيا أو كان معلقا على شرط فبالنسبة إلى الأول أي العقد الفاسد يعتبر التجديد بمثابة مصادقة ذات مفعول رجعي شريطة أن يكون الطرفان على علم بالعيب وبالنظر إلى الشرط التعليقي لا يكون التجديد ناجزا إلا إذا حصل الشرط، وههنا يتجه التساؤل لمعرفة هل أنه من الجائز تجديد التزام طبيعي؟ فالجواب لا يكون إلا بنعم لأن الالتزام الطبيعي. فالجواب لا يكون إلا بنعم لأن الالتزام الطبيعي يشير إلى حق موجود لكنه لا يخول صاحبه التقاضي في شأنه لاستيفائه ممن عليه هذا الحق أي أن هناك التزاما بلا الزام بالاتفاق على تجديده بتعويضه بدين آخر يكسبه فيما نرى مفعول الالتزام المدني المقترن بحق المطالبة.

وهناك أيضا تجديد موضوعي كلما أبدل الشيء المتفق عليه بآخر كتعويض النقود مثلا بشيء ليس من نوعها أو تعويض دين مدني بدين صبغته تجارية وقد يترتب على ذلك نتائج منها ما له تعلق بالاثبات ومنها ما له تعلق بالتقادم كما في صورة دين أصله من قرض وقع تجديده بآخر من جهة معين تسويغ ينقضي حق القيام به في مدة أقصر من التي مجعولة للأول أما التجديد بتغيير السبب فمثاله وقوع اتفاق بين بائع ومشتتر على بقاء ثمن المبيع عند المشتري على وجه القرض بفائض معلوم وكذلك الحال في صورة استبقاء المؤجر لأجرة أجبره بذمته على وجه القرض.

وبالنسبة إلى الشرط الثاني من شروط التجديد وهو إنشاء التزام جديد فإذا كان هذا الالتزام الجديد باطلا لفقدان ركن من أركانه الجوهرية أو لعب فيه بقي الالتزام القديم على حاله من حيث الصفات والتأمينات بنوعيتها. أما إذا كان الالتزام الجديد صحيحا فلا يهم وقوع الوفاء به من عدمه كما هو صريح الفصل 367.

أما الشرط الثالث الذي يهم اختلاف الدينين فهو يستلزم أن يكون هذا الاختلاف جوهريا أي واقعا بالنسبة إلى شخص الدائن أو المدين أو بالنسبة إلى الموضوع أو السبب فإذا كان التغيير في شخص الدائن لزم الاتفاق مع ثالث وهو الدائن الجديد فهذه عملية شبيهة بالاحالة من الدائن القديم إلى هذا الشخص الثالث وفاء منه بدين بذمته لكن بقيد أن يكون للطرفين قصد التجديد أي قصد القضاء بالزوال على الدين القديم ليحل محله دين آخر لا أن الدين نفسه يكون قد انتقل إلى شخص آخر إذ بذلك يحصل مجرد انتقال حق لا إبداله باخر.

بيان :

التصيير بالدين (Dation en paiement) ليس بتجديد لأن مفاده أداء دين لا إحلال التزام جديد محل آخر قديم ويتميز ذا عن ذاك بالوقت الذي وقعت فيه عملية تغيير الموضوع فإذا كان وقوعها إبان استحقاق الأداء فهناك تصيير وإذا وقعت قبله أي قبل حلول أجل الوفاء فهناك تجديد.

وبالنسبة للشرط الرابع من شروط التجديد الذي هو ركن النية يلزم أن تكون نية التجديد واضحة لا لبس فيها لأنه عند الشك يرجح عدم إتمام التجديد من قبل الدائن إذ ربما كانت له مصلحة في بقاء دينه على حاله بالنظر مثلا إلى عدة أحوال منها طول مدة التقادم وارتفاع مقدار الفوائد وأهمية التوثقات فالقاعدة العامة تقضي بأن التجديد لا يكون بغلبة الظن غير أنه لا لزوم لذكر نية التجديد صراحة حيث كان لحاكم الموضوع النفوذ المطلق لتأويل مقاصد الطرفين ولا شأن في ذلك لمحكمة التعقيب بل نظرها قاصر على البحث وراء أركان التجديد وجودا أو عدما وعلى من يدعي نية التجديد إثباتها وذلك بجميع الطرق التي لديه فمجرد تعيين الدائن لشخص يتولى قبض الدين مكانه لا يعد تجديدا للعقد كما هو صريح الفصل 361 وعلى مقتضى هذا الفصل يتم التجديد بدون توقف على موافقة المدين الأصلي إذا قصد تعويضه بآخر.

أما الأهلية كشرط خامس للتجديد فهي ضرورية لأن المقام يقتضي تعويض التزام بآخر فتشترط عند الدائن أهلية التفويت وعند المدين الجديد أهلية الالتزام فالمقدم والوصي لا يستطيعان تجديد دين القاصر لأن ذلك غير داخل في نطاق أعمال الإدارة اللهم إلا إذا جوز لهما التفويت في أحوال خاصة وفي صورة تضامن

الدائنين ليس لواحد منهم أن يتولى تجديد الدين كله لأنه لا يملك حق التصرف فيه بالتفويت.

أحكام التجديد ومفاعيله وخصائصه

للتجديد مفعولان يعملان في وقت واحد وهما محور التزام وإنشاء آخر مكانه بحيث أن إنشاء الالتزام الجديد مرتبط بزوال القديم فليس هناك تجديد إذا وقع مجرد تحوير في أحوال القديم بأن وسع مثلاً في الأجل أو أدخل على شروط التنفيذ بعض تغييرات أو عوضت توثقة بأخرى أو غير ذلك مما لا تأثير له على وجود الالتزام الأصلي وكل ذلك رهين اتجاه اتفاق الطرفين هذا ومن جهة أخرى لما كان التجديد طريقة من طرق انقضاء الالتزامات فهو يحو العقد القديم ولو لم يقع الوفاء به وحينئذ فإن التوثقات والامتيازات المفعولة له لا تنتقل للذي أقلم عوضاً عنه إلا إذا اشترط ذلك رب الدين صراحة في العقد الجديد ولا يشترط بين الدينين اتحاد الصفة كما سبقت الإشارة إليه فمن الممكن أن يكون القديم ذا صبغة كما سبقت الإشارة إليه فمن الممكن أن يكون القديم ذا صبغة مدنية والجديد تجارياً لما يوجد من فروق بينهما بالنسبة إلى الإثبات والتقدم والتاريخ لا يعارض به الغير إلا إذا كان ثابتاً على معنى ما جاء بالفصل 450 وذلك تفادياً من الغش والتدليس أما إذا كانت التأمينات شخصية كما في صورة الكفالة والتضامن فلا تتعدى إلى الدين الجديد إلا برضاء الكفلاء وجملة المتضامين في الدين القديم فالكفيل إنما هو متعهد بضمان التزام معين وعليه فلا يجبر على ضمان ما يظهر للطرفين انشاؤه من الالتزامات تعويضاً للذي دخل عليه ذلك الكفيل كما أن التجديد يوقف جريان فوائض الدين القديم وقد جاء الفصل 365 بأن المدين لا يسوغ له في صورة قبوله للحالة أن يعارض الدائن الجديد الذي قبل الدين عن حسن نية ويحتج عليه بما كان له أن يحتج به على الدائن الأول وإنما له الرجوع على هذا الدائن فقط.

التنظيم بين التجديد والاحالة

الاحالة

التجديد

- (1) يشترط فيه موافقة المدين ما لم يكن قد أبرأه الدائن. (1) لا يشترط فيها موافقة المدين المحال عليه.
- (2) تنقضي بالتجديد توابع الدين القديم (2) تنتقل فيها التوابع إثباتاً لوقوع الأداء القديم
- (3) ليس للمدين معارضة الدائن الجديد بما كان له من أوجه معارضة تجاه الدائن القديم. (3) للمدين المحال عليه أن يعارض الدائن الجديد بما كان له أن يعارض به المحيل ما لم يكن قد رضي بالاحالة
- (4) لا يشترط الاعلام في التجديد. (4) الاحالة تستلزم الاعلام لمعارضة الغير بوقوعها لأن الافضلية لمن أعلم بالاحالة لا لمن تمسك بأسبقية تاريخها.

مبحث التقادم

سنتناول الكلام عن التقادم في مطالب - أولها - تقسيمه وأساسه وخصائصه العامة - وثانيها - ما تقرره الشريعة الإسلامية في شأنه - وثالثها - شروطه - ورابعها - مدته - وخامسها - تعليقه وانقطاعه - وسادسها - مفاعيله مع نبذة في تأثير القوانين الجديدة على التقادم.

ينقسم التقادم الى نوعين تقادم مكسب و آخر مسقط.

فالتقادم المكسب مفاده تأكيد حق الملكية أو إنشاء حق عيني فهو يقتضي تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة إقرارا للنظام الاقتصادي، فالغير الذي يضع يده على أرض مثلا وينفق عليها في سبيل استثمارها مدة معينة تستقر فيها حيازته بدون أدنى أثر للغصب أي بكمال حسن النية يكون قد أدى خدمته للمجتمع واستحق الرعاية. فالمقنن التونسي خلافا لغيره من المقننين جعل مبحث التقادم المكسب مرتبطا بأسباب اكتساب الملكية على نحو ما هي مقررة بالقانون العقاري مهتما في مجلة العقود والالتزامات بخصوص التقادم المسقط وأعد له في المقالة السابعة الخاصة بأوجه انقضاء الالتزامات عدة فصول أولها الفصل 384 وآخرها الفصل 413. هذا وإن كان التقادم لا ينقضي به أصل الالتزام كما سنرى فهو فوق ذلك لا يتعلق في قانوننا التونسي بالاتفاقات الباطلة من أصلها بل تعلقه بما كان منها قابلا للإبطال بحيث أنه عبارة عن مجرد وسيلة يحصل بها زوال حق المطالبة بناء على استمرار سكوت صاحبه سكوتا يعين القانون مدته بحسب الصور وهذا الزوال مختص بالمطالبة لا بأصل الحق العامرة به الذمة فهو يبقى قائما بصيغة التزام طبيعي مجرد عن كل دعوى تحميه فلا يجبر الملتزم على قضائه غير أنه إذا وفى به اختيارا منه يكون قد أدى دينه وليس له بعد ذلك حق الاسترداد وقد بحث علماء الحقوق عن أساس هذا التقادم الذي تترتب عليه نتيجة سلبية خلافا للحيازة التي لا تتصور إلا بالنسبة إلى عمل إيجابي فذهب بعضهم إلى اعتباره عقابا يسلط على الدائن جزاء إهماله للمطالبة، لكن هذا الرأي لم يكن هو الأساس الأصلي لأن المطالبة رخصة للدائن وليست التزاما عليه فالأصح هو

أن النظام العام يقضي بوضع حد للمنازعات ويجب إجراء الحقوق والدعاوى طبقا لما تقتضيه المصلحة العامة ومن ذلك حماية المدين من خطر تكرار الأداء في صورة ما إذا أتلّف وصل المخالصة أو كان الوصل مفقودا من أصله فجعل المشرع مدة سكوت الدائن عن المطالبة قرينة على براءة ذمة المدين إن لم يكن قرينة قانونية على صدور الوفاء منه وهذا بالأخص بالنسبة إلى آجال التقادم القصيرة التي سيأتي بيانها. على أن الملتزم وإن نجا من الحكم فهو مطلوب بمقتضى ضميره وأمام الله بالوفاء ما دام قادرا عليه ويشترط ألا يكون المدين غاصبا أو سارقا.

التقادم في الشريعة الاسلامية

لقد جاء في الحديث الشريف "لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم" فيؤخذ من ذلك أن شريعتنا المطهرة لا تقر سقوط الحق بمرور الزمن ولا تجعل سكوت رب الدين عن المطالبة مسقطا لحقه ومبرئا لذمة المدين لكن الفقهاء عالجوا الامر من طريق منع القاضي من سماع دعوى صاحب الحق الأصلي متى أهمل المطالبة به سنوات معدودة فمنهم من جعل المدة 30 سنة وآخرون 33 سنة وفريق ثالث 36 سنة وفي عهد السلطان سليم العثماني تقرر جعل مدة التقادم خمس عشرة سنة (يراجع الجزء الرابع لابن عابدين صحيفة 356) فتحديد التقادم الطويل بخمس عشرة سنة بالقانون التونسي مأخوذ من الشريعة الاسلامية أما في القانون الفرنسي فمدته ثلاثون سنة.

ومجمل القول هو أن الفقهاء يعتبرون المدعي مبطلا في دعواه لأنه سكت عن رفعها المدة المقررة ولا يقبل إثبات عكس هذه القرينة إلا إذا أقر المدعي عليه بالحق المطلوب بحيث أن المدعي لا يمكن له إثبات دعواه بغير إقرار خصمه. وبالنسبة إلى النفقة والميراث اختلف رجال الفتوى فمنهم من استثنى الميراث ومنهم من أخضعه للتقادم والرأي السديد هو عدم سماع دعوى الميراث بعد مضي خمس عشرة سنة.

ما يشترط في التقادم :

يلزم شرطان للتمسك بالمدة الطويلة هما :

أولا: مرور مدة من الزمن لا يستعمل فيها الحق صاحبه

ثانيا : إهمال الدائن للمطالبة ابتداء من الوقت الذي يكون فيه حق الدائن مستحق الأداء تقدم لنا أن مدة سقوط الدعوى المدنية بالنسبة إلى الحق العام خمس عشرة سنة (الفصل 402 من القانون التونسي) هناك مدة قصيرة سيأتي الكلام عليها مبنية أيضا على مراعاة النظام العام أما الدعوى المدنية المتولدة عن جريمة فهي تفوت بفوات دعوى الحق العام أي بعشر سنوات بالنسبة إلى الجناية وثلاث سنوات بالنسبة إلى الجنحة وسنة واحدة بالنسبة إلى المخالفة لأنه ليس من الصواب طرح القضية من جديد على بساط النظر من وجهة أخرى بعد سقوط الجريمة بمضي المدة المذكورة.

ملاحظة :

إن المدة المعينة في التقادم المسقط تقابلها آجالا محدودة (Préfix) لا تصرف فيها للخصوم بالترك ولا أنها تقبل التعليق أو الانقطاع، فالحق الموقوف قانونا يسقط حتما بعد انقضاء الأجل إذا لم يستعمله صاحبه وإن كانت المحاكم تميل اليوم إلى التعليق في صورة العوارض التي تتسلط على الدائن وتقف أمامه كعائق قوي مانع من القيام منعا كليا وقد توجدت نصوص بمناسبة الحرب الأخيرة قاضية بتعليق هذا النوع من الآجال لمصلحة المجندين وهذه الآجال المحدودة يترتب على انقضائها سقوط الحق الممنوح من قبل القانون (Forclusion) بمعنى أن الحق ذهب عن صاحبه لأنه لم يستعمله في الابان فيحبط حق المحكوم عليه في استئناف الحكم أو في الاعتراض عليه أو في تعقيبه بحيث أن هذا النوع من الآجال لا يدخل تحت تصرف المتقاضين ولا يسمح لهم بالتنازل عنه وللحاكم أن يعارض الخصوم بهذه الآجال من تلقاء نفسه بينما التقادم المسقط يتوقف مفعوله على الطلب (الفصل 385) وهذا الطلب يقع من المدين أو من دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو يتمسك به المدين.

سؤال : هل يتاح للعاقدين الاتفاق على مدة أطول من التي حددها القانون ؟

أجاب الفصل 388 عن ذلك بالنفي. ناصا على أنه ليس للعاقدين أن يشترطا باتفاقات خاصة زيادة عما حدده القانون لسقوط الحق بمرور الزمان وهو خمسة عشر عاما وعلّة هذا المنع هي نفس علة منع الاتفاق على التنازل عن التقادم قبل انقضاء مدته لأنه في الاتفاق على إطالة مدة التقادم معنى التنازل الممنوع إذ يكون

الميسور حرمان المدين من فائدة التقادم باطالة مدته عن المدة التي حددها القانون ولما كان مبحث التقادم مرتكزا على ما يقتضيه النظام العام فان الاتفاق على الخط من المدة لا يجوز أيضا.

استثناء من القاعدة العامة : جاء بالفصل 394 أن سقوط الدعوى بمرور الزمان لا محل له في الحقوق الناشئة عن حكم لا رجوع فيه وقد عين قانون المرافعات المدنية والتجارية مدة قدرها عشرون عاما مسيحية يبطل بانقضائها العمل بالحكم من تاريخ يوم صدوره.

متى يبدأ سريان التقادم المسقط ؟

نعلم أن التقادم المسقط يقوم على عدم سعي الدائن إلى القيام بحقه وعليه فان سريانه يبدأ من الوقت الذي يحل فيه الدين، وإذا كان الدين يتركب من أقساط لكل منها أجل فان التقادم يجرأ ويبدأ حسابه من تاريخ حلول كل قسط باعتباره حقا مستقلا وقد جرى العمل بالنسبة إلى الأطباء على خلاف ذلك فأجورهم المترتبة على معالجة مريض معين تعتبر حقا واحدا لأن الطبيب لا يتقاضى في الغالب أجره عند كل عيادة بل يتقاضاه جملة عند انتهاء المعالجة ما لم يتخلل المرض فترات انقطاع كما في الأمراض المزمنة. وهناك صور تكون فيها بداية حساب المدة استحقاق الدين كصورة الاثراء بدون سبب والتصرف الفضولي ودفع ما لا يلزم والأمر كذلك في صورة عدم الأهلية والغلط والاكراه وإذا علق الالتزام على شرط فمن تاريخ حصول هذا الشرط لأن الدائن ليس له أن يقوم بالطلب قبل هذا التاريخ، ولا يتسلط السقوط بمرور الزمن على دعوى الرجوع بالدرك حتى يتم الاستحقاق أو يحصل الأمر الذي يترتب عليه الرجوع وبالنسبة إلى المفقود حتى يثبت فقده بحكم ويقدم عليه مقدم ومن يكون بمكان بعيد عن المحل الذي تسقط به الدعوى بمرور الزمن يعطى حكم المفقود (الفصل 393) أما حالة الأشخاص كما في الميراث فهي لا تسقط بالتقادم ولا تسقط بعض الدعاوى المتعلقة بها وكذلك دعوى قسمة المشاع فانها تبقى قائمة ما دامت حالة الشيوخ قائمة.

ملاحظة : جاءت الفقرة الخامسة من هذا الفصل بأن السقوط بمرور الزمن لا محل له في حالة حصول عذر للغريم عاقه عن القيام بحقوقه أثناء المدة المحدودة

لبطالة المجالس القضائية في تلك المدة أو سبب آخر لا قدرة له على دفعه فهذا التوسع من المقنن ربما كان في غير محله خصوصا بالنسبة إلى بطالة المجالس القضائية إذ أن سير القضاء اليوم تكتنفه أنظمة بلغت حد الاتقان وكذلك الأماكن البعيدة فانها لم تبق اليوم بمثابة عائق وذلك لسهولة المواصلات بمختلف الطرق واتساع الدواليب الادارية فالرأي عندي هو أن العوائق التي تحول دون القيام يلزم أن تكون ذات صفة مطلقة لا تبعد عن صفات القوة القاهرة كالحرب والأسر وغيرها مما يوكل لتقدير الحاكم أما التفاصيل والأمثلة فلا شأن فيها للمقنن بل الأحسن تركها لفطنة الحكام والشرح.

تعليق المدة وانقطاعها

التعليق : إن أسباب التعليق هي الحوادث التي تزيد في طول التقادم بقدر المدة التي كانت لهذه الحوادث فمن الأسباب المذكورة ما له تعلق بذات الدائن وبعض الصلات وما كان تعلقه بالمدين وبعض الظروف والطوارئ القهرية، فاذا زال سبب التعليق عادت المدة الى السريان فلا تحسب المدة التي علق خلالها التقادم بل تحسب المدة السابقة على التعليق والمدة التالية له، وهذا التعليق قد يعترض التقادم بعد بداية سريانه أو يقع منذ البداية والأصل هو أن التقادم يسري ضد كل الاشخاص إلا من استثنى بنص في القانون ومن المعلوم أن أحوال التعليق لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل التمثيل.

التعليق الذي يكون السبب فيه عدم الأهلية :

لقد جاء الفصل 392 بأن التقادم يتوقف في حق القاصرين غير المأذونين بالتصرف وغيرهم ممن لا أهلية لهم إذا لم يكن لهم وصي أو مقدم وذلك الى وقت رشدهم أو إطلاق يدهم في التصرف أو تقديم نائب قانوني عنهم.

التعليق المترتب عن صلات خاصة :

جاء بالفصل 341 أن الدعوى لا تسقط بالتقادم في الصور الآتية :

الأولى : فيما بين الزوجين وذلك حفظا لكيان الأسرة ما دامت الزوجية قائمة.

الثانية : فيما بين الوالدين وأولادهما وهذا مبناه البرور ومكارم الأخلاق التي أفاضت القول فيها شريعتنا المطهرة.

الثالثة : فيما بين المقدم والناظر والوصي ما لم تنقض ولايتهم ويتحرر حسابهم بوجه بات فهم منزليون بموجب هذه الولاية منزلة الوالدين.

الأحوال التي تؤخر فيها بداية سريان التقادم :

هذه الأحوال سبق منا تعدادها وهي موضوع الفصل 393 وقلنا في شأنها ما تأيد بفقه القضاء من أن الطوارئ القهرية المانعة من إثارة الدعوى يتجه ترك تقديرها لتبصر الحاكم وفطنته.

ملاحظة : جاء بالقانون التونسي أن التقادم يعلق في حق القاصر سواء كانت مدته طويلة أو قصيرة الأمر الذي أتى القانون الفرنسي بخلافه إذ أباح التعليق في خصوص المدة الطويلة أي مدة ثلاثين سنة بسبب صغر السن أو غيره ومنعه عندما تكون مدة التقادم قصيرة تاركا للقاصر بعد رشده مطالبة وليه بموجب ما صدر عنه من تقصير.

التعليق في صورتى التضامن وعدم قابلية القسمة :

تقدم لنا عند دراسة مبحث التضامن أن توقيف المدة في حق أحد المدينين المتضامنين لا ينسحب حكمه على الباقيين وهذا مبناه اختلاف العلاقات أما إذا كان الالتزام غير قابل للقسمة فان طبيعة عدم تجزئة المحل تقتضي تعليق سريان التقادم بالنسبة إلى جميع المدينين.

في انقطاع التقادم

تعريفه : إذا كان التقادم ساريا وطراً سبب يقتضي انقطاعه فان ما مضى من المدة يصبح لاغيا خلافا لما هو الشأن بالنسبة إلى أسباب التعليق فيكون الأمر كما لو لم يتبدئ السريان والمدة الماضية لا تدخل في الحساب ويبدأ تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع.

وسائل الانقطاع : ضمن المقتن التونسي هذه الوسائل بالفصل 396 وهي :

أولا : قيام الدائن بمطالبة مدينه بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم وعلى غير طريقه مما له تاريخ ثابت ولو كان الطلب لدى حاكم لا نظر له في النازلة أو كان باطلا لنقص في صورته القانونية لأن الدائن بقيامه هذا أفصح عن نية استيفاء حقه من خصمه ولا يشترط في الطلب أن يكون صادرا من الدائن نفسه إذ يصح صدوره من نائبه أو دائنه بطريق الدعوى غير المباشرة وقد خالف المقتن التونسي نظرية المقتن الفرنسي المضمنة بالفصل 2247 والقاضية بأن الاعلان الباطل شكلا لا يقطع التقادم.

ثانيا : طلب الدائن تقييد دينه مع بقية ديون المفلس وهذا النص يتمشى مع حكم الفصل 459 من القانون التجاري التونسي القاضي بأن الحكم بالتفليس يعطل على الدائنين ذوي الديون المجردة والدائنين ذوي الامتياز العام القيام بالمطالبة منفردين فالدائن يفقد في صورة إفلاس مدينه حق إقامة الدعوى واتخاذ اجراءات التنفيذ الانفرادية، وعليه فان تقييد الدائن دينه يعتبر بمثابة إقامة الدعوى للمطالبة به ويترتب عليه قطع التقادم والأخرى طلب الدائن تفليس مدينه أو تداخله في دعوى التفليس التي قام بها دائن آخر.

ثالثا : اتخاذ الدائن عملا من الأعمال القانونية لحجز أموال مدينه أو لاستيفاء حقه منها أو استئذان من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل وقد أضاف الفصل 397 إلى هذه الوسائل اعتراف المدين بحق دائنه مهما كانت صورة هذا الاعتراف كما لو اعترف بدفع فوائض الدين أو شيء منه على الحساب إذا أثبت الدفع برسم ذي تاريخ ثابت أو طلب أجلا للدفع أو أتى بضامن أو بتوثقة أخرى أو قبل تجديد الدفع أو احتج بالمقاصة عند قيام الدائن عليه والاعتراف المذكور لا يلزم فيه شكل معين فقد يكون كتابة أو شفاهيا بشرط الوضوح في مؤداه.

وعلى الجملة فان التقادم ينقطع بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه ويفهم من ذلك أن أهلية التقاضي لا تشترط لقطع التقادم بل تكفي لحصوله أهلية مباشرة الاجراءات التحفظية وعليه فيجوز القيام بالمطالبة القضائية لقطع المدة من طرف وكيل الشركة ولو قبل الحصول على إذن من مجلس إدارتها ورأى بعض الشراح أنه يجب لمتابعة أعمال الدعوى أن تصح اجراءاتها حتى يستقيم وضعها القانوني أما إذا لم يتم هذا التصحيح ودافع الخصم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة

وقضت المحكمة بقبول هذا الدفع فيترتب على ذلك زوال كل أثر للدعوى وتبعا لذلك يزول الأثر القاطع للتقادم الذي قد ترتب عليها إلا أن شراحا آخرين يرون أن الحكم بعدم قبول الدعوى لا ينقضي به أثر هذا الطلب وهو انقطاع المدة وكان هذا الرأي الثاني أقرب للصواب لأن صفة الشريك الذي هو صاحب مصلحة تجوز الافصاح عن نية القطع.

سؤال - هل يترتب على ترك الخصومة المعبر عنه عندنا بطلب الطرح زوال الأثر القاطع ؟

ترى عدة قوانين كالقانون المصري والفرنسي زوال هذا الأثر لمجرد طلب طرح النازلة بعد إثارة الدعوى لكن المقتن التونسي الذي قد أحسن صنعا لما لطف من تشعبات الاجراءات وجعلها كافلة لكل الضمانات خصوصا بالنسبة إلى طرق التنبيه قد ترك المجال فسيحا لأصحاب الحقوق ولم يقيدهم بالصيغ المضيقه فمن ذلك أنه اكتفى بالاعراب عن نية استيفاء الحق بشتى الطرق وعليه فان الشارح يستمنح لنفسه الجزم بان طلب طرح النازلة لا يزيل أثر القطع الناتج عن إقامة الدعوى.

سؤال آخر : هل أن رفع الدعوى لدى الحاكم الاستعجالي أو الاذن على العريضة يعد من الأعمال القاطعة لمدة التقادم ؟

يظهر لنا الجواب بان ذلك يترتب عليه الانقطاع لما نعلمه من فكرة المشرع المتسعة في هذا المجال فالقيام استعجاليا بطلب إخلاء المكرى بناء على عدم الخلاص أو طلب الأمر بالأداء أو طلب إجراء عقلة تحفظية أو غير ذلك من الوسائل الواقية تتكون منها أسباب قاطعة لمدة السقوط بمرور الزمن وكذلك الأمر إذا رفع المدعي غلطا دعوى موضوعية لدى الحاكم الاستعجالي فحكم بالتخلي لتعلق القيام بأصل الحق فبعض الشراح المتأثرين بطريقة المقتن الفرنسي الوارد بها الفصل 2247 السالف ذكره يرون أن القيام أمام الحاكم الاستعجالي بطلب اتخاذ اجراء وقتي أو تحفظي لا يترتب عليه قطع التقادم لأن القرارات التي يصدرها هذا الحاكم في المسائل الوقتية أو التحفظية ليس لها أي أثر في الموضوع أو أصل الحق إذ هي لا تحوز قوة الشيء المقضي فيه أمام محكمة الموضوع وهذا الرأي لم يكن في نظرنا المتواضع صائبا لأن

كل عمل من الدائن يفيد الافصاح عن نية عدم اهمال مصالحه لا يرد وذلك اتباعا لفكرة مشرعنا التونسي المستوحاة من جميع نصوص هذا الباب.

ملاحظة : بالنسبة إلى التقادم المكسب يحصل الانقطاع برفع اليد عن العقار وذلك لأن أساس هذا التقادم فكرة الحيازة Usucapion.

نسبية الانقطاع : إذا تعدد المدينون لا مفعول للانقطاع إلا بالنسبة إلى المدين الواقعة مطالبتة ولحصته من الدين لكنه يستثنى من ذلك الصور الآتية :

أولا : إذا انتفع أحد الدائنين المشتركين بالخيار بالأعمال التي تقطع مدة سقوط الحق انتفع بذلك الباقيون (الفصل 169) وذلك لأن كلا منهم يعتبر نائبا عن الباقيين فيما يفيدهم.

أما في صورة تضامن المدينين فلا محل لمثل ذلك بحيث أن فصل مرور مدة سقوط الحق تجاه أحدهم لا ينسحب حكمه على الباقيين منهم وذلك بناء على فكرة اختلاف العلاقات التي أشرنا إليها في مبحث التضامن (الفصل 186).

ثانيا : إذا وقع من أحد أرباب الدين الذي لا يقبل القسمة فصل في مدة سقوط الدعوى انتفع بذلك من معه وكذلك إذا وقع مع أحد المدينين فصل في مدة سقوط القيام عليهم انسحب ذلك على جميعهم (الفصل 195).

ثالثا : سقوط الدعوى بمرور المدة على الأصيل ينسحب على الكفيل (الفصل 1520).

رابعا : اذا انقضت المدة على الوارث الظاهر سرى حكم ذلك إلى الوارث الحقيقي (الفصل 399)

خامسا : يجوز الاحتجاج بانقطاع مرور المدة على ورثة المدين ومن انجر له حق منه (الفصل 400).

لمن حق التمسك بالتقادم ؟

أجاب عن ذلك المقتن بالفصل 387 الذي هذا نصه :

"يسوغ للغريم أو لمن له مصلحة في التمسك بمرور الزمن كالكفيل أن يحتج به ولو سلم فيه المدين" هذا وان التمسك بالتقادم لا يقوم بنفسه بمعنى أنه يتوقف على الطلب وليس للحاكم أن يستند إليه من تلقاء نفسه حتى يقوم به الخصم (الفصل 385) كما أنه ليس لقلع الإدعاء حق التمسك به في المادة المدنية هذا وان التمسك المذكور يجوز في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو للمرج الأولى أمام المحكمة الاستئنافية، والأمر بخلاف ذلك بالنسبة إلى محكمة التعقيب لأن هذه المحكمة تقضي في الأحكام الصادرة من المحاكم الأخرى صحة أو فسادا لا في الموضوع الذي انبنت عليه هذه الأحكام غير أنه إذا وقع نقض الحكم وأحيل النزاع أمام محكمة أخرى يكون في إمكان المدين أن يتمسك بالتقادم ولو لم يكن قد تمسك به من قبل وذلك وفقا لفقه القضاء.

مفاعيل التقادم

قد سبق منا القول بأن مفعول التقادم يتسلط على الدعوى لا على الالتزام نفسه الذي يتحول إلى التزام طبيعي أي التزام بلا إلزام (الفصل 384) وقد مر علينا أن حق مرور الزمن لا يقوم بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه.

قاعدة : لا عمل على كل شرط يمنع التمسك بالتقادم قبل حصوله لأنه مراعى في ذلك مصلحة النظام العام أما إذا انقضى الزمن ساغ الترك ومن ليس له التبرع ليس له ترك الحق الحاصل من مرور الزمن وقد جاء بالفصل 387 أنه يسوغ للغريم أو لمن له مصلحة في التمسك بمرور الزمن كالكفيل أن يحتج به ولو سلم فيه المدين.

في بيان المدة المقررة لسقوط حق القيام بالدعوى وكيفية حسابها.

اشرنا فيما سبق إلى أن التقادم المسقط ينبنى على إهمال الدائن القيام بطلب حقه مدة من الزمن ضبطها القانون فهذه المدة اقصاها خمس عشرة سنة لكنه توجد صور

مختلفة تكون فيها مدة التقادم قصيرة وذلك بمقتضى نصوص قانونية لشتى الاعتبارات هذا وأن الآجال في جميع الصور تحسب بالأيام الكاملة من منتصف الليل إلى منتصف الليل الموالي لا بالساعات باستثناء اليوم الأول لأنه لا يعلم في أي ساعة تكون الحق بخلاف اليوم الأخير فإنه يدخل في الحساب بشرط الكمال والسنة حسابها ثلاثمائة وخمسة وستون يوما.

تنبيه : يدخل في حساب المدة أيام المواسم والأعياد الرسمية وإذا كان اليوم الأخير يوم عيد أو عطلة رسمية لا مانع من اتخاذ الاجراء فيه خلافا لما يراه بعض الشراح الفرنسيين.

التقادم في المحيط التجاري

إن التقادم في المسائل التجارية أي بالنسبة إلى الالتزامات التي تبرم بين التجار بمناسبة اجراءاتهم التجارية لا يكون طويلا نظرا لاعتبارات اقتصادية وليس من عادة التجار أن يصبروا مدة طويلة على طلب ما لهم الحق فيه لأنهم ملزمون بعرض دفاترهم متى طلب منهم ذلك الأمر الذي يوجب عليهم ضبط الحالة التجارية ضبطا كليا يسمح بمعرفة أهمية ما عليهم من ديون ولذا ذكر على سبيل المثال بعض فصول من القانون التجاري تتضمن آجالا للتقادم تختلف باختلاف الصور فمن ذلك ما جاء بالفصل 335 من القانون التجاري بضميمة الفصول 341 - 398 - 399 من أن جميع الدعاوى الناشئة عن الكنبيلات والموجهة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ حلول أجل الأداء وتسقط دعاوى. الحامل ضد المظهرين أو الساحب بمضي عام من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الحلول إذا كانت الكنبيلة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف وتسقط دعاوى المظهرين على بعضهم بضعا أو على الساحب بعد مضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي دفع فيه المضر الكنبيلة أو من القيام عليه بالدعوى كما نجد بالفصل 175 من القانون نفسه أن دعاوى البطلان بالنسبة إلى الإخلال بقواعد تأسيس الشركات تسقط بمضي خمس سنوات وتسقط بمضي عشرة أعوام حسب الفصل 154 دعوى المسؤولية بالنسبة للحصص العينية المقدمة من الشركاء عند تكوين الشركة وقد جاء الفصل 465 في باب التفليس بأن الدعوى المنصوص عليها بالفصلين 462 - 463 يجب القيام بها في خلال عامين من تاريخ صدور الحكم بالتفليس وإلا سقطت بفوات الأجل وهذه الدعاوى تتعلق بالأعمال

التي يقوم بها المدين من تاريخ الوقت الذي عينته المحكمة لتوقفه عن دفع ديونه وتسقط بمضي خمس سنوات على مقتضى الفصل 175 دعوى استرداد حصص الأرباح وقد عين الفصل 218 مدة عام واحد يجب في اثباته على مشتري الأصل التجاري القيام بدعوى الضمان المقررة بالفصل 217 ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد هو أن مجلة العقود والالتزامات تتضمن عدة فصول في موضوع التقادم بالنسبة إلى المسائل التجارية يختلف مؤداها مع ما جاء بالمجلة التجارية التي هي حديثة عهد وذلك لأنه في العهد القديم عهد الاستعمار كانت الفكرة السائدة ترمي إلى تضيق النطاق القضائي لا بعدم سن القوانين كالقانون التجاري والقانون البحري وغيرهما بل أيضا باخراج ما كان موجودا عن نظر المحاكم التونسية كقانون فواجع الشغل وقسم من القانون الجزائي الخاص بالجرائم السياسية ولم تقف السلطة المهيمنة وقتئذ على مقاليد الأمور عند ذلك بل إنها حاولت إعطاء المحاكم التونسية الصبغة المختلطة واسناد رئاسة مجلس التعقيب إلى حاكم فرنسي لكن هذه المحاولة فشلت بفضل وقوف الحكام التونسيين والأمة جمعاء في وجه الساعين في ذلك وهم يقولون إن بقاء القضاء بيد التونسيين غلطة سياسة ارتكبت عند نصب الحماية ومن أجل ذلك كله وقع الاختصار على تضمين بعض فصول بالمجلة المدنية مستوحاة من القانون التجاري الفرنسي وأحدث بمشيخة المدينة مؤسسة أطلق عليها اسم مجلس العرف ترجع إليها المحاكم التونسية كلما استعصى عليها موضوع صبغته تجارية أو صناعية وإذا نشب نزاع من هذا القبيل يطلب من شيخ المدينة تشكيل جلسات تحت إدارة بعض الأمناء أو الخبراء لحل المشاكل المعروضة عليهم.

أما اليوم وقد مسكنا زمام أمورنا بأيدينا فقد وقع سد هذه الثلمة إذ صدر في 2 ربيع الثاني 1378 (5 أكتوبر 1959) القانون عدد 129 بادراج المجلة التجارية وعين الفصل الثاني منه غرة جانفي سنة 1960 أجلا لتطبيقها وقرر الفصل الثالث الغاء النصوص المخالفة لها وخاصة الفصل 405 والفصول 888 وما بعده إلى الفصل 953 والفقرة الثانية من الفصل 1162 والفصل 1328 من مجلة العقود والالتزامات كما ألغى الأمر المؤرخ في 29 رمضان 1348 (5 ماي 1930) واقتضى الفصل 4 بقاء العمل جاريا بالأحكام المتعلقة بعقدة النقل الجوي وبالأحكام المتعلقة بالشركات التي فيها مساهمة للدولة من حيث رأس المال أو التي تعين لديها مندوبين عنها.

تأثير القوانين الجديدة على التقادم

قبل الدخول في صميم الموضوع يتجه أن نورد بإيجاز المبادئ الكلية المتعلقة برجعية أو عدم رجعية القوانين على الحالات القانونية القديمة فمن المقرر أن القوانين ليس لها مبدئيا مفعول رجعي ما لم يقرر الشارع سريانها على الماضي انقيادا لما تقتضيه الضرورات التي تتطلبها النظام العام وبشرط أن تكون من الضرورات الملحة خاصة في محيط التعاقد وذلك لبعث الطمأنينة في القلوب وعدم الإخلال بسير المعاملات كعدم مفاجأة المتعاقدين بما لم يدخلوا عليه من نتائج وأحوال لم تكن ضمن التشريع الذي تعاقدوا تحت سلطانه. هذا ولما كان النظام العام يهدف إلى تقديم المصلحة العامة على سواها من المصالح الفردية بغية الوصول بالعدالة إلى أعلى معيار فقد يقع الخروج من المبدأ السالف الذكر بأن يطبق القانون الجديد على الماضي وأمثلة ذلك كثيرة في قوانين الشغل وفي غيرها إلا أن فقه القضاء ميز بين حالتين حالة الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم وحالة ما تبرز آثاره فيما بعد أي زمن وجود القانون الجديد فكل ما توجد زمن سريان القديم يبقى وما كانت له صفة رخصة أو أمل لا يسمح بإيجاده بعد بروز القانون الجديد وبالمثال يتضح الحال فلنفرض وقوع إنشاء عقدة نكاح قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية على غير ما جاء بهذه المجلة من الشروط ككون العاقد له زوجة أخرى فهذا النكاح لا يتسلط عليه القانون الجديد المانع لتعدد الزوجات غير أنه إذا أراد هذا الزوج استعمال هذا الحق من جديد بأن يتزوج بأخرى بعد غرة جانفي 1957 الذي هو تاريخ العمل بقانون الأحوال الشخصية فلا يسوغ له ذلك تطبقا لحكم هذا التشريع الجديد وكذلك الأمر بالنسبة إلى الطلاق الذي كان مجحودا على الزوجة في غير الصور الخاصة فانشاؤه أصبح اليوم جائزا بالاتفاق والأمثلة عديدة في أبواب أخرى من أبواب المعاملات فكل ذلك ميناه حمل القانون الجديد على أنه أصبح بالنظر لتطورات الحياة ولما ينجم من حوادث أو حالات مرتبطة بالحق المكتسب تحت سلطان التشريع القديم - هذا فيما يتعلق بالمحيط التعاقدي. أما فيما عدا ذلك فالأمر يستند فيه إلى الاعتبارات الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية التي يراعى في شأنها النظام العام. فمن ذلك أن القانون الجديد هو المعتمد في القضاء الجزائي إذ جاء بالرفق

بالمتهم الذي أجرم قبل صدوره وكذلك الأمر بالنسبة إلى قوانين الاجراءات وقوانين الاختصاص فهي تطبق دون سابقيتها على القضايا التي مازالت تحت النظر لأنها محمولة على أنها البق بمصالح المتقاضين ولا اتصالها أيضا بالنظام العام، فإذا صدر قانون يجعل نوعا من أنواع الدعاوى راجعا بالنظر إلى محكمة أخرى غير التي كانت الدعوى تحت اختصاصها ثبت الإختصاص للمحكمة الجديدة ولو كانت هذه الدعوى قد سبق رفعها إلى المحكمة الأولى طبقا لقاعدة مرجع النظر السابقة.

ولنرجع لموضوعنا بعد هذه البسطة الوجيزة فنقول إن التحليلات لمبدأ عدم رجعية القوانين ادى بالفقه والقضاء إلى اعتبار أن مضي المدة المسطة للحق إذا ابتدأت تحت نفوذ قانون قديم ولم تتم وجاء قانون جديد وعدل شروطها أو مدتها فالقانون الجديد هو الذي يسري ويطبق عليها لأن سريانها لا يمس حقا مكتسبا لمن يستفيد بمضي المدة فعدم اكتمال مدة التقادم عندما كان القانون القديم قائما يسوغ العمل القانون الجديد ومراجعة مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجديد بمصر وجدنا في المادة عدد 8 ما يفيد الاستناد إلى المبادئ المحصلة أعلاه وهذا منطوق المادة المذكورة التي ليست لها مقابل بقانوننا التونسي : إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

يتضح من الفقرة الأولى أنه إذا قرر القانون الجديد مدة أقصر من المدة لمقررة في النص القديم وكان الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ومثال ذلك ما جاء بقانوننا التجاري (الفصل 335) في التقادم بالنسبة إلى الكنبيلات من أن المدة أصبحت ثلاث سنوات عوض خمس سنوات حسب الفصل 411 من مجلة العقود والالتزامات فإذا مضى عام من المدة القديمة بحيث أنه بقي منها أربعة أعوام سرت المدة الجديدة التي هي ثلاثة أعوام فقط.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة المعينة بالنص الجديد ولكن قبل أن تنقضي المدة الجديدة بتمامها ففي هذه الصورة يتم التقادم بانقضاء الباقي من المدة القديمة وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت فإذا افترضنا العكس بالنسبة إلى باقي المدة من كونه أقصر من المدة الجديدة يعتبر التقادم

في هذه الصورة مكتملا بانقضاء هذا الباقي بحيث أنه إذا كان الباقي من المدة القديمة سنة واحدة يعتبر التقادم مكتملا بانقضاء هذه السنة لا بانقضاء الثلاث سنوات التي جاء بها القانون التجاري.

هذا ومن المتفق عليه أن حالات بدء التقادم وتعليقه وانقطاعه تبقى خاضعة لاحكام القانون القديم فالمدة التي بدأت تستمر جارية والمدة التي علقت لا تستأنف ما بقي سبب التعليق قائما ما لم يقض القانون الجديد بعكس ذلك أما المدة السابقة على سبب الانقطاع فلا تحتسب طبقا للقاعدة العامة.

وأخيرا أي في 10 مارس 1964 أصدرت محكمة الحاضرة الابتدائية التجارية حكما تحت عدد 907 أقرت فيه المبدأ السالف الذكر وهذا نصه بمستنداته :

"حيث كانت الدعوى ترمي إلى إلزام المدعى عليه بأن يؤدي للشركة المدعية مبلغ الدين المترتب لها بدمته بموجب الكمبيالة المشار إليها بعريضة الدعوى مع توابعه من مصاريف بنك واحتجاج وفوائض قانونية والغرامة المطلوبة.

وحيث تمسك المدعى عليه في دفاعه بما قرره الفصل 335 من المجلة التجارية من أن جميع الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة والموجهة على قابلها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ حلول أجل الاداء وطلب بناء على ذلك الحكم بعدم سماع الدعوى.

وحيث نازعته المدعية في وجهة هذا المستند على أساس أن الفصل المشار إليه لا يجد مجالا هنا للتطبيق لما تبين من أن السند موضوع النزاع قد حل أجل استحقاقه قبل غرة جانفي 1960 وهو تاريخ ابتداء العمل بأحكام المجلة التجارية إذ أنه بناء على مبدأ عدم رجعية القوانين فإنه يتحتم في صورة الحال تطبيق التشريع الذي كان معمولا به عند انشاء الالتزام أي مجلة الالتزامات والعقود وخاصة الفصل 411 منها القاضي بأن الدعاوى المبنية على الكمبيالات تسقط بمضي خمس سنوات.

وحيث أصر المدعى عليه على موقفه وتشبث بوجهة نظره متذعرا بالفصل الثاني من القانون المؤرخ في 15 أكتوبر 1959 والصادر بادراج المجلة التجارية للقول بأن هذا الفصل تضمن استثناء لقاعدة عدم رجعية القوانين يقتضي أن النوازل التي ما زالت جارية في تاريخ غرة جانفي 1960 تبقى خاضعة للأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ صدور هذا القانون مما يستتبع بطريقة الاستنتاج العكسي انسحاب أحكام القانون الجديد على النوازل التي يقع تقديمها بعد التاريخ المشار إليه.

وحيث أن هذا التأويل الذي ذهب إليه المدعى عليه لرد الدعوى يعتبر في الحقيقة كما لاحظته عن صواب نائب المدعية خرقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين الذي أثبتته الفقرة الأولى من الفصل الثاني من قانون 15 أكتوبر 1959 ومناقضاً لمقصد المشرع.

وحيث أنه من المسلم به إطلاقاً أن المبادئ القانونية العامة تقتضي بأن الأعمال القانونية ونتائجها تبقى خاضعة في صورة حدوث تغيير في التشريع لأحكام القانون التي نشأت في كنفه ولا يمكن للتشريع الجديد أن ينال منها في شيء إلا بقدر ما ينص عليه المشرع.

وحيث أنه يوجد إزاء هذا المبدأ المقرر سالفاً مبدأ آخر لا يقل عنه أهمية ونفوذاً مناطه وجوب تطبيق القانون الجديد في الحال لاعتباره أرقى ووفقاً بالمعاملات من القانون السابق وهو ما نلّمسه في باب التقادم.

وحيث أنه يتعين بلا ريب على المحكمة التوفيق بين هذين المبدأين المتناقضين في الظاهر بما يتماشى مع وجوب صيانة الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم وضرورة العمل بالقانون الجديد فيما يتصل خاصة بمادة التقادم.

وحيث أنه تجب التفرقة في هذا الصدد بين الالتزامات التي لم يمض عليها المسقط والالتزامات التي أدركها أمد السقوط.

وحيث أنه فيما يخص هذا الصنف الأخير لا جدال في أن القانون القديم يكون قد أحدث أثره المسقط بالنسبة إليها وحينئذ فلا يبقى مجال للخلاف بشأنها.

وحيث أنه فيما يتعلق بالالتزامات التي مازال التقادم سارياً بشأنها عند صدور تشريع جديد يقضي بتغيير أمده فإن الرأي السائد المتفق عليه فقهاً وقضاً كارجح الوسائل للتوفيق المنشود بين النزعتين اقتضى أن مدة السقوط المعينة بالقانون الجديد يجري تطبيقها في الحال ابتداءً من دخوله حيز التطبيق على أن مدة السقوط الحاصلة مما مضى منها في ظل القانون القديم وما انزاد عليها بحكم القانون الجديد لا ينبغي على أية حال أن تتجاوز الأمد المعين لها في القانون السابق لو استمر العمل بهذا الأخير مما يؤدي إلى الأخذ بالطريقة التي من شأنها التعجيل بإبراء ذمة المدين.

وحيث أن الكمبيالة موضوع النزاع الحالي والتي حل أجل استحقاقها في موفى جوان 1959 يكون قد سقط حق المطالبة بها أعلى أساس النظرية المبنية أعلاه

في 31 ديسمبر 1962 وهو التاريخ الذي انقضت فيه مدة السقوط المقررة بالفصل 335 من المجلة التجارية وحيث يتجه بناءً على ما تقدم تبياناً الحكم بسقوط الدعوى بمرور الزمن.

ولهذه الأسباب حكمت المحكمة ابتدائياً بسقوط الدعوى بمرور الزمن وإبقاء المصاريف القانونية محمولة على كاهل المدعية ووقع صدوره والتصريح به بالجلسة العمومية المذكورة على عين من ذكر من الممضين أسفله وحرر في تاريخ".

ولنرجع الآن إلى موضوعنا لنبين بعض استثناءات للمدة الطويلة ذات الخمس عشرة سنة.

تذكير : قدمنا فيما سبق أن المجلة التجارية قضت بنسخ الفصل 405 من مجلة الالتزامات فيما يتعلق بالدعاوى التي تقام على أجير النقل من حيث ضياع السلع أو تعيبها أو تأخير وصولها وضمنت بالفصل 4 من قانون 5 أكتوبر 1959 الصادر بأدراج القانون التجاري أن العمل يبقى جارياً بالأحكام المتعلقة بعقد النقل الجوي وبالأحكام المتعلقة بالشركات التي فيها مساهمة للدولة من حيث رأس المال أو التي تعين لديها مندوبين عنها كما أنها نسخت فصولاً أخرى سبق بيانها مقررة الغاء جميع النصوص المخالفة لها.

الاستثناءات : فبالنسبة إلى التقادم الخمسي جاء الفصل 408 من مجلة العقود والالتزامات بأن الاداءات الراتبية والمعاشات وأكرية الأراضي ومعين الانزال والفوائض وغيرها يسقط طلبها بمضي خمسة أعوام - أن هذا الفصل مختص بالديون التي تدفع سنوياً أو في أوقات دورية قصيرة وذلك لثلاث تراكم على المدين ما تأخر دفعه ويتجمع من ذلك مبالغ يصعب عليه انقادها جملة وقد جاء الفصل 876 بأن المقاطع والمهندسين المكلف من طرف المالك مسؤولان بمقتضى العرف في الخمس سنين الموالية عن إتمام البناء أو غيره مما كلفا بإجرائه أو بمراقبته بسقوط البناء كله أو بعضه أو تداعيه المسقوط على وجه واضح إن كان ذلك متسبباً عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض ومبدأ الخمس سنين المذكورة لا يسمع لا في الثلاثين يوماً من تاريخ وقوع السقوط أو ظهور التداعي الذي يترتب عليه الضمان أما القانون الفرنسي فقد عين لانقضاء دعوى المسؤولية ضد المهندسين والمقاولين عشرة أعوام (الفصل 1792).

هذا وبالنسبة إلى ضرايب والأداءات جاء الفصل 409 بأن التقادم الخمسي يسري إلى مغارم الدولة ومغارم الاداءات البلدية وقد استثنى الفصل 412 من مفعول التقادم ذي المدة القصيرة السندات التي لحاملها أي أوراق الديون التي على الدولة التي بيد الحامل من رأس المال لا تسمع بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ حلولها.

التقادم الحولي : تضمنت الفصول 403 - 404 - 406 الآتي نصها صورا عديدة تسقط فيها الدعوى بمضي عام ذي ثلاثمائة وخمسة وستين يوما فمبنى ذلك إما قرينة خلاص أو اعتبارات خاصة شبيهة بالتي كانت رائد المقنن لما وضع عدة مسقطات بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وذلك ما لم يرد نص بتغيير المدة وهناك نصوص أخرى في مادة الشغل غيرت المدة وعينت للتقادم مدة أقصر من العام وقد تضمن الفصل 672 من فصول باب البيع أن القيام بالعيب أو بفوات الوصف المرغوب يكون في الآجال الآتي ذكرها وإلا سقط الحق فيها فإن كان المبيع عقارا كان القيام بالدعوى في ظرف عام من وقت التسليم وإن كان من المنقولات والحيوان فالأجل ثلاثون يوما وارى اتماما للفائدة إعادة ما بالفصول 403 - 404 - 406 من مجلة الإلتزامات :

الفصل 403 : تسقط الدعوى بمضي عام ذي ثلاثمائة وخمسة وستين يوما :

أولا : فيما يطلبه الباعة وأرباب المصانع من ثمن ما سلموه من البضائع.

ثانيا : فيما يطلبه الفلاحة وأصحاب المواد لأولية (أي التي لم تصنع كالصوف والخشب ونحوهما) من ثمن ما سلموه من البضائع ان استعملت لخاصة منزل المدين والحساب من يوم تسليمها.

ثالثا : فيما يستحقه المعلمون والمدرسون وأصحاب مدارس الإقامة المعروفة بالبنسيون سواء كانت خاصة أو عامة من تلامذتهم أجرا عن التعليم وثمان ما دفعوه لهم من اللوازم وحساب مدة سقوط الدعوى من تاريخ حلول اداء أجرهم.

رابعا : فيما يطلبه الخدمة من أجرتهم وما صرفوه وغير ذلك مما يستحقونه بمقتضى اجارة العمل وكذلك ما يطلبه المخدم من الخديم من المبالغ المسبقة بذلك العنوان.

خامسا : فيما يطلبه العملة والصناع وأرباب الحرف عن أجرتهم وعما دفعوه من البضائع والمصاريف بمناسبة خدمتهم وكذلك ما سبقه المستخدم لصناعه واجرائه بذلك العنوان.

سادسا : فيما يطلبه أصحاب اللوكاندات والمطابخ عن السكنى والمؤونة وما صرفوه على من نزل بمحلهم.

سايعا : في كراء الأثاث والمنقولات المستحق لمن كانت حرفته اكراها.

ثامنا : في المبالغ المستحقة لمحات عامة أو خاصة معدة لعلاج الأمراض والعاهات البدنية والعقلية أو لحفظ المرضى أجرة معالجتهم وثمان للأدوية وغيرها مما أمدوا به المرضى وكذلك ما صرفوه في مصلحتهم والحساب من تاريخ العلاج أو تسليم البضاعة.

الفصل 404 : تسقط الدعوى بمضي عام ذي ثلاثمائة وخمسة وستين يوما أيضا :

أولا : فيما يستحقه الأطباء والجراحون وأطباء التوليد وأطباء الأسنان والبيطرة أجرة معالجتهم وأثمانا لما أمدوا به المريض وما سبقوه من المصاريف وذلك من تاريخ آخر زيارة أو آخر عمل جراحي :

ثانيا : فيما يستحقه الصيدلانيون عن ثمن الأدوية من تاريخ تسليمها.

ثالثا : فيما يستحقه العدول أجرا ومصرفا من تاريخ تسليم الرسوم.

رابعا : فيما يستحقه وكلاء الخصام أجرا ومصرفا من تاريخ عزلهم عن الوكالة.

خامسا : ما يستحقه مقدمو التركات وغيرهم من المديرين من تاريخ انفصالهم عن مباشرة ما ذكر.

سادسا : ما يستحقه المهندسون والعرفاء والمساخون أجرا ومصرفا من يوم تسليم ما كلفوا بتحريره أو من يوم إتمام أعمالهم أو دفعهم للمصاريف.

سايعا : مما يستحقه السماسرة من الأجرة من يوم إتمام ما توسطوا فيه.

ثامنا : يسقط الطلب أيضا بمضي المدة المذكورة أعلاه في المبالغ المدفوعة للأشخاص المذكورين أعلاه ومن التاريخ المبين فيه لكل طائفة منهم إن كان دفعها لهم على وجه تسبقة ليتموا الأعمال التي كلفوا بها.

الفصل 406 : ما للمنتصب لحفظ البضائع وعليه من الدعاوى الناشئة عن عقود الوديعة لا تسمع بعد مضي عام فإذا ضاع جميع البضاعة كان تاريخ العام من يوم إعلام المنتصب المذكور صاحبها بضياعها.

ملاحظة : جاء الفصل 330 بأنه يسقط القيام بالفسخ بمضي عام في الصور المبينة بالفصل 8 (الذي نقح بالنسبة إلى سن الصغير والسفيه بالأمر المؤرخ في 25 ذي الحجة سنة 1375 و3 أوت سنة 1956) والفصل 43 بالنسبة إلى دعوى الفسخ المبينة على عيوب والفصل 58 بالنسبة إلى وقوع العقد حال السكر المغير للشعور والفصل 61 فيما يتعلق بطلب الفسخ من أجل الغبن وذلك ما لم يرد نص خاص يزيد أو ينقص في المدة. أما القانون الفرنسي فقد عين عشرة أعوام لسقوط دعوى الفسخ كما ذلك بالفصل 1304 والقانون المصري الجديد عين لها بالفصل 140 ثلاث سنوات وهذا نصه :

"يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه في ظرف ثلاث سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضى خمسة عشر عاما من وقت تمام العقد".

إن مدة عام عندنا ومدة ثلاثة أعوام في القانون المصري ومدة عشرة أعوام في القانون الفرنسي ترمي كلها مع اختلاف في النظريات إلى أن كل سكوت في بحرهما يفيد عند صاحبه تصحيح العقد بحيث أن الطرف الآخر لا يبقى أكثر من المدة المعينة تحت طائلة الإحتمال.

الإقالة أو الفسخ الرضائي

تقدم لنا الكلام على عدة أحوال تنقضي فيها الإلتزامات فمنها ما سبق شرحه فيما يتعلق بالإبطال بنوعيه المطلق والنسبي (Nullité et annulabilité) وحالة الإلغاء (Résolution) الذي يفيد تخلف أحد الفريقين على القيام بالتزامه لأسباب منها تعذر الوفاء وتحقيق الشرط الفسخي.

وحالة الفسخ (Résiliation ou rescision) الذي يتحقق بطلب أحد الفريقين بإبطال العقد من أجل صغر السن أو السفه أو الغلط أو التدليس أو التغيير أو الإكراه أو السكر المطبق أو الغبن.

وحالة إنحلال العقد (Dissolution) الذي يفيد انصرام أجل إبرام العقد أو فسخه فالشركة مثلا تتحل بانحلال رابطة المشاركة.

فالملاحظ هو أنه في الحالات المتقدمة وجود الإلتزام مرتبط بوجود العقد أو الاتفاق نفسه بحيث أن انقضاءه تابع عن زوال هذا الاتفاق لا أنه مسلط على الإلتزام بموجب صور أخرى كالإداء أو التقادم أو عدم إمكان الوفاء، هذا وإن الإقالة موضوع بحثنا هذا تفيد رجوع كل عوض لصاحبه بتراضي الفريقين على ذلك إثر التعاقد وتفسد هذه الإقالة إذا ادخل شيء جديد على العقد لأن هذا التغيير يتكون بسببه عقد جديد يحل محل الأول.

شروط الإقالة وصفاتها : يشترط فيها ما يشترط في العقود من حيث أركان الصحة لأنها تفيد التفويت. فعلى المقدم والمدير والوصي وغيرهم من المباشرين بالنيابة اتباع ما اشترط في التوكيل الذي اقتضى تصرفهم (الفصل 416).

ولا لزوم لصيغة خاصة كالتلفظ بالإقالة. ففي صورة البيع مثلا رد كل طرف ما أخذه من الآخر ثمنا ومثمنا يقوم قرينة على الاتفاق على الإقالة ورجوع كل من الطرفين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد.

5	 تقديم المؤلف
21	 فاتحة الكتاب
25	 مقدمة - النظرية العامة للالتزامات
27	 بعض صور الالتزام الطبيعي
29	 مصادر الالتزامات
31	 تقسيم العقود والمصلحة من مقابلة بعضها ببعض
32	 عقود رضائية وعينية ويعوض وعقود تبرع
33	 العقود المسماة وغير المسماة
33	 عقود الانضمام وعقود التراكن والمساومة
34	 العقود المعلومة العوض والاحتمالية
34	 العقود الأصلية والفرعية والتبعية
34	 العقود الفورية أو الحالة والعقود المستمرة أو المتتالية
35	 القود بين طرفين ومن طرف واحد
36	 ما يوجد من فروق بين القانون والعقد
37	 أركان العقد وشروط صحته
38	 صورة انعدام الموضوع
38	 صورة انعدام السبب
38	 تحليل أركان العقد الأساسية
39	 الإيجاب في حالة الإشهار بالمزاد العمومي
41	 هل يعد السكوت رضا
41	 في أي وقت وفي أي مكان يعتبر العقد تاما
42	 ما هو مكان تكوين العقد في صورة المخابرة بالمراسلة
43	 موضوع الالتزام
44	 صفة مشروعية الموضوع

الأولى : انعدام العين محل التعاقد أو تعيبها عند ذا أو ذاك من الطرفين أو تغييرها بطريق الاستصناع (Spécification) عند المشتري ولم يعلم البائع بهذا التغيير لكن الإقالة تجوز إذا أعطى البائع أجر ما فعله المشتري في البيع الذي أصبح معيناً بذاته بمجرد وقوع التعاقد وقال في ذلك صاحب التحفة

والفسخ في إقالة مما انتهج بالصنعة التغيير كالغزل انتسج

إلا إذا المقال بالرضا دفع لمن أقال أجرة لما صنع

والصورة الثانية : التي لا تصح فيها الإقالة هي تعذر الاسترجاع بالنسبة إلى كل من الفريقين بسبب آخر غير ما بالصورة المتقدمة. هذا وليس للإقالة أدنى مفعول تجاه الغير الذي اكتسب حقا في المقال فيه بوجه صحيح كما تقتضيه الأحكام العامة.

105	أركان اللجنة.....
106	التعسف في استعمال الحق.....
114	التنظيم بين اللجنة المدنية والجزائية.....
115	أوجه الاختلاف بين اللجنة المدنية واللجنة الجزائية.....
117	مسؤولية الدولة في الشريعة الاسلامية.....
117	أصول مسؤولية الدولة في القانون التونسي.....
118	مسؤوليات الدولة في القوانين العصرية.....
119	مسؤولية العدول.....
119	مسؤولية رجال القضاء.....
120	المسؤولية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية.....
121	مسؤولية الحائز بشبه والغاصب.....
121	تعريف الحائز بشبه والغاصب.....
123	الاستصناع.....
126	مسؤولية الوالدين.....
126	مسؤولية المعلمين.....
128	مسؤولية المؤجرين.....
129	مسؤولية من في حفظه حيوان.....
130	مسؤولية الضرر عن الاشياء.....
135	الارادة المنفردة كمصدر للالتزامات.....
135	الارادة المنفردة في الشريعة الاسلامية.....
141	أحوال الالتزامات : الشرط.....
149	الأجل.....
154	التنظيم بين الشرط والأجل.....
155	التعهدات البديلة.....
157	الالتزامات المتحدة.....
157	التضامن - تضامن الدائنين.....
161	تضامن المدينين.....

44	شروط تعيين المتعاقد عليه بالتنوع أو الذات.....
47	نظرية السبب في الالتزامات.....
49	شروط صحة العقد.....
49	الغلط.....
55	الاكراه.....
58	التغريب.....
60	الغبين.....
63	أهلية المتعاقدين كشرط لصحة العقود.....
67	الوعد في حق الغير.....
71	اشتراط شروط في حق الغير.....
72	تحليل مركز الغير من الوجهة النظرية.....
75	مفاعيل الاشتراط الصحيح.....
81	شبه العقد.....
83	الاثراء بدون سبب.....
83	شروط القيام بدعوى الاثراء بدون سبب.....
87	دفع ما لا يلزم.....
91	الفضالة أو تصرف الفضولي.....
91	شروط الفضالة.....
92	أهلية الطرفين.....
92	اثبات الفضالة.....
93	صفة أعمال الفضولي.....
94	واجبات الفضولي.....
96	التمييز بين الفضالة واشتراط الشروط.....
97	التمييز بين الفضالة والاثراء.....
98	التمييز بين الفضالة والوكالة.....
99	الجنح وشبهها.....
103	أساس المسؤولية في الشريعة الاسلامية.....

252	الشرط التغريفي.....
253	الغرامة اليومية.....
257	الدعوى البوليانية.....
263	دعوى ابطال تصرفات المدين في نظر الشريعة الاسلامية.....
263	في إقامة الدائنين دعاوى مدينهم الدعوى المنحرفة.....
268	التنظير بين الدعوى البوليانية والدعوى غير المباشرة.....
271	حق الحبس.....
277	بطلان الالتزامات وفسخها.....
277	البطلان المطلق.....
281	البطلان النسبي.....
285	التنظير بين البطلان المطلق والبطلان النسبي.....
287	عدم امكان الوفاء بالعقود.....
293	اتحاد الذمة في الالتزامات.....
295	المقاصة.....
303	الابراء من الدين واسقاطه.....
307	التجديد.....
311	التنظير بين التجديد والاحالة.....
313	التقادم.....
314	التقادم في الشريعة الاسلامية.....
323	التقادم في المحيط التجاري.....
333	الاقالة أو الفسخ الرضائي.....

169	الالتزامات المنقسمة وغير المنقسمة.....
172	مقارنة بين التضامن وعدم الانقسام.....
175	انتقال الالتزامات.....
176	الاحالة في القانون التونسي.....
191	الغير في الاحالة.....
	تحويل التركة.....
	احالة الحقوق صيرة.....
198	الحلول.....
199	تنظير بين الاحالة والحلول.....
201	الحوالة.....
205	فيما يترتب على الالتزامات بصفة عامة.....
208	تأويل الحاكم للعقود.....
	الغير بأنواعه.....
217	العقود السرية.....
221	الوفاء بالالتزامات.....
222	من يصح الوفاء.....
223	شروط القائم بالوفاء.....
233	موضوع الوفاء.....
233	مكان الوفاء.....
234	مصاريف الوفاء.....
236	المماطلة وما يترتب عنها.....
238	مماطلة المدين.....
242	مماطلة الدائن.....
243	في عرض المدين ما عليه وتأمين الملتزم به.....
246	التأمين.....
249	العرض والتأمين في التشريع الاسلامي.....
251	العربون.....

