

قانون مدني

النّظرية العامّة للالتزام التصرّف القانوني

محمد بقبق

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس

محمد بقبق
النّظرية العامّة للالتزام
التصرّف القانوني

ISBN : 978-9973-718-45-7

السعر 25 د.ت

مجمع الأطرش للكتاب المختص
تونس 2009

مجمع
الأطرش
للكتاب المختص

النظرية العامة للالتزام

التصرف القانوني

نشأة التصرف القانوني – آثار التصرف القانوني

محمد بقبق

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

مجمع الأطرش للنشر

2009

"قَالُوا سُبْحَنكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا
عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ"

البقرة الآية 32

الطبعة الأولى : تونس 2009

© الحقوق محفوظة للمؤلف

مجمع الأطرش للكتاب المختص

95 شارع لنفدة - تونس 1000

الهاتف : 71 241 123 - 71 348 505

الفاكس : 71 330 490

البريد الإلكتروني E-mail : contact@latrach-edition.com

الموقع www.latrach-edition.com

النشر والطباعة والإنجاز

بسم الله الرحمن الرحيم،

يمثل تأصيل وتأسيس كل نص قانوني مرحلة ضرورية ومتأكدة للإلمام بمحتوى هذا النص وللإحاطة بجوهره وبمدلوله وبمكوناته. النصوص القانونية جميعها متشابهة في ما يتعلق بجانبها التقني وفي ما يخص جانبها العلمي. فكل القوانين تتناول مؤسسات قانونية تحاول تنظيمها وتقرح حلولاً للصعوبات المطروحة بمناسبة ذلك. فلا فرق بين نص وآخر وبين مجلة وأخرى من هذه الناحية. لكن المادة القانونية إلى جانب صيغتها العلمية هذه، تتميز أيضاً وخاصة بطابعها الاجتماعي الذي يجعل منها مادة متصلة في مجتمع ما، ومرتبطة بجذور تاريخية ومعطيات بيئية وعادات وتقاليد، وجب تحديدها وضبطها، لحسن فهم الحلول التي تقترحها، وللربط بين مختلف هذه الحلول. لماذا اعتمد المشرع حلاً دون الآخر، ولماذا كرس مبدأ دون آخر، ولماذا نهى عن شيء ولم ينه عن الآخر؟

تتوقف الإجابة على هذه التساؤلات، على تحديد السياسة التشريعية المتبعة من لدن واضع النص، التي يبقى بدونها النص القانوني أو المجلة القانونية بمثابة اللقيط الذي لا هوية له ولا نسب ينتسب إليه. هذا ما سعينا إليه من خلال هذه المساهمة المتواضعة في المكتبة القانونية التونسية، وحوارنا لغاية ذلك ربط فصول مجلة الالتزامات والعقود في ما يتعلق بالنظرية العامة للالتزام، بجذورها التاريخية متخلين في ذلك

عن كل حكم مسبق، قد يستهوي الباحث ويؤدي به إلى نتائج مغلوطة. فتجاوزنا الرأي السائد - الذي طغى طويلا على الساحة القانونية - الذي يعتبر، لأسباب تاريخية بديهية، أن مجلة الالتزامات والعقود إنما هي نسخة مصغرة للمجلة المدنية الفرنسية، وحاولنا من خلال هذا البحث الكشف عن مصادر أخرى للمجلة لم تكن متوقعة في وقت كانت تهيمن فيه سلطة الحماية الفرنسية على البلاد، نخص بالذكر منها القانون الألماني والتشريع الإسلامي. هذا ما مكّننا من قراءة مغايرة للعديد من المؤسسات القانونية كالتعبير عن الإرادة وقيمة الإرادة المنفردة في إنشاء التصرف القانوني، وتطور نظرية عيوب الرضا، ودور الشكك في المعاملات القانونية...

كل ما نتمناه، هو أن ينال هذا التمثلي وهذا التعامل مع المادة القانونية بصفة عامة ومع مجلة الالتزامات والعقود (المجلة الأم) بصفة خاصة، استحسان القارئ بصرف النظر عن مشاطرة الرأي الذي لا نطمح إليه إلا في القليل النادر.

تونس جويلية 2009

1. تفترض دراسة النظرية العامة للالتزامات¹ الوقوف في بادئ الأمر عند مفهوم الالتزام نفسه، لمكانته المحورية صلب هذه النظرية. بعد تحديد مدلول مفهوم الالتزام ورسم معالمه، سنتمكن من تأسيس خيارات المشرع في هذا المجال، واستنتاج تبعات لذلك مصادر الالتزام والنظام القانوني المسطر لهذه المصادر صلب مجلة الالتزامات والعقود².
2. مفهوم الالتزام. يعرف الفقه³ الالتزام بكونه "رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معين للآخر"، علما أننا نجد نفس التعريف صلب بعض التشريعات العربية (الفصل 1 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني، المادة 121 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري): "الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل

¹ في ما يخص النظرية العامة للالتزام بصفة عامة يراجع: محمد الرين، النظرية العامة للالتزامات، [العقد، مطبعة الوفاء، تونس، 1997؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة القانون المدني المصري، مصر، 1983؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت. في التشريع الإسلامي: سبكي محمدي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، 1972؛ أحمد فراج حسين وعبد الرؤوف محمد السريتي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1992.

J. GHESTIN, traité de droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} édition, L.G.D.J., DELTA, Paris 1993 ; H. L. & J. MAZEAUD, leçons de droit civil, tome II, 1^{er} volume, obligations, théorie générale, 9^e édition par F. CHABAS, Montchrestien, DELTA, 1998 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, droit civil, les obligations, 6^e édition, DALLOZ, DELTA, 1996.

² تشكل مجلة الالتزامات والعقود النص القانوني الأساسي بالنسبة لساحة محل هذا المؤلف، لذلك عشنا ما يتم احتسابها على هذا النحو. م. إ.ع.

³ محمد الرين، المرجع السابق، عدد 8 وما بعده؛ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 8 و 8 ع. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص 103 وما بعدها.

H. L. & J. MAZEAUD, leçons de droit civil, op. cit., n° 4 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, droit civil, op. cit., n° 2 ; B. STARCK, droit civil, obligations, librairie techniques, Paris 1972, n° 1

حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل". يبرز هذا التعريف الموروث عن القانون الروماني العتيق⁴، ثلاثة عناصر للالتزام :

3. الالتزام رابطة قانونية. الالتزام رابطة، ويعني ذلك أنّ الملتزم مقيد، علماً أنّ هذا القيد كان في القانون الروماني العتيق واقعياً ولا مجازياً مثلما هو الشأن اليوم، وكان يحقّ للدائن أن يسجن مدينه لإرغامه على الخلاص وإلاّ جاز استرقاقه وحتى بيعه⁵. أمّا اليوم أصبحت هذه العلاقة قانونية فقط، أي مثالية؛ هذا لا يعني أنّ المدين معفى من التنفيذ، بل يظلّ بالنسبة للقانون مسؤولاً على ذلك ويحقّ للدائن جبره عليه باللجوء إلى القوة العامة لغاية استخلاص دينه، ويمكنه عند الضرورة عقلة مكاسب مدينه وبيعها والخلاص منها⁶.

لكن ما يميّز أيضاً علاقة المديونية عن القوانين القديمة، هو كونها تشكّل رابطة قانونية، أي أنّ القانون يقرّ بهذا الالتزام، وينظمه ويرتب آثاره. غير أنّه يحدث في حالات قصوى أن يقوم التزام دون حماية القانون، وهي فرضية الالتزام الطبيعي⁷، الذي يفتقر للركيزة القانونية التي تجعله

⁴ عبد الفياح عبد الباقي، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 5.

H., L., & J. MAZEAUD par F. CHABAS, obligations, op. cit., n° 4.

⁵ R. PERROT, cours de voies d'exécution,

⁶ S. MELLOULI, voies d'exécution, procédures juridiques de recouvrement des créances, édition C.I.E., Tunis 1991, p. 9.

⁷ محمد محفوظ، دروس في العقد، مركز النشر الجامعي، 2004، عدد 5، ص 8.

إجبارياً ومحمياً من طرف القانون رغم قيام عنصر المديونية فيه، أي الشعور بواجب الأداء المحمول على المدين (مثل ذلك دين سقط بمرور الزمن، أو واجب النفقة بين الأشقاء).

4. يفسّر الفقه الجرمانى⁸ الالتزام الطبيعي بأن قسّم الالتزام إلى عنصرين اثنين : عنصر المديونية (Schuld) وهو عنصر أخلاقي محض يتمثل في الشعور بواجب إتيان الالتزام، وعنصر المسؤولية (Haftung) وهي الحماية القانونية التي يحضى بها الدائن والتي تمكّنه من تنفيذ التزامه على من هو مسؤول به. يبرز الالتزام الطبيعي في هذا المعنى بكونه التزام متضمن لعنصر المديونية دون عنصر المسؤولية. يتوقّف حسن فهم النتيجة التي انتهى إليها الفقه الجرمانى بمفارقتها بالتصوّر التقليدي للالتزام طبق ما تمّ اعتماده من قبل النظرية الذاتية.

5. مفهوم الالتزام في النظرية الذاتية. تتكون العلاقة القانونية التي تمثّل مفهوم الالتزام حسب النظرية الذاتية من علاقة واجب وإدعاء أو مطالبة بين إرادتين. فحقّ الدائنية (droit de créance) بالنسبة لهذه الدراسة هو جزء من الحقوق الشخصية التي تخوّل لإرادة الدائن فرض سلوك معين على المدين (أو جملة من السدينيين). يقابل حقّ الدائنية حسب هذا التصوّر الحقّ العيني الذي يمكن إرادة صاحبه من أن تفرض سلوكاً معيناً على الآخرين تجاه شيء ما محلّ هذا الحقّ العيني. يتمثّل محتوى حقّ الدائنية انطلاقاً من هذا التقدير، في السلطة القانونية للدائن في مساءلة المدين لغاية تنفيذ أداء معين. معنى ذلك أنّ المحتوى المباشر لحقّ الدائنية في النظرية الذاتية هو إخضاع إرادة الغير.

J. GHESTIN, G. GOUBEAUX & M. FABRE MAGNAN, traité de droit civil, introduction générale, 4^{ème} édition, DELTA, L.G.D.J., Paris 1994, p. 715 et s., n° 735 et s.

⁸ يراجع في هذا السبب خاصة :

h. K. COMPARATO, essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé, Paris L.G.D.J., 1963, préface A. TUNC, pp 2 et s.

6. أما محلّ هذا الحقّ أو موضوعه، والذي يختلف عن محتواه، فهو ليس إلّا تصرّفاً أو جملة من التصرفات المحمولة على المدين. يكتب SAVIGNY (& GERARDIN trad. le droit des obligations, JOZON p. 21) ، "يحوّل محلّ الالتزام جملة من الوقائع المستقبلية، العقوبة، وغير المحقّقة ؛ إلى وقائع محقّقة وضرورية". فالهدف الأساسي للالتزام يتمثّل في وضع الدائن في منزلة تمكّنه من التعويل الكلي على تحقّق وقائع معيّنة.

7. من ذلك أنّ مفهوم الالتزام في النظرية الإرادية يتجسّم في علاقة نشاطين ؛ نشاط المدين المتمثّل في أداء معيّن، ونشاط الدائن المتجسّد في الضغط المسلّط على المدين. إلّا أنّ حسب هذا التّقديم يمثّل نشاط المدين حجر الزاوية في تكوين الالتزام، بينما يبقى نشاط الدائن تبعياً إذ لا يتجلّى إلّا عند امتناع المدين عن التّنفيد ويشكّل جبره على ذلك استثناء لقاعدة التّنفيد التلقائيّ التي غالباً ما تكون المبدأ. تطوّرت هذه الأفكار إلى أن أصبحت تعتبر أنّ للدائن حقاً ذا قيمة مالية، فكما يمكّن الحقّ العيني صاحبه من ممارسة مباشرة لحقّه، يتمثّل حقّ الدائنية في الواجب المحمول على الغير وهو ما يشكّل في نفس الوقت قيمة هذا الحقّ ومحتواه الوحيد.

8. يفترض هذا المفهوم للالتزام قيام واجب محمول على المدين لا تقابله أي سلطة في جانب المدين الذي يتعيّن عليه الاكتفاء بقبول التّنفيد دون أي عمل آخر، بل حتى جزاء عدم التّنفيد المتاح من طرف القانون الوضعي، لا يشكّل ركناً من أركان الالتزام، وإنّما هو مستقلّ عنه تماماً ومفترّع عن السلطنة العمومية. من ذلك أنّه يمكن القول أنّ حقّ الدائنية لا يشكّل أي سلطة لا تجاه شخص ولا على شيء معيّن، بل هو انعدام كلي لأي سلطة. يتجلّى عندئذ مفهوم الالتزام في آخر مراحل تطوّره في النظرية الدائنية في شكل حدّ لحرية المدين يفترض خضوع إرادته لإرادة أخرى وهي إرادة الدائن، كما يتمثّل موضوع هذا الالتزام في القيام بعمل أو بجملة من الأعمال لفائدة الدائن أو لفائدة الغير.

9. مفهوم الالتزام في النظرية الموضوعية. لقاء هذا التّصور لمفهوم الالتزام في النظرية الدائنية والذي وصف بكونه "شكلي ضيق

وأجوف"، تعالت منذ نهاية القرن التاسع عشر انتقادات تزعّمها الفقيهان BRINZ و BEKKER (F. K. COMPARATO المرجع السابق ص 4). كانت في الواقع هذه الانتقادات منصهرة ضمن التيار الموضوعي الذي تنكّر لكلّ المبادئ الماورائية المعتدّ بها آنذاك، بما فيها مبدأ سلطان الإرادة في المادّة القانونية. حاول BEKKER في بادئ الأمر عكس التّصور التّقليدي للالتزام وعالج هذا المفهوم انطلاقاً من جزائه المتمثّل في حالة الخضوع التي تميّز وضعية المدين، والناتجة عن الدّعوى أو الضغط الممكن تسليطه عليه. يتأسّس الالتزام في هذه الحالة على إمكانية الجبر هذه ولا على الواجب المحمول على المدين، بل يبقى هذا الواجب دافعاً أخلاقياً محضاً لا دخل للقانون فيه.

10. كما أضاف BRINZ منتقدا النظرية الدائنية للالتزام، أنّه عندما نعتبر "الشّيء" محلاً للحقّ العيني، و"الأبناء" محلاً للسلطة الأبوية يكون ذلك بالنسبة لأشياء دائمة وملموسة تتسلّط عليها بصفة فعلية الحقوق الدائنية، والأمر ليس كذلك بالنسبة للأداء المحمول على المدين الذي يتجسّم في كل الحالات في "عمل ما" يقوم به المدين، وهو بطبيعته حيني وغير ملموس. فقبل إثباته يكون العمل غير موجود، بل هو نية كامنة في ذهن المدين هو مشروع عمل ليس إلّا، أمّا بعد التّنفيد فهو منقضى بطبعه ودخل بعد طيّ التاريخ وما بقيت إلّا آثاره. فسلطة الدائن إن وجدت لا يمكنها التسلّط على أداء المدين إلّا حال تنفيذه للالتزام، لكن حتى هذه الفرضية لا تتحقّق إذ لا يتدخّل الدائن بأي شكل من الأشكال عندما ينفذ المدين التزامه بصفة تلقائية. هذا ما يجعل الرّأي القائل بقيام سلطة للدائن على المدين عند تنفيذه للالتزام، متضارباً في جوهره خاصّة أنّه جاء على لسان مدرسة تنادي بالحرية الفردية.

11. ينتقد BRINZ في نفس الوقت الرّأي الذي يعتبر أنّ محلّ الالتزام يتجسّم في خضوع إرادة المدين لإرادة الدائن ويعتبره مختلاً من أساسه إذ ولئن أمكن فعلاً التّأثير على العامل الباطني، النفساني المسكّل للإرادة الدائنية، غير أنّه يستحيل التمكن حسياً وبصفة ملموسة من هذا العنصر النفساني. من ذلك أنّ اعتبار هذا العنصر الوهمي محلاً للالتزام

يضع الدائن في وضعية غريبة، لأن لا سلطة له على شخص المدين وإنما على إرادته فقط. كما أن ما يزيد في إجلاء هذه التناقضات هو عدم تطابق الأقسام المعتمدة في النظرية الذاتية مع الأقسام الرومانية المستندة إليها والتي توازي بين *persona obligata* و *res obligata* علما أن هذين المفهومين لا يشيران إلى الالتزام في شكل واجب وإنما يقدمانه في شكل قيد وهو المعنى الذي لا يتحملته مفهوم الالتزام في النظرية الذاتية.

12. بناء على كل ما تقدم يقترح BRINZ طريقة جديدة تنطلق لا من واجب القيام بأداء ما محمول على المدين يكون جزاؤه دعوى قضائية وإرغام على التنفيذ، وإنما من إتباع سبيل مغايرة والانطلاق من الشيء نفسه الذي يوفر للدائن في كل الحالات المبتغى المرجو، أي أنه يجب بصفة آتق الانطلاق من الشيء الذي يلبي الحاجة (Haftet). يمكن هذا التصور حسب BRINZ من الموازنة بين الشخص المقيّد (*persona obligata*) والشيء المقيّد (*res obligata*)، إذ يحمل الالتزام في كلا الحالتين على موضوع معين ملموس ودائم. يتمثل عندئذ موضوع حق الدائنية في شخص المدين نفسه ولا يتردد BRINZ في التصريح بأنه لا يعقل أن يتسلط حق الدائنية على غير شخص المدين، نظرا لكونه يشكل محلا محددا بذاته وهو المدين نفسه. علما أن هذا التقديم كان قائما في القانون الروماني الذي إن لم يقدمه في هذا الشكل لأنه لم يرتق إلى درجة التجريد الضرورية لذلك.

13. نلمس انطلاقا من هذا التقديم النتائج المؤدى إليها. فهو ينتقل من نفيض إلى آخر، من الفكر إلى الجسد، من إرادة المدين إلى ملموس كيانه المادي. حتى المصطلحات التقنية تغير معناها وأصبح مدلول "شخص المدين" عند هذا الفقيه لا يعني الأداء المرتقب منه، بل الشيء الذي يتسلط عليه حق رهن لفائدة الدائن. ويضيف BRINZ ولئن تحول اليوم تطور القانون وتراجع فكرة التنفيذ على ذات المدين الجسدية كالجبر بالسجن، فذمة المدين بوصفها امتدادا لشخصه توفر دائما موضوع الالتزام علما أن الدعاوى الناتجة عن عدم الوفاء تسمى دعاوى شخصية وتقام ضد شخص المدين ولا تتسلط على عين، يبقى بالتالي شخص المدين دائما محل

الالتزام ولو بصفة غير مباشرة إذ يمر حتما تنفيذ كل التزام من خلال شخص المدين. يتمثل مفهوم الالتزام في نهاية المطاف بالنسبة لهذا الفقيه في شكل مسؤولية (Haftung) أي تخصيص شيء ما أو شخص معين لغاية تحقيق فائدة لدائن محدد. علما أن القانون الخاص لا ينفرد بمفهوم المسؤولية هذا، فهو مجرد واقعة قد تتمثل في جريمة اختطاف رهينة أين تكون هذه الرهينة هي المسؤول عن الخلاص. معنى كل ذلك أن المدين ليس من هو مطالب بأداء، بل من هو مسؤول بذاته على هذا الأداء، وإن كان غير مطالب به فعلا (الكفيل مثلا)، فالأداء ليس بالتالي موضوع الالتزام وإنما غايته، لكون واجب الأداء واجب أخلاقي خارج تماما عن دائرة القانون.

14. الالتزام رابطة مالية. عندما نقول أن الالتزام يشكل رابطة مالية، يعني ذلك أنه يمكن تقديره بقيمة مالية، وهو يدخل تبعا لذلك في الذمة المالية للشخص. كما يمكن هذا العنصر من التفريق بين الالتزام وبقية الحقوق التابعة للذات البشرية، أو الحقوق الشخصية⁹ (الحرمة الجسدية، الحريات المدنية، الحياة الخاصة...)، هذا لا يعني أن هذه التفرقة لا تخلو من الصعوبات، إذ قد يحدث أن يترتب عن هذه الحقوق، التي لا يمكن تقديرها بمال آثار مالية، كالتعويض المالي عن انتهاك حق من هذه الحقوق (دعوى جبر الضرر المترتبة عن تلب أو شتم).

15. الالتزام رابطة شخصية. رأينا أن الصبغة الشخصية للالتزام موروثية مباشرة عن القانون الروماني، أدى

⁹ محمد جمال شرف الدين، سلسلة معرفة القانون، قانون مدني، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002، عدد 162، ص 172؛ محمد الشرفي وعلي المرعشي، أبحاث الحقوق، دار المنهج للنشر، تونس 1995، عدد 317 وما بعده، ص 316 وما بعده.

هذا الامتداد التاريخي لمفهوم الالتزام، بالفقه الفرنسي والتيارات المتأثرة به إلى القول باستقرار وثبات وديمومة مادة الالتزامات. يعتبر هذا الرأي أنّ علاقة الدائنية أو حقّ الدائنية، حقّ مرتبط بشخص الدائن والمدين لا ثالث بينهما، الالتزام وليد إرادة طرفيه، لا ينشأ إلّا بموجبها ولا ينقضي إلّا بها¹⁰. يكون تبعاً لهذا المبدأ وهو مبدأ سلطان الإرادة¹¹، موضوع حقّ الدائنية أو محلّ الالتزام، تصرفاً أو جملة من التصرفات المعيّنة المحمولة على كاهل المدين والتي يحقّ للدائن المطالبة بها. ترتّب عن هذا التيار الدّائي¹² جملة من الآثار¹³ أهمّها أنّ الالتزام لا ينشأ إلّا عن إرادة صاحبه في كامل الحرية¹⁴. كما أنّ النّموذج الوحيد للتصرف القانوني والمصدر الوحيد للإلزام والالتزام هو العقد لصدوره عن الإرادة الحرّة للدّانين وللمدين في نفس الوقت، ما يشكّل في الآن نفسه القوّة الملزمة والآخر النسبي للعقد¹⁵. يترتّب عن هذه الحرية العقدية انتفاء كلّى للشكالية أو للشكك في إبرام

¹⁰ J. GHESTIN, traité de droit civil, le contrat, formation, op. cit., n° 41, p. 29. A. WÉILL, le principe de la relativité des conventions en droit français, th. Strasbourg, 1938.

¹¹ E. GOUNOT, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme, th. Dijon, 1912, sp., p. 76.

¹² يعني كذلك لتعلّق شخصي الدائن والمدين ولاز قباطه بإرادتهما.

¹³ R. DEMOGUE نظرية العقد، ص 101 هامش رقم 2.

¹⁴ E. GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme, th. Dijon, 1912; J. GHESTIN, traité de droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} édition, Delta 1996, p. 28 et s., n° 38 et s.

¹⁵ G. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Paris 1965.

العقد لإنبائه على الثقة المتبادلة بين طرفيه، وسمّيت هذه النّزعة "الرضائية" بينما تبقى آثار العقد منحصرة بين أطرافه ولا تتسحب على الغير، فيكون العقد بمثابة القانون بين المتعاقدين ولا أثر له تجاه الغير¹⁶.

16. ساد هذا التصوّر الفكر القانوني الفرنسي مدّة طويلة زمن هيمنة أفكار الليبرالية الاقتصادية تحت شعار "دعه يفعل دعه يمر" الذي أضاف إليه الفقه "دعه يتعاقد"¹⁷. لكن سرعان ما بيّنت الفردانية حدودها، وأصبح للدولة ولمفهوم النّظام العام شأن لا يستهان به في ميدان المعاملات ومجال الالتزامات ونشأتها، وعوّض مبدأ الحرية في المعاملات مبدأ تدخّل الدولة لتأطير الحياة الاقتصادية والاجتماعية بموجب مفهوم النّظام العام الاقتصادي التوجيهي والحماي¹⁸. أخرجت جميع هذه العوامل مادة المعاملات والتصرفات القانونية من دائرة إرادة الأطراف

¹⁶ H. L. & J. MAZILLAUD par F. CHABAS, leçons de droit civil, tome II, premier volume obligations, théorie générale, Delta, Montchrestien, n° 28 et s., p. 116 et s.

يستند بصيغة عامّة الفقه الفرنسي لدعيم مبدأ سلطان الإرادة والآثار المترتّب عليه إلى الفصل 1134 من المجلّة المدنية الفرنسية "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" غير أنّنا نجد صلب القانون الألماني تقريباً نفس الفصل وهو الفصل 405 من المجلّة المدنية الألمانية.

¹⁷ G. FARJAT, théorie des obligations, P. U. F., p. 50 et s.

¹⁸ الفقرة 63 وما بعدها اعلم.

J. GHESTIN, le contrat la formation, op. cit., n° 93 et s.; l'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français, in les notions à contenu variable en droit, études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, 1984, Bruxelles, p. 77 et s.

لإخضاعها إلى مفهوم المصلحة العامة ومقتضيات السياسة العامة للبلاد والاختيارات الجوهرية للدولة¹⁹.

17. ساعد هذا التطور للحياة الاقتصادية والاجتماعية على ظهور تيارات فكرية موضوعية تزعمتها المدرسة الجرمانية التي انتقدت بصفة خاصة مفهوم محل الالتزام في النظرية الذاتية المتمثل في الأداء المحمول على المدين²⁰، واعتبرت أن مفهوم موضوع الالتزام حسب هذا التقديم هو مفهوم مغلوط ووهمي، ضرورة أن محل الحق الشخصي يجب أن يكون ملموسا ودائما مثلما هو الشأن بالنسبة للحق العيني أين يكون المحل العين نفسها، وهو شيء ملموس ودائم. أما أداء المدين في صورة اعتباره محلا للالتزام فهو قبل إتيانه غير موجود، بل مجرد نية في ذهن المدين، وعند إتيانه فلا سلطة للدائن عليه لكون المدين ينفذ التزامه بصفة تلقائية، وبعد إتيانه، أي بعد تنفيذه، ينقضي هذا المحل ويضمحل بطبعه. أي أن محل الالتزام يظل في كل ردهات حياته خارجا عن سلطة الدائن.

18. اعتبرت نتيجة لذلك النظرية الموضوعية أن محل الالتزام ليس أداء المدين، بل ذمته المالية، أو ما هو مخصص منها لضمان هذا الأداء. حق الدائنية لا يتسلط على شيء غير ملموس ووهمي (أداء المدين)، بل على شيء ملموس ودائم (ذمة المدين). معنى ذلك أن الطابع الشخصي

¹⁹ G. FARJAT, droit économique, 2^{ème} édit., 1982, P. U. F., p. 398.

²⁰ الفقرة 6 وما بعدها أعلاه.

للاتزام يصبح ثانويا بالنسبة للقيمة المالية المتمثلة في محله كجزء من الذمة المالية للمدين. يؤدي هذا التصور لمفهوم الالتزام إلى الاستغناء عن شخص المدين، أي تخلص الالتزام من طابعه الشخصي والاعتداد فقط بقيمته المالية؛ هذا ما يساعد على انتقال الالتزام بسهولة من ذمة لأخرى بموجب إجراءات مبسطة تشبه إلى حد بعيد انتقال الأوراق التجارية، كما يساعد أيضا هذا التحليل على مراجعة مفهوم الغير الذي قد يجد نفسه، دون إرادته²¹، محشورا في علاقة قانونية بمجرد عملية تسليم مادي لسند دين.

19. مفهوم الالتزام في مجلة الالتزامات والعقود²². في تحديد المفهوم المعتمد للالتزام من قبل نظام قانوني معين، إلى جانب الفائدة النظرية الثابتة، أثر عملي لا يقل عنها أهمية. يؤثر فعلا خيار المشرع في هذا المجال على النظام القانوني للالتزام من حيث نشأته ومن حيث حياته ومن حيث انقضاءه. معنى ذلك أن النظرية العامة للالتزامات تترتب عن مفهوم الالتزام نفسه المعتمد من قبل المشرع.

20. تتوقف عندئذ دراسة النظرية العامة للالتزام في القانون التونسي على تحديد موقف المشرع من التيار الذاتي

²¹ نراجع مثلا مؤسسة اللقائلة (الفصل 229 وما بعده) أو مؤسسة الاثر لاهل لمصلحة الغير (الفصل 319) والفقرة 420 وما بعدها أسفله.

²² تم تحيين ومراجعة مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون عدد 87 لسنة 2005، انشراح في 15 أوت 2005، خير أن هذه العملية اقتصر على تنقية المجلة من شرائها التكرارية دون المساس بأصلها. وبقي بالثاني جوهر المجلة كما أرادته مشروع سنة 1906. يراجع في هذا المجال "كتاب مقاربة مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006" وزارة التعليم العالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، وحده بحث "ماتوبة مجلة الالتزامات والعقود"، مركز النشر الجامعي، تونس 2006.

ومن التّيار الموضوعي، علما أنّ الظروف التاريخية لعبت دورا هاما في هذا المجال.

21. الظروف التاريخية.²³ عرفت البلاد التونسية في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وهي الفترة التي تمّ خلالها سنّ مجلّة الالتزامات والعقود، وضعاً سياسياً واجتماعياً خاصاً متمثلاً في حضور الحماية الفرنسية وما سبقها وما صاحبها من صراعات غربية حول السيطرة على البلاد آنذاك، إلى جانب الموروث الإسلامي الثابت الذي كان قائماً في البلاد التونسية منذ الفتوحات المحمدية. تراحت هذه التيارات بخصوص تحديد محتوى القانون المدني التونسي²⁴، وبصفة أخصّ فيما يتعلّق بنسب مجلّة الالتزامات والعقود الذي قد يستدلّ من خلاله على هويّة هذه المجلّة.

22. أثر القانون الفرنسي. رغم محافظة الباي حاكم الإيالة التونسية على السّاطة التشريعية في عهد الحماية من

²³ عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، تونس 1987، ص. 344 وما بعدها.

E. FITOUSSI & A. BENAZET, l'Etat tunisien et le protectorat français, histoire et organisation, préf. F. MANCERON, PARIS, ROUSSEAU, 1931.

²⁴ يبيّن تاريخ النظام القضائي التونسي، أنّه قبل توحيد العدالة غداة الاستقلال (أمر 3 أوت 1956 الذي أزال المحاكم الشرعية، قانون 27 سبتمبر 1957 الذي أزال المحاكم اليهودية، ومعاودة 9 مارس 1957 التي أزال المحاكم الفرنسية) كانت السّاحة القضائية بالبلاد التونسية بمثابة فسيفساء من المحاكم: محاكم شرعية، محاكم يهودية، محاكم كنسية، محاكم فرنسية والتي عوّضت بصفة تدريجية المحاكم الكنسية ومحاكم تونسية للحقّ العام. يراجع بالنسبة لكلّ هذه المسائل:

P. HUC, l'œuvre politique et économique du protectorat français en Tunisie, Toulouse, imprimerie régionale, 1924, pp. 87 et s.; N. FAUCON, la Tunisie, avant et depuis l'occupation française, histoire et colonisation, lettre préface, J. FERRY, t. II, Paris 1893, éd. Challamel, pp. 275 et s.; R. JAMBU-MERLIN, le droit privé en Tunisie, préf. G. LEBRAS, Paris, L. G. D. J., 1960, pp. 133 et s., n° 101 et s.

الناحية الشّكلية، إلّا أنّ هذه السّلطة سلبت منه بصفة فعلية بموجب معاهدة المرسى (8 جوان 1883) لفائدة المقيم العام للحكومة الفرنسية بالبلاد التونسية التي يلتزم الباي بموجبها "إجراء الإصلاحات الإدارية والقضائية والمالية التي تراها الحكومة الفرنسية صالحة"²⁵. معنى ذلك أنّ الحكومة الفرنسية، وبالتحديد المقيم العام بالبلاد التونسية هو من كان يضع النصوص القانونية لتنظيم جميع جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، باستثناء مادّة الأحوال الشخصية التي ضلّت خاضعة للمحاكم الشرعية.

نتيجة لهذا الوضع السياسي الخاص، كان من المنتظر أن يتبنّى المشرّع التونسي صلب مجلّة الالتزامات والعقود التّصور الذاتي لمفهوم الالتزام المعتمد آنذاك وإلى حدّ اليوم في الفكر القانوني الفرنسي²⁶. وكان فعلاً ذلك في المشروع التمهيدي لمجلّة الالتزامات والعقود لسنة 1897²⁷ الذي بدا متأثراً إلى حدّ بعيد بالقانون الفرنسي، فكرّس أهمّ مبادئه وتقيّد بجلّ قواعده. لكن سرعان ما غيّر المشرّع

²⁵ عبد الفتاح عمر، المرجع السابق، ص. 348.

V. SILVERA, le régime législatif d'un protectorat de droit international, essai sur l'origine et les fondements du droit public tunisien, in Recueil de législation tunisienne, vol. I, p. 31; E. FITOUSSI & A. BENAZET, l'Etat tunisien et le protectorat français, op. cit. pp. 151 et s.

²⁶ يظهر أنّ المشرّع الفرنسي، وخاصّة انقضاء الفرنسي، بدأ يتخلّى عن التّيار الذاتي بتفريسه إزاء أكثر موضوعية في ما يتعلّق بمصادر الالتزام بما أنّه أقرّ الإبراء المفردة كمصدر للالتزام والالتزام ملك مندرج "كتألا" لتفويض قانون الالتزامات في فرنسا سنة 2005.

²⁷ المشروع التمهيدي للمجلّة المدنية والتجارية التونسية.

Projet préliminaire du Code civil et commercial tunisien, Tunis 1897, travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, fasc. I, Code civil et commercial tunisien.

التونسي موقفه الأول خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للالتزامات وتجلّى ذلك بكل وضوح صلب المشروع الأولي الصادر سنة 1899²⁸ لما كان يسمّى المجلّة المدنية والتجارية التونسية.

23. أثر التشريع الإسلامي. رغم الثقافة الواسعة في التشريع الإسلامي وخاصة في المذهب المالكي التي كان يحضى بها مقرر لجنة صياغة مجلّة الالتزامات والعقود وأحد أبرز أعضائها²⁹، ورغم مكانة الحضارة العربية الإسلامية في الموروث الثقافي التونسي، لا يمكن الجزم أنّ أثر التشريع الإسلامي كان أساسيا وجوهريا في محتوى المجلّة المدنية التونسية، خاصة في ما يتعلق بالنظرية العامة للالتزامات، وذلك لسببين اثنين.

السبب الأول هو أنّ في الفترة التي أنجزت فيها مجلّة الالتزامات والعقود لم تكن توجد في كامل البلاد العربية الإسلامية مجلّة تشريعية تتضمن مادّة الالتزامات باستثناء المجلّة العثمانية التي علاوة عن كونها جاءت مستلهمة من المذهب الحنفي فإنّها لم تلق أي تطبيق في البلاد التونسية. فما كان بالإمكان لهذه المجلّة أن تؤثر على المشروع التونسي آنذاك في مسائل لم تتعرض لها كالنظرية العامة للالتزامات

²⁸ Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. SANTILLANA (membre de la commission), Tunis, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie 1899.

²⁹ نتأكد من ذلك وكفي الرجوع إلى التقديم الذي حرره مقرر اللجنة "دافيد سانتيلانا" بمناسبة المشروع الأولي للمجلّة المدنية والتجارية التونسية والذي يبين من خلاله درايته الفقه بتعليم التشريع الإسلامي وخاصة المذهب المالكي وهو المذهب الغالب في البلاد التونسية، علما أنّ هذا المقرر سبق له أن درّس هذا المذهب بجامعة روما وأصدر في خصوصه مؤلفين باللغة الإيطالية.

لجهلها بها، إذ هي وردت على شاكلة المراجع التقليدية للتشريع الإسلامي في جملة من الأبواب، مستهلة بباب البيع³⁰.

أمّا السبب الثاني الذي نستبعد بموجبه الأثر المباشر للتشريع الإسلامي على مادّة النظرية العامة للالتزامات في القانون التونسي، هو أنّه بانتفاء سند تشريعي عام في الفقه الإسلامي تستلهم منه لجنة صياغة مجلّة الالتزامات والعقود نظرية عامة على النحو الحديث المتبع من قبلها، كان يتعين على محرري هذه المجلّة الرجوع إلى الأعمال الضخمة والهائلة للفقهاء والأئمة لينهلوا منها قواعد مشتتة وغير مبوبة على النحو الحديث³¹، ما كان هذا العمل لينجز في فترة وجيزة لم تستغرق إلا سنتين (وهي الفترة الفاصلة بين المشروع التمهيدي والمشروع الأولي لمجلّة الالتزامات والعقود).

24. أثر القانون الألماني. في الفترة نفسها أي في أواخر القرن التاسع عشر، وبالتحديد سنة 1896 صدر في ألمانيا مجلّة مدنية أثارت ضجة صاحبة في الأوساط القانونية³² في الغرب لتبنيها جملة من المبادئ اعتبرت آنذاك

³⁰ باستثناء المجلّة العقارية التي صدرت في 1 جويلية 1885 والتي ضلّت قائمة إلى صدور مجلّة الحقوق العينية عادة الاستقلال، لم يصدر بالبلاد التونسية إلا مجلة واحدة وهي المجلّة المدنية والجزائية لسنة 1861 والتي لم نعتز ملويلا وتم إلغاؤها بموجب أمر 30 أبريل 1864.

³¹ يراجع في هذا المعنى:

Y. LINANT DE BELLEUONDS, traité de droit musulman comparé. I, théorie de l'acte juridique, Mouton et Cie, Paris La Haye 1965, p. 54, n° 59

³² J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, prêt. J. FLOUR, L. G. D. I, Paris 1970; G. AUBERY, France et

غريبة بعض الشيء، تمثلت خاصة في اعتماد التصور الموضوعي للالتزام واعتبار الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام والالتزام. غير أنّ ما يشدّ الانتباه في هذا المجال هو التأثير الواضح لمجلة الالتزامات والعقود بالأفكار الواردة بالمجلة الألمانية، متمثل في:

- اعتماد نفس التقديم لمفهوم "التعبير عن الإرادة" فهو يرد في كلا المجلّتين في شكل عنوان؛ العنوان الثاني من المجلة الألمانية، والقسم الثاني من الباب الأول من العنوان الثاني من مجلة الالتزامات والعقود.

- يتواصل التشابه بين المجلّتين ليتجاوز الجانب الشكلي ويطول جوهر المادّة إذ في تكريس مفهوم محوري كمفهوم التعبير عن الإرادة المنفردة إقرار بتوجّه تشريعي عام يجعل من الإرادة المنفردة مصدرا للالتزامات الأحادية (الفصول 18 وما بعده التزامات وعقود، 116 وما بعده المجلة الألمانية)³³.

Allemagne, le droit civil et la prééminence juridique, préf. R. GARRAUD, L. G. D. J., Paris 1919; J. CHABAS, de la déclaration de volonté en droit civil français, Paris, Sirey, 1931; A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, préf. R. PERROT, L. G. D. J., Paris, 1961; R. SALEILLES, la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Paris 1901.

يمكن تكرار نفس المثال بالنسبة للفصول 27 تونسي و147 ألماني، 19 تونسي و657 ألماني.³³

لكن مهما بدا تأثير القانون الألماني واضحا ما كان له أن يكون لولا إباحة التشريع الإسلامي الذي كان هو الآخر يتبنّى التصور الموضوعي للالتزام³⁴.

25. يخلص ممّا سبق أنّ المشرّع التونسي ابتعد صلب مجلة الالتزامات والعقود عن الأنموذج الفرنسي الذي كان من المفروض أن يتّبعه، وسلك طريقا أخرى لم تكن متوقّعة، متمثلة في المفهوم الموضوعي للالتزام المقتبس عن القانون الألماني بإباحة التشريع الإسلامي. كما أنّ من أهم نتائج هذا الخيار هو اعتماد الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام والإلزام، وتكون بذلك المنبع الرئيسي للالتزامات الإرادية سواء أحادية الجانب أو تبادلية.

هذا ما سنحاول الوقوف عنده بتناول نشأة التصرف القانوني، وآثار التصرف القانوني.

³⁴ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، جامعة الدول العربية، القاهرة، 1953، ص. 77 وما بعدها؛ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، للجمعية الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر 1979، ص. 280 وما بعدها. C. CHEHATA, théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, les sujets de l'obligation, Sirey, 1969, pp. 120 et s.; arch. philo. de droit 1968, pp. 130 et s.; L. MILLIOT, introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1971, pp. 203 et s.; Y. LINANT DE BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, op. cit., pp. 185 et s.

الجزء الأول نشأة التصرف القانوني

26. ينصّ الفصل الأول والفصل الوحيد من المقالة الأولى (في أسباب تعميم الذمة) من الكتاب الأول (فيما تعمّر به الذمة) من مجلة الالتزامات والعقود: "تعمير الذمة يترتب على الإتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها"³⁵. يشكّل التعبير عن الإرادة، تبعاً لذلك وانطلاقاً من الفصل الأول والفصول الموالية من مجلة الالتزامات والعقود، المصدر الأساسي للالتزامات الناشئة عن الإرادة. وحتى يستقيم التعبير عن الإرادة ويرتّب آثاره وجب توفّر الشروط المنصوص عليها بالفصل الثاني من المجلة؛ وهي أهلية الالتزام والإلزام، قيام الرضا وسلامته، محلّ جائز، وسبب مشروع.

27. يمكن تصنيف الأربعة شروط الواردة بالفصل 2 التزامات وعقود إلى صنفين، صنف يهتم أطراف التصرف القانوني، وصنف يتعلّق بالتصرف نفسه.

³⁵ طبق ما تمّ تنقيحه بالقانون ع.87د لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005، علماً أنّه كان محزّر على النحو الآتي: "تعمير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الاختيارية"، جدير بالملاحظة، وهي ملاحظة هامة، أنّه يوجد، رغم التنقيح الأخير، بين النسخة العربية وبرحمتها الفرنسية لمجلة الالتزامات والعقود هوارق هامة قد تغيّر المعنى. سبها ما ورد بالفصل الأول معه الذي ترجم "التصريحات الإرادية" Les déclarations de volonté والتي يغالبها بالعربية "التعبير عن الإرادة" ولا التصريحات الإرادية، كما يمتدّ هذا الخلل إلى عنوان الباب الأول من المقالة الثانية، وسعوان القسم الثاني من الباب الأول، وعنوان الفرع الأول منه.

العنوان الأول الشروط المتعلقة بأطراف التصرف

28. حسب منطوق الفصل الأول التزامات وعقود يتجلى دور أطراف التصرف القانوني من خلال تعبيرهم عن إرادتهم. بسبب ذلك وجب الوقوف عند قيام الإرادة في حد ذاتها، وعند سلامتها.

العنوان الفرعي الأول قيام الإرادة

29. تمثل الإرادة الركن الأساسي والجوهري في كل تصرف قانوني، ولا يمكن لأي تصرف قانوني أن ينشأ وأن يترتب آثاره دون توفر هذا الركن، هذا ما يقتضيه الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود عندما ينص: "تعمير الدّمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها". معنى ذلك أن للشخص الحرية المطلقة في إنشاء ما يريد من التصرفات القانونية، صلب الإطار القانوني، كلما اتجهت إرادته لذلك، غير أنه قد يحدث أن تحول عوامل خارجية دون ذلك وتشكل هذه العوامل قيوداً لإرادة المرء في الإلزام والالتزام.

الباب الأول

عوارض الإرادة

30. عوارض الإرادة نوعان، منها ما هو تشريعي (مسألة الأهلية) ومنها ما هو فقه قضائي (مسألة النظام العام) وهي تتحد لكونها تشكّل قيّدا لإرادة الإنسان في إنشاء ما يرغب من التصرفات القانونية.

القسم الأول : الأهلية³⁶

31. يقترح الفقه تعريفات عديدة لكنّها متشابهة للأهلية، بكونها القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات والقدرة على القيام بالتصرفات القانونية³⁷. يكشف هذا التعريف وجهين لمفهوم الأهلية، يتصل الأول بمقومات الشخصية القانونية، ما اصطلح عليه الفقه بأهلية الوجوب أو أهلية التمتع (jouissance)، في ما يتمثّل الثاني في إمكانية

³⁶ محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، سلسلة معرفة القانون، المطبعة الأولى، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس 2002، عدد 207 وما بعده، ص. 210 وما بعدها؛ محمد الزّين، العهد، المرجع السابق، عدد 83 وما بعده؛ محمد الشرفي وعلي المرعفي، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنشر، تونس 1995، عدد 203 وما يليه، ص. 164 وما يليها.

K. MZIOU, juriste, droit comparé, Tunisie, fasc. 2, 1998. جاءت مسألة الأهلية منقّشة بين محلّين هما محلة الاقتساب والعقد ومحلة الأحوال الشخصية. ما أنّ في بعض الأحيان إلى قرأتين متضاربتين (محمد التّريفي وعلي المرعفي، أحكام الحقوق، المرجع السابق، عدد 214؛ محمد الزّين، العهد، المرجع السابق، عدد 99)، إلا أنّنا نعتقد أنّ تغاير مدوّر النصوص المتعلّقة بالأهلية (تنقيح فصول من محلة الاقتساب والعقد في 3 أوت 1956، وصور م. أ. ش. في 13 أوت 1956) يقدّم لنا أداة موحّدة للتّشريع، يفرضها فكرة متكاملة لتهدئ المحلّين.

³⁷ محمد كمال شرف الدين، المرجع أعلاه، عدد 207؛ محمد التّريفي وعلي المرعفي، المرجع أعلاه، عدد 203.

ممارسة نشاط قانوني معين ومحدد بذاته وهو أهلية الأداء أو أهلية التصرف أو أهلية الممارسة (exercice).

الفقرة الأولى : أهلية الوجوب

32. تشكّل أهلية الوجوب أو أهلية التمتع، وهي الأهلية بصفة مطلقة، أحد أهم مقومات الشخصية القانونية للمرء مهما كان سنّه أو جنسه³⁸. يتمتع كلّ إنسان طيلة حياته³⁹ ولكونه إنسان بجملة من الحقوق⁴⁰، تكون شخصيته القانونية⁴¹، والأهلية هي الجانب القانوني والعملي لهذه الحقوق، كما أنّها في نفس الوقت القاعدة والمبدأ، إذ ينصّ الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود : "كلّ شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرّح القانون بخلافه"⁴².

33. إنّ تلازم أهلية التمتع أو أهلية الوجوب وتطابقها مع مفهوم الشخصية القانونية لا يعني امتزاج واختلاط هذين المفهومين، بل تقوم بينهما فوارق. فالشخصية القانونية مفهوم مجرد⁴³ لصيق بالذات البشرية لا يسلب منها طيلة

³⁸ الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية.

³⁹ في ما يتعلق ببداية الحياة ونهايتها، يراجع محمد كمال شرف اثنين، المرجع السابق، عدد 172 وما بعده والبولمش.

⁴⁰ لم تظهر في الواقع فكرة الحق كمقوم للذات البشرية إلا حديثاً في الحضارات البشرية، بل كان يترج مفهوم الفرد صلب القبيلة أو العشيرة أو العرق. وما له إلا ما يمنحه إياه القانون حسب جنسه أو عرقه أو ميلاده، وما زلنا نلمس روايت ذلك في ما يتعلّق بوضعية الأجنبي، يراجع في هذا الخصوص، محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحق، المرجع السابق، عدد 6 وما بعده.

⁴¹ الفصل 7 من الدستور.

⁴² تعقيبي مدني عدد 5436 مؤرخ في 5 نوفمبر 1957، ق. ن. 1960، ص. 25 : "الأصل الأهلية الكاملة".

⁴³ محمد الشرفي وعلي المزغني، أحكام الحق، المرجع السابق، عدد 205.

قيامها (الاسم، اللقب، الجنسية، العنوان)، أمّا الأهلية فهي القدرة الفعلية على التمتع (jouissance) بجملة الحقوق التابعة للشخصية القانونية لكل فرد (كالحرمة الجسدية، الحماية للحياة الخاصة، الشرف، السمعة، الصورة...) ⁴⁴. فكلّ إنسان، منذ ولادته إلى وفاته، أهل للتمتع بجملة الحقوق المكوّنة لشخصيته القانونية⁴⁵.

الفقرة الثانية : أهلية التصرف

34. تشكّل أهلية التصرف أو أهلية الأداء أو أهلية الممارسة، الجانب الفعلي والعملي والملموس لأهلية الوجوب أو أهلية التمتع، فهي الصلاحية التي تمكّن كلّ من له أهلية الوجوب من ممارسة حقّ معين⁴⁶. فهي بالتالي الشكل الذي تتجلّى من خلاله أهلية الفرد لممارسة حقوقه، فقد تتجسّم في شكل واقعة قانونية⁴⁷، أو في شكل تصرف قانوني (تعبير عن إرادة منفردة، أو عقد).

35. الأصل في كلّ هذه الحالات، ومهما كان شكل تجلّي أهلية التصرف أو الممارسة، هو ما جاء صلب الفصل الثالث من مجلة الالتزامات والعقود : "كلّ شخص أهل للإلزام

⁴⁴ شفي قاسم هذه الحقوقي غير محصوره ومحل نقاش.

⁴⁵ يراجع الفصلان 118 و 201 الفقرة 2 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁴⁶ محمد الشرفي وعلي المزغني، المرجع السابق، عدد 206 : محمد الزين، العبد، المرجع السابق، ص. 85.

⁴⁷ حوز، وضع يده القيام بدعوى...

والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه". وضع هذا الفصل مبدأ واستثناء.

أ - المبدأ

36. كل شخص أهل للإلزام والالتزام. معنى ذلك أن كل من له أهلية الوجوب أو أهلية التمتع بحقوق الشخصية القانونية له مبدئياً أهلية ممارسة هذه الحقوق بصفة مباشرة ودون قيد. يترتب عن هذا المبدأ جملة من النتائج.

- تمكن أهلية الممارسة أو أهلية التصرف المتمتع بها من مباشرة أعماله بنفسه ودون واسطة أو ممثل. وهو الأصل في الأمور إذ يحق لكل إنسان أن يتصرف في شؤونه بمفرده ودون رقابة⁴⁸.

- تشكل أهلية الممارسة أو أهلية التصرف، المبدأ والقاعدة، فهي مفترضة بموجب قرينة بسيطة وضعها المشرع نفسه، والإنسان غير مطالب بإثباتها، بل يتعين على من يدعي عكس ذلك التّذليل عليه.

- تتعلق أحكام أهلية الأداء أو أهلية الممارسة بقواعد النظام العام لارتباطها بحقوق الشخصية القانونية، فلا يجوز تبعا لذلك مخالفتها بموجب اتفاقات خاصة للتنازل عنها أو توسيعها أو التضييق فيها⁴⁹.

⁴⁸ طبقاً للقاعدة الأصولية الواردة بالفصل 559 من مجلة الالتزامات والعقود: "الأصل في الأمور المصلحة والمصلحة للقانون حتى يثبت خلافه".

⁴⁹ محمد الزبير، المد، المرجع السابق، عدد 86.

ب - الاستثناء

37. رأينا أن المبدأ هو الأهلية، وأن هذا المبدأ يهيم النظام العام، معنى ذلك أنه لا يمكن التضييق فيه أو إزاحته إلا بموجب نص صريح، هذا ما اقتضاه فعلاً الفصل الثالث من مجلة الالتزامات والعقود: "... ما لم يصرح القانون بخلافه". ما يفيد أن عوارض الأهلية المتمثلة في تقييدها أو في فقدانها هي حالات استثنائية يجب أن ترد بنص صريح.

38. قيود الأهلية. تعرض المشرع في مجلة الالتزامات والعقود (الفصول 5 وما بعده) ومجلة الأحوال الشخصية (الفصول 155 وما بعده) إلى مختلف حالات تقييد الأهلية؛ التي يمكن ضمها إلى قسمين، المحجور عليهم لصغر سنهم، والمحجور عليهم لاختلال مداركهم العقلية.

39. رغم التنقية المتواصلة لفصول مجلة الالتزامات والعقود⁵⁰ وغيرها من المجلات الأخرى، كمجلة الأحوال الشخصية⁵¹، ومجلة الشغل... من الرواسب المتعلقة بالتمييز بين الأنثى (الجنس اللطيف أو الضعيف؟) والذكر في ما يتعلق بالأهلية، والتي يفسرها البعض بتأثير التشريع الإسلامي⁵² (الآن نجدتها في الحضارات الأخرى⁵³)، ما زالت بعض مظاهر هذا التمييز قائمة في التشريع المدني (النسب، اللقب العائلي.

⁵⁰ قانون عدد 17 لسنة 2000 مورخ في 7 فيفري 2000 الذي ألغى الفصل 831: "ليس للزوجة أن توجر نفسها للخدمة أو لرضاع الإبرياء زوجها وإلا فله فسخ الإجارة".

⁵¹ قانون عدد 52 لسنة 2007 مورخ في 14 ماي 2007 الذي يساوي بين الأنثى والذكر في ما يخص سن الزواج (الفصل 5 م.أ.ش).

⁵² II CHEKIR, le rôle du droit dans la promotion du statut des femmes: l'exemple tunisien, thèse de doctorat d'Etat, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1998, sp. pp. 407 et s.

⁵³ J. KARAGIOZIOGLU, droit civil, 2, la famille, les incapacités, 12^{ème} édition, Themis, Paris 1983, n° 158.

الحضانة، المهر...) والتي تفيد أن هذا التمييز هو في الواقع ظاهرة اجتماعية قد تجد تفسيرها في معطيات طبيعية يصعب تجاوزها.
40. هذا وتجدر الإشارة أن قيود الأهلية المسلطة على المحجور عليهم، لا تتعلق إلا بأهلية الأداء أو أهلية الممارسة والتصرف، أما أهلية الوجوب أو أهلية التمتع تظل قائمة لا حائل دونها، بل يهدف بالعكس تقييد أهلية الممارسة إلى تمكين المحجور عليهم من التمتع بحقوقهم كاملة وإن كان بواسطة.

41. الحجر للصغير⁵⁴. يعتبر المشرع بموجب قرينة مطلقة وغير قابلة للدحض⁵⁵ (الفصل 7 التزامات وعقود، والفصل 153 أحوال شخصية) أن كل إنسان ذكرا أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة هو رشيد أي ذو أهلية كاملة⁵⁶، فمن كان دون هذه السن يحجر عليه وتقيّد أهليته، ويشتد هذا القيد وتزداد صرامته بقدر ما يبتعد المرء عن سن الرشد.

42. فالصغير الذي لم يدرك الثالثة عشرة من عمره يعتبر عديم التمييز وتكون أهلية التصرف أو الممارسة لديه مقيدة بصفة كلية (الفصل 5 التزامات وعقود، والفصل 156 أحوال شخصية)، فجميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا⁵⁷ مهما

⁵⁴ محمد الشرفي وعلي المزعني، أحكام الحق، المرجع السابق، عدد 214 محمد الزين، العقد، المرجع السابق، عدد 88 وما بعده.

⁵⁵ إلا في ما يخص الحجر لصنف المداوك العقلية الذي يكون بموجب حكم صريح، الفقرة 48 وما بعدها أسفله.

⁵⁶ هرا تغيبني مدني عدد 9096 مؤرخ في 26 فيفري 1956، ق. ت. 1960 ص. 25.

⁵⁷ للاعتناء محمد الشرفي وعلي المزعني رأي آخر في ما يتعلق بالتصرفات النافعة، يراجع أحكام الحق، المذكور أعلاه، عدد 214.

كانت طبيعتها نافعة أو مضرّة، ولا يمكنه التصرف في شؤونه إلا بواسطة من له النّظر⁵⁸، علما أن تمثيل الصغير غير المميز لا يصح إلا بالنسبة للتصرفات النافعة وتلك المتعلقة بالإدارة⁵⁹، أما تصرفات التفويت "كالبيع والمعاوضة والكراء لمدة تتجاوز ثلاثة أعوام والإنزال وشركة المقاسمة والرهن وغير ذلك"⁶⁰ فهي تقتضي إجازة قاضي التقادير، الذي لا يمكنه في كل الحالات أن يأذن بالتبرع في حق القاصر.⁶¹

43. أما الصغير الذي أدرك سن التمييز و"تجاوز الثالثة عشرة من عمره تكون تصرفاته نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضرر المحض ويتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على إجازة الولي"⁶². تبين أحكام الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية أنه يجوز للقاصر ولو دون سن الرشد، أن يباشر بمفرده⁶³ التصرفات النافعة أي التي تثرية دون عوض⁶⁴، بينما تكون باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت مضرّة ولو صادق

⁵⁸ تعيبي مدني عدد 4232 مؤرخ في 6 فيفري 2001، ن 2001، ج 2، ص 73: "لم يوجب المشرع التوقيف في تحرير الكتب الحظي المبرم في حق القاصر من طرف ولته أن يبين اسم ولقب هذا الأخير وإنما يكفي ذكر اسم ولقب القاصر ما دامت ولاية الأب على ابنه القاصر وجوبية تليها لأحكام الفصل 155 من م. أ. ش."

⁵⁹ محمد الزين، العقد، المرجع السابق، عدد 91.

⁶⁰ الفصل 15 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶¹ محمد الزين، المرجع أعلاه، عدد 91 الفصل 16 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶² الفصل 156 م. أ. ش. تعيبي مدني عدد 7674 مؤرخ في 18 ديسمبر 1973، ن 73، ج 1، ص 75.

⁶³ ولا يحق لمعاند إن كان اهلا أن يحتج بعدم أهلية المعاصر الفصل 14 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶⁴ محمد الزين، نفس المرجع، عدد 93.

عليها من له النَّظر بما في ذلك قاضي التقادير⁶⁵. أمّا التصرفات التي هي بين هذين المنزلتين، فهي إمّا تصرفات إدارة ويتوقّف نفاذها على إجازة الولي أو المقدّم، وإمّا تصرفات تفويت ويجب في خصوصها الحصول على ترخيص القاضي⁶⁶.

44. بقدر ما يقترب الطّفل⁶⁷ من سنّ الرّشد بقدر ما تتأكّد لديه أهلية ممارسة حقوقه بمفرده، ويجوز ترشيده⁶⁸ انطلاقاً من سنّ معيّنة، ويكون ذلك إمّا بحكم القانون وإمّا من قبل القاضي.

45. التّرشيد. يكون التّرشيد بحكم القانون بموجب الزّواج،⁶⁹ على معنى الفصل 153 من مجلّة الأحوال الشخصية طبق ما تمّ تنقيحه بالقانون ع74د لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993، الذي أضاف للفصل 153 المذكور فقرة ثانية بما أصبح نصّه: "يعتبر محجوراً للصّغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة. وزواج

⁶⁵ الفصل 16 من مجلّة الالتزامات والعقود

⁶⁶ تعفيبي مدني عدد 25874، بتاريخ 6 نوفمبر 1990 ن.ت. 284.

⁶⁷ تعرّف مجلّة حماية الطّفل (القانون ع92د لسنة 1995 المؤرّخ في 9 نوفمبر 1995، الزّواج الرسمي ع90د لسنة 1995، ص 2205) في فصلها الثالث الطّفل: "المقصود بالطّفل على معنى هذه المجلّة، كلّ إنسان عمره أقلّ من ثمانية عشر عاماً ما لم يبلغ سنّ الرّشد بمقتضى أحكام خاصة"، فيما تعتبر مجلّة الأحوال الشخصية ومجلّة الالتزامات والعقود أنّ الحجر لصّغر السنّ يستمرّ إلى حدّ العشرين سنة كاملة، وكأني بالطّفل معيها قانونياً جديداً يختلف عن مفهوم صغر السنّ.

⁶⁸ محمد القترفي وعلى المزغني، أحكام الحقّ، المرجع السابق، عدد 233 وما بعده؛ محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، عدد 224 وما بعده؛ محمد الزّوين، العقد، المرجع السابق، عدد 94.

⁶⁹ ابتدائي مدني ع6492د، مؤرّخ في 23 مارس 1998، ق.ت. عدد 6 لسنة 1998، ص 181: "لا تفقد المرأة التي تجاوز عمرها السابعة عشر أهليتها القانونيّة في صورة الطّلاق وذلك بعد أن كانت ترشّدت بموجب الزّواج على معنى الفصل 153 من م.أ.ش. وبالتالي يمكنها إتمام عقد زواج ثان بدون موافقة الولي إذ إنّ معيار التّرشيد يتعلّق بمؤسّسة الزّواج سواء كانت قائمه أو منحلّة".

القاصر يرشّده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلّق بحالته الشخصيّة ومعاملاته المدنيّة والتّجاريّة⁷⁰. حسب منطوق الفقرة الثّانية للفصل 153 من مجلّة الأحوال الشخصية، يصبح رشيداً بحكم القانون من تزوّج دون العشرين سنة كاملة، أي من تزوّج طبقاً لأحكام الفصل 5 من نفس المجلّة، الذي يقتضي: "يجب أن يكون كلّ من الزّوجين خلوا من الموانع الشرعيّة، وزيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرّجال وسبع عشرة سنة كاملة من النّساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج. وإبرام عقد الزّواج دون السنّ المقرّر يتوقّف على إذن خاص من الحاكم. ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزّوجين". غير أنّ المشرّع تدخل مرّة أخرى بالقانون ع32د لسنة 2007 المؤرّخ في 14 ماي 2007⁷¹ بتعويض الجملة التي نصّها: "زيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرّجال وسبع عشرة سنة كاملة من النّساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزّواج." بالجملة الثّالثة: "زيادة على ذلك فكلّ من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج". لكن هذا التّفكيح لم يشمل الفصل 153 المشار إليه أعلاه، الذي بقي على حالته وما زال يعتبر أنّ: "زواج القاصر يرشّده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره"، هذا ما أحدث تضارباً بين الفصلين 5 و153 من

⁷⁰ في ما يتعلّق بميدان التّرشيد وإمكانية سجنه على الحياة التّجاريّة، يراجع محمد القترفي، المرجع السابق، أحكام الحقوق، المرجع السابق، عدد 237.

⁷¹ الرّأى الرسمي ع42د لسنة 2007، ص 851.

مجلة الأحوال الشخصية، إذ أصبح الفصل 5 يرى أن السن الدنيا للزواج هي ثمانية عشر سنة كاملة، بينما بقي الفصل 153 يعتقد أن هذه السن هي السابعة عشرة. يبدو حل هذه الصعوبة هينا على معنى الفصل 542 من مجلة الالتزامات والعقود⁷² المتعلق بنسخ القانون القديم بالقانون الجديد، غير أن هذا الحل سيؤدي إلى التوسع في الاستثناء أي التوسع في عوارض الأهلية، ويكون بذلك مخالفا للفصلين 540 و 541 من نفس المجلة⁷³. مما يجعل تدخل المشرع في هذا المجال ضروريا لتوحيد كل هذه الأحكام المتعلقة بسن الرشد والترشيد.

46. أما الترشيد القضائي فهو يتم بإذن من القاضي ويكون إما مقتدا⁷⁴، أي منحصرا في مجال معين ولمباشرة حقوق محددة، وتكون تصرفات الصغير المرشد الذي أتم الخامسة عشرة⁷⁵ نافذة صحيحة⁷⁶، وإما مطلقا إذ يصوغ للمرشد طبق إذن القاضي أن يباشر جميع حقوقه المدنية بداية من إتمام الخامسة عشرة من عمره، غير أن الفصل 6 من المجلة التجارية اشترط لغاية الترشيد لممارسة النشاط التجاري أن يبلغ الطفل سن الثامنة عشرة، وفي ذلك تضارب

⁷² "لا تنسخ القوانين إلا بقوانين بعدها إذا نصت المتأخرة على ذلك نصا صريحا أو كانت منافية لها أو استوعبت جميع فصولها".

⁷³ الفصل (540): "ما به قيد أو استثناء من القوانين العمومية أو غيرها لا يتجاوز القدر المحصور مدة وصورة".

الفصل (541): "إذا أوجبت الضرورة لتأويل القانون جاز التفسير في شدته ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التصديق أبدا".

⁷⁴ محمد الشرفي وعلي المزعني، المرجع السابق، عدد 233.

⁷⁵ الفصل 159 أ.ش.

⁷⁶ الفصل 158 أ.ش.

مع صريح الفصل 159 من مجلة الأحوال الشخصية، الذي جاء مطلقا واقتضى أنه: "لا يمكن ترشيد الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة"، فلا مجال عندئذ لاستثناء الأعمال التجارية من دائرة الحقوق المدنية وإفرادها بنص خاص، لكن هذا ما فعل المشرع. سواء كان الترشيد مطلقا أو مقتدا فإنه يمكن للقاضي الرجوع فيه إن قام لديه موجب في ذلك⁷⁷.

47. تؤكد أحكام الحجر للصغر القاعدة الأساسية التي تقوم عليها مسألة الأهلية، أن مبدأ الأهلية هو الأصل وأن قيودها استثناءات، فهي تشتت حسب ابتعاد القاصر عن سن الرشد وتلين بقدر اقترابه منها، كما أن هذا الرأي سيتدعم في خصوص الحجر لاختلال المدارك العقلية.

48. الحجر⁷⁸ لاختلال المدارك العقلية. يشكّل الحجر لاختلال المدارك العقلية قيودا آخر من قيود أهلية التصرف أو الممارسة وهو لا ينحصر في الرشد بل يشمل المرء في كل ردهات حياته وقد يتسلط حتى على القاصر للصغر⁷⁹، علما أن في هذا المجال أيضا يظل مبدأ الأهلية هو الأصل في ما تكون قيودها استثناء، وهي تشتت بقدر شدة خلل المدارك العقلية وتلين بقدر لينها. كما تجدر الإشارة إلى كون الحجر لاختلال المدارك العقلية مهما كان نوعها (جنون أو ضعف

⁷⁷ الفصل 158 أ.ش.

⁷⁸ يعني الفصل (ر) من مجلة الالتزامات والعقود، والفصل 157 من المجلة التجارية والحجر على المفلين وكذا الفصل (3) من المجلة الجنائية بالنسبة للمحكوم عليهم من أجل جنحة واحدة بالنسبة لمدة تجاوز العشرة أعوام، محمد كمال شرف الدين، المرجع السابق، عدد 230، نسير بن عمر، المرجع السابق، عدد 2.

⁷⁹ الفصل 157 م. أ.ش.

مدارك عقلية أو سفه) لا يتسلط على شخص إلا بموجب حكم بعد أخذ رأي أهل الاختصاص⁸⁰.

49. يعرف الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية المجنون بكونه: "الشخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أم متقطعا تعثره فترات يثوب إليه عقله فيها". يكون الجنون حسب هذا التعريف الحالة القصوى في اختلال المدارك العقلية، وهو أبعد حالات الإنسان عن الإدراك والأهلية. من ذلك أن حكم تصرفات المجنون هو أشد حكم وهو حكم تصرفات الصغير غير المميز، أي أن جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا (الفصل 5 التزامات وعقود، والفصل 162 أحوال شخصية) ولا تكون نافذة إلا بمساعدة ولّيه على المعنى الذي قرره المشرع بالنسبة للصغير غير المميز⁸¹. أما آثار حكم الحجر بالنسبة للمحجور عليه للجنون فهي مطلقة، وتنسحب على جميع تصرفات المجنون السابقة واللاحقة لحكم الحجر، هذا ما اقتضاه الفصل 163 من مجلة الأحوال الشخصية، عندما وازى بين تصرفات المجنون واعتبرها غير نافذة بصفة مطلقة⁸² وتصرفات ضعيف العقل السابقة للحجر التي اعتبرها قابلة للإبطال إذا اشتهر صاحبها بضعف عقله عند إبرامها. معنى ذلك أنه إذا قبل المشرع بإمكانية إبطال

⁸⁰ الفصل 161 م. أ. ت. 1: تعفي مدني عا 2722 دد، مؤرخ في 27 سبتمبر 1994، ق. ب. عدد 3 لسنة 1990، ص 33.

⁸¹ الفقرة عدد 27 أعلاه.

⁸² الفصل 533 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

تصرفات ضعيف العقل السابقة لحكم الحجر فمن باب أولى وأحرى أن يقبل بذلك بالنسبة لتصرفات المجنون.

50. "أما ضعيف العقل فهو الشخص الغير كامل الوعي السيء التدبير الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة ويغبن في المبيعات" وهو حسب منطوق الفقرة الثانية من الفصل 160 من مجلة الأحوال الشخصية في درجة أقل حدة من المجنون في ما يتعلق باضطراب مداركه العقلية، ويكون نتيجة لذلك حكم تصرفاته أقل شدة، بل ينزله المشرع منزلة الصغير المميز على معنى الفصل 6 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص:

"للاشخاص الآتي بيانهم أهلية مقيدة وهم:

- الصغير الذي عمره بين ثلاث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو ولّيه.
- والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها".

معنى ذلك أن تصرفات ضعيف العقل نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض، وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت من قبيل الضرر المحض، ويتوقف نفاذها على إجازة المقدم عليه في ما عدا هذين الحالتين⁸³. أما آثار حكم الحجر فهي مزدوجة؛ فما هو لاحق لحكم الحجر من التصرفات يخضع لأحكام الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية المشار إليها أعلاه،

⁸³ الفصل 156 م. أ. ت. 1.

في ما يمكن إبطال التصرفات السابقة لحكم الحجر إذا اشتهر صاحبها بضعف عقله (الفصل 163 أحوال شخصية)⁸⁴.

51. أخيراً يعرف الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية: "السفيه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف" فالسفه أقل درجات اختلال المدارك العقلية والسفيه أقرب المحجور عليهم من الأهلية. هذا ما يجعل الحكم القاضي بالحجر على السفيه لا ينصرف إلا على المستقبل ولا أثر له على الماضي⁸⁵، فتكون التصرفات السابقة للحكم "نافذة لا رجوع فيها" والتصرفات اللاحقة له "يتوقف نفاذها على إجازة وليه"⁸⁶.

52. فقدان الأهلية. تعتبر الأهلية مفقودة بصفة كلية عندما يحول نص قانوني أو جملة من النصوص دون ممارسة حق معين سواء بصفة مباشرة أو بواسطة. يكون عندئذ الشخص محروماً بصفة تامة لا من ممارسة حقه بل حتى من التمتع به، أي أنه لا ينتفع لا بأهلية الوجوب أو التمتع ولا بأهلية التصرف أو الأداء أو الممارسة. يقضي المشرع بصفة عامة بفقدان الأهلية عندما يمنع بموجب نص صريح تصرفاً

⁸⁴ تعديلي مدني ع2005، مؤرخ في 15 أكتوبر 1963، ج 4، ص 56؛ "وعد ضعف العقل بيع عقاره 2877، مؤرخ في 3 نوفمبر 1981، ن 1981، ج 4، ص 56؛ "وعد ضعف العقل بيع عقاره قبل الحكم عليه بالحجر ونصب مقدم عليه لا يصح ولا يصح على المقدم رد ما أخذه محجوره من العربون وبذلك فإن الحكم الصادر بعدم سماح دعوى الموعود له في إتمام البيع يكون في طريقه ولا ملحق فيه".
⁸⁵ تعديلي مدني ع2005، مؤرخ في 15 أكتوبر 1963، ق 1، ص 52؛ "إن التصرفات السابقة عن الحجر من أجل ضعف العقل يمكن إبطالها إذا كان المحجور عليه مستهترا به وقت إبرامها بخلاف الحجر من أجل السفه فإن التصرفات السابقة عنه تبقى نافذة".

⁸⁶ الفصل 165 أ. ش.؛ تعديلي مدني ع2005، مؤرخ في 13 جانفي 2000، ن 2000، ج 1، ص 15.

معيناً على صنف معين من الأشخاص لأسباب تهم النظام العام وحماية الغير.

53. موانع الزواج. قد تبدو مسألة أهلية الزواج خارجة عن نطاق النظرية العامة للالتزامات لما يميز "عقد" الزواج من خصوصيات، غير أن الزواج يبقى عقداً ولو كان من نوع خاص. يعتبر حق الزواج من الحقوق الأساسية المكونة للشخصية القانونية ولا يعقل مبدئياً أن يحرم أي كان من ممارسة هذا الحق في كنف الحرية⁸⁷، غير أن المشرع إلى جانب اشتراط الأهلية كركن من أركان الزواج، جاء في جملة من الفصول ولأسباب تتصل بصفة مباشرة بمفهوم النظام العام، أي أنها متغيرة ومتطورة ومتصلة بالمعطيات الاجتماعية والأخلاقية وحتى الدينية (زواج المسلمة بغير المسلم)، ليقيد من هذه الحرية وليفقد الإنسان أهلية التمتع بهذا الحق، إما لمدة معينة (الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية، في ما يتعلق بسن الزواج والفصل 14 الفقرة 2 من نفس المجلة في ما يخص العدة أو تعلق حق الغير) أو بصفة أبدية (الفصل 14 الفقرة الأولى من مجلة الأحوال الشخصية بالنسبة للقرابة أو المعاصرة أو الرضاع أو التطلاق ثلاث).

54. مرض الموت⁸⁸. جاءت مؤسسة مرض الموت، وهي مؤسسة موروثية مباشرة عن التشريع الإسلامي⁸⁹، لتقيّد أهلية من يشكو منه بأن تمنع عنه بعض التصرفات كالبيع والإسقاط على معنى الفصول 354، 355 و 565 من مجلة الالتزامات والعقود، والهبة على معنى الفصلين 179 و 206

⁸⁷ محمد كمال شرف الدين، القانون المدني، المرجع السابق، عدد 206، 1 بين الفصل 118 من مجلة الالتزامات والعقود: "كل شرط من شأنه أن يمنع أو يعيق على إبرام عقد، ما له من حقوق البشرية كحق التزوج ... فإنه باطل وبه يبطل العقد ...".

⁸⁸ نذير بن عمرو، قانون مدني، العقود الخاضعة، اليوم والمعاوض، مركز النشر الجامعي، 2007، عدد 30 وما بعده والهامش.

⁸⁹ نذير بن عمرو، المرجع السابق، عدد 31.

من مجلة الأحوال الشخصية، واعتبرت هذه الفصول أن تصرفات المريض في مرض موته لا تصح إلا بمصادقة جميع الورثة إن كانت لوارث⁹⁰، بينما لا تمضي إلا في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف الجنازة إن كانت لغير وارث⁹¹. تقوم عندئذ هذه المؤسسة كحائل دون ممارسة المرء لحقه المطلق للتصرف في ممتلكاته، أي كشكل من أشكال فقدان الأهلية⁹² بمناسبة تصرفات قانونية معينة.

55. تعاقد الشخص مع نفسه⁹³. يقتضي الفصل 549 من مجلة الالتزامات والعقود، أن: "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة". يضع هذا الفصل قاعدة مفادها أن النائب ليس له أن يتعاقد مع نفسه في ما أنيب عليه سواء عن أصيل واحد أو أصيلين اثنين⁹⁴ أو أكثر.

56. في صورة النيابة عن أصيل واحد سيتولى النائب في الواقع التعاقد مع نفسه وفائدتها ويكون التعاقد عندها باطلا بطلانا مطلقا حسب منطوق الفصل 549 أعلاه. يتأسس هذا البطلان على الريبة التي تحيط بهذه العملية، ويشمل هذا البطلان جميع أنواع التصرفات والعقود وينسحب

⁹⁰ الفصل 354.

⁹¹ الفصل 355.

⁹² أثارت في الواقع مسألة أساس بطلان تصرفات المريض في مرض موته ترددا على مستوى هذه القضية (راجع نذير بن عتو، المرجع السابق، عدد 35 وما بعده) واعتبر في الأول من قبل عيوب الرضا بينما أرجع إلى مفهوم النظام العام لاحقا دون ربطه بمسألة الأهلية بحقة واصحة.

⁹³ محمد بوقرة شعبان، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2005-2006.

⁹⁴ محمد الرين، العقد، المرجع السابق، عدد 116.

على جميع الثانبيين مهما كانت صفتهم⁹⁵. اعتبر جانب من الفقه⁹⁶ أن مقتضيات الفصل 549 تتأكد في الفصول 566 إلى 570 من مجلة الالتزامات والعقود التي تتعلق بالبيع⁹⁷، كما نحى فقه القضاء في مرحلة أولى نفس المنحى⁹⁸، غير أنه تخلّى عن هذا الرأي وأقر أن ميدان الفصل 549 يختلف عن ميدان الفصول 566 إلى 570⁹⁹.

57. كما قد يحدث أن يكون النائب في نفس الوقت ممثلا لطرفي التصرف القانوني، أو حتى لمختلف أطرافه في صورة تعددهم، وتطرح عندها مسألة معرفة مدى جواز التصرفات المبرمة في حق مختلف هؤلاء الأصول. مهما بدت عبارة الفصل 549 مطلقة: "من كان له التصرف بالنيابة..." فإنه يصعب سحبها على هذه الوضعية، لأن المتصرف هنا لا يعقد لنفسه إنما في حق غيره، ولو بدا ظاهريا يتصرف لفائدة شخصه، فهو يمثل أصيلين أو أكثر ويعقد لفائدة من ينوب ولا لفائدة نفسه.

58. الفصول 566 إلى 570. في إطار حالات فقدان

الأهلية، تعرض المشرع صلب الفصول 566 إلى 570¹⁰⁰ من مجلة الالتزامات والعقود إلى جملة من الأشخاص قيد بناء

⁹⁵ نذير بن عتو، المرجع السابق، عدد 48.

⁹⁶ محمد الرين، العقد، المرجع السابق، عدد 116.

⁹⁷ راجع الفقرة عدد 58.

⁹⁸ نذير بن عتو، المرجع السابق، عدد 47.

⁹⁹ نذير بن عتو، المرجع السابق، عدد 48.

¹⁰⁰ محمد الشرفي وعلى المزغني، أحكام الحقوق، المرجع السابق، عدد 204؛ نذير بن عتو، المرجع

السابق، عدد 42 وما بعده.

على صفتهم البعض من تصرفاتهم، فجاء يفقدهم أهلية ممارسة تصرفات معينة. نظرا للطابع الاستثنائي¹⁰¹ للفصول 566 إلى 570 تكون مبدئيا القيود الواردة صلبها منحصرة في جملة من الأشخاص لا يجوز التوسع في قائمتهم، وفي نوع معين من التصرفات لا يمكن التسج على منوالها.

59. جاء الفصل 566 من مجلة الالتزامات والعقود يمنع الاكتساب بالشراء أو بالإحالة حقا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم¹⁰² التي يباشرون بها وظيفتهم، القضاة وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام سواء كان ذلك باسمهم أو بواسطة غيرهم. يحصر هذا الفصل حالات المنع في عمليتي البيع (أو الشراء) والإحالة، ما يتنافى وطابعه الاستثنائي لكون عملية الإحالة تشمل في الواقع مفهوم البيع، بل قد تنسحب على تصرفات أخرى من أوجه انتقال الالتزامات كالحالة والحلول...¹⁰³ ما يجعل الصبغة الحصرية لهذا النص غير متأكدة، كما أن نفس الفصل قصر المنع على القضاة وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام، في حين تعرضت الفصول الموالية إلى أشخاص آخرين شملهم المنع بالنسبة لتصرفات مماثلة.

¹⁰¹ الفقرة 24 أعلاه.

¹⁰² تعقيبي منفي ع7606دد مؤرخ في 26 مارس 1959، ق. ت. 1960. عهده، ص 33.
- الفصل 566 من المجلة المدنية إنما ورد على سبيل الاستثناء للحد من إرادة المتعاقدين لاعتبارات خارجة عن موضوع العقد.
- يجب تطبيق الفصل 566 المذكور بدون إمكانية التوسع فيه بحال.
- بمجرد صدور الحكم النهائي لا يبقى مجال للقول بأن الحقوق متنازع فيها لأن النزاع قد انتهى فيها فعلا ويرفع حينئذ التحجير.

- نتيجة المحامين تنتهي بصور الحكم في القضية.

¹⁰³ الفصول 199 وما بعده التزامات وعقود.

60. أما الفصل 567 من مجلة الالتزامات والعقود فقد جاء هو الآخر يحضر الشراء والإحالة على جملة من الأشخاص وهم القضاة وكتاب المحاكم والعدول والمحامون ووكلاء الخصوم وأموررو الدولة ويشمل هذا المنع الأموال أو الحقوق أو الديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم. الملاحظ أن هذا الفصل لا يخلو بدوره من التضارب والتكرار مع ما سبقه. فالمنع الوارد بالفصل 566 يهتم الحقوق المتنازع فيها وهو أشمل من المنع الوارد صلب الفصل 567 الذي لا يتعلق إلا بالأموال أو الحقوق أو الديون المأمورين ببيعها أو التي يكون بيعها بإذن منهم، وقد ينسحب ميدان الفصل 566 على ميدان الفصل 567. من ناحية ثانية جاءت قائمة الأشخاص الممنوعين من الشراء والإحالة الواردة بالفصل 567 أشمل من قائمة الفصل 566 وهي تضم إلى جانب القضاة وكتاب المحاكم والمحامون ووكلاء الخصام، العدول وأموررو الدولة. هذا ما يزيد في تضارب هذين الفصلين، ويفقد صبغتهما الحصرية الدقة الضرورية لنجاعتها.

61. يتأكد هذا الاضطراب بين الفصلين 566 و 567 بقراءة الفصل 568 من نفس المجلة الذي أورد قائمة مطولة لمن منع عليهم قبول إحالة ما وقع تفويته (وهو تصرف شمله بعد الفصلان 566 و 567 التزامات وعقود)، وهم وكلاء الإدارات البلدية ورؤساء المصالح العامة والأوصياء والمقدمون والمتصرفون في أموال أبنائهم وأماء التفلّيس

والأشخاص المعينون لتصفية حساب الشركات عند انحلالها كما يضيف الفصل 569 من مجلة الالتزامات والعقود إلى هذه القائمة السماسرة والخبراء.

62. يترتب عن قراءة كل هذه الفصول أن ميدانها جاء شاملاً ويضم كل عمليات الإحالة والتفويت، للحقوق التي يتصرفون فيها بالنيابة عن غيرهم سواء بموجب وظيفتهم أو بموجب توكيل، وهم بصفة عامة الموظفون (القضاة، كتاب المحاكم، وكلاء الإدارات البلدية...) والوكلاء (الأوصياء، المقدمون، أمناء التفليس...).

يتبين بناء على ذلك أن القوائم الواردة صلب الفصول المذكورة تشمل كل من تصرف بالنيابة عن غيره، كما أن الفصول 566 إلى 570 من مجلة الالتزامات والعقود، تمنع كل عقد يبرمه لنفسه المتصرف بالنيابة عن غيره (أو كان محمول على ذلك)، سواء كان شراء أو إحالة أو تفويت. فكان بإمكان المشرع أن يستغني عن كل هذه الفصول وأن يكتفي بما جاء بالفصل 549 من مجلة الالتزامات والعقود: "من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"، خاصة أن الفصل 570 من نفس المجلة الذي جاء يعرف الوساطة أورد هو الآخر قائمة غير حصرية لمن يعتبرهم واسطة وهم أزواج الأشخاص المذكورين بالفصول 566 و567 و568 و569 وأولادهم وإن كانوا رشداً، علماً أن الوساطة لا يمكن أن تنحصر في من ذكرهم ويمكن أن تمتد إلى الأصهار والخلان

والأصدقاء، وهي في الواقع موكولة لاجتهاد القاضي. علاوة عن أن صياغة النص لا تفيد الحصر إذ لو كان الأمر كذلك لاعتمد المشرع صياغة أخرى، كقوله مثلاً: "هم واسطة بالنسبة للفصول..."¹⁰⁴.

القسم الثاني : النظام العام

63. أهمية مفهوم النظام العام في المادة القانونية¹⁰⁵ وفي التصرفات القانونية بصفة أخص، ثابتة لا غبار عليها. فالأستاذ محمد الزين يتعرض لهذا المفهوم في ما لا يقل عن الثمانية وثلاثين مناسبة في كتابه "العقد"¹⁰⁶، وفي مجالات عديدة كالأهلية أو المحل أو السبب أو البطلان... أما الأستاذ (J. GHESTIN)¹⁰⁷ فهو يختص بدراسة مفهوم النظام العام ما يزيد عن الخمسين صفحة، وقائمة الفقهاء الذين انكبوا على هذه المسألة طويلة¹⁰⁸. لكن رغم هذه الأهمية يبقى مفهوم

¹⁰⁴ رأت محكمة الاستئناف عد 2973 دد موزح في 11 نوفمبر 1971، و. ت. ع. ا. عد ل. 1972 ص 105، خلاف ذلك واعتبرت أن الفصل 570 جاء على سبيل الحصر وأنه لا يوسع التوسع فيه.

¹⁰⁵ في ما يخص مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، محمد العري هاشم، مفهوم النفع بالنظام العام عند القاضي التونسي، المجلة القانونية للتربية 1976 - (1) ص 11.

¹⁰⁶ النظرية العامة للالتزامات، العدد الرابع، المرجع السابق.

¹⁰⁷ Le contrat formation, 2^{ème} éd. L. G. D. J., Paris, 1988, pp. 84 et s., n° 93 et s.

¹⁰⁸ Cf. L. FLOU DE LA MORANDIERE, l'ordre public en droit privé interne, études Capitain, 1939, p. 381; G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, Paris, 1949, n° 22 et s.; l'ordre économique et la liberté contractuelle, études Gény, t. 2, p. 347; BONNECASE, la notion juridique de bonnes mœurs; sa portée en droit civil français, études Capitain, 1939, p. 91; Ph. MALAURIE, l'ordre public et le contrat (étude de droit civil comparé France - Angleterre) - R. S. S. thèse Paris, 1953, préface P. ESMEIN; Rep. Vallois de droit civil, ordre public; Travaux de l'association H. CAPITAIN, tome VII, 1951, p. 648; G. FARJAT, l'ordre public économique, thèse Dijon

النظام العام أكثر المفاهيم القانونية ضبابية وأقلها وضوحاً، فالأستاذ (MALAURIE)¹⁰⁹ عثر على اثنين وعشرين تعريفاً لمفهوم النظام العام لما يتميز به هذا المفهوم من غموض، وهو حسب تعبير الفقه تابع للمفاهيم ذات المحتوى المتغير (les notions à contenu variable)¹¹⁰ التي يصعب حصرها في تعريف واضح، شأنه شأن مفهوم العدل، أو مفهوم الإنصاف، أو مفهوم الحرية، أو مفهوم المساواة.

64. يتعرّض المشرّع إلى مفهوم النظام العام في مجالات عدّة¹¹¹؛ كالفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلّق بمحلّ الالتزام¹¹²، والفصل 67 من نفس المجلة في ما يخصّ السبب¹¹³، والفصل 77 من مجلة الالتزامات والعقود الحامل على دفع غير المستحق¹¹⁴، والفصل 117 من مجلة الالتزامات والعقود المنظم للشرط¹¹⁵، وخاصة الفصل 557 من مجلة الالتزامات والعقود الذي أورد قاعدة عامة مفادها: "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق

1963, L. G. D. J., préface B. GOLDMAN ; J. HAUSER, Rep. Dalloz de droit civil, 2è éd., ordre public et bonnes mœurs

¹⁰⁹ l'ordre public et le contrat, op. cit., p. 261.

¹¹⁰ J. GHESTIN, l'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français, m. Les notions à contenu variable en droit, études publiées par Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Bruxelles 1984, p. 77 et s.

¹¹¹ وقف عندها بعد الفقه وأشارنا إليها بالفقرة عدد 61.

¹¹² "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه".

¹¹³ "الالتزام المعيني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام".

¹¹⁴ "يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة".

¹¹⁵ "كل شرط متعلق بمحال أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكناً فيما بعد".

بينهما قدّمت المنفعة العامة". لكن رغم تعدّد الفصول التي تناولت مفهوم النظام العام، لم يحاول المشرّع تعريف هذه المؤسسة، بل أوكل ذلك لاجتهاد القاضي تحت رقابة محكمة التعقيب¹¹⁶. للإحاطة بهذه المؤسسة، سنقف على التوالي عند تطوّر مفهوم النظام العام وأثر النظام العام.

الفقرة الأولى : تطوّر مفهوم النظام العام

65. عرف مفهوم النظام العام وبحكم مرونته تطوراً عبر الزمان، واكب دور الدولة في الحياة الاقتصادية ومدا تدخّلها في المعاملات القائمة بين أفراد المجتمع والمشكلة للنسيج الاقتصادي والاجتماعي للبلاد. فمن دور الحارس والرقيب للحياة الاقتصادية والاجتماعية، أصبحت الدولة طرفاً بالمعنى الأكمل في جميع المجالات، هذا ما انعكس على دور المصلحة العامة وعلى مفهوم النظام العام.

أ - المفهوم التقليدي للنظام العام

66. كان مفهوم الدولة في ظلّ النظام الليبرالي التقليدي، عملاً بشعار "دعه يفعل، دعه يمر"، منحصرًا في مراقبة الحياة الاقتصادية والاجتماعية عن بعد ودون تدخّل مباشر في المنظومة الاجتماعية التي كانت تخضع إلى

¹¹⁶ N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse de Doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1996, sp n° 546 et s.

المبادرة الفردية. من ذلك أن الدولة كانت تلعب دور الحارس للحياة الاقتصادية والاجتماعية، ولا تتدخل إلا في مناسبات نادرة عندما تعتبر أن الحرية الفردية أخلت بالنظام العام وبالأخلاق الحميدة.

67. كان مفهوم النظام العام في تلك الفترة ملازماً لمفهوم الأخلاق الحميدة¹¹⁷، وخاصة مصطبغا بالبعد الأخلاقي والسلوكي الذي يجب أن يميز المعاملات الاجتماعية. فلا تهتم النظام العام، إلا قواعد القانون الجزائي إذ لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة، وقواعد تنظيم الدوايب الأساسية للدولة¹¹⁸، وقواعد قانون العائلة¹¹⁹، والبعض من القواعد الأخرى التي أولاها المشرع أهمية خاصة وأوردها في صيغة الوجوب¹²⁰. أما القواعد المنظمة لمادة الالتزامات، فقد ضلّت لمدة طويلة خارجة عن دائرة النظام العام، وخاضعة لحرية الأطراف المطلقة ولسلطان إرادتهم¹²¹.

غير أن هذا التصور التقليدي لمفهوم النظام العام الذي ظهر ونمى في ظلّ نظام اقتصادي ليبرالي يفترض انسحاب الدولة من المجالين الاقتصادي والاجتماعي واكتفائها

¹¹⁷ وهو المفهوم الذي كرّسه المشرع في الفصول 67 و 77 و 117 ... المشار إليها أعلاه.

¹¹⁸ مثل ذلك قواعد الاختصاص الحكمي للمحاكم، الفصل 17 م. م. ت.، تعفيبي مدني عدد 75 مؤرخ في 15 ماي 1975، تعفيبي مدني عدد 108 مؤرخ في 15 جانفي 1977، يعكس قواعد الاختصاص الترابي التي يجوز الاتفاق على إحداها، تعفيبي مدني عدد 8983 بتاريخ 10 جويلية 1972.

¹¹⁹ تعفيبي مدني عدد 319، مؤرخ في 17 جانفي 1961، ق. ب. عدد 6، سنة 1961، ص 44.

¹²⁰ "الدعوى المتعلقة بحقوق الأسرة تهتم النظام العام، ..."

¹²¹ J. GHESTIN, le contrat, op. cit., n° 97.

¹²² محنت الزّين، العقد المرجع المتأنيق، عدد 36 وما بعده.

J. GHESTIN, le contrat, op. cit., n° 31 et s.

بالتدور السياسي والعسكري، كان ممكناً في نموذج اجتماعي محافظ يقوم على مبادلات اقتصادية موسمية قوامها الثقة المتبادلة والتكافؤ في القوى والحرية والمساواة. لكن هذه القيم رغم نبيلها سرعان ما بيّنت حدودها وأدى ذلك إلى ظهور مفهوم حديث للنظام العام.

ب - النظام العام الاقتصادي والاجتماعي

68. تغيّر النمط الاجتماعي الذي ميّز تاريخ البشرية في بداية القرن العشرين إثر الثورة الصناعية، وظهور مدن كبرى مكان القرى الفلاحية التقليدية، أدى إلى تصاعد وتسارع نسق المبادلات والمعاملات¹²² تراجعت القيم التي كانت تسوس مادة المعاملات كمبادئ الحرية والمساواة، وظهرت حذوها ثوابت جديدة كالسرعة والنّجاعة والانتماء¹²³. أدّت هذه الحركة إلى تكاثف تدخل الدولة في جميع مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ومن دور الحارس والرقيب أصبحت الدولة تلعب دور الطرف على المعنى الأكمل في مختلف مكونات الحياة الاجتماعية

¹²² حاشته مع ظهور الشبكة العنكبوتية التي جعلت من العالم قرية.

¹²³ حول الأسرة التي مرّ بها العقد خاصة في القانون الفرنسي نظراً لتشبهه بالقيم الاقتصادية تأخرت الفانونية.

II. BACHEGL, la crise du contrat et sa portée, arch. philo. du droit, 1968, p. 13 et s. ; V. BARREYRE, l'évolution et la crise du contrat, thèse Bordeaux, 1937, ; P. HEBRAUD, rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, mélanges Maury, t. II, p. 420 ; R. SAVATIER, métamorphoses des doctrines et doctrines du droit civil, t. I, 2^{ème} éd., p. 19 et s.

والاقتصادية. تجسّم هذا الدور في اتجاهين اثنين، اتجاه وقائي وحمائي واتجاه توجيهي.

69. تمثّل الدور الحمائي للنظام العام الحديث في سنّ ووضع قوانين حمائية لفائدة الطّرف الضعيف (حماية الشّغّالين¹²⁴، حماية المستهلك¹²⁵، حماية الطّفل¹²⁶، حماية المعوقين¹²⁷) ترد في شكل قواعد أمرّة لا يمكن مخالفتها لما توليه لها الدّولة من أهميّة، ولما قد يترتّب عن خرقها من عقاب جزائي.

70. أمّا الدور التّوجيهي للنظام العام الحديث، فهو يعكس السياسة العامّة للبلاد والخيارات الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، والتي لولاها لما أمكن للدّولة تنظيم وترتيب الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

يمكن في هذا الإطار الحديث عن النّظام العام الإنمائي (ordre public de développement) الخاصّ بالدّول النّامية الذي يختلف عن النّظام العام الاقتصادي في الدّول الغنيّة، لاختلاف اهتمامات كلّ من الشّقّين. فبقدر ما تسعى الدّول الغنيّة إلى الحفاظ على امتيازاتها والزيادة في ثرواتها، بقدر ما تحاول الدّول النّامية تحقيق الضّروريات الحيّاتية لمواطنيها، ويحقّق التساؤل في هذا الإطار حول الفائدة المرجوة من النّظام العالمي الجديد بالنّسبة لدول العالم الثالث،

¹²⁴ خاصة من خلال الاتفاقيات المشتركة.

¹²⁵ القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك.

¹²⁶ مجلة حماية الطّفل المذكورة سابقاً.

¹²⁷ القانون التوجيهي عدد 83 لسنة 2005 المؤرخ في 15 أوت 2005 المتعلق بالتهوّض بالأشخاص المعوقين وحمائهم.

ومدى تحقّق عولمة وحرية تنقّل اليد العاملة بين الدّول، أم هل سيتواصل استغلالها عن بعد؟

71. يتجلى النّظام العام التّوجيهي على مستوى التّراخيص التي تراقب من خلالها الدّولة جملة من العقود لها مساس بالسياسة العامّة للبلاد كاليوعات العقارية للأجانب، أو التّفويت في الأراضي الفلاحية¹²⁸. كما يتجلى أيضاً هذا النّظام العام التّوجيهي من خلال بعض النّصوص الجزائية الرّامية إلى تنظيم المعاملات الاقتصادية، كالفصل 139 من المجلّة الجنائية الهادف إلى حماية حرية الأسعار في السوق، وجملة النّصوص الخاصة الأخرى المنظّمة لمختلف المهن والحرف¹²⁹.

الفقرة الثّانية : أثر النّظام العام

72. يشكّل مفهوم النّظام العام بدون شكّ قيداً لإرادة الإنسان لإنشاء ما يرغب من التّصرفات القانونية، فهو يتدخّل في حقّ المصلحة العامّة ليمنع روابط والتزامات أرادها صاحبها بمحض رغبته. إلّا أنّ هذا التدخّل عرف هو الآخر تطوراً موازياً لتطوّر مفهوم النّظام العام نفسه.

¹²⁸ M. K. CHARFEDDINE, les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, prêt M. L. HACHEM, C. E. R. P., Tunis 1993, pp. 17 et s.

¹²⁹ محمد الحناوي، مدوّنة القوانين الأخرى النّشطة في المراسم الاقتصادية، مطبعة الحليج بالحداد، 1980.

أ - أثر النظام العام التقليدي

73. يتمثل النظام العام التقليدي في جملة من الإحالات¹³⁰ يقوم بها المشرع لفائدة القاضي، يكفي خلالها بالتنصيص على وجوب احترام مقتضيات النظام العام، دون تحديد محتوى هذا المفهوم ودون ترتيب آثاره بصفة مدققة. نتيجة لذلك لا يتدخل النظام العام التقليدي إلا عن طريق فقه القضاء وبصفة لاحقة لقيام التصرف القانوني.

74. يلعب فقه القضاء الدور الأساسي في مراقبة مطابقة التصرفات القانونية لمقتضيات النظام العام التقليدي، فهو الذي يحدد محتوى هذا المفهوم، وهو الذي يضبط آثاره. فالأمر كذلك بالنسبة لشيك سلم على سبيل الضمان لم تر فيه محكمة التعقيب مساسا بالنظام العام رغم مخالفته الصريحة لنص الفصل 371 من المجلة التجارية¹³¹، كما اعتبرت أيضا محكمة التعقيب¹³² أن عقود التأمين غير مخالفة للنظام العام لمطابقتها لأحكام الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يجيز الميحل المستقل وغير المحقق.

كما هو ملاحظ يتم تدخل فقه القضاء على مستويين النظام العام التقليدي بصفة لاحقة لقيام التصرف القانوني. أي أن التصرف ينشأ صحيحا بين أطرافه ولا يتدخل النظام العام لغاية إبطاله إلا بصفة استثنائية ولاحقة لقيامه وبطلب ممن

¹³⁰ الفقرة 65 وما بعدها.

¹³¹ N. BEN AMMOU, thèse op. cit., n°718.

¹³² مدني عدد 7720 مؤرخ في 2 جانفي 1952، ق. ت. 1962، عدد 1، ص 65.

له مصلحة. بينما يختلف الأمر عن ذلك بخصوص النظام العام الحديث.

ب - أثر النظام العام الحديث

75. يتميز النظام العام الحديث، أي النظام العام الاقتصادي والاجتماعي بطابعه التشريعي والسابق لقيام التصرف القانوني. يرد هذا النوع من النظام العام صلب نصوص تشريعية أمرة تقيد إرادة الأطراف لتفرض عليهم تصرفات معينة¹³³، أو معاقدين معينين¹³⁴، أو شروط خاصة¹³⁵. فلا يكون التصرف قائما إلا بتحقق مقتضيات النظام العام، ويقتصر دور القاضي في هذا المجال على معاينة المخالفة وتبسيط الحكم المناسب، دون تأويل أو تفسير¹³⁶.

76. كما يغلب أيضا على النظام العام التوجيهي والحمائي طابعه الثوري والتقدمي على عكس النظام العام القضائي الذي نعت بالمحافظة والرجعية¹³⁷، لتمسكه بالقيم القائمة في المجتمع. أما النظام العام التشريعي، فهو يجسم تطلعات الدولة ومراميها المستقبلية التي لا يمكن تكريسها إلا من خلال قواعد ونصوص أمرة لا محال لمخالفتها، فمنع تعدد

¹³³ القانون الإجباري.

¹³⁴ زجر الاستداع عن البيع.

¹³⁵ تحديد أسعار بعض المواد، أو الأجور، أو معينة الكراء...

¹³⁶ تعقيب مدني عدد 5214-2، مؤرخ في 25 فيفري 1998، ن 1998، ج 2، ص 89. "يشير للمحكمة معاينة بطلان العقد قضائيا لمخالفته النظام العام الاقتصادي، وهو لم يصدر حكم بطلان به بالبطلان وذلك على أحكام الفصل 443 من مجلة الالتزامات والعقود".

¹³⁷ J. GHESTIN, le contrat, op. cit., n° 101.

الزّوجات لم يتمّ في بلادنا إلاّ بموجب نصّ صريح مشفوع بعقاب جزائي، ولولا ذلك لما أمكن ذلك.

الباب الثاني التّصريح بالإرادة

77. في تكريسه التّعبير عن الإرادة مصدرا مستقلا للإلزام والالتزام، ينزّل المشرّع هذا التعبير منزلة التصرف القانوني الأحادي، الذي يعرفه الفقه بكونه : "تصريح بالإرادة يعتبر عن مصلحة طرف واحد، لغاية إنشاء آثار قانونية ما كانت لتنشأ دون هذه الإرادة"¹³⁸. معنى ذلك أنّ التّعبير عن الإرادة ينشئ أثارا قانونية بمفرده، وقبل تلاقيه مع تعبير ثان ليكونا عقدا. بسبب ذلك يجب أن يبرز التّعبير في شكل معيّن على السّاحة القانونية ليطلّع عليه الغير، علما أنّ هذا الشّكل يختلف حسب وجهة التّعبير إن كانت محدّدة أو غير محدّدة.

القسم الأوّل : وجهة الإرادة

78. يفرّق المشرّع بكلّ وضوح، متّبعاً في ذلك المشرّع الألماني¹³⁹، بين الإرادة المحدّدة الوجهة والإرادة غير المحدّدة الوجهة.

¹³⁸ J. MARTIN DE LA MOUTTE. l'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil, préface P. RAYNAUD, Sirey 1951, p. 27, n° 17, et p. 47, n° 39.

¹³⁹ R. SALEILLES, la déclaration de volonté, op. cit., p. 1, J. CHABAS, de la déclaration de volonté en droit civil français, op. cit., p. 18 et s.

الفقرة الثانية: أهمية التفرقة

81. يعتبر الفقه المقارن¹⁴⁵ أن لا فائدة ترجى ولا جدوى تنتظر من وراء التفرقة بين التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة والتعبير عن الإرادة المحدد الوجهة، لأن هذه التفرقة لا تكون في الواقع مجدية إلا بالنسبة للالتزامات الأحادية الجانب، بينما لا قيمة لها في مادة العقود أين لا يترتب عن الإيجاب أي أثر قانوني طالما لم يلق قبولا ينشئ بمعيته عقدا، سواء كان موجها لشخص محدد أو موجها للعموم.

82. غير أن هذا التحليل لا يستقيم بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود، إذ كرس المشرع التعبير عن الإرادة المنفردة كمصدر مستقل للالتزام سواء كان أحادي الجانب أو تبادلي، والعقد نفسه متكون من إيجاب وقبول وكلاهما تعبير عن إرادة منفردة.

يلاحظ أيضا هذا الفقه أن لا أثر لوجهة التعبير عن الإرادة عند نشأة الالتزام، وأن هذا المعطى لا يتدخل إلا عند تنفيذ الالتزام لأنه يتعين عندها فقط تحديد الطرف المعني بالتعبير. غير أن هذا الرأي رغم سداذه لا يخلو من المغالاة لأن وجهة التعبير تؤثر حتما في نشأة التصرف القانوني على الأقل في ما يخص شكل التعبير، الذي يختلف قطعا إن كانت هذه الوجهة محددة أو غير محددة.

¹⁴⁵ J. FLOUR & J. L. AUBERT, les obligations, vol. 1, l'acte juridique, collection U, Armand Collin, Paris 1975, n° 145.

القسم الثاني: شكل التعبير عن الإرادة

83. يمثل شكل التعبير عن الإرادة معطى أساسيا يتجاوز المظهر الخارجي لهذه الإرادة بل يكون المعيار الرئيسي لتحديد زمن نفاذ هذا التعبير. يجب في هذا المعنى تحديد موقف المشرع من التيارين الرضائي والشكلي بخصوص هذه المسألة¹⁴⁶، مع العلم أن هذا الموقف يتحدد انطلاقا من المفهوم المعتمد للالتزام¹⁴⁷ الذي يحتم بدوره عنصر أمان المعاملات وسلامة تبادل الثروات.

84. كان عنصر أمان المعاملات¹⁴⁸ في التصور التقليدي للالتزام¹⁴⁹ يكمن في العلاقة الشخصية التي يتأسس عليها هذا الالتزام والثقة المتبادلة القائمة بين طرفيه، من ذلك أن التيار التقليدي كان يعتمد مبدأ الرضائية في التعبير عن الإرادة¹⁵⁰. غير أن هذا التصور الذاتي للالتزام الذي كان يكفي بالسلامة الثابتة (la sécurité statique)، أصبح مجابها بتحديات الحياة الاقتصادية الحديثة المتمثلة في تسارع وتعدد المعاملات، ما أنجم عن تصور ثان لسلامة المعاملات وهي السلامة الحركية (la sécurité dynamique)، المتجذرة خاصة في ما يسمى

¹⁴⁶ M. BAG BAG, le formalisme, naissance ou réminiscence, in « L'apport du 20^{ème} siècle au droit privé tunisien », collection forum des juristes, n° 8, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Tunis 2000.

أحمد بن شاذلي، التفويض في ملك العوز، أطروحة دكتوراه شولة في الفنون الحاسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بطنس، تونس 2004، عدد 418.

¹⁴⁷ J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 257.

¹⁴⁸ H. L. & J. MAZEAUD par F. CHABAS, droit civil, t. II, obligations, théorie générale, edit. Montchrestien, Paris 1985, n° 67 ; G. FARJAT, droit privé de l'économie, 2, théorie des obligations, p. 166 ; B. STARK par H. ROLAND et L. BOYER, droit civil, obligations, 2, contrat et quasi-contrat, régime général, 2^{ème} edit., Litec, n° 145.

¹⁴⁹ الفقرة عدد 5.

¹⁵⁰ G. MARTY & P. RAYNAUD, t. II, 1er vol, les obligations, n° L.

"بالشكلية" (le formalisme) التي أصبحت خير واق لسلامة المعاملات وأحسن ضامن لأمان تبادل الأموال بين الأمم.

85. واكتب مفهوم الشكلية¹⁵¹ منذ القديم تطوّر جميع الأنظمة القانونية، وبالرغم من ذلك فإننا لا نجد له تعريفا واضحا بل يستنتج الفقه الفرنسي من مقابلته بالرضائية التي يعتبرها مظهرا من مظاهر تطوّر الفكر البشري، بينما يرى في الشكلية ميزة من ميزات الأنظمة القانونية البدائية (L. JOSSERAND, la désolennisation du testament, D.H. 1932,) (chro., p.73). معنى ذلك أنه حسب هذا الفقه، تقوم حركة جدلية بين "الشكلية" و"الرضائية" أساسها تنافر هذين المفهومين.

86. غير أن معايينة الأنظمة القانونية المقارنة، كالقانون الألماني (C. WITZ, droit privé allemand, actes juridiques, droits) (subjectifs, LITEC, Paris 1992, n° 386 et s. E.) أو القانون الانكليزي (ERRANTE, le droit anglo-américain des contrats, L. G. D. J., 1-3-1995, Jupiter) أو التشريع الإسلامي (صبحي المحمصاني، النظرية العامة للالتزامات والعقود في التشريع الإسلامي، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1972، ص 279 وما بعدها) تبين أن لا تنافر ولا تضارب بين الشكلية والرضائية، بل يقوم بينهما تعايش سلمي في كل هذه الأنظمة القانونية. الرضائية متى أمكن والشكلية متى ألزم.

87. لم يشترط الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود قيام موجبات شكلية لصحة الالتزام إلا أن الفصل 424 من نفس المجلة يقتضي: "إذا عيّن القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معيّنة أيضا لإثبات جميع التغييرات التي تحدث فيه"، معنى ذلك أن المشرع لم يقص الشكلية من مادة الالتزامات بل كرّسها إلى جانب الرضائية، وهو الموقف الذي انتهى إليه الفقه عامة (محمد الشرفي، المدخل لدراسة القانون، تونس 1997، عدد 494 وما بعده). تبدو الشكلية عندئذ كمتّم ومكمل للرضائية

¹⁵¹ رغم ندرة استعمال مصطلح "الشكلية" فإننا نفضله على مصطلح "الشكلية" الذي يفيد شرط شكلي معيّن أو شكلية معيّنة (formalité)، بينما المفصود بالشكلية هو تيار تشريعي كامل يكرّس مبدأ الشكل لقيام التصرف القانوني (le formalisme).

ولا كبديل لها. فلا مانع أن يكرّس نظام قانوني واحد كلا التيارات لما يوفّره كل من المفهومين من مزايا متكاملة وغير متناقضة. تضمن الرضائية المرونة والثقة المتبادلة وتضمن الشكلية الحركية الآمنة.

88. بتبنيّه التّصوّر الموضوعي للالتزام يكرّس المشرّع في الوقت نفسه مبدأ الشكلية للتعبير عن الإرادة بوصفها تصرّحا بإرادة منفردة لغاية إنشاء آثار قانونية. إلا أن شكل التعبير عن الإرادة سيكون مختلفا حسب وجهة هذه الإرادة إن كانت محدّدة أم غير محدّدة.

الفقرة الأولى: شكل التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة

89. يكمن النظام القانوني لشكل التعبير عن الإرادة غير المحدّدة الوجهة صلب الفصول 18، 19، 20 و 21 من مجلة الالتزامات والعقود. وفي هذا المعنى جاء الفصل 18 ينص: "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام".

90. إلى جانب ما أثاره هذا الفصل من جدل فقهي وفقه قضائي¹⁵² في ما يتعلّق بمضمونه من حيث الأصل، فهو يضع قاعدة مفادها أن التعبير عن الإرادة الذي لا تتوفّر فيه شروطا شكلية محدّدة لا يؤخذ به ولا يعتبر التزاما. علما أنه يمكن استلزام هذه الشروط من الفصول 19، 20 و 21 من مجلة الالتزامات والعقود التي جاءت تتناول مؤسسة قد تبدو

¹⁵² الفقرة [10] وما بعدها أسفله.

خاصة¹⁵³، مؤسسة الوعد بالجعل أو الوعد بجائزة، إلا أن هذه المؤسسة تشكّل الوضعية المثلى للوعد المجرد؛ أي الوعد غير المحدّد الوجهة. من ذلك أنه يمكن سحب القواعد التي وضعها المشرّع لهذه المؤسسة النموذجية على كامل المؤسسات المماثلة.

91. ينصّ في هذا المجال الفصل 19 من مجلة الالتزامات والعقود: "الوعد بالجعل بإحدى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتمّ عملاً آخر يعدّ مقبولا ممن يأتي بالشئ التالف أو يتمّ العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الواعد إنجاز وعده". يتبيّن من قراءة هذا الفصل أنّ الوعد بالجعل، أي التعبير عن إرادة منفردة غير محدّدة الوجهة، يجب أن يتمّ بإحدى وسائل الإشهار حتى لا يتعرّض هذا الوعد أو هذا التعبير لجزاء الفصل 18 أي عدم النفاذ. كما يجب في الوقت نفسه الإشارة إلى بداهة هذا الشرط، إذ يصعب تصوّر شكلا آخر للإفصاح عن إرادة غير موجّهة لشخص محدّد، مثلما هو الشأن بالنسبة لفرضية الفصل 19 وما بعده من المجلة المدنية.

أ - مقومات الإشهار

92. الجدية. يختلف بطبيعة الحال الإشهار المقصود بالفصل 19 من مجلة الالتزامات والعقود عن الإشهار

¹⁵³ يتعرّض الفصل 17 من المشروع التمهيدي لمجلة الالتزامات، والعقود لسنة 1897 والفصل 19 من المشروع الأولي لسنة 1899 إلى الوعد لفائدة مؤسسة (الوقف).

الإعلامي المنشط للاستهلاك¹⁵⁴، وما يقصده هذا الفصل هو أن يتمثّل الإشهار في طريقة إعلام موضوعية وصادقة تخصّ الوعد بذاته لتكسيه جدية يمكن الاطمئنان لها والتّصديق بها؛ أي أنّ هذا التعبير عن الإرادة يصبح بموجب هذا الإشهار تصرفا بارزا على الساحة القانونية، ثابتا، تاما ونهائيا.¹⁵⁵

93. الصراحة. يترتّب شرط صراحة الإشهار هو الآخر عن نصّ الفصل 19 الآنف الذكر الذي يقتضي توفّر وسائل لهذا الإشهار، الأمر الذي يقضي التعبير الضمني عن الإرادة. قد يبدو هذا الإقصاء متشددا، نظرا لما يقبله فقه القضاء والفقه من جواز التعبير الضمني عن الإرادة¹⁵⁶. غير أنّ هذا الجواز لا يتعلّق إلا بالتعبير المحدّد الوجهة (وضعية سيارة الأجرة الرابضة بالمكان المخصّص)، لأنّ هذا العرض ولنن جاء موجه للعموم فهو يبقى محدّد الوجهة (مجموعة المسافرين)، بينما يتناول الفصل 19 وضعية التعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة بصفة كلّية كالوعد بالجائزة.

94. السبق. يجب أيضا لنفاذ التعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة أن يكون مصحوبا بإشهار سابق لنشأة التصرف نفسه، ويختلف بذلك عن الإشهار اللاحق التابع لبعض العمليات القانونية لغاية صحتها أو لغاية مجابها

¹⁵⁴ الغالون، عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 2 جوان 1998، المتعلّق بطرق البيع والإشهار التجاري، الزائد على عدد لسنة 1998، ص 1206.

¹⁵⁵ محمد الزّين، المد، المرجع السابق، عدد 124 وما بعده.

¹⁵⁶ J. FLOUR & L. AUBERT, l'acte juridique, op. cit. n° 139 et s.

الغير¹⁵⁷، لأن الغرض من هذا النوع الأخير يهدف إلى إعلام العموم بتصرف قانوني نشأ بعد واستنفذ موجباته على الأقل بين أطرافه، فيما يقتد الفصل 19 من مجلة الالتزامات والعقود نشأة التعبير عن الإرادة بإشهاره.

ب - آثار الإشهار

95. يقوم عندئذ التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة على توفر شكل معين يتميز بالحرية من حيث صيغته وبالإلزامية من حيث وجوبه وجوهره. والجدير بالملاحظة أن جملة هذه الإجراءات الشكلية تشبه إلى حد بعيد تلك المشتربة لنفاذ الأوراق التجارية وخاصة منها السندات لحاملها التي هي في الواقع نوع من أنواع التعبير عن الإرادة المنفردة غير المحدد الوجهة.¹⁵⁸

يخضع بالتالي التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة بوصفه تصرفاً قانونياً ناتجاً عن إرادة منفردة إلى شروط شكلية وجوبية تكسبه الأمان الحركي الضروري لتبادل الأموال بين الذمم، خاصة أن هذا النوع من التصرفات يتجاوز الإطار الضيق للوعد بالجعل ليستوعب السندات لحاملها وبقيّة القيم الأخرى الأساسية في المعاملات الحديثة،

¹⁵⁷ الفصول 14 إلى 20 من مجلة الشركات التجارية؛ القانون عدد 46 لسنة 1992، الزائد الرسمي عدد 29، من 556، المتعلق بإشهار العمليات العقارية.

¹⁵⁸ تجدر الملاحظة هنا أن مجلة الالتزامات والعقود كانت تحمل اسم المجلة المدنية والتجارية التوسية، وكانت تنظم ميدان الأوراق التجارية في الفصول 405 و 888 إلى 953 و 1162 للفرقة 2 و 1328، وما تم إلغاء هذه الفصول إلا سنة 1959 عند صدور المجلة التجارية.

والتي تستمد نجاعتها في نفس الوقت من شكلها ومن مرونتها.

الفقرة الثانية: شكل التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة

96. عندما يكون التعبير عن الإرادة محدّد الوجهة، يقلص بصفة ملموسة وجود طرف مقصود بهذا التعبير من حدة الشروط الشكلية المشتربة من قبل المشرع لنفاذ التصرف القانوني، بسبب أن الأمر لم يعد يتعلّق بالمجتمع كأكفّة، وإنما بعدد معين من الأشخاص، أو حتى بشخص واحد، الذي قد يكون غائبا أو حاضرا.

أ - الطرف الآخر غائب

97. جاءت الفصول 28، 33 و 34 من مجلة الالتزامات والعقود، إلى جانب تنظيمها مؤسسة التعاقد بين الغائبين¹⁵⁹، تشترط فيما يخص الشكل قيام سند ثابت لنفاذ العملية. يستعمل في هذا المعنى الفصل 28 كلمة "مراسلة" عند وضع قواعد التعاقد بين الغائبين، فهو ينص: "يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول".

¹⁵⁹ الذي يحلله، من التعاقد مع بعد وليد للتقررات التشريعية القانون عدد 66 لسنة 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

يفهم من هذا النص أنه يحيل إلى الكتب في معناه الواسع طبق ما جاء بالفصل 449 من نفس المجلة¹⁶⁰.

من ناحية ثانية يشير نفس الفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الثانية إلى آلية الرسول الذي يمثل هو الآخر سنداً ثابتاً يتم بواسطته التعبير عن الإرادة. علماً أن نفس الشرط مستوجب في الفصلين 33 و 34 من مجلة الالتزامات والعقود اللذان يستعملان كلمتي "الجواب" و "المراسلة" في ما يتعلق بالإيجاب المقيد بأجل.

98. يتبين مما سبق أن التعبير عن الإرادة عند غياب الطرف الآخر يجب أن يتجسم في شكل معين أو في سلوك إيجابي متأسس على سند مادي كالمراسلة أو شخص الرسول نفسه. لم تتعرض الفصول 28، 33 و 34 من مجلة الالتزامات والعقود إلى جزاء عدم احترام هذه القواعد الشكلية عند التعبير عن الإرادة المحددة الوجهة، غير أن ذلك لا يعتبر تنازلاً من طرف المشرع عن هذه القواعد وتكريسها غير مباشر للرضائية، بل عملاً بالفصل 423 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يشترط أن لا يتم إثبات الالتزام إلا طبق الصورة التي اقتضاها القانون، لا يكون للالتزام أية قيمة قانونية خارج الصيغة المشترطة. يلاحظ فعلاً الفقيه FLOUR في هذا المعنى:

¹⁶⁰ تفيل فعلاً من مجلة الالتزامات والعقود مفهوم ما موشعاً للكتب بما في ذلك الأوراق التجارية والرسائل التلغرافية والوثائق الإلكترونية، الفصول 450 وما بعده.

"تبدأ الشكلية عندما يستوجب قيام الالتزام برونه في صيغة محددة لا تكون له دونها أية قيمة قانونية"¹⁶¹.

معنى ذلك أن كل شرط شكلي ضروري لنشأة التعبير عن الإرادة، مهما كان الهدف من ورائه، هو في الواقع حد للرضائية. وهذا ما لاحظته الفقه الفرنسي عندما كتب: "بعد أساساً مخالفة للرضائية كل شرط من شأنه الحد من إلزامية تلاقي إرادتين"¹⁶².

ب - الطرف الآخر حاضر

99. عندما يكون المعاهد حاضراً يخضع التعبير عن الإرادة إلى النظام المسطر بالفصول 27، 29، 30، 31 و 32 من مجلة الالتزامات والعقود؛ كما تجدر الملاحظة أن هذه السلسلة من الفصول المنظمة بكل دقة نشأة الالتزام عند حضور الطرف الآخر، فهي تعبر أهمية خاصة للقبول لكونه هو الآخر تعبيراً منفرداً عن الإرادة في الفترة التي تسبق تلاقيه بالإيجاب ليكوناً عندها عقداً.

100. يتبين من قراءة أولية لهذه الفصول أن المشرع كرس بصفة كلية الرضائية، أي الحرية في التعبير. إلا أن الدقة التي حضي بها القبول بوصفه هو الآخر تعبيراً عن إرادة، تمكن من مغايرة هذا الرأي، فاقترضت فعلاً الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا عرض شخص على

¹⁶¹ J. FLOUR, quelques remarques sur l'évolution du formalisme, études G. RIPERT, t. I, Paris L. G. D. J., pp 93 et s., sp. p. 96, n° 4.

¹⁶² J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 40.

شخص آخر حاضرا بمجلسه...". لو بدت عبارات هذا الفصل مستوحاة من مؤسسة مجلس العقد المكرسة في التشريع الإسلامي، حسب البعض¹⁶³، إلا أنها تذكرنا أيضا بالفصل 147 الفقرة الأولى من المجلة المدنية الألمانية¹⁶⁴ والفصل 4 من المجلة المدنية السويسرية، هذا ما يدعم الرأي الذي يرى تجانسا بين التشريع الإسلامي والقوانين الألمانية في ما يخص نظرتها الموضوعية للالتزام.

في ما يتعلق بشكل التعبير عن الإرادة عندما يكون الطرف الآخر حاضرا، فالإحالة إلى مجلس العقد طبق ما جاء في التشريع الإسلامي، وهي مؤسسة مستقلة بذاتها خاضعة إلى قواعد ثابتة وخاصة شكلية مدققة متعلقة بوحدة المكان ووحدة الزمان لا يقوم الالتزام بدونها، تفيد هنا أيضا ضرورة توفر شروط شكلية لقيام التصرف القانوني، وهو الرأي الذي تبناه فعلا الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود عندما قرر أنه: "لا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين".

101. يتحصص من كل ما سبق أن تكريس التصور الموضوعي لمفهوم الالتزام الذي تقتضيه مؤسسة التعبير عن الإرادة وصيغتها الأحادية ساعد على ظهور صلب مجلة

¹⁶³ حول هذه المؤسسة، محمد الزين، المرجع السابق، عدد 129؛ أحمد فرج الحدة، نظرية العقد في التشريع الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة 1990، الجزء الأول، ص 272 وما بعدها؛ عبد الرزاق السيوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، جامعة الدول العربية، القاهرة 1953، ص 5 وما بعدها.

¹⁶⁴ « L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée qu'immédiatement. Il en est de même de l'offre faite de personne à personne par téléphone. ».

الالتزامات والعقود قواعد شكلية لترتب الإرادة آثارها القانونية. تتميز هذه القواعد الشكلية بصيغتها المرنة التي لا تحول دون انتقال الالتزامات بين الذمم في كنف السرعة والأمان، شريطة توفر عنصر الإرادة في حد ذاته، هذا ما يطرح مسألة وجود الإرادة.

الباب الثالث

قيام التعبير عن الإرادة

102. التعبير عن الإرادة هو كلّ تصريح بالإرادة لغاية إنشاء آثار قانونية. معنى ذلك أنّ الإرادة تلعب دوراً أساسياً في نشأة الآثار القانونية المرتقبة. هذا ما يطرح مسألة وجود الإرادة في حدّ ذاته، وما يفتر تناول هذه المسألة من طرف المشرع صلب القسم الثاني من الباب الأول للمقالة الثانية للمجلة، فتعرض الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود إلى انتفاء النية في التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة، كما تعرض الفصلان 25 و26 من مجلة الالتزامات والعقود (التوليغ) لنفس المسألة عندما يكون التعبير عن الإرادة محدّد الوجهة.

القسم الأول: انتفاء النية في التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة

103. ينصّ الفصل 18 التزامات وعقود: "مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام". حالت صياغة الفصل المذكور لما جاءت عليه من اقتضاب، دون قراءة موحدة لمكونه، هذا ما أثار جدلاً فقهيًا وقضائياً وجب عرضه والمساهمة فيه.

الفقرة الأولى: الجدل الفقهي

104. نشأ هذا الجدل بمناسبة مسألة عملية أثارت منذ سنة 1960¹⁶⁵، متعلقة بوصف الوعد بالبيع الذي لم يحض بنظام خاص صلب مجلة الالتزامات والعقود¹⁶⁶، والذي تردّد في شأنه فقه القضاء حول اعتباره ناقلاً للملكية من عدمه¹⁶⁷. حتى تنتشل مؤسسة الوعد بالبيع من جانب واحد، من طائفة نظام البيع وخاصة أمر 4 جوان 1957 المتعلق برخصة الولاية¹⁶⁸، اعتبرت محكمة التعقيب أن الوعد بالبيع من جانب واحد يخضع لمقتضيات الفصل 22 التزامات وعقود: "إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له" الذي كما هو واضح يتعلّق بالإيجاب المحدّد الوجهة، غير أن محكمة التعقيب طبّقته على مؤسسة الوعد بالبيع، متجاهلة بذلك في نفس الوقت أحكام الوعد بالبيع وأحكام التعبير عن الإرادة المحدّد الوجهة. أثار هذا الخلط ردّ فعل الفقه وتمتّ بهذه المناسبة وبصفة شبه عرضية إثارة مسألة تطبيق الفصل 18 من مجلة الالتزامات

¹⁶⁵ تعقيبي مدني 30 أكتوبر 1960، المجلة التونسية للقانون سنة 1967، ص 209 تعليق BIGOT ؛ تعقيبي مدني 19585 دة موزخ في 7 فيفري 1989. ق ت عدد 3 لسنة 1991، ص 55 : "وعد البيع هو عبارة عن اتفاق على إتمام بيع أو هو التزام بإيجاره حسب الصيغة التي يروم المتعاقدان صياغتها".
¹⁶⁶ نذير بن عمرو، البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس 2007، عدد 91 وما بعده.

F. BELKNANI, promesse de vente d'immeuble: le brouillard congénital. mélanges en l'honneur de H. AYADI, C. E. R. P., 2000, p. 125 et s.

¹⁶⁷ تعقيبي مدني 3500 دد، بتاريخ 5 أبريل 1965. نشرة محكمة التعقيب سنة 1965 ص 11، القضاء والتشريع سنة 1965 علودد.

¹⁶⁸ الرائد الرسمي لسنة 1957، ص 658.

والعقود الذي بدا وكأنه ينقض مقتضيات الفصل 22 المشار إليه أعلاه، إذ هو ينصّ أن "مجرد الوعد لا يترتّب عليه التزام" في حين يترتّب الفصل 22 آثاراً على الالتزام من جانب واحد. لتجاوز صعوبة تطبيق الفصل 18 الذي ينفي على الوعد كلّ أثر قانوني، اقترح الفقه اللّجوء إلى الفصل 22 (J. BIGOT)¹⁶⁹ أو أيضاً الفصل 33 المتعلّق بالعرض المحدّد بأجل¹⁷⁰. رغم هذه المحاولات بقي لغز الفصل 18 مخفياً لكونها لم تتناول هذه المسألة بصفة إجمالية وفي إطار تحليل متكامل، بل تمّت الإشارة إلى الفصل 18 بصفة جدّ عرضية حالت دون الإحاطة بمحتواه.

الفقرة الثانية: مدلول الفصل 18

105. يتوقّف الكشف على محتوى الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود على تحديد ميدانه.

أ - ميدان الفصل 18.

106. تستوجب قراءة الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود، تخليصه في بادئ الأمر من الإشكالية المغلوطة التي علقت به والمتمثلة في اعتبار الوعد بالبيع من جانب واحد، ولكونه يتضمّن التزاماً محمولاً على طرف واحد الواعد

¹⁶⁹ المذكر أعلاه.

¹⁷⁰ E. ARI-AOUI, l'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière. mémoire D. L. N. Tunis 1976, sp. pp. 60 et s.

بالبائع، تصرفاً قانونياً أحادياً، والحال أن وجود التزام محمول على طرف واحد لا يعني بالضرورة أنه نتج عن تصرف قانوني أحادي الجانب أو تعبير عن إرادة منفردة بل يمكن أن يترتب عن عقد بين طرفين أو أكثر.

107. فهو الشأن عندئذ بالنسبة للوعد بالتبع من جانب واحد، الذي ولئن أنشأ التزاماً محمولا على طرف واحد، الواعد بالبائع، إلا أنه وليد إرادتين اثنتين، إرادة الواعد وإرادة الموعد له¹⁷¹، ويكون بذلك الوعد بالبائع من جانب واحد عقداً كامل الشروط، لأن ما يحدد طبيعة التصرف القانوني هو نشأته ولا آثاره؛ فعندما ينشأ التصرف عن إرادة منفردة يكون تصرفاً أحادي الجانب، وعندما ينشأ عن تلاقح إرادتين أو أكثر يكون عقداً مهما كانت طبيعة الالتزامات المترتبة عنه، سواء كانت أحادية الجانب أو تبادلية.

108. بتجاوز هذه المسألة تتيسر قراءة الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود شريطة وضعه في إطاره الطبيعي المترتب عن الخيار المتبني من طرف المشرع التونسي والمتمثل في التفريق بين التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة، والتعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة. باعتماد هذه التفرقة يتبين أن الفصل 18 المذكور يندرج ضمن فئة التعبيرات عن الإرادة غير المحددة الوجهة، ويتجلى ذلك لا فقط من منطوق هذا الفصل نفسه، بل أيضاً وخاصة من موقعه في

¹⁷¹ تعقيبي مدني عدد 3500 مؤرخ في 4 أبريل 1965، ن 1965، ص 11؛ دواير مجتمعة عدد 12082 مؤرخ في 30 جانفي 1976، ق ت 1976، عدد 2، ص 37، م. ت. ق. 1976، 1، 103؛ تعقيبي مدني عدد 20235، مؤرخ في 21 جانفي 2003، ن 2003، ج 2، ص 203.

المجلة، إذ هو ورد في طالع الفصول المنظمة للوعد بالجعل، أي الحالة المثلى للتعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة، وهي الفصول 19، 20 و 21 من مجلة الالتزامات والعقود. من ذلك أن لا علاقة بين الفصل 18 والفصل 22 لاختلاف الموضوع بينهما، علماً أن الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود كما تمت الإشارة إليه¹⁷² ينظم التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة، في حين تربط بين الفصل 18 والفصول 19، 20 و 21 من نفس المجلة علاقة متينة لاتحاد الموضوع بين هذه الفصول وهو التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة.

109. أما من الناحية المنطقية، وإن سلمنا جدلاً بالقراءة التي ترى في الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود منعا للوعد من جانب واحد¹⁷³، فإنه لا يعقل أن يمنع المشرع الوعد بالفصل 18 لينظمه بصفة مدققة مباشرة إثر ذلك صلب الفصول الموالية وهي الفصول 19، 20 و 21 من مجلة الالتزامات والعقود. هذا ما يجعل أن القراءة الوحيدة الممكنة لهذا الفصل أنه جاء ناصراً في نفس الوقت على قاعدتين الأولى شكلية، والثانية موضوعية.

ب - محتوى الفصل 18.

110. تتمثل القاعدة الشكلية الواردة صلب الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود، في وجوب صيغة معينة أو

¹⁷² الفقرة 104 أعلاه.

¹⁷³ تعقيبي مدني عدد 34960، مؤرخ في 6 أوت 1992، ن 1992، ص 565؛ "إنه من المسلم به قانوناً أن مجرد الوعد لا يترتب عليه أي التزام".

شكل محدد لنفاذ كل تعبير عن إرادة منفردة¹⁷⁴. وهذه الشروط الشكلية هي كما أسلفنا الجدية والعلانية والسبق. علما أن هذه الشروط الشكلية التي نستلهمها من الفصل 19 وما بعده من المجلة المدنية، هي مشترطة لغاية وجود وقيام التصرف القانوني، ولا فقط لغاية صحته أو معارضة الغير، ضرورة أن الإرادة التي لا تتوفر فيها مقوماتها الشكلية لا يعتد بها القانون ولا يأخذها بعين الاعتبار¹⁷⁵.

111. يؤدي قيام الشرط الشكلي المشار إليه أعلاه، إلى توفر القاعدة الجوهرية الواردة صلب الفصل 18 التزامات وعقود، التي تدل على وجود الإرادة أو قيام نية الالتزام القانوني لدى من أصدر إرادته حسب صيغة معينة وشكل محدد. يمكن شكل التعبير من الإحاطة بمحتوى هذا التعبير¹⁷⁶.

112. لنن بدت هذه القراءة للفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود مقنعة غير أنها تبدو أيضا متضاربة مع التوجه الموضوعي الذي يميز هذه المجلة، لأن هذه القراءة تغلب الإرادة الحقيقية أي الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة، وهو ما تنادي به النظرية الذاتية. غير أن هذا

¹⁷⁴ الفقرة 89 وما بعدها أعلاه.

¹⁷⁵ G. FARJAT, théorie des obligations, op. cit., p. 166, J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 272 ; A. WEILL & F. TERRE, les obligations, op. cit., n° 115.

¹⁷⁶ من الملاحظ أن هذه القراءة هي الأكثر رواجاً لدى الفقه (راجع الإحالات هامش الفصل 18 من المشروع الأولي لسنة 1899 والتي تفصي المزج) والفقه المغاربي (وحيد الدين موار، التعبير عن الإرادة المراجع السابق، ص 71) كما أن القانون الألماني يركز نفس الحل صلب الفصل 118 من "التعبير عن الإرادة غير الجدي والذي جاء من باب الهزل باطل".

التضارب هو ظاهري لأن المسألة هنا لا تتعلق بتنازع بين الإرادتين الظاهرة والباطنة، بل تحمل على وجود الإرادة من عدمه الذي لا يستنتج من التمهيص النفساني لصاحب الإرادة وإنما من المعاينة الموضوعية لتوفرها من خلال شروط شكلية.

القسم الثاني: انتفاء النية في التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة

113. كما تناول الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود انتفاء النية في التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة¹⁷⁷، يتناول الفصلان 25 و26 من المجلة المدنية مسألة انتفاء نية الملتزم عندما يكون التعبير عن الإرادة محدد الوجهة وهما فرضيتا التحفظ الذهني والتوليح.

الفقرة الأولى: التحفظ الذهني

114. ينص الفصل 25 من مجلة الالتزامات والعقود: "الاستثناءات والقيود الواقعة من أحد المتعاقدين بغير أن يعلم بها الطرف الآخر لا تنقض الاتفاق ولا تقيد شيئا من ظاهر لفظه". تجدر الملاحظة في بادئ الأمر أن النص الحالي للفصل 25 يتطابق حرفيا مع نص الفصل 27 من المشروع التمهيدي للمجلة لسنة 1899، بينما لا نجد له مقابلا

¹⁷⁷ الفقرة 103 وما بعدها أعلاه.

في المشروع الأولي لسنة 1897، كما أنه يشبه إلى حد بعيد الفصل 116 من المجلة المدنية الألمانية¹⁷⁸.

115. مفهوم التحفظ الذهني. رغم الاستعمال المكثف لمفهوم التحفظ¹⁷⁹ في المادة القانونية خاصة بمناسبة تحرير العقود وتبادل التقارير، (في شكل جملة اعتراضية "مع كامل الاحتراز، مع كامل التحفظ...") غير أنه لا يوجد لهذا المفهوم تعريفا قانونيا مقنعا، نظرا للتباعد النفساني الذي يميزه. فهو ينتسب في نفس الوقت إلى فكرة الواجب، وإلى ممارسة حق أو حرية¹⁸⁰. نتيجة لذلك سنكتفي لتعريف هذا المفهوم بالوقوف عند مدلوله اللغوي الذي يعني تردد المرء أمام قرار واجب اتخاذ، فهو يشعر في نفس الوقت بضرورة تحديد موقفه من أمر ما، غير أنه يترك مجالا للتراجع في قراره¹⁸¹. 116. يميز الفصل 25 من مجلة الالتزامات والعقود بين التحفظات الصريحة والاحترازات الذهنية.

بالنسبة للأوائل أي التحفظات الصريحة، التي ترفع إلى علم الطرف الآخر، يعتبرها الفقه¹⁸² جائزة لعلم المتعاقد

¹⁷⁸ الذي ينص: "Une déclaration de volonté n'est pas nulle par le seul fait que le "déclarant se réserve secrètement de refuser son consentement à ce qu'il déclare."

¹⁷⁹ B. CELICE, les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques, thèse, Paris, L. G. D. J., 1968, préf. J. CARBONNIER.

¹⁸⁰ B. CELICE, thèse op. cit., p. 12 et s.

¹⁸¹ والتحفظ: قلة الغلبة في الأمور والكلام والتميط من السفطة كقوله على حذر من الموقوف، ولتند ثعلب. إبي لأبيض عشقا متعظا. لم تنهمه أعين وقلوب، لسان العرب لابن منظور.

¹⁸² J. C. SERNA, le refus de contracter, thèse, Paris, L. G. D. J. 1967, préf. J. CARBONNIER

بفحواها. كما يشترط المشرع أن تكون هذه التحفظات صريحة ومعلومة لدى الطرف الآخر. يستنتج هذا الشرط من صريح الفصل 31 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص: "الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر"¹⁸³، كما يستدلّ عليه أيضا من الفصل 24 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي: "لا يعتبر العقد تاما إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد ثاني...".

أما التحفظات الذهنية التي لم ترفع للطرف الآخر¹⁸⁴، فهي تثير أكثر صعوبة في ما يخص نظامها القانوني نظرا لطابعها السري. حتى تشكل التحفظات الذهنية حالة من حالات انتفاء النية، يجب أن لا تكون ناتجة عن عيب في الرضا، بل تتمثل في فقدان كلي للرضا، أي أنها تكون تعارضا كلياً بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية. تبرز بالتالي مسألة التحفظات الذهنية طبق هذا الطرح، كمسألة متعلقة بتأويل الإرادة، وبصفة أدق هي متصلة بتفسير العقود. فهي تتمثل في تنازع بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة.

¹⁸³ تعني مذي عند 60، موزح في 30 نوفمبر 1922، ق. ت. عند 9 لسنة 1960، ص 150.
¹⁸⁴ أورد مغزّر اللجنة (سانتياغو) على هامش الفصل 27 من المشروع الأولي لسنة 1899 إجابات على التشريع الإسلامي (السدولي، التاودي، ابن نجيم، الرقاني...) الذين يقولون مؤسسه التحفظ للأنس في صورة مسقط يشكل إكراه، غير أن ذلك يفقد هذه الإجابات جدواها لأن الأمر يتعلق بتعدد الإكراه ولا بالتحفظ الذهني.

بينما يقترح لحل هذه المسألة التّيار الدّاتي إمكانية إثبات الإرادة الحقيقيّة بجميع الوسائل¹⁸⁵، ينصّ المشرّع التونسي صلب الفصل 25 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ هذه الاستثناءات والقيود لا يعتدّ بها أي أنّه لا يمكن إقامة الدّليل على وجودها بأيّ شكل من الأشكال، فهي مرفوضة من أصلها ولا يمكن مجابهة ظاهر ألفاظ التّعبير بها.¹⁸⁶ معنى ذلك أنّ المشرّع يرى أنّ في صورة قيام إرادة حقيقيّة نافية للإرادة المعبر عنها، تعتمد الإرادة المعبر عنها ولا الإرادة الحقيقيّة.

الفقرة الثّانية: التّوليج (الصّورية)

117. يمثّل التّوليج أو الصّورية حالة ثانية من حالات انتفاء النّية في التّعبير عن الإرادة المحدّد الوجهة، إذ كما يعرفه الفقه: "هناك صوريّة إذا غيّرت أو نقضت مفاعيل عقد ظاهر بعقد اتّفق الطّرفان على أن يبقى سرّاً بينهما"¹⁸⁷، فالّتوليج عندئذ هو تصرف قانوني ظاهر يخالف تصرفاً سرّياً حقيقياً¹⁸⁸. معنى ذلك أنّ الصّورية هي عملية قانونية يحاول

¹⁸⁵ A. WEIL et P. TERRE, les obligations, 3^{ème} édit. op. cit. n° 364, civ. 31 mai 1948, G. P. 48, som. 4.

¹⁸⁶ جدر الانتباه أنّ حتى نقارن المسألة من زاوية تفسير العقود يؤدي إلى نفس النتيجة، إذ ينصّ الفصل 513: "إلا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة"، كما يؤيد الفصل 515 هذا الرّأي. إذ هو لا قبل التّوليج إلّا في الحالات التي نعرّفها بها الفصل 514 وهي حالات تتعلق بحلّ في التّعبير. حول تصوّرات المشرّع في خصوص تفسير العقود، يراجع سامي الجربي، تفسير العقد، مركز النّشر الجامعي، تونس 1999، خاصّة عدد 452.

¹⁸⁷ محمد المالك، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس 1980، من 24 وما بعدها.

¹⁸⁸ محمد الزّين، العقد، المرجع المتّفق، عدد 475.

من خلالها القائم بالتصرّف القانوني إخفاء نيّته الحقيقيّة وإظهار نيّة ثانية غير النّية الحقيقيّة، كمن يتظاهر بالبيع لإخفاء عملية تبرّع. تتجسّم في نهاية الأمر الصّورية في خلاف بين الإرادة الظّاهرة المعبر عنها والإرادة الباطنة الحقيقيّة المخفية.

118. يرى بصفة عامّة الفقه في فرنسا¹⁸⁹ أنّه يجب منع التّوليج بصفة كليّة، أي عدم اعتماد كلّ من التصرّف الظّاهر والتصرّف السّرّي لما يخيّم حولهما من ريب ومخادعة لغاية الإضرار بمصالح الغير حسن النّية. بينما يرى الأستاذ محمّد الزّين وهو محقّق في ذلك، أنّ فرضية سوء النّية في الصّورية ليست دائماً متوقّرة، بل قد تخفي هذه العمليّة نوايا حسنة، كمن يتسّتر عن إحسانه للغير بتقديم هبة في شكل بيع.¹⁹⁰

119. قد يظهر التّوليج في أشكال عديدة تحمل سواء على أطراف التصرّف أو محلّه أو طبيعته، غير أنّنا لن نقف إلّا عند التّوليج الحامل على الرضا، وهو فرضية المدين المعسر الذي يفوّت صوريا في ممتلكاته لغاية الإفلات من قبضة دائنيه. في هذا المعنى ينصّ الفصل 26 من مجلّة الالتزامات والعقود أنّ: "الحجج النّاقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السّريّة لا عمل عليها إلّا بين المتعاقدين وورثتهم

¹⁸⁹ J. D. BREDIN, remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, R. T. D. civ. 1956, p. 273 et s.; J. CARBONNIER, les obligations, op. cit. § 39 et 40.

¹⁹⁰ العقد، المرجع المتّفق، عدد 475.

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". يبدو الفصل 26 المتعلق بالتوليد مشابهاً للفصل 1321 من المجلة المدنية الفرنسية، أي أنهما يعاملان بنفس الطريقة هذه المؤسسة.

غير أنه بالتمعن في الفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود يتبين أن النص التونسي يختلف عن النص الفرنسي في نقطتين اثنتين؛ في ما يتعلق بطابعه الموضوعي، وفي ما يخص مفهوم الغير المقصود بهذا النص.

أ - الطابع الموضوعي للفصل 26

120. يبرز الطابع الموضوعي للفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود من خلال موقع هذا النص في المجلة، إذ جاء صلب الفصل الثاني من الباب الأول من العنوان الثاني المتعلق بالتعبير عن الإرادة، هذا يعني أن المشرع يضم المكاتيب السرية إلى جملة التعابير عن الإرادة، التي نعلم موقف المشرع في خصوصها من أنها لا تقوم إلا بتوفر شروط شكلية من أهمها الكتب الذي يعتبر في هذه الحالة شرط وجود ولا شرط إثبات. خلاصة القول أن صياغة الفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود ومكانه في المجلة يفيدان أن مؤسسة التوليد لا تكون موجودة دون قيام كتب صريح في ذلك.

121. غير أنه بالرجوع إلى الفصل 444 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص: "الكتب الرسمي معتمد ولو في حق غير المتعاقدين حتى يقع القيام بدعوى الزور فيه وذلك في الاتفاقات والأمور التي أشهد بها المأمور الذي حرره على أنها وقعت بمحضره.

لكن إذا وقع الطعن في الرسم بسبب إكراه أو تدليس أو توليد أو غلط مادي جازت البينة بشهادة الشهود ويحصل الإثبات أيضا ولو بالقرائن القوية المنضبطة المتلائمة بغير احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويجوز أن تكون هذه البينة من كل من الطرفين ومن غيرهما ممن له مصلحة مقبولة قانوناً".

122. يتبين من قراءة هذا النص الذي جاء ينظم الحجية المطلقة للكتائب الرسمية، التي تكون قائمة حتى تجاه الغير باستثناء جملة من الحالات تعرضت لها الفقرة الثانية من هذا الفصل، من ضمنها حالة التوليد الذي يمكن عندها إثباته بشتى الوسائل. قد تؤدي قراءة الفصل 444 المشار إليه إلى مراجعة الرأي الأول في ما يخص الطابع الموضوعي للفصل 26 المتعلق بالتوليد، ومن شرط الكتابة الواجبة لإقامة الدليل عليه. غير أن هذا الاستنتاج لا يخلو من التسرع لأن الفصل 444 من مجلة الالتزامات والعقود يتعرض إلى فرضية التوليد غير الشرعي، أي التوليد المصحوب بتحليل أو إكراه أو بتغريب بما يجعل أن عملية الإثبات ستحمل على واقعة مادية (واقعة التحليل أو الإكراه أو التغريب)، ولا على

تصرف قانوني سليم، أي كتب سرّي غير مشفوع بإحدى هذه الوسائل.

ب - مفهوم الغير

123. عندما اقتضى الفصل 26 من مجلة الالتزامات والعقود: "الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب 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 يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل" يكون تعرّض بكلّ وضوح إلى مفهوم الغير المحمي من خلال مؤسسة التولييع، واعتمد في ذلك مفهوما موسعا للغير الذي يشتمل على الغير المطلق أي من لم يساهم في هذه العملية ومن لا علاقة له إطلاقا مع أي من طرفي التصرف القانوني، والخلف الخاص أي من آل له حق من أحد الأطراف المتعاقدة، والذانين العاديين الذين ولئن لم يشر إليهم الفصل 26 صراحة، إلا أنّه شملهم ضمنا لكونهم أصحاب حق على مكاسب مدينهم بدرجة أقوى ممّن آلت إليهم حقوق.

124. قد يبدو مفهوم الغير في إطار مؤسسة التولييع نظرا لاتساعه، مخالفا نسبيا للتصور الموضوعي للالتزام، غير أنّ هذه الملاحظة هي ظاهرة فقط. لأن الأمر لا يتعلّق بمجابهة من سّماهم "غير" وإنّما بحمايتهم. فالمشرع يستعمل كلمة "غير" للتدليل على من هم ليسوا بغير في الواقع، بل يمكنهم المشرع من خلال هذه الصفة أن يتعاملوا مع التصرف

المشوب بالتولييع حسب ما تقتضيه مصلحتهم؛ إمّا القبول به أو الطعن فيه، وما كان هذا ليتحقّق لو لم يعتبرهم المشرع غيرا بالنسبة لعملية التولييع، بل قد يصبحوا عندها مقيدين بالتصرف المذكور تبعا لصفتهم أخلاقا لأصيلهم.

العنوان الفرعي الثاني سلامة الإرادة

125. تناول مسألة سلامة الإرادة يعني في الواقع الوقوف عند نظرية عيوب الرضا، وقد يستبعد مبدئياً الفكر القانوني¹⁹¹ ذلك داخل نظام يعتمد التصور الموضوعي للالتزام، وبالتالي تغليب الإرادة الظاهرة على الإرادة الحقيقية والباطنة. علماً أنّ نظرية عيوب الرضا تمّ استغلالها من طرف المدرسة الذاتية خاصة لإعطاء الإرادة الباطنة الأولوية على الإرادة الظاهرة من خلال نظرية عيوب الرضا وتمكين الطرف معيب الرضا من طلب بطلان تصرفه بسبب ذلك.

126. لكن هذا التحليل لا يستقيم إلا إذا أوكنا لنظرية عيوب الرضا مهمة حماية الإرادة الفردية، وهو التصور الذي طغى في ظلّ مبدأ سلطان الإرادة. غير أنّه يمكن إسناد نظرية عيوب الرضا مهمة أخرى تتمثل في ضمان سلامة ونزاهة المعاملات، لتصبح بذلك نظرية عيوب الرضا في خدمة التصرف القانوني بضمان نزاهته واستقراره إلى جانب دورها التقليدي، سلامة الرضا.

127. ففي حين يمثل العقد في إطار مبدأ سلطان الإرادة، مؤسسة مقدّسة حرية بالحماية بصرف النظر عن محيطها الاقتصادي والاجتماعي، يشكّل التصرف القانوني في

¹⁹¹ محمّد الزوين، المعداد، المرجع السابق، عدد 156-157.

التصور الموضوعي للالتزام أداة تبادل ثروات اقتصادية له دور اجتماعي واضح، لا يمكن عزل هذا التصرف عنه لما يقوم بينهما من تفاعل وتناغم. من ذلك أن نظرية عيوب الرضا ليست في خدمة الإرادة الفردية فقط، بل أيضا وخاصة في خدمة المصلحة العامة وسلامة المعاملات الاقتصادية ونزاهة المبادلات المالية.

128. هذا هو التصور الذي تبناه المشرع صلب مجلة الالتزامات والعقود، في الفرع الثالث من القسم الثاني، الفصول 43 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، التي إلى جانب تنظيمها الدقيق لعيوب الرضا التقليدية تعرضت إلى نوع آخر من العيوب، عيب الاستغلال.

رغم أهميتها النظرية لم تحض نظرية عيوب الرضا برواج كبير على المستوى العملي، وتعود ندرة القرارات في هذا المجال حسب اعتقادنا لزهد المبالغ المتنازع بشأنها من ناحية (أي مستهلك سيرفع أمره للمحاكم من أجل الغبن أو التفرير؟)، وإلى وجود مؤسسات قانونية أخرى أسرع وأنجع وأقل تكلفة، كالقوانين الخاصة لحماية المستهلك، أو للبعث العقاري، أو حتى المتعلقة بالبيع الواردة صلب المجلة نفسها (عيوب المبيع...).

الباب الأول عيوب الرضا التقليدية

129. سنتناول في إطار هذا الباب ثلاثة عيوب للرضا، تعتبر تقليدية لقيامها في كل الأنظمة القانونية تقريبا¹⁹²، وهي الغلط والتفرير والإكراه. كما تجدر الملاحظة أن النظرية التقليدية لعيوب الرضا تتمحور أساسا حول مؤسسة الغلط، لأن التفرير إنما هو غلط مستثار، في حين يصعب مبدئيا اعتبار الإكراه عيبا للرضا، بل هو مانع له.

القسم الأول : الغلط¹⁹³

130. حسب التعريف المتداول، الغلط هو "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع"¹⁹⁴ كما يعرفه أيضا الفقه "بعدم تطابق بين الإرادة الحقيقية والتعبير عنها"¹⁹⁵.

¹⁹² بطرا لصيغته العادية والأخلاقية في نفس الوقت لا يعرف التفرير الإسلامي نظرية غريب الرضا على النحو الحديث المعتمد حاسمة في الأنظمة المتأثرة بالفتاوى الفرنسية. يراجع في هذا الشأن سبيخ، "معضلات النظرية العامة للتوجيهات والعقود في الشريعة الإسلامية"، ص 418. وما بعدها. محمد بريس، "مدخل لدراسة نظام المسؤولية في الفقه الإسلامي"، مطابع دار الكتب العربية ببيروت، 1979 وما بعدها.

¹⁹³ صحت الزين، العقد المرجع السابق، عدد 156 وما بعده.

¹⁹⁴ J. GHESTIN, le contrat, formation, p. 402, note n° 51.

¹⁹⁵ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 368 et s.

¹⁹⁶ R. SALEH LEB, op. cit., p. 12.

يعكس في الواقع هذان التعريفان اختلاف النظرة لعيب الغلط من قبل التيارين الذاتي والموضوعي. ففي حين يركز التعريف الأول الموروث عن التيار الذاتي على الجانب النفسي للغلط، "حالة تقوم بالنفس"، يؤكد التعريف الثاني على الجانب الاجتماعي لعيب الغلط المتمثل في عدم تطابق الإرادة الحقيقية والتعبير عنها.

131. يكرس المشرع عيب الغلط في الفصول 44 إلى 49 من مجلة الالتزامات والعقود، التي تتناول الغلط في القانون، الغلط في الواقع، الغلط في شخص المتعاقد، الغلط في الحساب وغلط الوساطة الذي يمثل المتعاقد في عملية ما. يطرح هذا التكريس المكثف لعيب الغلط سؤالا مبدئيا يتعلق باقرار هذا العيب في حد ذاته لارتباطه بالخيارات الجوهرية للمشرع، إثر ذلك وانطلاقا من الإجابة على هذا السؤال سنتناول مختلف حالات الغلط.

الفقرة الأولى : مبدأ إقرار عيب الغلط

أ - الغلط في التيار الذاتي

132. يؤكد الفقه بصفة عامة على العلاقة القائمة بين نظرية عيوب الرضا ومبدأ سلطان الإرادة، كما لا يختلف اثنان في خصوص ترتب الأولى عن الثاني؛ من ذلك أن كتب أحدهم: "عود مبدأ سلطان الإرادة الأذهان على اعتبار سلامة

الرضا غاية في حد ذاتها"¹⁹⁶، كما كتب أيضا الفقيه (G. FARJAT): "يلاحظ أن كل قانون يستند لسلطان الإرادة يولي ضرورة أهمية كبيرة لانتفاء عيوب الرضا. فإذا تقرر مبدأ تأسيس كل التزام على إرادة الشخص، وجب التأكد من قيمة هذه الإرادة"¹⁹⁷.

133. نتيجة لهذا التصور، يحتل عيب الغلط مركزا محوريا صلب نظرية عيوب الرضا لدى المدرسة الذاتية وليدة مبدأ سلطان الإرادة لتعلقها بالإرادة الباطنية ولتعلق عيب الغلط بنفس هذه الإرادة الباطنية. فيمكن تبعا لذلك ضم كامل نظرية عيوب الرضا صلب عيب الغلط، لأن عيب التعبير يعرف بأنه "غلط مستثار" فهو بذلك وبالدرجة الأولى "غلط"، أما عيب الإكراه ورغم طابعه العنيف فلا يعتبر عيبا من عيوب الرضا من طرف النظرية الذاتية إلا في شكله النفسي المعنوي، أي الأقرب للغلط، كما أن الغبن هو الآخر لا يعتد به عندما يكون موضوعيا متمثلا في عدم تكافؤ الالتزامات المتبادلة. أي أن هم نظرية عيوب الرضا صلب التيار الذاتي لا يتمثل في تحقيق العدالة العقدية واستقرار المعاملات وإنما في حماية الإرادة الفردية.

¹⁹⁶ J. GHESTIN, le contrat, location, op. cit., n° 355 «le dogme de l'autonomie de la volonté a habitué les esprits à voir dans l'intégrité du consentement une fin en soi».

¹⁹⁷ droit privé de l'économie, 2, théorie générale des obligations, op. cit., p. 139: «on remarquera qu'un droit basé sur l'autonomie de la volonté accorde nécessairement une grande importance à l'absence de vices dans les consentements. Si tous les engagements reposent sur l'axiome «que la volonté de l'individu soit faite», on doit accorder une attention extrême aux qualités de la volonté».

ب - الغلط في مجلة الالتزامات والعقود

134. يستنتج مما سبق أن لا مكان مبدئياً لنظرية عيوب الرضا، ومن باب أولى لعب الغلط، في نظام قانوني موضوعي لا يتعلق بالجانب النفسي، الباطني، للإرادة الفردية، وإنما فقط بالتعبير الخارجي عنها. هذا ما يجعل التنظيم المدقق لشتى أنواع الغلط من قبل المشرع متضارباً شيئاً ما مع ما تم استخلاصه بخصوص تبني النظرية الموضوعية في ما يتعلق بمفهوم الالتزام¹⁹⁸.

135. غير أن هذا الاستنتاج لا يخلو من التسرع، إذ لو قامت فعلاً علاقة جدلية بين نظرية عيوب الرضا ومبدأ سلطان الإرادة، لازدهرت هذه النظرية في أوج انتشار مبدأ سلطان الإرادة، ولعرف عندها مفهوم الغلط توسعه الأكثر. بينما تبين الحقيقة التاريخية عكس ذلك تماماً، وما ازدهرت فعلاً نظرية عيوب الرضا ومن بعدها مفهوم الغلط، إلا بعد حملة الانتقادات التي وجهها الفقه لمبدأ سلطان الإرادة وبعد تراجع هذا المبدأ على الساحة القانونية¹⁹⁹.

136. كما يتأيد هذا الرأي بمراجعة القانون الألماني الذي عرف بنزعه الموضوعية التي لم تحل دون تكريسه بصفة مدققة لعب الغلط²⁰⁰. لا غرابة عندئذ أن تكرر مجلة

¹⁹⁸ نراجع الفقرة 25.

¹⁹⁹ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 368 ; V. RANOUILL, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, préf. J. Ph. LEVY, Themis, P. U. P., Paris 1980, pp. 97 et s.

الفصل 119 وما بعده من المجلة المدنية الألمانية²⁰⁰.

الالتزامات والعقود بصفة موسعة مفهوم الغلط خدمة لأخلاقيات التعامل وضماناً لنزاهة المبادلات الاقتصادية.

الفقرة الثانية : أنواع الغلط

137. تكشف دراسة الفصول 44 إلى 49 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بأنواع الغلط، أنه رغم تعدد وتنوع حالات الغلط الواردة صلب هذه الفصول، يمكن جمعها في صنفين اثنين، كما أن المشرع لم يكرس التفرقة الجوهرية القائمة في القانون الفرنسي، بين الغلط المانع والغلط العيب²⁰¹.

أ - صنفا الغلط

138. يمثل الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود النص الأساسي في ما يخص عيب الغلط، إذ هو يقتضي: "الغلط في نفس الشيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد".

J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 364 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, tome II, 1^{er} vol., les obligations, op. cit., n° 4 ; A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique, these op. cit., pp. 92 et s., C. WITZ, droit privé allemand, 1. actes juridiques, droits subjectifs, Litec, Paris, 1992, n° 318 et s.

²⁰¹ بخصوص هذه التفرقة نراجع مثلاً :

V. GAUDEFROY, l'erreur obstacle, these Paris 1924 ; J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 373 ; J. L. AUBERT, notions et rôles de l'erreur et de l'acceptation dans la formation du contrat, these Paris 1970, préf. J. FLOUR, n° 286.

يتجلى من صياغة هذا النص²⁰²، الذي يتناول الغلط في الواقع، أنه يصنف حالات الغلط إلى صنفين اثنين²⁰³.

139. **الغلط الموضوعي.** يتعلّق هذا النوع الأول من الغلط، بالغلط في ذات المعقود عليه، أو بالغلط في نوعه. يمثل هذا الصنف من الغلط عدم تطابق بين التعبير عن الإرادة والإرادة الحقيقية. أي أنه لا يقوم غلط في ذهن صاحب التعبير الذي عبّر عما قصد، إلا أنّ الاختلاف يكمن في المعنى الحقيقي لهذا التعبير، لعدم تطابقه مع ما قصده صاحبه.

140. يضمّ هذا النوع من الغلط : الغلط في التصرف المزمع إنشاؤه (error in negocio)، كمن أمضى عقدا دون قراءته لعدم حمله لنظاراته متصوّرا خطأ أنّه كتب

²⁰² يغالب الفصل 45 الحالي، الفصل 37 من المشروع التمهيدي لسنة 1897 الذي ينص: "l'erreur de fait peut donner ouverture à rescision lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été le motif déterminant du contrat" والفصل 50 من المشروع الأولي لسنة 1899 الذي يقتضي: "l'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision: 1° lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement. 2° lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir". كما ينص الفصل 119 من المجلد المنقح الألماني: "celui qui, en faisant une déclaration de volonté, était dans l'erreur sur sa teneur ou qui ne voulait aucunement faire une telle déclaration, peut attaquer sa déclaration, lorsqu'il est à presumer qu'il ne l'aurait pas faite s'il avait eu connaissance de la situation réelle et s'il avait pu apprécier l'affaire en connaissance de cause. Est considérée comme erreur sur la teneur de la déclaration, celle portant sur les qualités de la personne ou de la chose qui sont comme essentielles, usuellement considérées."

²⁰³ نذكر الملاحظة أنّ القانون الألماني يبنّي تقريبا نفس التصنيف، يراجع في هذا المجال

R. SMELLICH, la déclaration de volonté, op. cit., pp. 12 et s.; A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique, thèse, op. cit., pp. 92 et s.; C. WITZ, droit privé allemand, op. cit., n° 320 et s.

تمهيدي²⁰⁴. كما قد يحمل أيضا هذا الغلط على ذات المعقود عليه (error in objecto) والمتمثل في الخلط بين عقار وآخر موضوع عملية بيع. يمكن أيضا اعتبار غلط في التعبير عن الإرادة، فرضية الفصل 46 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بالغلط في ذات المتعاقد (error in persona) أي الغلط في هوية المتعاقد، وفرضية الفصل 49 من نفس المجلة المنظم لغلط الواسطة. علما أنّ في كلّ هذه الحالات لا وجود فعلا لغلط في ذهن الشخص، بل يتمثل الغلط في ما تمّ التعبير عنه.

141. يمكن جمع كلّ حالات الغلط المذكورة بالفقرة الأولى من الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود، (الغلط في نوع التصرف، الغلط في موضوع التصرف، الغلط في شخص المتعاقد والغلط من طرف الواسطة) ضمن صنف واحد، **الغلط في التعبير عن الإرادة.** يميّز هذا النوع من الغلط بطابعه الموضوعي لأنّ لا دخل فيه لنفسية المتعاقد، فالمتعاقد (أو نائبه) صرح بخصوص تصرف معين أو بخصوص موضوع معين أو بخصوص شخص معين ما لم يكن يقصد.

142. **الغلط في الصفة.** أمّا الصنف الثاني من الغلط، أي الغلط الحامل على الصفة الموجبة للتعاقد، فقد ورد بالفقرة الثانية من الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود: "أو في وصفه الموجب للتعاقد". يبدو هذا النوع من الغلط،

²⁰⁴ Cass. civ. 1^{re} janvier 1949, D. 1949, p. 135

الحامل على صفة في الشيء لولاها لما أقدم الشخص على التصرف، مشابها بل مطابقا لنظيره في القانون الفرنسي، أين عرف مفهوم الغلط في "المادة" تطورا كبيرا.

143. ينص فعلا الفصل 1110 من المجلة المدنية الفرنسية: "لا يكون الغلط سببا لبطلان الاتفاق إلا عندما يحمل على مادة الشيء موضوع التصرف"²⁰⁵. اعتمد الفقه في مرحلة أولى كلمة "مادة" في معناها المباشر، الموضوعي، أي التركيبية الفيزيائية والكيميائية للشيء نفسه، إن كان من ذهب خالص، أو من نحاس مطلي بالذهب. إثر ذلك ونظرا لضيق مفهوم "المادة" في معناه المباشر، تم التوسع فيه ليشمل صفة الشيء الموجبة للتعاقد يتم تقديرها بصفة موضوعية بالنسبة للجميع. أخيرا، تطور الرأي في هذا المجال وأصبح يرى في "الغلط في المادة" الغلط "في الصفة الموجبة للتعاقد بالنسبة للملتزم نفسه"²⁰⁶.

144. يبين هذا التطور أن مفهوم الغلط في القانون الفرنسي مر، عند سن المجلة المدنية، بمرحلة أولى موضوعية، تقدّس إلى حد بعيد مؤسسة العقد، ولا تفسح المجال لفقه القضاء التدخل فيه ومراقبة أخلاقياته إلا في الحالات القصوى (الغلط المادي الموضوعي). إثر ذلك تمكّن فقه القضاء من مراقبة أدق لأخلاقيات التصرف القانوني من

خلال "الغلط في صفة الشيء الموجبة للتعاقد بالنسبة للجميع"، أي أنه يتم تقدير أهمية هذه الصفة بالنسبة للرأي العام. أخيرا اقتحم فقه القضاء دائرة العقد بصفة كلية عندما أخذ بمفهوم الغلط الحاسم بالنسبة لصاحبه فقط، فأصبح يراقب كل عقد على حدة بناء على ظروفه وملابساته ونية صاحبه.²⁰⁷ تمكّن نتيجة لهذا التطور، فقه القضاء في فرنسا من اكتساح ميدان العقد والحد من حرية الأطراف ومن مبدأ سلطان الإرادة، من خلال مفهوم الغلط بتعويض المفهوم المادي للغلط بمفهوم الغلط الحاسم.

145. هذه النتيجة التي انتهى إليها القانون الفرنسي بعد مخاض طويل، كرّسها منذ البداية المشرع²⁰⁸ صلب الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود الفقرة الأخيرة "الغلط في الوصف الموجب للتعاقد"، أي الصفة التي لولاها لما أقدم المتعاقد على إبرام عقده، كمن يشتري لوحة زيتية متوهما خطأ أنها لفنان مشهور، أو من يشتري قطعة أرض معتقدا غلطاً أنها صالحة للبناء²⁰⁹. تختلف عندئذ مقتضيات مجلة الالتزامات والعقود في ما يتعلق بعيب الغلط الحاسم للرّضا عن ما جاء صلب المجلة المدنية الفرنسية التي كرّس فصلها 1110 في بادئ الأمر مفهوما ماديا محضاً للغلط، وما انتهى

²⁰⁷ يفترض مبدأ سلطان الإرادة تقديم حرية الأطراف ولد يمتثل العقد من «وعدة غايته بالعسرة». ان لا يزال - القاضي التصرفات القانونية وأن لا يتدخل في ما أنشأته الإرادة الحرة للأطراف، سواء من خلال عيب العلق أو من خلال أي مؤسسة أخرى.

²⁰⁸ علما أن المشرع الألماني يكرّس نفس المفهوم للغلط، الفصل 119 المدكور أعلاه.

²⁰⁹ تعقيبي مدني عدد 2490 المؤرخ في 6 فيفري 1979، بشريه من 61 : المجلة التونسية للقانون لسنة 1981، من 401 - تعليق يوسف الشاذلي.

²⁰⁵ « l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

²⁰⁶ بالنسبة لهذا التطور يراجع :

J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 377 et s.

لمفهوم الغلط الحاسم إلا لاحقا، في حين كرّست منذ البداية مجلة الالتزامات والعقود مفهوم الغلط الحاسم.

146. تختلف أيضا مقتضيات هذه المجلة عما هو قائم في القانون الفرنسي في ما يخص تقدير الطبيعة الحاسمة للغلط، الذي يتم بتمحيص نفسية مرتكب الغلط بحثا عن إرادته الحقيقية في القانون الفرنسي، بينما يكون ذلك انطلاقا من إرادة المتعاقد طبق ما تم الإفصاح عنها في القانون التونسي. لأن الأمر يتعلق في الواقع بتفسير التصرف القانوني²¹⁰، أو تفسير الإرادة طبق ما تم التعبير عنها على معنى الفصول 513 وما بعده من المجلة. معنى ذلك أن تقدير الصفة الموجبة للتعاقد، أو الطابع الحاسم للغلط، سيتم من خلال التعبير عن الإرادة دون اللجوء إلى أي معطى آخر نفساني أو ذاتي²¹¹.

ب - عدم التمييز بين الغلط المانع والغلط العيب

147. تضم مؤسسة الغلط، طبق ما تم تنظيمها من قبل المشرع نوعين من الغلط، الغلط في التعبير عن الإرادة والغلط الحاسم. يقابل هذين الصنفين من الغلط في القانون الفرنسي ما يسمى، الغلط المانع (erreur obstacle) والغلط العيب (erreur vice du consentement)، فلا يعتبر عيبا للرضا إلا الغلط الحاسم، أي الغلط الحامل على الصفة الموجبة للتعاقد. بينما

يعتبر مانعا للإرادة الغلط في التصرف والغلط في الموضوع والغلط في الشخص.

148. تتأسس هذه التفرقة التي استنتجها الفقه²¹² وفقه القضاء²¹³ في فرنسا من روح التشريع ولا من نصته²¹⁴، على نظرة ذاتية لنظرية عيوب الرضا، معتبرة أن دور هذه النظرية ينحصر في حماية الإرادة الفردية بصرف النظر عن محيطها الاقتصادي والاجتماعي. فطالما ثبت أن إرادة الشخص لم تتجه إلى تصرف معين أو إلى موضوع محدد أو إلى شخص ما، فلا وجود لهذه الإرادة بالمرّة ويكون التصرف المزمع إنشاؤه باطلا بطلانا مطلقا، بل حتى غير موجود (inexistant)²¹⁵، فيما يكون الرضا معيبا فقط في صورة الغلط الحامل على الصفة الموجبة للتعاقد، أي الغلط الحاسم.

149. إلا أن الفصل 45 من مجلة الالتزامات والعقود عامل على قدم المساواة هذين النوعين من الغلط، واعتبرهما من قبيل عيوب الرضا. فهو لم يفرق بين الغلط المانع والغلط العيب واعتبر أن كل أنواع الغلط متساوية، ويكون بذلك قد ابتعد عن النظرة التقديرية للإرادة الفردية، وجعل من دور نظرية عيوب الرضا لا ينحصر في مجرد حماية هذه الإرادة، وبالتالي تقدير عيب الغلط من الزاوية الذاتية فقط، بل

²¹⁰ GAUDIFFROY l'erreur obstacle, thèse Paris, 1923.

²¹¹ Cass. req. 9 mai 1878. D. P. 1880. 1. 12.

²¹² انظر الفصل 1110 من المجلة النسخة الفرنسية لم يرد.

²¹³ L. CARBONNIER, les obligations, op. cit., § 19, J. GHESTIN, le contrat, op. cit., p. 37.

المفرد 297 وما بعدها أسقطه.

²¹⁰ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 377, p. 412.

²¹¹ هو الرأي الذي أقرته محكمة النقض في القرار عدد 2490 المشار إليه أعلاه، عندما اقتضت أن تكون صلاحية الأرض ثلثاء مشترطة صراحة في الكتب.

تجاوزها ليضمن بصفة موضوعية أخلاقيات سليمة للمعاملات الاقتصادية، فيشكل في كل الحالات الغلط، مهما كان نوعه، عيباً من عيوب الرضا للمتضرر حرية التمسك به من عدمه.

القسم الثاني : التّغريّر²¹⁶

150. تفرض علينا هنا أيضاً، خصوصية مجلة الالتزامات والعقود، تناول مفهوم التّغريّر في التّيار الدّاتي لنقارن بينه وبين موقف المشرّع من هذه المؤسسة.

الفقرة الأولى : التّغريّر في النّظرية الدّاتية

151. يعرف الفقه التّغريّر بكونه "غلطاً مستثاراً"²¹⁷، متمثلاً في حمل إنسان على توهم غير الحقيقة باستعمال خدع ومخاتلات. يختلف التّغريّر عن الغلط بطابعه المحذور المتجسّم في سلوك غير مشروع وغير نزيه. لكن لا يعني هذا الاختلاف استقلالية عيب التّغريّر عن عيب الغلط، بل لا يتوانى الفقه الفرنسي عن ربط هذين العيبين، ويكتب الفقيه GHESTIN في هذا المجال : "تتمثل خصوصية التّغريّر

²¹⁶ محمد الزّين، العقد، المرجع السابق، عدد 172 وما بعده ؛ محمد محفوظ، واجب اعلام المستهلك في القانون المدني التونسي، مجلة المحاماة 1984، ص 5 ؛ علي رجب، التّغريّر في إبرام العقد، مذكّرة دراسات معقّاة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1990.

S. BOURAOUI, contribution à l'étude des vices redhibitoires en matière de vente dans le C. O. C., R. T. D., 1980, p. 145 ; Y. KNANI, note sous civ, n° 2490, du 6 février 1979. R. T. D., 1981, p. 401.

²¹⁷ G. MARTY & P. RAYNAUD, tome II, 1^{er} vol., les obligations, op. cit., n° 133 ; F. TERRE, Ph. SIMMLER et Y. LEQUETTE, droit civil, les obligations, précis Dalloz, 6ème éd.,

الأساسية في توسيع مجال البطلان للغلط لغاية زجر الخطأ القصدي المقترف من الطّرف الآخر"²¹⁸. يعكس هذا التّقديم لمفهوم التّغريّر في القانون الفرنسي مدى تعلق هذا القانون بمفهوم الغلط ومكانته المركزية صلب نظرية عيوب الرضا، فهو العيب الذي تتمحور حوله بقية العيوب الأخرى، ما يجعل التّغريّر الذي لم يكن في القانون الروماني يمثّل عيباً من عيوب الرضا، بل جنحة مدنية²¹⁹، يصبح في القانون الفرنسي عيباً للرضا تابعا لعيب الغلط لا يقوم إلا بوجوده.

152. لكن ما يثير الاستغراب أنّ نفس الفقه، بعد التّأكيد على تبعية التّغريّر بالنسبة للغلط، غالباً ما يقرّ أنّ مفهوم الغلط في التّغريّر أوسع من المفهوم التقليدي للغلط، فهو يضمّ الغلط في الباعث أو في القيمة أو في الحساب²²⁰، وهي حالات تعتبر مغتفرة في الغلط التلقائي، بينما تصبح موجبة للبطلان عند قيام التّغريّر. معنى ذلك أنّ عملية الرّبط بين مفهوم التّغريّر ومفهوم الغلط، إنّما هي مصطنعة ومفتعلة، مردّها تأثر الفقه الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة وهاجس حماية الإرادة الفردية وإن كان على حساب المنطق والدّوق السليم. فلا شيء مبدئياً يربط بين التّغريّر والغلط، إذ لكلّيهما نظام قانوني مستقلّ. يتمثّل التّغريّر في حيل وخدع وكنايات ومخاتلات، يواخذها القانون لمجرد حصولها، لضمان سلامة ونزاهة أخلاقيات التّعامل مهما كانت تفاهة نتائجها، وما الغلط

²¹⁸ Le contrat formation, op. cit., n° 424.

²¹⁹ F. TERRE, Ph. SIMMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 198.

²²⁰ A. WILH. & F. TERRE, les obligations, op. cit., n° 150.

الحاصل إلا نتيجة لهذه المراوغات ولا شرط لقيام عيب التّغيير، فهو الهدف من التّغيير ولا ركن لقيامه.

الفقرة الثّانية : التّغيير في مجلّة الالتزامات والعقود

153. ينصّ الفصل 56 التزامات وعقود، أنّ :
التّغيير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين أو من نائبه أو ممّن كان متواطئاً معه مخاتلات أو كنايات حملت الطّرف الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلّا بها وكذلك حكم التّغيير الواقع عن غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به .
خاصّيتان تميّزان التّغيير في مجلّة الالتزامات والعقود؛ المفهوم الموسّع للقائم بالتّغيير، ومبدأ قبول الكنايات.

أ - مصدر التّغيير

154. تبين قراءة الفصل 56²²¹ أعلاه، اتّساع دائرة من يعتبر مصدراً للتّغيير، فلم يشترط هذا الفصل صدور التّغيير عن المتعاقد فقط، بل يمكن أن يصدر عن نائبه أو ممّن كان متواطئاً معه أو عن الغير مطلقاً حتّى دون التواطؤ²²². يميّز طول قائمة القائمين بالتّغيير، مجلّة

²²¹ يتضمّن الفصلان 47 و48 من مشروع 1897 والفصل 61 من مشروع 1899 نفس محتوى مقصّيات الفصل 56 الحالي.

²²² علي رجب، التّغيير، المرجع السابق، ص 86 ؛ محمّد الزّين، العهد، المرجع السابق، عدد 180 ؛ كما يكرّس القانون المصري (الفصلين 125 و126)، القانون السوري (الفصل 127)، القانون الكويتي (الفصل 148)، القانون اللبناني (الفصل 209)، القانون الليبي (الفصل 126)، والقانون السوداني (الفصل 112)، نفس الحلّ الذي نجده أيضاً في القانون الألماني (الفصل 123) يراجع في هذا المعنى : C. WITZ, droit privé allemand, op. cit., n° 362.

الالتزامات والعقود عن القانون الفرنسي، الذي لتعلّقه بالمفهوم الدّائمي والضيق للالتزام لم يقبل التّغيير الصّادر عن غير المتعاقد إلّا أخيراً وشريطة التواطؤ الصّريح²²³، في حين لا تعتدّ مجلّة الالتزامات والعقود بالتّفريق القائم بين أطراف العقد والغير في ما يخصّ عيب التّغيير، بل هي تكرّس مفهومًا موضوعيًا للالتزام لا يعتمد بصفة مطلقة التّفارقة بين أطراف الالتزام والغير²²⁴.

155. يبدو نتيجة لذلك تحديد شخص القائم بالتّغيير غير ذي أهميّة، بل يكفي أن تتحقّق المخاتلات والكنايات مهما كان مصدرها، وأن تؤثر في قرار من تعرّض لها، لتتوفّر أركان التّغيير²²⁵. هذه النّظرة الموضوعية لعيب التّغيير تؤكد على الدور الرّدعي الذي يلعبه هذا العيب، فهو إلى جانب حماية إرادة المتعرّض إليه، يعاقب خاصّة جنحة مدنيّة تنمّ عن سلوك خبيث.

ب- الكنايات

156. لم يقبل القانون الفرنسي الكنايات أو التكتّم كجنحة مدنيّة مكوّنة لعيب التّغيير إلّا في منتصف القرن

²²³ J. GHESTIN, le contrat formation, op. cit., n° 136 ; A. WEL & F. TERRE, les obligations, 3^{ème} éd., op. cit., n° 185.

²²⁴ تراجع الفقرة 9 وما بعدها.

²²⁵ القاعدة العملية لهذا التّصور الموضوعي لعيب التّغيير تتجلّى بمسألة حادثة في ما يتعلق بدلالة المستهلّك، الذي يجد نفسه محاطاً بإعلانات وإشهارات كاذبة ليست دالماً مدّره عن معالمة الذي يشغري باستغلالها لقابليته.

الماضي²²⁶، تحت ضغط منظمات الدفاع عن المستهلك²²⁷، وشريطة أن تكون تسببت في غلط حاسم²²⁸. بينما قبل المشرع صلب مجلة الالتزامات والعقود، هذا الركن السلبي لقيام عيب التغيرير المتمثل في الكنايات صحبة الركن الإيجابي (المخاتلات) منذ صدور المجلة في بداية القرن الماضي.

157. يعزى تحقظ الفقه وفقه القضاء في فرنسا إزاء الكنايات إلى حالة التبعية التي يوليها لعيب التغيرير بالنسبة لعيب الغلط. يتم في هذا الإطار تقدير عيب التغيرير الناتج عن الكتمان من وجهة نظر المتضرر الذي وقع في غلط لم يثره ولم يساهم فيه معاقده إذ هو اكتفى بالسكوت. يكون نتيجة لذلك رضا المتضرر من الكنايات معيبا بموجب غلط غير مستثار وإنما هو غلط تلقائي لم يشارك في إنشائه المتكتم، الذي لم يقم بأي نشاط إيجابي من شأنه أن يوقع الطرف الآخر في الغلط. فلئن كان الكتمان أخلاقيا غير مقبول فهو لا يشكل مخاتلات في عيب التغيرير²²⁹.

158. بمؤاخذته للكنايات كجنحة مدنية في عيب التغيرير، يضع المشرع على كاهل المعاهد واجب إعلام محمول بصفة عامة على الحرفي الممتن لفائدة المستهلك. كما يندرج هذا الواجب في إطار تصوّر موضوعي لنظرية

²²⁶ Cass. civ. 19 mai 1958. Bulletin civ., I, p. 198 ; Cass. com. 27 octobre 1965, R.T.D. Civ., 1966, p. 529, obs. J. CHEVALIER.

²²⁷ J. GHUSTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 432.

²²⁸ J. CARBONNIER, droit civil, 4, les obligations, § 23.

²²⁹ G. RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, n° 44.

عيوب الرضا، لا يقتصر دورها على حماية الإرادة الفردية ليشمل أيضا ضمان أخلاقيات التعامل النزيه وسلامة المبادلات الاقتصادية.

القسم الثالث : الإكراه

159. يعرف المشرع الإكراه بكونه : "إجبار أحد على أن يعمل عملا لم يرتضه"²³⁰، فالإكراه حسب هذا التعريف يتمثل في إرغام شخص بتعنيفه أو بتهديده، على القيام بتصرف قانوني ما كان ليرتضيه. تأكد هذا الطابع العنيف للإكراه منذ القانون الروماني العتيق أين كان الإكراه يشكل جنحة مدنية تبيح التعويض²³¹.

يخلص من الفصول 50 إلى 55 من مجلة الالتزامات والعقود، أن المشرع يكرس الإكراه كعيب للرضا بصفة مكثفة، ما يميزه عن التيار الذاتي الذي لا يقبل هذا العيب إلا بشروط محدّدة.

الفقرة الأولى : الإكراه في النظرية الذاتية

160. رغم الطابع الموضوعي والمادي للإكراه الذي يتمثل في ممارسات ملموسة ثابتة كالتعنيف أو التهديد، التي لا

²³⁰ الفصل 50 من مجلة الالتزامات والعقود.

²³¹ BRETON, la notion de violence en tant que vice du consentement, thèse Caen, 1925.

شيء يفرق بينها لكونها تؤدي في كل الحالات إلى نفس النتيجة : إرغام شخص على عمل لم يرتضه، لا يستخلص الفقه في فرنسا²³² كل العبرة من ذلك. فهو يفرق بصفة **مفتعلة** بين الإكراه المادي (التعنيف) معتبرا إياه مانعا للإرادة، والإكراه المعنوي (التهديد) الذي يكون وحده عيبا للرضا، مرغما على ذلك بتعاليم الفصل 1109 من المجلة المدنية الفرنسية الذي أورد الإكراه ضمن قائمة عيوب الرضا²³³.

161. يقوم هذا التحليل على الفكرة التالية؛ بما أن المجلة المدنية تعتبر الإكراه عيبا من عيوب الرضا، ونظرا لكون هذه العيوب جاءت لحماية الإرادة الفردية وهي أدوات في خدمتها، فلا يعتد بالإكراه إلا من هذا الجانب، أي جانب الإكراه كعيب للرضا²³⁴. أما جانب الجنحة في الإكراه، جانبه الموضوعي، رغم قيامه وتأكده يتم تجاهله كعيب للرضا. يفرق عندئذ الفقه الفرنسي بين الإكراه المادي (الجنحة المدنية كالتعنيف مثلا)، والإكراه المعنوي (التهديد) الذي يكون وحده عيبا من عيوب الرضا، أما الإكراه المادي فهو يعدم الرضا تماما لصبغته المادية العنيفة ويصعب بالتالي اعتباره عيبا

²³² J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 444 - A. WEIL & F. TERRE, les obligations, op. cit. n° 188

²³³ Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol

²³⁴ لا ينعزل الفقه (J. GHESTIN, le contrat, op. cit., n° 443 et s.) الإكراه إلا في شكله المعنوي كعيب للرضا ثم الإكراه المادي.

للرضا بل هو مانعا له²³⁵. فكأنني بهذا الرأي يعتبر أن الإكراه المادي أشد من الإكراه المعنوي، والإكراه المعنوي أليين من الإكراه المادي، والحال أن لا شيء يفرق بينهما.

162. يبين التعريف المتفق عليه²³⁶ للإكراه من كونه "حمل إنسان على التعاقد دون إرادته". الصبغة المصطنعة والمفتعلة لهذه التفرقة بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي، لأن في كلتا الحالتين يتمثل الإكراه في حمل إنسان على القيام بتصرف قانوني دون إرادته.

الفقرة الثانية : الإكراه في مجلة الالتزامات والعقود

أ - الإكراه كعيب للرضا

163. يفرض المنطق والدوق السليم، ونظرا لما يميز عيب الإكراه من طابع عنفي مفقد للإرادة، أن لا يتم التفريق بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي، لأن لا شيء يفرق بينهما لكونهما يحولان دون الإرادة بنفس الطريقة. بنمط الفرق الوحيد القائم بينهما في طبيعة العنف الممارس، فهو أما عنف مادي، وأما عنف معنوي.

164. يتعين تبعا لذلك إما الاستغناء تماما عن الإكراه كعيب للرضا مهما كان نوعه، وإما اعتماده كذلك في شكله

²³⁵ A. WEIL & F. TERRE, les obligations, op. cit. n° 189

²³⁶ F. GLOUX & J. L. AUBERT, les obligations, vol. I, l'acte juridique, n° 244 -

G. MARLY & P. RAYNAUD, les obligations, art. 110, B. STARCK, les obligations, art. 454

الاثنين. يتوقف في الواقع هذا الخيار على المهمة المناطة لنظرية عيوب الرضا.

يمكن اعتبار هذه النظرية أداة لحماية الإرادة الفردية بمنأى عن كل هدف آخر، فيصعب عندها قبول فكرة الإكراه كعيب للرضا، إذ هو إما يعدمه تماما وإما لا يؤثر فيه إطلاقا، ولا مجال لحالة وسطى بين الوضعيتين.

أما إذا أنطنا لنظرية عيوب الرضا، إلى جانب حماية الإرادة الفردية، مهمة ضمان سلامة المبادلات الاقتصادية ونزاهتها وحسن أخلاقياتها، يمكن عندها مؤاخذه الإكراه كعيب للرضا، لما يدخله من خلل واضطراب في هذه العلاقات الاقتصادية والاجتماعية. كما يكون الإكراه في إطار هذا التصور عيبا للإرادة ولا مانعا لها، حتى لا يصبح أداة في خدمة الإرادة الفردية فقط، بل هو لا يتدخل كعيب للرضا إلا متى رغب في ذلك المكره. وهو النهج الذي انتهجه المشرع²³⁷ عندما اقتضى صلب الفصل 51 أن :

" لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور

الآتية:

...

ثانيا : إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله ..."

²³⁷ لا يفرق التشريع الإسلامي هو الآخر بين الإكراه المادي والإكراه المعنوي. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص. 181 وما بعدها.

ب - شروط الإكراه

165. لا يشترط في الإكراه أن يكون مصدره الطرف الآخر ويكفي ليكون الإكراه موجبا للفسخ، أن يكون غير مشروع.

166. مصدر الإكراه. ينص الفصل 53 من مجلة الالتزامات والعقود : "الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاهد الذي انجرت له منفعة العقد"، يكرس هذا الفصل بعدم اشتراطه صدور الإكراه عن المتعاقد، البعد الموضوعي للالتزام الذي لمسناه بعد على مستويات عدة وخاصة بمناسبة دراسة التغير²³⁸، فهو يعتبر التصرف القانوني واقعة اجتماعية تتصل بالمجموعة ككل ولا تنحصر في شخصي الدائن والمدين.

167. تمكّن أيضا مقتضيات الفصل 53 من مجلة الالتزامات والعقود من إدخال تحت طائلة الإكراه "حالة الضرورة"²³⁹، المتمثلة في انتهاز فرصة وقوع شخص تحت تهديد خطر محقق لابتزاز منافع ما كان ليرتضيها لولا ذلك. يكون الإكراه في هذه الحالة غير صادر عن شخص، وإنما نتيجة ظروف معينة تجعل من المتعرض لها مقيدا في اختياره، مرغما على تصرف قانوني دون إرادته. يصعب في الواقع تمييز "حالة الضرورة" من عدمها، لأن غالبا ما لا

²³⁸ تراجع الفقرة 154 أعلاه.

²³⁹ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 448.

يكون المرء حراً في إبرام عقود، بل مرغماً على ذلك لظروف ما. يجب بالتالي أن تتوفر أيضاً في "حالة الضرورة" شروط الفصل 52 من مجلة الالتزامات والعقود، أي أن تؤدي الظروف التي تمّ خلالها التصرف القانوني إلى "سلب منافع بغير حق" من شخص المتقيد²⁴⁰.

168. مشروعية الإكراه. يقتضي الفصل 52 من مجلة الالتزامات والعقود، أن: "الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد ممّا يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوباً بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله". يستشف من مدلول هذا النص أن الإكراه يكون مشروعاً عندما يتمثل في التهديد بالتقاضي أو بغير ذلك من الطرق القانونية. أي أن التهديد باللجوء إلى وسائل مشروعة

²⁴⁰ تنبئ في الواقع مقتضيات الفصل 52 من مجلة الالتزامات والعقود بعض التحفظ حول مدان هذا الفصل صلب العصول المنظمة للإكراه إذ هي تشبه إلى حد بعيد مقتضيات الفصل 138 من السجله المدنية الألمانية الذي يشكل حسب إجماع الفقهاء مركز نظرية الاستغلال التي سلقب بعدها لأعمال الفقرة 170 وما بعدها أسفله.

Art. 52 C. O. C. : « La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou induit à moins que ces menaces ne soient accompagnées de faits constituant une violence, au sens de l'article précédent ».

Art. 138 § 2 b. G. B. : «bst nul, en particulier, l'acte juridique par lequel quiconque, en profitant des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience d'autrui se fait promettre, à soi ou à un tiers, pour une prestation, des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion évidente ».

لا يشكل إكراها، وهو الحل الذي أيدته محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 3 أفريل 1962²⁴¹، كمن يهدد بالتقاضي أو بإضراب شرعي. يطبق المشرع نفسه هذا المبدأ صلب الفصل 55 من نفس المجلة، عندما يعتبر أن لا إكراه "في الخوف المترتب عن الحياء" الناتج عن سلطة شرعية كالسلطة الأبوية مثلاً.

169. غير أن لهذا المبدأ استثناءين اثنين يصبح بهما الإكراه غير مشروع :

- إذا ترتب عن التهديد اختطاف منافع بغير حق، فيكون عندئذ التهديد مشروع (التقاضي مثلاً) غير أنه يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة (منافع بغير حق)، علماً أن التهديد بالتقاضي مثلاً لا يؤثر بنفس الشاكلة على من هو مستهن في المادة القانونية وغيره من عامة الناس، لذلك اقتضى نفس الفصل 52 أن يكون: "التهديد ممّا يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله...".

- إذا كان التهديد مصحوباً بأمور تشكل إكراها على معنى الفصل 51 من مجلة الالتزامات والعقود، أي أنها تتمثل في "الآلام ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فلاح بالنسبة لسمته وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة كثرته". فالتهديد في هذه الحالة ولو كان مشروعاً في أصله

²⁴¹ تعقيب مدني، ساج واندن، 1963، ص 19.

يصبح غير مشروع إذا شكّل في حدّ ذاته إكراها مادّيا أو معنويا.

الباب الثاني عيب الاستغلال

170. سنتناول في إطار هذا الباب مفهوما يبدو غريبا بعض الشيء بالمقارنة مع النّظرية التقليديّة لعيوب الرضا، تبنّاه المشرّع التونسي بتكريسه مفهوما موسعا لعيوب الرضا ولمفهوم الالتزام في خدمة سلامة العلاقات القانونية، هو مفهوم الاستغلال. يستنتج عيب الاستغلال من قراءة الفصلين 58 و 59 من مجلّة الالتزامات والعقود المتعلّقين بالسّكر وبالمرض، والفصلين 60 و 61 من نفس المجلّة المنضمّين للغبن.

171. يشكّل الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود نقطة انطلاق نظريّة عيب الاستغلال في مجلّة الالتزامات والعقود، علما أنّ هذا الفصل الذي جاء ينظّم الغبن، ينصّ: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغيير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي"²⁴². أمّا الفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يحيل إليه الفصل 60 فهو يقتضي: "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف أو كان العقد بحضرة وليّه

²⁴² Art 60 C. O. C. : « la lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie, ou de celui qui la représente ou qui a traité pour elle et sauf l'exception ci après ».

أو من هو لنظره على الصورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع لتغير من معاقده الآخر والغبن في هاته الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث".

ينص الفصلان 60 و61 من المجلة المدنية، على مبدأ وهو مبدأ إقصاء الغبن الموضوعي، كما أنهما ينصان على استثناءات لهذا المبدأ.

القسم الأول : مبدأ إقصاء الغبن الموضوعي

172. يرد إقصاء الغبن الموضوعي المتمثل في عدم تكافؤ الالتزامات المتبادلة عند نشأة التصرف القانوني²⁴³، في مستهل الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود عندما يقتضي أن: "الغبن لا يفسخ العقد...". معنى ذلك أن الغبن كعيب مستقل للإرادة لا يترتب عليه بطلان التصرف القانوني²⁴⁴.

173. يبدو إقصاء الغبن الموضوعي مقبولا من الناحية المنطقية في نظام يعتمد التصور الموضوعي لمفهوم الالتزام، أين يتمثل دور التصرف القانوني في تحقيق الاستقرار التعاقدية واستمرار المعاملات الاقتصادية، ولا في إرساء العدالة المثلى المتجسمة في مؤسسة العقد طبق ما تنادي به

²⁴³ طبيعته الحال يقع تحديث من العيون عند إبرام العقد ولا لاحقا إذ يتعلق شأنه الأمر بتحديد العقد ولا بفسخه. كما أنه لا يمكن الحديث عن الغبن في التصرفات التبرعية وتعدد التبرعات.

²⁴⁴ انظر معاملة الغبن لسؤال الفقه حول طبيعته العنصرية : محمد الزوي، العقد، السهم، السبق، عدد 182 وما بعده.

Y. KENFEN, La lésion est-elle une entité juridique autonome ?, R. T. D. 1978, I, p. 41.

مدرسة مبدأ سلطان الإرادة، والتي لخصتها الفقيه (FOUILLEE) في الجملة المشهورة : "ما هو عقدي هو عادل بالضرورة" (qui dit contractuel dit juste)²⁴⁵. يتمثل بالتالي دور التصرف القانوني في إطار هذا التصور في تنشيط الحياة الاقتصادية ولا في الاستجابة إلى دفعات وطلبات المتقاضين سيئي النية. يتأيد هذا الرأي بمراجعة الأنظمة القانونية المقارنة.

الفقرة الأولى : القانون الفرنسي

174. يجمع الفقه في فرنسا²⁴⁶ حول الإقصاء المبني للغبن الموضوعي كعيب من عيوب الرضا، وما يشد الانتباه في هذا المجال أن الفقه يؤسس هذا الإقصاء على مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية، دون تمييز بين العدالة العقدية وهي نسبية بالضرورة والعدالة المثلى. فالعميد CARBONNIER يكتب في هذا المعنى : "طبق مبادئ الليبرالية يتعين على كل طرف أن يتأكد عند إبرام العقد من تحقق العدالة العقدية تجاهه"²⁴⁷. غير أن هذا التصور لا يستقيم إلا صلب نظام قانوني مثالي يكون داخله العقد أداة لتحقيق العدالة. هذا التصور هو في الواقع بعيد عن الحقيقة لتوهمه أنه يكفي الاعتماد على المساواة المزعومة للأطراف لتحقيق العدالة

²⁴⁵ F. FOUILLEE, art. cit. op. cit. p. 48 ; G. FARJAT, droit privé de l'économie, op. cit. p. 106 ; G. HENRI, Le contrat, formation op. cit. n° 242 ; B. STARK, droit civil obligation, 2^e éd. op. cit. n° 700 et s.

²⁴⁶ F. FOUILLEE, op. cit. formation op. cit. n° 245.

²⁴⁷ CARBONNIER, op. cit. droit civil de l'économie, 10^{ème} éd., § 30.

العقدية²⁴⁸، بل يؤدي ذلك إلى النتيجة العكسية ويصبح غير عادل أن يعامل سويًا ما لا يتساوى. كان من المفروض أن يلجأ إلى الغبن لتحقيق العدالة العقدية، وهذا ما حاولت تكريسه الكنيسة في القرون الوسطى من خلال مؤسسة السعر العادل (le juste prix)²⁴⁹، بإضفاء مسحة أخلاقية على تعاليم القانون الروماني الذي لم يكن يعتد بالغبن إلا بالنسبة للقصر.

الفقرة الثانية : التشريع الإسلامي

175. يعتبر البعض²⁵⁰ أن التشريع الإسلامي هو المصدر الأساسي للفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود، والأمر محتمل. غير أن التشريع الإسلامي رغم كونه يؤاخذ الربا في جميع أشكاله، فهو لا يعتد بالغبن كعيب مستقل للإرادة²⁵¹ إلا إذا كان مصحوبا بالإكراه أو بالتغريم²⁵². يفسر الفقه هذا الموقف للتشريع الإسلامي بطابعه الموضوعي وحرصه على ضمان استقرار المعاملات²⁵³. غير أن هذا التبرير يظل غير كاف، لأن التشريع الإسلامي يجهل نظرية

²⁴⁸ B. STARCK, les obligations, op. cit., p. 75.

²⁴⁹ TARDE, l'idée de juste prix, thèse Paris 1906.

²⁵⁰ يوسف الكاتبي، المقال المذكور، المجلة القانونية التونسية، ص 43.

²⁵¹ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص 133.

C. CHEHATA, théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, les sujets de l'obligation, Sirey, 1969, p. 122 ; Y. LINANT DE BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, Monton & Cie, Paris, La Haye, 1965, pp. 214 et s.

²⁵² علي عبد الباقي، نظرية العقد، ص 404.

²⁵³ Y. LINANT DE BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, op. cit., p. 373.

عيوب الرضا بصفة عامة²⁵⁴ ولا يعتد إلا بعيب الإكراه كعيب مستقل للرضا، فيما لا يجازي الغلط أو التغريم إلا بصفة غير مباشرة عن طريق نظرية المحل ونظرية العيوب الخفية²⁵⁵. فلا غرابة عندئذ أن يتجاهل التشريع الإسلامي مؤسسة يعوّض عنها بصفة كافية عن طريق نظرية الربا وعقود المقامرة.

الفقرة الثالثة : القانون الألماني

176. يمثل القانون الألماني المصدر الثالث المحتمل لمجلة الالتزامات والعقود²⁵⁶، والجدير بالملاحظة أن هذا القانون يجهل تماما مؤسسة الغبن المجرد، أي الغبن المتمثل في عدم تكافؤ الالتزامات المتبادلة والذي يقع تقديره بصفة موضوعية. ينص فعلا الفصل 138 من المجلة المدنية الألمانية : " يبطل التصرف القانوني المخالف للأخلاق الحميدة ".

" يبطل أيضا التصرف الذي بموجبه ونظرا لحرص أو قلة تجربة أو قلة دراية الطرف الآخر، يتحصل طرف لشخصه أو لغيره على خدمة أو أرباح مالية تفوق بكثير ما تقدم به بشكل يجعل الفارق بارزا حسب ظروف الأحوال

²⁵⁴ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المرجع السابق، ص 105.

²⁵⁵ C. CHEHATA, théorie générale des obligations en droit musulman hanéfite, op. cit., n° 174 ; Y. KNANI, article op. cit., R. T. D. 1978, 1, p. 43, note n° 3.

²⁵⁶ راجع الفقرة 20 وما بعدها.

²⁵⁷، الذي تردّد الفقه حول تصنيفه ضمن قواعد السبب، وخاصة السبب غير المشروع²⁵⁸، أو قواعد الرّبا وبصفة غير مباشرة إلى قواعد الغبن الذاتي²⁵⁹.

مهما صعب تصنيف هذا الفصل، فالتأبّت أنّ المشرّع الألماني يجهل تماما نظرية الغبن الموضوعي، تبعا للصيغة الموضوعية لهذا القانون الذي لم يكرّس مبدأ سلطان الإرادة ومن بعده مبدأ العدالة العقدية المثالية، بل هو يحاول معالجة عدم تكافؤ الالتزامات المتبادلة في التصرف القانوني من زاوية أكثر موضوعية وواقعية، أي نظرية الغبن المؤسّس على الاستغلال، الذي يمكّن من خلال تحليل واقعي لظروف الأحوال من إبطال التصرفات التي تمكّن صاحبها من استغلال ضعف شخص أو قلة خبرته أو قلة درايته لابتزاز أمواله أو خدماته دون مقابل يذكر.

يشكّل عيب الاستغلال²⁶⁰ أو عيب الغبن الذاتي، في هذا المعنى أداة واقعية وموضوعية لتهديب أخلاقيات التعامل، دون تمجيد أو تقديس لمؤسسة العقد التي تعتبرها مدرسة

²⁵⁷ Art. 138 B. G. B. : « L'acte juridique contraire aux bonnes mœurs est nul. Est nul notamment celui par lequel, en profitant des embarras, de la légèreté ou de l'inexpérience d'une personne, on se fait promettre à soi ou à un tiers pour une prestation, des avantages pécuniaires qui excèdent la contre-valeur, de telle sorte que d'après les circonstances la disproportion est évidente ».

²⁵⁸ R. SALEILLES, de la déclaration de volonté, op. cit., pp. 251 et s.

²⁵⁹ A. RIGG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique..., thèse op. cit., n° 173 et s.

²⁶⁰ M. E. BENSEGUIR, l'art 54 du D. O. C., un article inappliqué - pourquoi ?, Rev. maroc. de droit d'économie et de dev., J. FLOUR & J. L. AUBERT, obligations, 1^{re} vol., op. cit., n° 247 ; J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 576 et s. ; A. WEIL & F. TERRE, les obligations, 3^{ème} edit., op. cit., n° 215.

سلطان الإرادة كافية لوحدها لتحقيق العدالة المثالية بناء على المساواة المفترضة للأطراف، بل هو يحاول في كلّ مرّة تقوم فيها حسب ظروف الأحوال تباينات بين الأطراف المتعاقدة أن يتدخّل للتصدّي لها أو للحدّ منها.

القسم الثاني : نظرية الاستغلال

177. توحى قراءة الفصول 58، 59، 60 و 61 من مجلة الالتزامات والعقود أنّ المشرّع تبنى نظرية الاستغلال التي سنتولّى بسطها، لنعرّض إثر ذلك إلى تطبيقها من قبل المشرّع.

الفقرة الأولى : عرض نظرية الاستغلال

178. ظهرت نظرية الاستغلال في القانون الألماني²⁶¹ ولقيت رواجا كبيرا في التشريعات المقارنة²⁶² تختلف نظرية الاستغلال وتتميّز عن النظرية التقليدية للغبن، من كونها تقارب بين التزامات أطراف التصرف القانوني بصفة مبينة ومجرّدة، بل نعتدّ في ذلك وبصفة عملية وواقعية على شخصية الأطراف وجنسهم من ذكر أو أنثى وسنّهم ووضعهم الاجتماعي. لا يتمّ تقدير الغبن صلب نظرية الاستغلال من

²⁶¹ يعتبر الفقيه سيب (الرواقي السنيوي) (المتوسط في مراح القانون المدني)، 1 - 1 - 201، 11 - 1 - 198، من السجلة السنية الألمانية هو نفعه المخلوق هذه الظروف.

²⁶² الفصل 21 من مجلة الالتزامات السنيوية، الفصل 22 من مشروع القانون المدني.

42 من السجلة المدنية السنيوية، الفصل 214 من السجلة التأسيسية، الفصل 129 من السجلة المدنية السنيوية والفصل 130 من السجلة المدنية السنيوية.

الزّاوية الاقتصادية طبق قاعدة العرض والطلب، وإنّما يعتبر الغبن عيب من عيوب الرضا، متمثلاً في استغلال ضعف أو قلة خبرة أو قلة دراية شخص من طرف شخص ثان. يقوم عيب الاستغلال على ثلاثة شروط تميّز بينه وبين مفهوم الغبن التقليدي.

أ - شروط عيب الاستغلال

179. تباين الالتزامات المتبادلة. يمثّل التباين الواضح، بل حتى المشط²⁶³، بين التزامات أطراف التصرف، الشرط الأول لقيام عيب الاستغلال، علماً أنّ تحديد هذا الشرط لا يخضع إلى معايير اقتصادية موضوعية كالغبن²⁶⁴، وإنّما يتمّ تقديره حسب معطيات الحال وظروف وملابسات الوضعية التي قد تتغيّر بحسب الأحوال، وقد تدخل في هذا التقدير حتى القيمة العاطفية للشيء²⁶⁵.

180. تعيب الرضا. أمّا الشرط الثاني لقيام عيب الاستغلال فهو يتمثّل في تعيب رضا الطرف المستغلّ، هذا ما يشترطه صراحة الفصل 138 من المجلة المدنية الألمانية عندما يتعرّض "لحرج" و"قلة خبرة" و"قلة دراية" الطرف المستهدف للاستغلال. تفيد عمومية وإطلاقية العبارات المستخدمة من قبل المشرّع الألماني أنّها لم ترد على سبيل

²⁶³ A. RIBG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique..., thèse op. cit., n° 181.

²⁶⁴ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 576 ; A. WEIL & F. TERRE, les obligations, op. cit., n° 215.

²⁶⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، عدد 202.

M. A. BENSEGHIR, article précité, n° 58.

الحصر وإنّما جاءت على سبيل الذّكر، بما يصير مقتضيات الفصل 138 المذكور قابلة للانسحاب على وضعيات شتى يكون فيها المقصود بالاستغلال مستضعف الرضا²⁶⁶.

181. الخطأ القسدي. يشكّل الخطأ القسدي الشرط الثالث والأخير لعيب الاستغلال، وهو أهم شرط إذ هو يتمثّل في سلوك عمدي خبيث، ينتهز بموجبه أحد الأطراف ضعف وحرج وقلة خبرة أو قلة دراية الطرف الآخر ليحصل على فوائد ما كان له ليحصل عليها لولا ذلك. يتمثّل هذا الخطأ في خطأ الاستغلال نفسه حسب منطوق الفصل 138 من المجلة المدنية الألمانية.

ب - التمييز بين الاستغلال والغبن

182. طبق ما تمّ بسطها تبدو نظرية الاستغلال مختلفة عن نظرية الغبن التقليدي من حيث طبيعتها القانونية ومن حيث ميدانها.

183. الطبيعة القانونية. يختلف عيب الاستغلال عن عيب الغبن الموضوعي من كونه لا يعنى بالجانب الاقتصادي للالتزامات المتبادلة ولا يهتم بالعدالة العقدية المتجسّمة في الثمن العادل، لما قد يحدثه هذا المعطى من اضطراب في المعاملات الاقتصادية والمالية. يحاول عكس ذلك عيب الاستغلال ردع سلوك خبيث. وارساء أخلاقيات ملزمة

كانت تشرح شروط الفصل 138 من المجلة المدنية الألمانية بأنها "تستهدف فقط" وضعيات شتى يكون فيها المقصود بالاستغلال مستضعف الرضا²⁶⁶.

للمعاملات الاقتصادية بعيدا عن كل معطى مثالي، لضمان الاستقرار التعاقدى.

يشبه بذلك عيب الاستغلال بقية عيوب الرضا الأخرى، فهو لا يبحث عن إرساء عدالة مثالية، أو عن حماية الإرادة الفردية، بل هو يساهم بمعينة العيوب الأخرى في توفير مناخ سليم للنشاط التعاقدى.

184. الميدان. نتيجة للطبيعة الخاصة لمؤسسة الاستغلال يكون ميدان هذه المؤسسة أوسع وأفسح من ميدان الغبن التقليدي أو الغبن المجرد. يتجاوز فعلا دور مؤسسة الاستغلال مسألة التقدير الحسابي للالتزامات المتبادلة، بل يضم أيضا إلى جانب العقود التبادلية، تصرفات التبرع وعقود المقامرة والتصرفات القانونية الأحادية²⁶⁷، لأن عيب الاستغلال لا يعنى فقط بالجانب الحسابي للمعاملات الاقتصادية، بل يحاول أيضا وخاصة التصدي لكل سلوك من شأنه أن يؤثر سلبا على هذا الجانب الحسابي²⁶⁸.

كما أن اتساع ميدان عيب الاستغلال يتجلى أكثر عندما نعلم أن تقدير الفوارق في القيمة لا يتم من الناحية الاقتصادية المجردة فقط، بل يأخذ بالاعتبار المعطيات الذاتية والخاصة بكل وضعية بما في ذلك القيمة العاطفية لمحل الالتزام، وحالة الحرج التي يكون فيها الأجير تجاه المؤجر،

²⁶⁷ J. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique unilatéral, thèse op. cit., n° 231.

²⁶⁸ يقترب هذا المفهوم لعيب الاستغلال من مفهوم العيب الغشبي أو العيب في القيمة (lésionnaire) الذي اهتمت إليه فقه القضاء في فرنسا. علما أن هذا المفهوم يختلف عن العيب في الحساب (الفصل 47 من مجلة الالتزامات والعقود).

والمستهلك إزاء المحترف... ما سيمكن من موازنة وضعيات لا تدخل مبدئيا تحت طائلة الغبن الموضوعي. لكن مهما اتسع ميدان عيب الاستغلال فهو سيظل مقيدا بشرط الخطأ القسدي المتمثل في استغلال حالة الضعف التي يكون عليها المستغل للحصول على فوائد مشقة.

الفقرة الثانية : نظرية الاستغلال في مجلة

الالتزامات والعقود

185. يكرس المشرع بصفة واضحة نظرية الاستغلال في الفصول 58، 59 و 60 من مجلة الالتزامات والعقود²⁶⁹، كما نجد لهذه النظرية تطبيقات مختلفة، خاصة في الفصل 52 من نفس المجلة الذي ينص: "الخوف المبني على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله"، أو في الفصل 1103 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالقرض بالفائض²⁷⁰، أو الفصلين 1301

²⁶⁹ وقف الفقيه بن مسعير عند نفس النتيجة في ما يخص القانون المغربي أين يشكل التطهير - حقه بنى الأصل لمجلة الالتزامات والعقود غير أنه لم يتعمد مسألة التكرار (المقالة المذكورة سابقا).

²⁷⁰ "بغالب كل من اغتصب اضطرار غيره أو ضعف إدراكه أو عدم معرفته بالأحوال فاقترضه مالا أو جذا له اجلا يفاض وغيره من المنافع التي تتجاوز القدر المعتاد وقيمة الخدمة المنددة حسب الأمان وظروف الأحوال بمقدار معتبر يطالب لدى المحاكم الجزئية وبس الجواز إبطال الاتفاقات والشروط المحزنة على خلاف ما يقتضيه هذا الفصل ولم يغير طلب الدين وحط للفائض المقسوط ورجوع الدين بما آذاه واندا على التمر الذي نعتبه المحكمة للفائض وإذا تعذر أصحاب الدين كتب مطالبهم بالخير".

و1302 المتعلقين بعقد الشركة، الذين يقضيان ببطلاق كل شرط من شأنه أن يمنح أحد الشركاء أكثر مما ينوبه من أرباح أو أن يمنحه كامل هذه الأرباح.

186. أورد المشرع صلب الفرع الثالث "في عيوب الرضا" من القسم الثاني "في التصريح بالرضا" من الباب الأول "في تعمير الذمة بالعقود وما شاكلها" من العنوان الثاني من الكتاب الأول "فيما تعمّر به الذمة مطلقاً" من مجلة الالتزامات والعقود، أي ضمن الفصول المنظمة لعيوب الرضا، فصلين تناول فيهما مسألتين مثيرتين؛ هما مسألتا السكر والمرض. تكمن إثارة هذين الفصلين في انفراد المشرع بسنهما خاصة بالمقارنة مع القانون الفرنسي، كما قد لا تؤدي دراسة مستقلة لكل فصل بمفرده إلى نتيجة مقنعة، في حين يمكن إدراج هذين الفصلين في إطار تصور عام لمؤسسة الاستغلال.

أ - السكر

187. جاء الفصل 58 من مجلة الالتزامات والعقود يقتضي: "إذا وقع العقد في حالة السكر المغير للشعور وجب فسخه"²⁷¹. يتميز هذا الفصل عن الأعمال التحضيرية التي سبقته، بتحديد درجة السكر المشتربة لإبطال التصرف القانوني التي يجب أن تكون "مغيرة للشعور". معنى ذلك أن

²⁷¹ يعالج الفصل 58 الحالي الفصل 60 من المشرع المؤرخ لسنة 1899 والفصل 41 من المشرع المؤرخ لسنة 1899 الذي جاء بصيغة: "L'état d'ivresse donne ouverture à la rescision de l'obligation, lorsqu'il existait au moment où elle a été contractée."

المشرع لا يقصد من خلال الفصل 58 السكر المطبق المفقّد للوعي تماماً والذي ينعدم بموجبه الرضا ولا يكون معيباً فقط²⁷². كما أن المشرع بضبط نوعية السكر المقصود يزيح الحالة الكحولية البسيطة التي لا أثر لها على رضا المتصرف. 188. لكن لا يكفي أن تتوفر حالة السكر "المغيرة للشعور" حتى تشكل عيباً للرضا وتكون موجبة لإبطال التصرف القانوني، لأن لو كان الأمر كذلك لأدى إلى إدخال اضطرابات على مستوى المعاملات لأسباب غالباً ما تكون غير جدية، إذ لا يعقل أن يتمسك شخص بحالة سكر كان عليها بمحض إرادته ليطلب على إثرها إبطال تصرف قانوني ما لم يعد يرغب فيه.

189. تكريس السكر، ولو كان مغيراً للشعور، كعيب مستقل للإرادة، يكون مخالفاً للتصور الموضوعي لنظرية عيوب الرضا التي كرسها المشرع بأن تكون هذه النظرية في خدمة سلامة ونزاهة المعاملات ولا في مجرد خدمة الإرادة الفردية. من ذلك أنه لا يمكن تصور حالة السكر كعيب للرضا إلا في إطار نظرية الاستغلال أين تشكل حالة السكر المغير للشعور وضعية حرج وضعف يتم استغلالها من طرف المعاهد الآخر للحصول على فوائد دون حق.

²⁷² هناك هذا المذهب الذي هو "أن الأعمال التحضيرية التي يدخل حرامها إلى معاهد الترتيب الإلزامي وبعد إعفاء القانون الترتيب، وإدراج أساليب في هذا المجال وأو حذفه، حيث: (1) أن السكر هو "السكر الخمرية" التي لا يفرق فيها إلا بين الرجل والمرأة، أي أنه عدم الإدانة هناك، فليس في المشرع معناه من المصاغة الأولى للفصل 58 بالإضافة التصريح السكر بها في ما يخص حالة السكر لأنه لا يجب السكر المدعى لدرجة إذا السكر المغير للشعور.

ب - المرض

190. يندرج أيضا الفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي أن: "أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي" في نفس السياق، ويدخل تحت طائلة نظرية الاستغلال²⁷³. يتدعم هذا الرأي بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية لمجلة الالتزامات والعقود، إذ يتبين من قراءة الفصل 51 من المشروع التمهيدي لسنة 1897²⁷⁴ والفصل 64 من المشروع الأولي لسنة 1899²⁷⁵، أن ما قصده المشرع بالحالات "المشابهة للمرض" هي حالات ضعف جسدي أو نفسي يتم استغلالها في إطار تصرف قانوني على النحو الذي جاء صلب نظرية الاستغلال (حرج، قلة خبرة، قلة دراية...).

191. تبدو عندئذ حالات المرض المقصودة بالفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود، تلكم الحالات المتصلة بالمرض الجسدي وبالمرض النفسي، التي تختلف بطبيعة الحال عن عوارض الأهلية التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في الفصول 3 إلى 17 من مجلة الالتزامات والعقود،

²⁷³ م. أ. بن جعفر له نفس الموقف تجاه الفصل المماثل في القانون المغربي، المقالة المذكورة سابقا.

²⁷⁴ « Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et sur les infirmités naturelles, sont abandonnés à l'appréciation des juges, qui devront se décider en ayant égard à la nature de l'affaire et aux circonstances du fait ».

²⁷⁵ « Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, sur les troubles passagers des facultés mentales, et sur les infirmités naturelles, sont abandonnés à l'appréciation des juges ».

جاء بالهامش المتعلق بالفصل 64 أن مريض مرض الموت كالمحجر عليه، ويمكن إبطال تصرفاته عندما يثبت استقلال ضعفه للحصول على امتيازات تفريرية أو محاكمة للقانون، تونس 21 مارس 1891، الجريدة، 525، 96.

و153 إلى 166 من مجلة الأحوال الشخصية، و6 من المجلة التجارية، والتي لا يمكن التوسع فيها²⁷⁶. علما أن الطب الحديث²⁷⁷ يبين أن حالات المرض النفسي يرتفع عددها إلى ما يقارب المائتي حالة، ولا يمكن بالتالي حصرها في الثلاث حالات التي أوردها المشرع كعوارض للأهلية (الجنون، ضعف المدارك العقلية، السفه).

192. كما يختلف أيضا مفهوم المرض المقصود بالفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود، عن مؤسسة مرض الموت²⁷⁸ أو المرض الأخير²⁷⁹، وهي حالة الشخص قبل وفاته أين تكون مداركه العقلية سليمة وإنما تتجه همته إلى ترتيب مآل أمواله وتنظيم تركته بعد انقضاء أجله، فلا عيب يعترى رضاه الذي لا تشوبه شائبة، ولا يمكن تبعا لذلك اعتبار مرض الموت حالة من حالات الفصل 59 الذي هو بالدرجة الأولى عيب من عيوب الرضا. فلو كان الأمر كذلك لما أمكن للورثة أن يقوموا بالدعوى الناشئة عن مرض الموت

²⁷⁶ الفقرة 34 وما بعدها.

²⁷⁷ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, DSM III, manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, Masson 1983, pp. 19 et s.

²⁷⁸ الفقرة عدد 54.

²⁷⁹ ر. عم إجماع الفقه حول عدم الخلط بين المرض على معنى الفصل 59 ومرض الموت (M. K. CHARLEDDINE, les droits des tiers et les actes translatifs de propriété, C.E.R.P., 1993, pp. 222 et s. ; A. CHALFOUH, la sanction de la vente pendant la dernière maladie, mémoire de D.E.A., Tunis III, 1990-1991 ; Y. KNANI, la protection juridique du malade, réflexions sur la politique législative tunisienne, thèse Paris II, 1980, pp. 74 et s. ; M. ZINE, note sous civ., n° 11502, du 10 06-3970 (مدني عدد 3970). 112 (1975, R.T.D., 1979, p. 112). لم يسأير فقه قضاء محكمة التعقيب هذا الرأي (مدني عدد 3970). بتاريخ 22 مارس 1966، ق.ر. شر. 1966، ص 299. مدني عدد 11502 بتاريخ 10 جوان 1975. المجلة التونسية للقانون 1979 ص 112. مدني عدد 183 بتاريخ 8 فيفري 1977. نشرية 1977-1-95.

رأساً وفي حق أنفسهم، بل كان عليهم أن يقوموا بها خلفاً عن مورثهم. فالدعوى الناشئة عن مرض الموت هي دعوى شخصية خاصة بالورثة وليست دعوى تابعة للتركة كما لو كان الأمر يتعلّق بعيب في رضا المتوفّي.

193. يبدو نتيجة لذلك أنَّ حالة المرض المقصودة بالفصل 59 من مجلّة الالتزامات والعقود، هي وضعية خاصّة يكون فيها المريض معيب الرضا نتيجة ضعف جسماني أو نفسيّاني يجعل منه لقمة سائغة لمستغلّ ما، على شاكلة الحرج وقلة المعرفة والخبرة، ويكون بذلك مرمى المشرّع من خلال الفصل 59 تكريس ثان لنظرية الاستغلال.

ج - الغبن على معنى الفصل 60

194. ينصّ الفصل 60 من مجلة الالتزامات والعقود: "الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تقرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي"²⁸⁰. يشكل دون شك هذا الفصل طبق الصياغة الواردة صلب مجلة الالتزامات والعقود، محور نظرية الاستغلال، إذ هو يقصي الغبن الموضوعي أو الغبن المجرد كما سبق بيانه²⁸¹، ثم أنه يكرّس في نفس الوقت الغبن الناتج عن الاستغلال.

١٨٩٠ : مقاييس التحويل (60) للحالي الفصلان 52 من متبروع 1897 و 65 من متبروع 1899 الذي احتفظ
بعض الاحتياقة وهي : « la lesion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne
soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente, et sauf
l'exception ci après ».

195. يبدو في الواقع ومن أول وهلة تحرير هذا الفصل سقيماً، لأنه يشترط توفر عيب التّغيير لقيام الغبن. يكون بذلك الفصل 60 ذو استعمال مزدوج مع الفصول المنظّمة لعيب التّغيير، إذ سيتوقّف إثبات الغبن على إثبات التّغيير كعيب للرضاء، فلا يكون الحكم بالبطلان مؤسساً على عيب الغبن، وإنّما على عيب التّغيير²⁸². فلا داعي بالتّالي للقيام على أساس الغبن، إذ يكفي القيام على أساس التّغيير للحصول على نفس النتيجة، ويصبح بذلك استعمال مصطلح التّغيير من قبل المشرّع في غير محله.

196. لكن قد يتغير الرأي بتصفح مجلة الالتزامات والعقود، أين نجد المشرع قد استعمل نفس المصطلح أي مصطلح التغيرير في مواقع أخرى نذكر منها الفصل 85²⁸³، الفصل 107 والفصل 278²⁸⁴، في كل مرة أراد فيها التدرج في جسامه الخطأ المرتكب. فيفرق الفصل 85 بين "الخطأ العمد" و"الخطأ الفاحش" ويعبر عن الخطأ العمد بكلمة "Dol" التي تكون ترجمتها بالعربية "تغيرير"، أي أن المشرع يميز

¹⁸² محمد الرزين، العدد المرجع السابق، عدد 182.

² KNANI, article op. cit. p. 46

283. الثاني: يورده في صحفته العربية والعربية: "في روافد العيينين لدى محرري المجلة: "الاسم مطبوع أو مستخدم بإحدى عمرانية في محضره عيد عمره حية أو حية حال مائتة لما...".
وكان ذلك عمدا أو خطأ فاجها منه..."

« le fonctionnaire ou employé public qui, par son dol ou sa faute lourde, ... »
 ١٠- « الفساد / 10 - " الفساد الفلأفة عن جندة أو منھھا تسبیل یا ثابت ضعة اصابی و یا ص فیه أو یا
 أن یفسد فی الدارک عراف الفعل المفسر به والأرباح العسالة التي خرم منها یجب، عسالة الفعل وفساد
 الفساد به الضميمة وحذفه باحذف سبب الفساد من جندة تقريره أو حذفه
 ١١- « الفساد / 11 - " الفساد غیابة عیلة بعد فساد من علی لدانی حقیقه و عیلة فیه من أریح
 اجراء عدم الذوق بالفساد واعتبار الأحوال الخاصة بکذا قضیة سوخول افساسه وفساسه وتلا رید
 استفسار وجعل فیها تعریف حسب خصصه الدین أو تعریفه »

بين التّغريير (في معنى الخطأ العمدي) والخطأ الفاحش. كما يميّز أيضا الفصلان 107 و 278 من مجلّة الالتزامات والعقود، بين التّغريير والخطأ في نفس سياق الفصل 85، أي أنّ المشرّع يفرّق حسب درجة الخطأ عند تقدير الخسارة. فما هو ثابت من قراءة هذه الفصول أنّ المشرّع كلّما استعمل مصطلح "تغريير" سواء بالّلغة العربيّة أو بالّلغة الفرنسيّة، كان ذلك للتّدليل على مفهوم الخطأ ولا للتّدليل على عيب من عيوب الرضا.

197. بسحب نفس المعنى للتّغريير، أي معنى الخطأ القصدي، على مقتضيات الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود، تتّضح قراءة هذا الفصل وتصبح معقولة، إذ سيّشكل التّغريير كخطأ قصدي الشّروط الثّالث لعيب الاستغلال المتمثّل في الخطأ العمدي الذي يقترفه الطّرف المستغلّ على الطّرف المستغلّ طبق ما تمّ بيانه سابقا²⁸⁵. تمكّن هذه القراءة للفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود من التّمييز بكلّ وضوح بين عيب التّغريير وعيب الغبن، كما أنّها تمكّن خاصّة من تجاوز النّقد المستمدّ من سوء صياغة الفصل 60 المذكور²⁸⁶ وتكون بذلك القراءة الأقرب للواقع. تمكّن أيضا هذه القراءة الفصل 60 التزامات وعقود من القيام بدوره كاملا صحبة الفصلين 58 و 59 من نفس المجلّة، لتوفير شروط عيب الاستغلال

²⁸⁵ الفقرة 181.

²⁸⁶ الفقرة 195.

طبق المنظومة التي سطرها المشرّع حسب التّصور الموضوعي لعيوب الرضا ولمفهوم الالتزام.

198. انطلاقا ممّا تمّ بسطه، يتجلى عيب الغبن صلب مجلّة الالتزامات والعقود على النّحو التّالي :

- إقصاء مبدئي للغبن المجرد حسب منطوق بادئ الفصل 60: "الغبن لا يفسخ العقد..."

- قبول استثنائي لعيب الغبن في حالتين :

* حالة الفصل 61 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي يقتضي: "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو لنظره على الصّورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغريير من معاقده الآخر والغبن في هذه الصّورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث".

توحي قراءة هذا الفصل أنّ المشرّع يفترض قيام عيب الاستغلال بصفة مطلقة وغير قابلة للدّحض عندما يكون المتعاقد المغبون محجورا عليه، فهو ينصّ "الغبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التصرف..."، يستنتج المشرّع وجود هذا العيب من مجرد المقاربة بين "القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد" ويكون ذلك بصفة مجردة انطلاقا من مقارنة حسابية تفوت الثلث، يتوقّر عندئذ عيب الاستغلال حتى عندما يثبت الطّرف الآخر عدم إرتكابه لأيّ خطأ قصدي أدّى إلى غبن الطّرف المتضرّر، إذ يقتضي

الفصل 61 من مجلة الالتزامات والعقود أن الغبن يكون متوقفاً "ولو لم يقع تغير من معاقده".

تشكل من ناحية ثانية مقتضيات الفصل 61 من المجلة المدنية وسيلة إضافية لحماية الأهلية إلى جانب قواعد القانون العام²⁸⁷؛ فهي تشمل العقارات والمنقولات وتحمل على البيوعات الاختيارية وعلى البيوعات القضائية، ويكون جزاء مخالفتها في كل الحالات البطلان دون إمكانية تلافي ذلك بدفع الفارق مثلاً.

* الحالة الثانية هي حالة الفصول 58، 59 و60 من مجلة الالتزامات والعقود، التي تشكل جميعها الحالة المثلى للاستغلال المقصود طبق ما تم عرضه²⁸⁸، أي قيام خطأ قصدي متمثل في استغلال حالة ضعف أو مرض أو قلة وعي أو قلة دراية للحصول على أرباح دون حق.

الباب الثالث

تقدير عيوب الرضا

199. يقتضي الفصل 48 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا وقع النظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكراً أو أنثى"²⁸⁹. كما يتبنى الفصل 51 من نفس المجلة المتعلق بالإكراه نفس القاعدة²⁹⁰. ويخضع أيضاً لنفس الحكم التغير لكونه يتمثل كما سبق بيانه²⁹¹ في غلط مستثار، أي أنه يقوم بالدرجة على عيب الغلط. كما بينا²⁹² أيضاً أن عيب الاستغلال يتم تقديره هو الآخر بالنظر لظروف الأحوال من مرض وسكر وسن ودرجة التأثير...

200. يترتب عن جملة هذه الفصول والقواعد، أن المشرع تبني في ما يخص تقدير عيوب الرضا ومدى تأثيرها على شخص المتعاقد نظرية التقدير الظرفي (appreciation in concreto) ولا نظرية التقدير المجرد (appreciation in

²⁸⁷ يشاهد الفصل 48 الذي يدمج الفصل 58 من مشروع 1874 في الفصل 48 من مشروع 1927.

²⁸⁸ ينظر فصل الفصل 51 "الاستغلال" وخصوصاً الفقر 1 الذي يحدد شروط الاستغلال.

²⁸⁹ الفقرة 134.

²⁹⁰ الفقرة 177 و178.

²⁸⁷ الفقرة 31 وما بعدها.

²⁸⁸ الفقرة 185 وما بعدها.

(abstracto)²⁹³. علما أنه غالبا ما يتم اللجوء إلى هذه التفرقة في مادة المسؤولية التقصيرية، ويبرز استعمالها أقل في ما يتعلق بنظرية عيوب الرضا، على الرغم من قيامها ضمنا خلف كل عملية تقدير²⁹⁴.

ما هو بالتالي محتوى هذه التفرقة وما هو مدى أثرها على تقدير عيوب الرضا؟

القسم الأول : محتوى التفرقة.

201. قد تحمل مسألة التمييز بين التقدير الظرفي (appréciation in concreto) والتقدير المجرد (appréciation in abstracto)، على التصور أنها تقوم على المقابلة المطلقة بين التقدير المؤسس على ظروف وملابسات القضية، والتقدير المتجرد بصفة كلية عن ذلك، أي أنهما تقومان على طرفي نقيض؛ ففي حين تلتصق الأولى بوقائع القضية وملابساتها وخصائصها ومميزاتها، تتجرد الثانية بصفة كلية عن كل ذلك في تقديرها للوضع المطروحة عليها²⁹⁵. غير أن هذا التصور لا يعكس حقيقة هذه التفرقة ويفقدها جدواها، إذ

²⁹³ N. DEJEAN DE LABATIE, appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, L. G. D. J. 1965, préface H. MAZBAUD ; H. L. & J. MAZBAUD, traité de la responsabilité civile, t. I, 6^{ème} éd., par A. TUNC, n° 418 à 445 ; B. STARCK, H. ROLAND & L. BOYER, obligations, I, responsabilité délictuelle, 4^{ème} édition, n° 307 à 309 ; G. VINEY, traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, conditions, L. G. D. J. 1982, n° 462 et s. ; A. WEIL & F. TERRE, obligations, 2^{ème} édition, n° 631 et s.

²⁹⁴ G. FARJAT, droit privé de l'économie, 2, les obligations, p. 66.

²⁹⁵ N. DEJEAN DE LABATIE, thèse op. cit., n° 3, p. 2

يصعب تصور حكما قضائيا متجاهلا تماما وقائع وملابسات قضية ما.

202. يرى الفقه²⁹⁶ تبعا لذلك، أن نقطة تباين طريقتي التقدير تكمن في اعتماد أو عدم اعتماد الظروف والملابسات الشخصية لأطراف القضية. وفي هذا المعنى يأخذ بالاعتبار التقدير الظرفي إلى جانب وقائع وماديات القضية، الظروف الخاصة بأطراف القضية، من علم، ودراية، وجنس، وسن، وثقافة... بينما يقتصر التقدير المجرد على اعتماد ملابسات وماديات القضية محيلا في ما يتعلق بشخصية أطراف القضية إلى نموذج مثالي لشخص حريص وفطن يطلق عليه تسمية "أب الأسرة الصالح" (le bon père de famille). نتيجة لذلك لا يعتد التقدير المجرد إلا بالظروف الخارجية للقضية، فيما يعتمد التقدير الظرفي في نفس الوقت الظروف الخارجية للقضية والظروف الباطنية المتعلقة بكل شخص طرف في هذه القضية. يتناول التقدير المجرد الشخص بصفة عامة، بينما يتناول التقدير الظرفي شخصا معينا محددا بذاته.

يتأسس التقدير المجرد (appréciation in abstracto) من الناحية الأخلاقية والفلسفية، على تصور مثالي (وهي؟) للشخص، يقوم بدوره على مبدأ المساواة الذي كرسته الثورة الفرنسية عندما نادى بالمساواة والحرية. هذا ما يفسر إجماع الفقه حول تبني هذا النوع من التقدير في ما يتعلق بالمسؤولية

²⁹⁶ N. DEJEAN DE LABATIE, op. cit., loc. cit. ; M. VINEY, la responsabilité, op. cit., n° 462.

التقصيرية إذ هو يعكس حرية خيار الشخص بين الخير والشر، ووجوب التقيد بهذا الخيار، فلا يحق لأي كان أن يحتج تجاه الغير بظروف تخصه للتفصي من مسؤولياته. إضافة إلى ذلك يمكن التقدير المجرد من تجاوز نقائص مفهوم الخطأ ومن تكريس مبدأ التعويض. هذا الرأي لن استقام في خصوص المسؤولية التقصيرية، فهو يصعب تبريره في ما يهتم نظرية عيوب الرضا.

القسم الثاني : التقدير الظرفي لعيوب الرضا

203. يمر حتما قرار القاضي عند تطبيق النصوص المتعلقة بعيوب الرضا من خلال تقدير ظروف وملابسات القضية المطروحة عليه²⁹⁷، ويتم ذلك إما حسب التقدير المجرد وإما حسب التقدير الظرفي. أي أنه يتعين على القاضي الترجيح بين الاعتداد بضعف شخص، أو قلة خبرته، أو نقص درايته، للقضاء ببطالان التزام ما، أو عدم الاعتداد بذلك. مبدآن متناقضان يحتمان الإجابة على هذه المسألة.

204. يمكن من ناحية أولى، عملا بمبدأ سلطان الإرادة مبدأ حماية الإرادة الفردية، تطبيق نظرية التقدير الظرفي لما قرره من إمكانيات تمحيص وتثبيت من الإرادة الحقيقية لشخص، من إرادته الباطنية، لغاية حمايتها. أي أنه يتم نبعاً

لذلك اللجوء إلى التصور الذاتي لنظرية عيوب الرضا²⁹⁸، لما تعود عليه الفكر القانوني، تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة، من اعتبار حماية الإرادة الفردية غاية في حد ذاتها بمنأى عن كل هدف آخر²⁹⁹.

205. غير أنه يمكن من ناحية ثانية عملاً بنفس المبادئ الليبرالية، وتطبيقاً لمبدأ المساواة أمام العدالة التي لا يتمثل دورها في الحد من التباينات الطبيعية المادية والتباينات الاقتصادية القائمة بين أفراد المجموعة، بل يتعين عليها معاملة الجميع على قدم المساواة وبصفة مجردة، بناء على مبدأ المساواة المفترض³⁰⁰. يتم عندها تقدير عيوب الرضا طبق التصور المجرد بعيداً عن كل اعتبار ذاتي خاص بالشخص وبظروفه وبأحواله، وإنما طبق نموذج مثالي لشخص معتدل السلوك والحرص والذرية.

206. يبدو في الواقع أن الحل الأمثل لمسألة تقدير عيوب الرضا لا يكمن في ترجيح أحد الرأيين على الآخر لما اعتراهما من شطط ومغالاة، بل في التوفيق بينهما واختيار سبيل وسطي بينهما للحد من حدتهما. لأن الالتزام في التصور الموضوعي، ليس تلك الأداة المجردة المقدسة التي لا تخضع إلا لإرادة أطرافها، بل هو أيضاً وخاصة وسيلة تبادل ثروات بين الذمم في كنف العدالة وحسن النية³⁰¹. تؤكد اليوم أن

²⁹⁸ الفقرة 125 وما بعدها.

²⁹⁹ J. GHESTIN, le contrat, op. cit., n° 355.

³⁰⁰ G. FARJAT, les obligations, op. cit., p. 51.

³⁰¹ الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود.

³⁰² N. DEJEAN DE LA BATHIE, these op. cit., n° 249.

العنوان الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف القانوني

209. لنن شكّلت الإرادة ركنا أساسيا في قيام التصرف القانوني، إلا أنّ هذا الركن رغم أهميته يظلّ غير كاف، إذ لا ينشأ التصرف القانوني بصفة مجانية ومجرّدة، بل يحاول من خلاله أطرافه تحقيق آثار قانونية لها بعد اقتصادي واجتماعي، كنقل حقّ ما أو تسليم شيء ما أو الامتناع عن عمل ما³⁰³. معنى ذلك أنّ لكلّ تصرف قانوني محتوى أرادته أطرافه، تتّجه بالتالي إرادة الأطراف نحو ما يسمّى موضوع التصرف القانوني، ويكون ذلك لتحقيق غاية معينة تسمّى سبب التصرف القانوني.

210. قد لا تبرز أهمية محتوى الالتزام بجلاء صلب التصوّر الذاتي لمفهوم الالتزام المعتمد بمبدأ سلطان الإرادة، لأنّ الحرية المفترضة لأطراف التصرف القانوني تؤدي إلى تكريس حرية التعاقد وحرية تحديد محتوى التصرف. لا دخل للغير وللقاض في هذا التصرف طالما ارتضاه طرفاه فهو عادل بالضرورة ومطابق لمصلحتهما وللمصلحة العامة لكونها جملة المصالح الخاصة.

³⁰³ يراجع تعريف الالتزام الفقرة رقم 1 وما بعدها.

211. غير أنّ هذا التصوّر لا يستقيم في ما يخصّ مجلّة الالتزامات والعقود، تبعا للخيارات التي وقفنا عندها³⁰⁴ أين لا تتقابل بالضرورة المصلحة العامة والمصالح الخاصة. هذا ما قد يفسّر العناية التي أولاها المشرّع لمسألة محتوى التصرف القانوني، بتنظيمه بصفة مدقّقة عنصري المحل والسبب. فلا يمكن لإرادة الأطراف إنشاء التزام لا يتضمّن محلا محدّدا وجائزا، وسببا ثابتا وقانونيا.

العنوان الفرعي الأول محتوى التصرف القانوني

212. يتعرّض المشرّع إلى محتوى التصرف القانوني صلب القسمين الثالث والرابع من الباب الأول من العنوان الثاني من مجلّة الالتزامات والعقود، أي الفصول 62 إلى 66 المنظمة للمحل، والفصول 67 إلى 70 المنظمة للسبب. كما يضيف الفقه وفقه القضاء³⁰⁵ مكوّنا آخر لمحتوى التصرف القانوني وهو الدوافع.

213. يستوجب حسن فهم خصوصيات ومميّزات مختلف الفصول والمفاهيم المكوّنة لمادّة محتوى التصرف القانوني الوقوف عند هذه المسألة من الناحية النظرية.

214. محتوى التصرف القانوني أو بالأحرى محتوى الالتزام³⁰⁶، هو ما اتّجهت إليه إرادة أطرافه وما أرادوه، علما أنّ هذه الإرادة تتكوّن من ثلاثة عناصر متفاوتة الأثر على تحديد محتوى الالتزام. أولها المحل أو الموضوع، يليه السبب، ثم أخيرا الدوافع.

³⁰⁵ محمد الزّين، المرجع السابق، عدد 222 وما بعده.

³⁰⁶ يستعمل المشرّع حين حديثه عن محتوى التصرف القانوني، تارة كلمة العقد "فيما يقع التعهد عيه"، وأخرى كلمة التزام (المجلد 6)، الفصل 67)، ما قد يبعث على اللبس في الأذهان لأنّ المقصود في الواقع بمحتوى التصرف القانوني هو محتوى الالتزام ولا محتوى التصرف، برأينا يكون هدف التصرف الالتزام المرجع إلتزامه.

215. تمرّ نشأة الالتزام بمرحلتين ، مرحلة باطنية، ومرحلة خارجية، يختلف خلالها أثر العوامل الثلاثة المكوّنة لمحتواه.

المرحلة الباطنية

216. رغم تشعبها لارتباطها بمعطيات نفسانية، تمرّ نشأة الالتزام خلال المرحلة الباطنية، بثلاثة أطوار تؤثر بشكل مختلف على محتوى هذا الالتزام.

الدوافع. تمثّل الدوافع أو الحوافز الغاية الحقيقية التي يرمي إليها الشخص عند إنشاء تصرف قانوني ما. فهي العامل النفساني الحقيقي الكامن خلف كل التزام. فالدوافع خاصة بكل شخص، وتختلف من شخص لآخر. عندما يشتري شخص عقارا يكون ذلك، إمّا لغاية السكنى، أو لإعادة البيع من جديد، أو لهبته لشخص آخر. إلّا أنّ هذه الدوافع، ولئن مثّلت الغاية الحقيقية من كل تصرف قانوني، فهي تبقى خاصة بذات المتعاقدين ولا أثر لها على التصرف بصفة موضوعية من حيث قيامه أو من حيث صحته. فيمكن أن نقول في هذا المعنى أن الدوافع هي "سبب السبب".

السبب. يشكل سبب التصرف القانوني المقابل المنتظر من الالتزام الذي نتقّد بموجبه. عندما أبيع شيئا يكون ذلك لغاية قبض ثمنه، وعندما التزم بخلاص ما، يكون ذلك إمّا لتسديد دين، أو لغاية التبرّع، أو لإجراء صلح بمناسبة حساب جار محلّ نزاع. تبدو عندئذ العلاقة بين السبب والتصرف القانوني ضرورية ومثينة ووطيدة. فالسبب خلافا للدوافع لا يتغيّر، وهو مماثل في كل نمط من العقود. ففي حين يظلّ السبب مستقرا، تتغيّر البواعث. هذا ما يجعل من السبب عنصرا أساسيا في كل تصرف قانوني.

الموضوع أو المحل. المقصود بالمحل هو ليس الشيء المادي الذي يحمل عليه التصرف القانوني، وإنّما الغاية القانونية المحضة للتصرف نفسه، أي غايته الجوهرية. عملية تفويت، إنشاء حقّ عيني على شيء، التزام بالتسليم، أو بفعل معين، أو الامتناع عن فعل معين، إسقاط

دين... الخ. عنصر المحلّ هو الآخر أساسي في تكوين التصرف القانوني، لكونه يشكل مادة المؤسسة القانونية، وهو الذي تتسلط عليه دوافع السبب.

المرحلة الخارجية

217. المرحلة الخارجية لنشأة الالتزام هي المرحلة التي يتمّ فيها التعبير عن الإرادة، فهي المرحلة التي تصدر فيها الإرادة على الساحة القانونية. تتضمن هذه المرحلة الحاسمة في نشأة التصرف القانوني، ثلاثة افتراضات:

- يمكن أن يتمّ التعبير عن الإرادة في أشكالها الثلاثة، أي أن يتمّ التعبير عن الدوافع وعن السبب وعن المحلّ في نفس العملية. لئن جاز التعبير عن الإرادة على هذا النحو إذ لا شيء يحول دونه، فهو يبقى غير ضروري، بل يكون من باب التزيّد.

- يمكن أيضا وهو الأكثر تداول، أن لا يتمّ التعبير إلّا عن السبب وعن المحلّ فقط. هذا ما يحدث غالبا في التصرفات القانونية المسبّبة بطبيعتها، أي العقود التبادلية والتي تفترض طبيعتها التزامات محمولة على كلا الطرفين. وهو الشأن أيضا في العقود العينية أين يتوقّف واجب إرجاع الشيء على تسليمه السابق الذي يتكوّن بموجبه العقد.

- يمكن أخيرا الاعتداد بالمحلّ فقط دون أي اعتبار آخر، يكون عندها التصرف القانوني تصرفا مجردا، والأمر كذلك في عمليات انتقال ملكية العقارات المسجّلة³⁰⁷، (الفصل 925 من المجلة المدنية الألمانية)، كما أنّه الشأن أيضا عندما يتعلّق الأمر بنقل ملكية منقول إذ هي تتوقّف على ضرورة التسليم التي تفرضها قرينة الحوز. كما لا يعتد أيضا إلّا بالمحلّ في عديد من الالتزامات الشخصية، كالوعد، والإقرار بدين، وإحالة الحق، والاشتراط لمصلحة الغير، والإسقاط... الخ. ففي كل هذه العمليات القانونية يكون التصرف القانوني في غير حاجة لسبب عند نشأته، بل يمكن أن يقوم دون سبب.

³⁰⁷ قانون عد 92-6 عدد بتاريخ 4 ماي 1992، الرأى الرسمي على عدد بتاريخ 12 ماي 1992. ص 556.

يبدو بناء على ما تمّ عرضه، أثر العناصر المكوّنة للإرادة متفاوت حسب طبيعة الالتزام المعني بالنظر، هذا ما يجزّنا للوقوف عند أثر المرحلة الباطنية على المرحلة الخارجية بأكثر تدقيق.

أثر المرحلة الباطنية على المرحلة الخارجية

218. تقوم الإرادة الباطنية طبق ما تمّ بسطه، على ثلاثة عناصر، هي الدوافع والسبب والمحل. وجب تبعا لذلك الوقوف عند أثر كلّ عنصر من هذه العناصر على التعبير عن الإرادة.

الدوافع. لا أثر للدوافع مبدئيا ومنطقيا على صحة التصرف القانوني، باعتبار أن الدوافع تبقى خاصّة بصاحبها ولا تهمّ لا المتعاقد الآخر ولا التصرف نفسه. غير أنّ هذا المبدأ يعرف استثناءين اثنين، الأول سلبي والثاني إيجابي.

- تتدخل الدوافع من الناحية السلبية عندما تكون مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة والقانون على معنى الفصول 67 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، أي نظرية السبب غير الجائز، أو بالأحرى نظرية الدافع غير الجائز، عندما يكون ذلك الدافع هو الهدف الحقيقي من وراء التصرف القانوني (كراء محلّ معدّ لممارسة البغاء) أين يوجد سبب وسحلّ، إلا أنّ الهدف هنا هو المخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، من ذلك أنّ هذا النوع من التصرفات يثير مسألة الهدف المحظور ولا كما يصرح بذلك خطأ الفصل 67 السبب غير الجائز.

- قد يتدخل أيضا عنصر الدوافع من الناحية الإيجابية في تكوين التصرف القانوني في شكل شرط صريح على معنى الفصول 116 وما بعده، عندما يعلّق أحد الأطراف أهميّة خاصّة على تحقّق ذلك الشرط؛ كأن يشترط أحدهم عند إبرام عقد البيع أن تكون الأرض محلّ التصرف القانوني صالحة للبناء، ولا يحقّ للطرف الآخر التناكّر لهذا الشرط بكونه خاصّ بصاحبه، ضرورة أنه أصبح جزء من أجزاء التصرف، بذلك وبموجب إرادة الأطراف ينتقل الدافع من وضعيته الهامشية إلى وضعيّة السبب.

السبب. على خلاف الدوافع يرتبط السبب بصفة أدقّ بهيكلية التصرف القانوني، من ذلك أنّه يمكن إقحامه صلب الاتفاق إمّا صراحة وإما دلالة³⁰⁸. غير أنّ إقحام السبب صلب التصرف القانوني ليس بالأمر الضروري ويمكن الاستغناء عليه، مثلما هو الشأن في التصرفات التي لا تكون مسببة بطبيعتها، كالاشرط لمصلحة الغير الذي يمكن أن يخفي عددا كبيرا من الأسباب (هبة، تنازل، إسقاط... الخ).

المحل. يشكّل المحلّ الركن الأساسي في قيام التصرف القانوني، فهو موضوع التصرف ومدّته، فلا يمكن تصوّر قيام تصرف قانوني دون محلّ. من ذلك أنّ المحلّ مشروط في كلّ التصرفات القانونية بما فيها التصرفات المجردة، التي يمكن أن تنهض دون ذكر دوافع ودون ذكر سبب³⁰⁹.

³⁰⁸ الفمسل 08 الدراسات وعود: "كلّ التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به" تعريفي مدني عـ 3027 مؤرخ في 1 جوان 1938 ق ت عدلا 1960، ص 152. "إنّ السبب الغائبة والسنة الجاري بها العمل يقتضيان بأنّ الالتزام الذي سببه الطاهر مثل يغير صحتها إذا ثبت أن السبب المدعوي موجود ومباح".
³⁰⁹ مثل ذلك الم عد المجزّذ.

الباب الأول

موضوع الالتزام

219. سبق أن أشرنا عند تعريف الالتزام³¹⁰ إلى النقد الموجّه من قبل التيار الموضوعي، لمفهوم المحلّ صلب النظرية الذاتية والمتمثّل في خضوع إرادة المدين لإرادة الدائن الذي يعتبره BRINZ مختلا من أساسه، إذ لئن أمكن فعلا التأثير على العامل الباطني، النفسي المشكّل للإرادة الذاتية، فإنه يستحيل التمكن حسيّا وبصفة ملموسة من هذا العنصر النفسي. تبعاً لذلك يقترح هذا الفقيه أن يكون موضوع حقّ الذاتية شخص المدين نفسه. المدين ليس من هو مطالب بأداء، بل من هو مسؤول بذاته على هذا الأداء، وإن كان غير مطالب به فعلاً (الكفيل مثلاً)، فالأداء ليس بالتالي موضوع الالتزام وإنّما غايته، لأن واجب الأداء واجب أخلاقي خارج تماماً عن دائرة القانون.

220. تعريف المحلّ. يتعرّض المشرّع إلى مسألة المحلّ أو الموضوع صلب القسم الثالث من الباب الأول من العنوان الثاني من الكتاب الأول لمجلة الالتزامات والعقود، أي الفصول 62 إلى 66. وما يلفت الانتباه من الوهلة الأولى هو التذبذب الذي اعترى المصطلحات المعتمدة من قبل المشرّع للتدليل على نفس المفهوم بين النسختين العربية والفرنسية للمجلة من ناحية، وبين فصول كلا النسختين نفسها.

³¹⁰ الفقرة 9 وما بعدها.

فبينما يتعرّض المشرّع في الفصول 62، 63 و64 من النسخة العربية للمجلة إلى موضوع العقد، فهو يسمّي نفس المؤسسة في الفصول المقابلة من النسخة الفرنسية موضوع الالتزام³¹¹. ونفس التضارب قائم فيما يتعلّق بفصول النسخة الواحدة، إذ تتحدّث الفصول 62، 63، 64 و65 من النسخة العربية عن موضوع العقد بينما يشير الفصل 66 من نفس النسخة إلى موضوع الالتزام، والشأن نفسه فيما يخصّ النسخة الفرنسية للمجلة إذ على خلاف بقية الفصول المتعلقة بالمحلّ التي تذكر موضوع الالتزام، يشير الفصل 65 إلى موضوع العقد.

221. لكن رغم هذا الاضطراب الاصطلاحي³¹²، يبدو أنّ المعنى المقصود والأصحّ لا فقط من الناحية التاريخية طبق ما تمّ بيانه³¹³، بل أيضا وخاصة من الناحية القانونية، هو أنّ مفهوم المحلّ يتعلّق بمحلّ الالتزام ولا محلّ العقد. علما أنّ العقد بوصفه تصرفا قانونيا إلى جانب الإرادة المنفردة، يكون محلّه أو موضوعه، الالتزام نفسه. فعندما أبرم عقدا مع شخص آخر، يكون موضوع هذا العقد؛ إمّا بيع، أو عارية، أو تسويق... ما يترتّب عنه إنشاء التزامات على طرفي هذا العقد. فالحديث هنا عن موضوع العقد يؤدّي إلى خطاين

³¹¹ الفصل 62: "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء..."

Art 62: « Les choses, les faits et les droits corporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objets d'obligations... »

³¹² الذي لا يفرد به المشرّع التونسي، يراجع بخصوصه بالعالم العربي:

F. FERRÉ, Ph. SIMIER et Y. LI-QUETTE, les obligations, 6^{ème} éd., op. cit., n° 256.

³¹³ الفقرة 22

اثنين؛ أنّ الالتزام لا ينشأ أولا إلا عن العقد، وهو غير صحيح، لأنّه ينشأ أيضا عن الإرادة المنفردة، وأنّ المقصود ثانيا بالفصول 62 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، هو موضوع العقد، هو غير صحيح أيضا، لأنّ ما قصده المشرّع هو موضوع الالتزام، أي الأداء المرتقب من الالتزام ولا الالتزام نفسه. عندما أبيع شيئا، لا يكون موضوع البيع التسليم وضمنان الانتفاع، بل الشيء نفسه، ماذا بعث؟ هذا هو المعنى الذي قصده حتما المشرّع بالفصل 62 عندما نصّ: "لا يسوغ التعاقد إلا فيما يصحّ فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة..."

القسم الأول : قيام المحلّ

222. يشترط في محلّ الالتزام أو موضوعه، أن يكون موجودا وأن يكون محدّدا.

الفقرة الأولى : وجود المحلّ

223. رغم بداهة شرط وجود المحلّ، إذ لا يعقل أن يتسلّط الالتزام على شيء غير موجود، غير أنّه قد يحدث أن يحمل الالتزام على محلّ مستقبل.

أ - المبدأ

224. يشترط الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود

في فقرته الثالثة "أن يكون المقصود من العقد مالا معيّنا يجوز

التعاقد عليه³¹⁴. معنى ذلك أنَّ من شروط قيام الالتزام توفر محلا معينا وجائزا زمن قيام الالتزام، كما يعتبر الفصل 574 من نفس المجلة، أنَّ: "بيع المعلوم باطل كثرمة لم تبرز أو ما في حصوله شك كزرع لم ينبت وحمل في بطن أمه"³¹⁵. فالتسوّغ الذي تمّ إخراجُه من مكراه بموجب حكم استعجالي تمّ نقضه لاحقا، له الحقّ في المطالبة بالرجوع إلى نفس المكري إذا ما زال عقد التسويغ نافذا ولو تمّ كراء المكري إلى شخص ثان، لخلو الكراء الثاني من المحل³¹⁶.

225. بيع ملك الغير. لئن استقرّ في القانون الفرنسي بطلان بيع ملك الغير (الفصل 1599 مدني فرنسي)، يجيز الفصل 576 بيع ملك الغير "إذا أجازره المالك أو صار المبيع ملكا للبائع". أثارت هذه المسألة المتمثلة في بيع شخص ما لا يملك، جدلا فقهيًا حاداً³¹⁷، لتتأفي هذه العملية مع المبدأ العام الوارد بالفصل 551 التزامات وعقود الذي يقتضي أنه "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر ممّا لنفسه من الحقوق"، كما أنّ هذه الإجازة تتضارب والقواعد العامة للبيع، ومبادئ

^{٢١٤} يجب هنا أيضاً لفت الانتباه إلى الاختلاف القائم بين المُنسخين العربيّة والفرنسيّة للفصل 2 الذي يلجأ إلى مفهوم الالتزام (obligation) عوض مفهوم العقد، والفرق بين هذين المفهومين بين (تراجع العقدة 220 و221).

يرى الفقه (نذير بن عمو، المرجع السابق، عدد 141) في الفصل 574 حالة من حالات تطبيق الفصل 64.

³¹⁶ لم تميز محكمة التعقيب هذا التحليل واعتبرت أنه لا يمكن المتسوّغ الأول إلا طلب الفسخ والتعويض بناء على حسن نية المتسوّغ الثاني (الفصل 555 للزامات وعقود) تعقيبي مدني ع-8551، دد، موزخ في 27 جويلية 1972، ن 1972، ص 47.

١٢٧ وما بعده، والهرامش.

M.K. CHARFEDDINE, les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, préf. M. A. HACHEM, C. L. R. P., 1993, p. 257 et s.

النظرية العامة للتصرف القانوني المتعلقة بمحل الالتزام، بل حتى تشكل جريمة على معنى المجلة الجزائية³¹⁸. فوردت بمناسبة هذه العملية قرارات عديدة³¹⁹، تتناول خاصة فرضية البيع مرتين، أي أن يتولى شخص بيع عقار مرة أولى لمشتري أول ثم يبيعه ثانية لمشتري ثان، وثالثة لمشتري ثالث ... الخ. فكيف يمكن التوفيق بين الإجازة الصريحة للفصل 576 والموانع الأخرى سواء المدنية أو حتى الجزائية؟³²⁰

226. جاءت الآراء الفقهيّة في ما يخصّ جزاء بيع ملك الغير متنوّعة :

- اعتبر رأي أول³²¹ أن البيع الثاني باطل بطلانا مطلقا لانعدام المحل ولانعدام السبب فيه على معنى الفصلين 2 و325 من مجلة الالتزامات والعقود، كما يجد البطلان المطلق أساسا له في مخالفة النصوص الجزائية (الفصل 277

¹¹⁸ يذبح فعلا الفصل (2) (4): "يشبه بالتحنين ويعايف مرتكبه بالعرفات العفر: ه الفصل المنهم:

ثانياً - بيع أو رهن أو كراء ماسوق يتعدى أو رهنه أو كراءه أو صلحه بالعقد بوثقة".

¹⁰ تعقیبی سنی (۱۹۵۰ء)، موزع فی 19 اپریل 1982ء، ج 2، ص 301؛ تعقیبی سنی 4478-4479، موزع فی 3 جنوری 1995ء، ص 451؛ تعقیبی سنی 56988-56989، موزع فی 20 مئی 1997ء، ج 2، ص 75؛ تعقیبی سنی 56988-56989، موزع فی 6 اکتوبر 2005ء، ج 2، ص 63.

سجلت الملاحظة أن هذه الجملة تنطق مع راء مبدا اقتر العنسي للفرم بموجد انقور
عند ١٩٠٢-١٩٠٣ في اماري ١٩٠٤ الزائد الرسي له ١٩٠٥ ص ٦٦

M. R. CHARLEBOINE: op. cit. p. 274; N. GHAZOUANI: collections sur la
causale de la chose d'autrui, R. T. D. 1983, p. 119 et s.

عقبه مشي، حذر 1979 أخذ، مور في 2 أفرتي (1979) في 2 حيدا لمدة 19/9، من 111 "أخذ اسبح
أمرؤات حصة على الفرحون الإلاري، هو عند تمام حائلو إيكال، وجوده القومية، أهليه ورماء ورماء
سبا، ونسبه، لذلك فالتابع الثاني، الواقع على نعل الصنيع وبغير مائة نعلان، التوسيع و 30 النسل فيه أدى
لأدبه في التحصيل، على الزعمه الإلاري".

والفصل (292)³²². كما ارتأى فقه القضاء أن هذا البطلان إنما هو نسبي تطبيقاً لنظرية عيوب الرضا³²³.

- رأى رأي ثانٍ³²⁴، بناء على الأصول التاريخية للفصل 576، أن جزاء بيع ملك الغير هو العقد الموقوف، أي أن البيع ينشأ صحيحاً غير أنه يظل موقوف الآثار لتعلق حق الغير به، فلا ينقل الملكية إلا بإجازة المالك الحقيقي أو باكتساب البائع الملكية.

- كما يرى اتجاه ثالث³²⁵، بعد انتقاد نظرية البيع المشروط لعدم تطابقها خاصة مع الفقرة الثانية للفصل 576، أن بيع ملك الغير على غرار بيع المثليات والأشياء المستقبلية، هو بيع صحيح وإنما تفكك صلبه عملية انتقال الملكية إلى مرحلتين؛ مرحلة أولى يتنازل فيها البائع عن ملكية المبيع، ومرحلة ثانية يكتسب فيها المشتري هذه الملكية. غير أن هذا الرأي رغم سداذه ووضوحه لا يفسر كيف يمكن للبائع أن يتنازل عن ملكية ليست بيده.

227. إذا استثنينا فرضية التحيل التي خصها المشرع الجزائي بحكم خاص، والتي لا يمكن أن تدخل تحت طائلة الفصل 576 لانبثاقها على الخدعة وسوء النية، يبدو في الواقع بيع ملك الغير، وهو اتفاق يكون بموجبه كلا الطرفين

³²² محمد صالح العياري، ليس لما يرسم بسجل الملكية المغاربية حصانة لا ترفع في كل الحالات، مذكرات وبحوث قانونية، مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس 1987، ص 70 وما بعدها.

³²³ مني عـ 1956، عدد، مورخ في 17 جانفي 1995، ن 1995، ص 156.

³²⁴ أحمد بن طالب، الثغرات في ملك الغير، الأطروحة سابعة الذكر، عدد 237 وما بعده، فتحى البرتاني، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكورة لنيل شهادة التراسبات المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1990-1991.

³²⁵ تدير بن عمرو، المرجع السابق، عدد 134 وما بعده.

على بيئة بما تقتديا به، ذو طبيعة مزدوجة، فهو ينشئ التزاماً شخصياً بنقل الملكية على كاهل البائع في مرحلة أولى ويتحول هذا الالتزام الشخصي إلى حق عيني في مرحلة ثانية، تتمثل في الانتقال الفعلي للملكية عندما يجيز المالك البيع أو عندما يصبح البائع مالكا للمبيع. أي أن بيع ملك الغير يتضمن في الواقع عمليتين اثنتين، عملية أولى تشبه إلى حد بعيد الوعد بالبيع ولا تتضمن إلا التزامات شخصية محمولة على كلا الطرفين، وعملية ثانية تنتقل بموجبها ملكية المبيع، يمكن أن نطلق عليها تسمية البيع النهائي.³²⁶

ب - الاستثناءات

228. يمكن أن يحمل الالتزام على أشياء مستقبلية، أي أن لا يكون المحل موجوداً فعلاً عند إبرام التصرف، الفقرة الأولى من الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود: "يجوز أن يكون المقصود من الالتزام شيئاً مستقبلاً وغير محقق عدا ما أستاذني في القانون".³²⁷

يحاول فعلاً الإنسان السيطرة على المستقبل من خلال تصرفاته القانونية التي تهدف في الواقع إلى التحكم في المجهول الذي يخفيه المستقبل (وهو هاجس الجميع) بتنظيمه

³²⁶ تكمن صعوبة تصنيف بيع ملك الغير في التعيد المفرط ببدأ الأسفار العوري للملكية بمرجى الأراضي الوارد صلب الفصل 583 الموروث بدوره عن القانون الفرنسي، الذي بمراجعته نازحه بين أنه اختزل هذا المبدأ إثر الثورة الفرنسية وتحت تأثير مدرسه الفنون الطبيعي، انطلاقاً من العادى الرومانى الذي كان يملك بكل دقة بين "عقد نقل الملكية" و"النقل العلى للملكية".

يمكن أيضاً إلحاق بيع ملك الغير بمؤسسة الفصالة، الفقرة 458.

³²⁷ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 215.

وترتيبه وضبط آثاره. علما أن قبول هذه الفكرة في حد ذاته، يرجعنا إلى الرأي الذي اقترحه (BRINZ)³²⁸ من كون محل الالتزام لا يتمثل في الأداء المرتقب من المدين، وإنما في شخص المدين نفسه، ما يبيح التعامل في خصوص أشياء لم توجد بعد، إذ لا يؤثر وجودها من عدمه على قيام الالتزام الذي لا يحمل على أداء المدين بل على شخصه وهو موجود بعد ودائم وملمس.

229. يجوز تبعا لذلك بيع شقق قبل إنجازها على ضوء مثال هندسي³²⁹، بعد إتباع شروط محددة تهدف خاصة إلى حماية المترشح للشراء³³⁰. كما يجوز أيضا بيع معدات لم تصنع بعد، أو بضاعة لم يوردها بائعها، وتبيح أيضا عبارات الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود التعامل في خصوص حقوق مجردة قادمة لم تدخل بعد في ذمة صاحبها، كنصيب من ثمن بيع لم يتم تحديده، أو ضمان دين قادم لم ينشأ بعد.³³¹ 230. غير أن المشرع استثنى بصريح الفقرة الثانية من الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود التعامل بخصوص التركات المستقبلية، عندما نص: "لكن لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على

³²⁸ الفقرة 11 وما بعدها.

³²⁹ القانون عدد 94 لسنة 2000 المؤرخ في 11 نوفمبر 2000، المرات الرسمية لسنة 2000 الشفق لتقانون عدد 76 لسنة 1991، المؤرخ في 2 أوت 1991، المرات الرسمية عدد 56 لسنة 1991، من 1170، "نصم القانون عدد 17 لسنة 1990، المؤرخ في 26 فيفري 1990، الملحق بتحويل التشريع الأساسي للبعث العقاري، المرات الرسمية عدد 117 لسنة 1990، من 319.

A. REBAÏ, la vente d'immeubles à construire en droit tunisien, préf. Ph. JESTAZ, L. G. D. J., 2003.

³³⁰ بدير بن عمو، المرجع السابق، عدد 121-ج.

³³¹ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 536.

شيء من جزئياته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً". قد يجد هذا المنع تبريره في التشريع الإسلامي لتعلق هذه المسألة بقواعد أمرة لا يمكن خرقها وهي قواعد الميراث³³²، واعتبرت فعلا محكمة الاستئناف أن "لا عمل على كل شرط بالقوانين الأساسية للشركات الخفية الاسم يخضع نفويت وإحالة الرقاع بين الأحياء أو بموجب الوفاة ولو بين المساهمين أنفسهم لمصادقة مجلس الإدارة لمخالفة قانون الميراث الذي يهتم النظام العام"³³³. غير أن هذا المنع قائم أيضا في الأنظمة القانونية الأخرى³³⁴، وقد يجد تبريره في طابعه غير الشرعي والمنافي للأخلاق. فيرى في هذا المعنى الأستاذ أحمد بن طالب³³⁵ أن التعاقد على تركة مستقبلية لا شأن له بالشيء المستقبل، بل هو يتعلق بمشروعية المحل³³⁶. أي أن المترشح للإرث يتكهن بوفاة مورثه بل قد يستعجلها ويتصرف في نصيبه قبل الحصول عليه. كما يبدو أيضا أن التعاقد على تركة مستقبلية من قبيل التعاقد على معدوم ويتضمن مقامرة، إذ لا أحد يعلم من سيسبق الآخر إلى الوفاة المورث أم الوارث.

³³² محمد الرين، المرجع السابق، عدد 216.

³³³ استئنافي جنس عدد 8921 المؤرخ 25 نوفمبر 1982، ق ب 1989 من 94.

³³⁴ J. L. VOÛIN, les pactes passés sur succession future en droit français, th. Paris, 1967. G. BEVIN, les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future, th. Toulouse, 1942.

³³⁵ النفويت في ملك الغير، المروحة سابقة الذكر، عدد 210.

³³⁶ الفقرة 241.

الفقرة الثانية : تحديد المحل

231. اقتضى الفصل 63 من مجلة الالتزامات والعقود أن "المعقود عليه يجب أن يكون معيناً ولو بالنوع. أما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد". لا يثير شرط تحديد أو تعيين المحل صعوبة خاصة عندما يتعلق الأمر بشيء قيمى أي معين بذاته، يكفي عندهما وصف المحل بدقة حتى يتم التعرف عليه دون تردد³³⁷. فالأمر كذلك عندما يحمل التصرف على عقار الذي يجب وصفه كاملاً من حيث محتواه ومن حيث مساحته ومن حيث حدوده وذكر جميع توابعه القانونية والفعلية. والشأن كذلك أيضاً عندما يتعلق الأمر بلوحة زيتية أو غيرها من الأعمال الفنية القيمة والمحددة بذاتها التي يتم التعرف عليها من خلال وصفها³³⁸. كما أن نفس الشروط تنظم إحالة الحق التي يجب أن تتضمن وصفاً دقيقاً للذين موضوع العملية ولتوابعه وللمدين المحال³³⁹.

232. غير أن تعيين محل الالتزام في ما يخص المثلثات، أي الأشياء التي تقوم مقام بعضها عند الوفاء³⁴⁰ والتي يتم التعامل في شأنها بالعقد أو الوزن أو القيس، يكفي أن يكون، حسب الفصل 63 من مجلة الالتزامات والعقود، محدداً عند نشأة الالتزام بنوعه، أي أنه يكفي ضبط ماهيته (قمح،

شعير، أرز...) وتحديد نوعه (رفيع، متوسط، عادي...)، على أن يتم تحديد مقداره أو وزنه أو قيسه عند التنفيذ، شريطة إمكانية ذلك انطلاقاً من الفاظ الاتفاق الأول ودون اللجوء إلى اتفاق ثان³⁴¹.

233. تحديد الثمن. باستثناء المعاوضة³⁴²، يتمثل محل الالتزام بالنسبة لأحد أطرافه على الأقل وفي معظم التصرفات القانونية، في مبلغ مالي تختلف تسميته حسب طبيعة التصرف، فهو تارة ثمن وأخرى أجر وأخرى كراء وأخرى مرتب وأخرى خلاص... الخ.

234. عملاً بالمبدأ الوارد بالفصل 63 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، غالباً ما يكون الثمن معيناً وهو ما أكدته الفصل 579 التزامات وعقود في ما يخص عقد البيع³⁴³. أثار الفقه³⁴⁴ بهذه المناسبة مسألة لزوم تعيين الثمن من قبل أطراف الالتزام أنفسهم، إذ قد يوكل ذلك للقاضي في ما يتعلق بالانتزاع لفائدة المصلحة العامة والحالات المماثلة³⁴⁵، أو للإدارة في ما يخص بعض المواد الغذائية الأساسية³⁴⁶، أو

³⁴¹ الفصل 577 التزامات وعقود في ما يخص عقد البيع الذي يمكن سحب إكثائه على كل التصرفات القانونية.

³⁴² الفصول 718 وما بعده.

³⁴³ نذير بن عمرو، المرجع السابق، عدد 143 وما بعده.

³⁴⁴ نذير بن عمرو، أعلاه.

³⁴⁵ الفصول 29 وما بعده من القانون عدد 85 لسنة 1976، المتعلق بمراجعة التشريعات المتعلقة بالانتزاع لفائدة المصلحة العمومية، راند عدد 51، لسنة 1976، من 2192.

³⁴⁶ الأمر عدد 1996 لسنة 1991 المؤرخ في 23 ديسمبر 1991 المتعلق بالمواد و المتزوجات والحدسات المستندة من نظام حرية الأسعار وطرق تأليزها، راند عدد 88 لسنة 1991، من 1764.

³³⁷ تعقيبي مدني ع1251، مؤرخ في 22 أفريل 1985، ن 1985، ج 1، من 178.

³³⁸ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 1208 نذير بن عمرو، المرجع السابق، عدد 137.

³³⁹ الفصول 199 وما بعده التزامات وعقود.

³⁴⁰ يوسف الكدائي وفوري بلكنائي، قانون الأموال، مركز النشر الجامعي، تونس 2003، عدد 9.1.

الغير بصفة مطلقة كالحكم مثلا³⁴⁷. إذا استثنينا حالتنا تعيين الثمن من لدن المحكمة ومن طرف الإدارة، التين تتصلان بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي³⁴⁸ وتبرران بذلك تدخل الدولة في تحديد الثمن، لا تمكّن صياغة الفصل 579 الغير الخاص من التدخل في تعيين الثمن، إذ هو يقتضي: "تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصح" بيعت أو اشتريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى به فلانا" إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع ..."، معنى ذلك أنّ المشرع لا يشترط التنصيص المباشر على مقدار الثمن، بل يكفي الإشارة إليه بصفة غير مباشرة، شريطة أن يكون هذا الثمن معلوما لدى الطرفين عند نشأة الالتزام، أي أن يكون المحل معينا وقت قيام التصرف القانوني.

235. اقتضى أيضا الفصل 63 من مجلة الالتزامات والعقود أن يكون المحل قابلا للتعيين، كما أكد الفصل 579 من نفس المجلة نفس المقتضى، إذ هو صرح: "وقد يصح الاعتماد على ما هو معين بقائمة السوق أو بتعريف معينة أو على متوسط أسعار السوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغير فإن كان متغيرا حمل المتعاقدان على أنهما اعتمادا متوسط الثمن الواقع". تبدو صياغة الفصل 579 مرتبكة، ولاحظ الفقه هذا الارتباك³⁴⁹ وبيّن بوضوح أسبابه وظروفه التاريخية ومحموله اللغوي الذي يؤدي إلى التفريق بين الثمن "الذي لا

يتغير" أي "الثمن الثابت" عند قيام التصرف القانوني، بينما يرجأ تحديد "الثمن المتغير" أي "الثمن المتحول" إلى وقت لاحق لنشأة الالتزام³⁵⁰.

236. تؤدي مبدئيا هذه القراءة للفصل 579 من مجلة الالتزامات والعقود إلى مخالفة مقتضيات الفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود الذي يشترط قيام أركان التصرف القانوني، بما فيها ركن المحل، منذ نشأة هذا التصرف، حتى يتمكّن القاضي من مراقبة توفّر هذه الشروط والقضاء ببطلان التصرف عند تخلف أحدها³⁵¹. لكن هذه الوضعية المثلى غالبا ما لا تتوفّر خاصة في المعاملات المسترسلة في الزمان، أين يتدخل عنصر التغيرات الاقتصادية والمالية وعامل التضخم المالي بشكل يحول دون تحديد الثمن منذ نشأة التصرف القانوني، بل يضطر الأطراف، بعيدا عن كل مضاربة أو مقامرة، إلى تأجيل تعيين هذا الثمن إلى وقت التسليم مثلا (عقود التوريد)، أو وقت إنهاء الأشغال (عقود الترميم). فما هو ضروري في مثل هذه التصرفات القانونية، ليس تعيين الثمن عند نشأة الالتزام، بل تحديد طريقة تعيينه بشكل يمنع كل حيف أو غبن أو استغلال.

³⁴⁷ ندير بن عتو، نفس المرجع والبراهين.

³⁴⁸ الفصل 325.

³⁴⁹ تعقيب مدني عا 1251 إحد مؤرخ في 22 أبريل 1985، ن 1985، ج 1، ص 178، "س الاركان العمومي" به لتكوين العقد لابد أن يكون موضوع العقد معلوما لدى المتعاقدين بوضوح، يعني عند كل حين، سواء من حيث ذاته أو من حيث صفاته الأساسية كما لا جدال في أن العطل في موضوع العقد يعتبر من باب العطل المانع الذي لا يعد الرضا وحسب بل يعده أساسا.

³⁴⁷ ندير بن عتو، نفس المرجع عدد 147.

³⁴⁸ الفقرة عدد 75.

³⁴⁹ ندير بن عتو، المرجع السابق، عدد 149.

القسم الثاني : جواز المحل

237. يفترض جواز المحل أن لا يكون مستحيلا أي أن يكون ممكنا، وأن يكون مشروعاً.

الفقرة الأولى: إمكانية المحل

238. تناسس فكرة إمكانية المحل على المثال اللاتيني الذي يقتضي "أن لا ينقيد أحد بشيء مستحيل"³⁵²، وفي هذا المعنى ينص الفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود: "يبطل العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون". يستدل من هذا النص أن الالتزام المستحيل باطل، سواء كانت الاستحالة حسية أو قانونية.

239. تكون الاستحالة حسية عندما تتمثل في عمل أو أداء مستحيل من حيث طبيعته، كمن يلتزم بتنظيم رحلة وسط الأرض، أو تحمل على شيء تلف قبل نشأة الالتزام (بيع عقار سبق هدمه)، علما أن هذه الفرضية لا تتحقق إلا بالنسبة للأشياء القيمية، أما المثلية فيمكن استبدالها بغيرها وتكون الاستحالة في شأنها غير واردة. أما الاستحالة القانونية فهي تتمثل في التعاقد حول محظور (كمن يلتزم ببيع بضاعة يمنع الاتجار في شأنها القانون، أو أن يلتزم بالقيام بجريمة).

240. لتدخل الاستحالة تحت طائلة الفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود يجب أن تكون مطلقة ولا نسبية،

أي أن الأمر المتفق عليه يكون مستحيلا بالنسبة للجميع ولا فقط بالنسبة لمن التزم به، فرسم لوحة زيتية فنية مستحيل لغير المؤهل لكن لا يشكل استحالة على معنى الفصل 64 ويبرر الفسخ والتعويض ولا يبرر البطلان. كما أن تقدير استحالة الفصل 64 من مجلة الالتزامات والعقود يتم عند نشأة الالتزام ولا عند تنفيذه³⁵³، وهي بذلك تختلف عن القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ التزام نشأ صحيحا مكتمل الشروط.

الفقرة الثانية : مشروعية المحل

241. تفترض القاعدة الأصولية الواردة بالفصل 559 التزامات وعقود أن "الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه". معنى ذلك أن مشروعية المحل مفترضة وتشكل المبدأ، بينما تشكل عدم مشروعيته استثناء لهذا المبدأ، وتكون تبعا لذلك عدم مشروعية المحل خاضعة لقاعدة التأويل الضيق³⁵⁴.

242. يجوز عندئذ التعامل في جميع الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه³⁵⁵، ولا يكون حسب هذه

³⁵³ محمد الوين، المرجع السابق، عدد 213.

³⁵⁴ الفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود.

³⁵⁵ الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود.

³⁵² A l'impossible nul n'est tenu (nulla impossibilium obligatio est), J. GHESTIN, les obligations, le contrat, formation, op. cit., n° 537

القراءة المنع من التعامل لعدم مشروعية المحل إلا بموجب نص صريح غير قابل للتأويل وللقياس.

ساد فعلا هذا الرأي زمن ازدهار مبادئ الفردانية وسلطان الإرادة والحرية الفردية المطلقة، التي لا تتحمل أي تدخل أجنبي في الفضاء التعاقدية، ولا تبيح ذلك إلا بصفة استثنائية ومقيدة.³⁵⁶ يرتب الفقه³⁵⁷ تطبيقا لهذه القاعدة، حالات منع التعامل لعدم مشروعية المحل الواردة بموجب نص صريح، إلى نوعين اثنين.

يتعلق النوع الأول من حالات منع التعامل لعدم مشروعية المحل، بحقوق السلطة العامة للدولة فلا يجوز التقييد في ملك الدولة العام إلا طبق شروط مدققة، كما أنه لا يمكن الاتفاق على ما يخالف تنظيم دواليب الدولة واختصاصها³⁵⁸.

كما تخضع لنفس الشروط حقوق الذات البشرية، المشكلة للنوع الثاني من حالات منع التعامل لعدم مشروعية المحل، كالحرمة الجسدية³⁵⁹، فلا يجوز شرط إعفاء ناقل الأشخاص من مسؤوليته³⁶⁰ أو الاتفاق على الحمل لفائدة

³⁵⁶ الفقرة 63 وما بعدها.

³⁵⁷ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 200 وما بعده.

³⁵⁸ يراجع مثلا الفصل 4 من مجلة العالين الذي يبيح بصفة مؤقتة الإحضار إلى نظام الغابات. كما اعتبرت محكمة التعقيب في قرار مني صادر في 4 ماي 1964 أن: "فوائد الانخراط الدولي للمخاطر التوتونية ورد بعدائها وحسرها الفصل 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية وعلى المحكمة أن تفحص بها تلقائيا لاعتبارها بالنظام العام وسيادة البلاد ولا عمل على حل اتفاق يهاجمه".

³⁵⁹ الفصل 5 من الدستور، الفصل الأول من القانون عدد 22 لسنة 1991، الموزع في 25 مارس 1991، السعق بأخذ الأعضاء التشريعية ورعاها، الإذ الرسمي عدد 22 لسنة 1991، في 174، الأسر.

المعنى الصادر بتاريخ 23 جاني 1846، القاضي بجمع العيونية.

³⁶⁰ الفصول 653، 654 و 655 من المحلة التجارية.

الغير³⁶¹ أو تغيير الجنس لمختلطه³⁶²، أو نقل الأعضاء وزرعها³⁶³. ينظم أيضا المشرع نقل الدم البشري،³⁶⁴ وحماية الصحة، كما أنه يخرج من دائرة التعامل الحقوق الشخصية التي لا يمكن "تقديرها نقدا واستعمالها تجارة"³⁶⁵ كالالتزام باعتناق ديانة معينة، أو بعدم الزواج، أو بعدم ممارسة نشاط نقابي أو سياسي.

243. غير أن تطوّر الأفكار في ما يخص دور التصرف القانوني في الحياة الاجتماعية كأداة تبادل ثروات في كنف الأمان ولا كمجرد مركز قانوني في خدمة المصالح الخاصة، يستر مجال تدخل القاضي في هذا الفضاء المقدس. ومكّن من خلال مؤسسة النظام العام من التوسع في الاستثناءات المضروبة على حرية التعاقد. تمكّن القاضي تبعا لذلك، وعملا بمفهوم النظام العام الاقتصادي والاجتماعي³⁶⁶، من مراقبة مشروعية المحل طبقا للتوجهات العامة للبلاد. فأمكن نتيجة لذلك لفقه القضاء مراقبة بعض التصرفات القانونية على ضوء معايير لا تنتمي دائما للمادة القانونية في معناها الضيق، كالاعراف الخاصة ببعض الجهات³⁶⁷ أو

³⁶¹ J. RUBBETIN DEVICIL, la gestation pour le compte d'autrui, D. 1985, ch. XXVI, p. 153; G. CORNU, actes du colloque, « génétique, procréation et droit », p. 147.

³⁶² استئناف مني عدلا 10298-د موزع في 22 ديسمبر 1994، في 109.

³⁶³ قانون عدد 29 مارس 1991 المشار إليه أعلاه.

³⁶⁴ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 200.

³⁶⁵ محمد الشرفي، مدخل دراسة الفنون، المراجع السابق، عدد 164.

³⁶⁶ الفقرة 66 وما بعدها.

³⁶⁷ تعقيب مني عدلا 6924-د بتاريخ 14 افريل 1970، بتريه في 369، Note K. R. F. D. 1973.

ELIAJEL تعقيب مني عدلا 2174-د بتاريخ 4 ديسمبر 1990، بتريه في 124.

التشريع الإسلامي³⁶⁸. كما تمكن أيضا النصوص الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك وبمختلف أنواع البيع وغيرها الرامية إلى تكريس سياسة تشريعية عامة، بحكم عمومية مقتضياتها من التأويل الواسع لقواعد المنع الواردة صلبها³⁶⁹. جميع هذه المعطيات قلبت القاعدة الواردة صلب الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود، وقلّصت مجال حرية التعامل على حساب المراقبة والتقييد، فأصبح تبعا لذلك مبدأ حرية التعامل هو الاستثناء، بينما أضحت القيود الواردة عليه تشكل المبدأ³⁷⁰.

الفقرة الثالثة : الشرط التغريمي

244. تثير مسألة الشرط التغريمي³⁷¹ هي الأخرى مبدأ حرية التعاقد، وهي تراود من حين لآخر فقه قضاء محكمة التعقيب³⁷²، في ما يخص جواز شرط التغريمي على

³⁶⁸ الفصل 575 من مجلة الالتزامات والعقود : "لا يصح بين المعلمين ما حجر الشارع بيعه إلا ما رحمت التجارة فيه كالزبل لمصلحة الفلاحة".

³⁶⁹ Ph. MALINVAUD, la protection des consommateurs, D. 1981, chron., p. 54 ; V. ROUHETTE, droit de la consommation et théorie générale du contrat, études R. RODIERE, 1981, pp. 258 et s.

³⁷⁰ ينص فعلا الفصل 3 من القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرخ في 7 ديسمبر 1992، الملحق بجماعته المستهلك، الزائد عدد 8 لسنة 1992، ص 1583، "بتعين أن يتوفر في البضوجات ما يضمن تحقيق الغاية المشروعة أو المرجوة منها وعدم إلحاق ضرر بالمصالح المادية للأشخاص أو بصحتهم عند الاستعمال العادي" ويجتر الملاحظة أن عبارة المصطلحات المستعده من طرف الشارع: "ما يضمن الغاية المشروعة أو المرجوة.." تصح المجال لكل التأويلات، ما يتقافى مع قواعد النسخ لضرورة تأويلها الضيق، خاصة أن قانون حماية المستهلك مشغوع بتعريفات جزائية (المسكون 32 وما بعده).

³⁷¹ C. MARUANI, la clause pénale, thèse Paris 1935 ; D. MAZEAUD, la notion de clause pénale, préface F. CHABAS, Paris, L. G. D. J. 1992.

³⁷² تعقيب مدني عدد 4262، مؤرخ في 28 أبريل 1994،

أساس مبدأ سلطان الإرادة، وفي ما يتعلق بإمكانية إخضاعه إلى مراقبة القاضي. يتمثل الشرط التغريمي أو الشرط الجزائي، في شرط يحدد بموجبه الأطراف مسبقا قيمة التعويض الناتج عن إخلال في تنفيذ التصرف القانوني³⁷³. يقدم الفقه بناء على هذا التعريف الشرط الجزائي في شكل تعويض تعاقدية ومسبق محمول على المدين في صورة عدم تنفيذ التزامه.

245. غير أن الجانب التعويضي للشرط التغريمي لم يكن دائما سائدا في الفقه الذي ضلّ لمدة طويلة يعتبره نوعا من أنواع العقاب الخاص. فكان الأمر كذلك في القانون الروماني "stipulatio poena"³⁷⁴، أين تمثل الشرط التغريمي في جزاء صارم مفترض حتى عند استحالة التنفيذ، كما يكون أيضا المدين مطالبا بكامل الشرط في صورة التنفيذ الجزئي. استمر هذا الطابع الزجري للشرط الجزائي في القانون الفرنسي القديم، ولم يتطور نحو طابعه التعويضي إلا تحت تأثير الكنسيين قبيل مجلة نابوليون³⁷⁵، فأصبح يمكن للقاضي عندئذ التدخل لمراجعة الشرط.

246. يصدر المجلة المدنية الفرنسية التي كرسّت مؤسسة الشرط التغريمي صلب الفصل 1152، وأقرت في نفس الوقت تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة مبدأ ثبات

³⁷³ محمد الزين. المرجع السابق، عدد 387.

J. CARBONNIER, droit civil, 4, les obligations, n° 178

³⁷⁴ Ph. MALAURIE & L. AYNES, droit civil, les obligations, Cujas, Paris, 1985, n° 513.

³⁷⁵ D. MAZEAUD, la notion de clause pénale, op. cit., n° 499.

واستقرار الشرط التّعريفي عادت من جديد طبيعة العقاب الخاص لهذا الشرط الذي لا يتسنى للقاضي التدخل فيه.³⁷⁶ مكن المشرع الفرنسي سنتي 1975 و1985 القاضي من صلاحيات هامة في مراجعة الشرط التّعريفي، غير أن الفقه لم يعدل عن تكليف هذا الشرط بكونه جزاء خاص.³⁷⁷

247. لا يستأثر القانون الفرنسي بالطبيعة المزدوجة للشرط التّعريفي، بل يتجلى أيضا هذا الطابع في القوانين المقارنة في شكله الجزائي والتعويضي. فبالنسبة للقانون الأمريكي والقانون الأنكليزي والقانون البلجيكي، يمثل الشرط التّعريفي تعويضا ولا يقترن إطلاقا بفكرة العقاب.³⁷⁸ بينما يعتبر القانون الجزائري³⁷⁹ أن إلزامية الشرط الجزائي مقترنة بتحقق ضرر للدائن من جزاء عدم التنفيذ، غير أنه لا يرتب أي بطلان عن الشرط المصطبغ بفكرة العقاب.

تطغى بالعكس فكرة العقاب على الشرط الجزائي في القانون الألماني، إذ لنن مكن الفصل 343 من المجلة المدنية الألمانية من مراجعة الشرط التّعريفي، غير أنه أخضع ذلك إلى "المصلحة الشرعية للدائن" في ذلك. كما لا تمكن المجلة التجارية الألمانية من مراجعة الشرط

³⁷⁶ E. AL FANDARI, le contrôle des clauses pénales par le juge, J. C. P. 1971 - 1295, L. M. BRY, une bonneresse juridique - l'article 1152 du code civil ou du principe de l'irréductibilité des clauses pénales, rev. jur. com. 1974, pp. 167 et s. D. MAZEAUD, thèse op. cit.

³⁷⁸ L. SEGRE, clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé, revue critique de droit comparé, 1970, pp. 299 et s.

³⁷⁹ المصليين 183 و184 من المجلة المدنية الجزائية.

التّعريفي³⁸⁰ وهي تعتبره بذلك عقابا ولا تعويضا. نفس الموقف يميز القانون السويسري الذي ينص صراحة في الفقرة الأولى من الفصل 161 من مجلة الالتزامات: "ينفذ الجزاء حتى عند عدم حصول ضرر للدائن".

لم ينظم التشريع الإسلامي الشرط الجزائي بصفة مباشرة، ما حدا بالفقه أن أجاز به بناء على المبادئ العامة الواردة بالقرآن الكريم والسنة السنية التي تحيز كل شرط لا يمنع حلال ولا يبيح حرام³⁸¹. من ذلك أن القوانين المصري (الفصلين 223 و224)، السوري (الفصل 224) واللبناني (الفصل 226)، أقرت مبدأ الشرط التّعريفي ونظمته طبق النموذج الفرنسي.

248. يعكس اختلاف الروى تجاه الشرط الجزائي نقاشا فقهيًا حادًا حول الطبيعة القانونية لهذا الشرط، المتمثل في المجابهة بين صبغته التعويضية وصبغته العقابية. فبينما يرى شق أول في الشرط التّعريفي تعويضا³⁸²، يعتبر شق ثان أن الشرط الجزائي هو عقاب خاص³⁸³، كما يقف صف ثالث

³⁸⁰ C. WITZ, droit privé allemand, I, actes juridiques, droits subjectifs, Paris, Litec, 1992, n° 443-444.

³⁸¹ خير أن الزفاني (الجزء العاشر، ص 83) يرى أن في الجانب الجزائي للشرط التّعريفي روى لقوله بحقق ربما محذورا.

³⁸² B. BOUBLI, la mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, journal des notaires 1976 - 1 - 945 ; E. GAUDEMET, théorie générale des obligations, par H. DESBOIS & J. GAUDEMET, Sirey 1965, p. 368 ; L. JOSSERAND, cours de droit civil positif français, tome I, Sirey 1939, p. 643 ; Ph. LÉTOURNEAU, la responsabilité civile, Dalloz, 3^{ème} édition, 1982, n° 457.

³⁸³ L. HUGUENÉY, l'idée de peine privée en droit contemporain, revue critique de législation et de jurisprudence 1906, pp. 416 et s. ; L. CREMIEUX, réflexions

من الفقهاء في طريق وسطى بين هذين الشقين، محاولا التوفيق بينهما³⁸⁴. لكن مهما اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية للشرط التغريمي يبدو مبدأ جوازه كشرط من شروط التصرف القانوني جانزا وثابتا لا غبار عليه. هذا ما لا يمكن التصريح به في ما يتعلق بمجلة الالتزامات والعقود.

249. لا تتعرض فعلا مجلة الالتزامات والعقود في أي من فصولها إلى الشرط التغريمي، بينما خصصت له هذه المجلة مجالا واسعا كأداة تعويض في مشروعها التمهيدي لسنة 1897 وصرح الفصل 218 في هذا المعنى أنه يمكن لأطراف التحديد مسبقا مبلغ التعويض في صورة عدم التنفيذ : يسمى هذا الشرط، شرطا تغريميا³⁸⁵. أكد المشروع الأولي للمجلة لسنة 1899 البعد التعويضي للشرط الجزائي بأن اقتضى صلب الفصل 333 أنه يمكن ضبط مقدار التعويض المستحق في صورة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ في سند الالتزام ويسمى هذا الشرط شرطا تغريميا³⁸⁶. لكن عند

sur la peine privée moderne, études offertes à P. KAYSER, tome I, pp. 261 et s. ; R. DEMOGUE, traité des obligations en général, tome VI, n° 509 et s. ; D. MAZEAUD, thèse op. cit., n° 555 et s.

³⁸⁴ E. M. BEY, une forteresse juridique, op. cit., p. 175 ; J. P. BOCCARA, la réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, J. C. P. 1975 - I - 1742 ; L. CARBONNIER, les obligations, tome 4, n° 78 ; Ph. MALAURIL & L. AYNES, droit civil, les obligations, op. cit., n° 864.

³⁸⁵ "les parties peuvent liquider entre elles, dans le contrat, le montant de l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution : cette clause s'appelle clause pénale".

³⁸⁶ "le montant de l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution ou de retard, peut être déterminé d'avance dans le titre constitutif de l'obligation, cette clause s'appelle clause pénale".

صدور مجلة الالتزامات والعقود بعد ما حضى به الشرط التغريمي من تنظيم مدقق في الأعمال التحضيرية، اختفى تماما وانتفى له كل أثر.

250. لا يمكن بطبيعة الحال تفسير اختفاء الشرط التغريمي من النسخة النهائية لمجلة الالتزامات والعقود بنسيان عفوي للمشرع لهذه المؤسسة³⁸⁷، فلو كان الأمر كذلك لآضافه المشرع بنص لاحق. بقيت فرضية الإزالة المقصودة، التي قد يصعب تصورها هي الأخرى نظرا لأهمية مؤسسة الشرط التغريمي خاصة بالنسبة لفقه القضاء³⁸⁸ الذي أقر في مناسبات عديدة مبدأ الشرط التغريمي بناء على مقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص : "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقضي إلا برضا منهما أو في الصور المقررة في القانون". أي أن فقه قضاء محكمة التعقيب يعتبر أن الشرط الجزائي يتبع مبدأ الحرية التعاقدية وهو بذلك جائز وصحيح³⁸⁹.

³⁸⁷ بعد ان تناولها بصفحه مدملة في الأعمال التحضيرية وخاصة في المشروع الأولي لسنة 1899 : حسم لها فيما خلا بحث عنوان "الشرط التغريمي".

³⁸⁸ تعقيب مدني عد 10149، موزع في 17 جويلية 1950، غير منشور : تعقيب مدني عد 57107، موزع في 10 فيفري 1965، ق ب جوان 1965، ص 86 : تعقيب مدني عد 58240... موزع 20 جوان 1968، ص 1969، ص 52 : نواير مجمعة عد 7919، موزع في 28 افريل 1975، ص 1975، ص 224، السجالة القابلية التونسية 1976 - 2 - 166 تعليق ب. شحي : تعقيب مدني عد 16244، موزع في 21 نوفمبر 1988، ق ب جوان 1990، تعقيب مدني عد 2624، موزع في 28 افريل 1994 المذكور سابقا.

³⁸⁹ نذكر ملاحظة اللجوء المكثف للشرط التغريمي في الحرية المطلقة، في قنوس الأعمال، في باب التعرف، في قانون العمل، في العقود الخاصة لبيع العقار، للتأمين... إلخ، نجد أسباب مختلفة، جزء مدني، التزام جزائي، خطية، جزء حاسن، شرط تعويضي، شرط جواز، تعويض تعاقد... إلخ.

251. لا يمكن في الواقع فهم موقف المشرع من الشرط التغريمي، إلا بتناول هذه المؤسسة في مظهرها الجزائي والتعويضي، والتساؤل حول قابلية مجلة الالتزامات والعقود لاستيعاب الشرط التغريمي في أحد هذين المظهرين.

أ - الشرط التغريمي جزاء خاص

252. يتعلق الأمر هنا بالوقوف عند قابلية مجلة الالتزامات والعقود لاحتواء مؤسسة الشرط التغريمي كجزاء خاص، نظرا لما يميز مؤسسة الشرط الجزائي من طابع عقابي وجزائي استند إليه الفقه بصفة عامة لتحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط.

253. اقترنت فكرة العقاب الخاص، أو الجزاء الخاص بفكرة الثار أو القصاص التي صاحبت تطور تاريخ البشرية³⁹⁰، لكن بظهور المفهوم الحديث للدولة واستناده إلى سلطة مركزية قوية، حلت العدالة العامة محل العدالة الخاصة³⁹¹ لكونها تمثل في الواقع عدالة القوي تجاه الضعيف، فهي أصبحت اليوم بمثابة الطرف القانوني³⁹².

³⁹⁰ محمد باق، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، تونس 2002، عدد 169 وما بعده.
³⁹¹ J. CARBONNIER, les obligations, op. cit., p. 265 ; L. HUGUENY, le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXème siècle, mélanges G. RIPERT, tome II, pp. 249 et s. ; J. REGUIN, l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français, travaux de l'association Henri Capitant, tome XVIII, 1960, pp. 44-45 ; M. E. ROUJOU DE BOUBÉL, essai sur la notion de réparation, Paris, L. G. D. J. 1974, p. 37.

³⁹² B. STARCK, essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris 1947, p. 361.

حافظ القانون الفرنسي على هذا الطابع الجزائي والعقابي للشرط التغريمي رغم صبغته البدائية البالية، صلب الفصل 1152 من المجلة المدنية الفرنسية، تحت تأثير مبدأ سلطان الإرادة، ومنع على القاضي التدخل في ما ارتضاه الأطراف بمحض إرادتهم. علما أن فكرة العقاب في الشرط الجزائي تفترض اقتران درجة العقاب بالخطأ الذي يكون قد ارتكبه المدين، والحال أن الشرط التغريمي لا يقوم على خطأ في جانب المدين بل على الضرر الحاصل للدائن، وهو مقرر مسبقا بصرف النظر عن كل خطأ.

254. اعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب³⁹³ "الشرط التغريمي لم يرد به نص خاص في القانون وإنما يعود في حقيقته إلى التزام بتعويض الضرر بمبلغ معين يتفق عليه الطرفان مسبقا وهو بهذه الصفة خاضع للقواعد العامة للالتزامات القاضية بأن ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون بين المتعاقدين حسب الفصل 242...". أسست محكمة التعقيب إقرارها لمبدأ جواز الشرط التغريمي على الفصل 242 وهو النص المعادل للفصل 1134 من المجلة المدنية الفرنسية مركز مبدأ سلطان الإرادة في القانون الفرنسي. لكن لا يمكن قبول هذه المعادلة لنسبية أثر القانون الفرنسي على المشرع من ناحية، وللطابع الاستثنائي والخارق للعادة لمؤسسة العقاب الخاص التي تمثل هذا لسلطة الدولة، فلا يمكن قبولها تبعا لذلك إلا بموجب نص صريح.

³⁹³ عدد 7919، مؤرخ في 28 أبريل 1975، مذكور سابقا.

255. تجدر الملاحظة من ناحية ثانية أن قرار محكمة التعقيب المشار إليه مكنّ الدائن من الجمع بين التعويض على أساس المسؤولية العقدية والغرامة الجزائية، الأمر الذي تخلى عنه القانون الفرنسي نفسه³⁹⁴ نظرا لطابعه المجحف والذي يدعم فكرة العقاب في الشرط الجزائي، خاصة أن المشرع لما تناول الشرط التغريمي في الأعمال التحضيرية عالجه من زاوية التعويض ولا من زاوية العقاب³⁹⁵، ما لم يمنعه من التخلي عن هذه المؤسسة والعدول عنها حتى في شكل تعويض.

ب - الشرط التغريمي أداة تعويض

256. حافظت محكمة التعقيب في قرار صادر في 28 أبريل 1994³⁹⁶ على مبدأ جواز الشرط التغريمي، غير أنها مكنت القاضي من مراجعة هذا الشرط، أي أن محكمة القانون كتبت الشرط التغريمي كوسيلة تعويض ولا كعقاب خاص.

257. رغم التطور الحاصل بموجب هذا القرار الذي تخلى عن الصبغة الجزائية للشرط التغريمي واستبدلها بالصبغة التعويضية، أين يتم تقدير التعويض على أساس الضرر ولا على أساس الخطأ مثلما هو الشأن في العقاب الخاص، كما يكون أيضا الدائن في التصور التعويضي للشرط التغريمي معفى من إثبات الضرر الذي يعتبر حاصلًا بمجرد

³⁹⁴ M. E. ROUJOU DE BOUBÉE, thèse, op. cit., p. 72.

³⁹⁵ الفصل 218 من المشروع التمهيدي لسنة 1897 والفصل 333 من المشروع الأولي لسنة 1899.

³⁹⁶ قرار عدد 2624-1224 مذكور سابقا، تعليق نذير بن عمرو.

الإخلال في التنفيذ بما يجعل أن قيمة التعويض يقع احتسابها على ضوء الضرر الحاصل ولا على أساس جسامته الخطأ. رغم هذا التطور لا يمكن المصادقة على موقف محكمة التعقيب من حيث مبدأ إقرار جواز الشرط التغريمي كأداة تعويض، لأنّ المزايا التي يوفّرها هذا التصور للشرط التغريمي، المتمثلة في إعفاء الدائن من إثبات خطأ المدين في عدم التنفيذ، وفي تقدير التعويض على ضوء الضرر بما يستوجب تدخل القاضي، كلّ هذه المزايا قائمة بعد في نظام المسؤولية العقدية طبق ما نظمها المشرع صلب الفصول 268 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود.

258. يتبين فعلا بمراجعة الفصل 277 من مجلة الالتزامات والعقود أن الدائن في نظام المسؤولية العقدية، معفى من إثبات خطأ المدين للحصول على التعويض³⁹⁷. كما أن الفصل 278 من مجلة الالتزامات والعقود³⁹⁸ يعني هو الآخر الدائن من إثبات الضرر الذي يكون مقترضا بمجرد حصول الخلل في التنفيذ، كما يمكن هذا الفصل من ناحية ثالثة

³⁹⁷ M. M. CHAFFAI, la demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse de doctorat d'Etat, dacty., Tunis 1984, p. 86.

³⁹⁸ الفصل 278 : "الحسرة عبارة عما يفرض من مال الدائن حقة وعما دفعه من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد واعتبار الأحوال الخاصة بكل قضية موكل نذكره القاضي وعليه أن يعثر الحسرة وما من فيها فأننا نحسب خطأ المدين أو تعورده."

غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين فعدم التنفيذ لا يكون إلّا بالحكم بإداء المدين الذي عليه القانون.

ويحكم بهذا العزم دون أن يلزم الدائن بتوفير حصول أي حسارة.

و يكون العزم اعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنداء للمدين من طرف الدائن.

يمكن للدائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر رياه على المعاطلة أن يصعد على جبر ضرره وذلك بفتح الخطر على المائن المعين لعزم المعاطلة.

في فقرته الأولى القاضي من التدخّل لتقدير التعويض على ضوء الضرر الحاصل للذات³⁹⁹.

259. يبدو في نهاية المطاف بناء على كلّ هذه الاعتبارات، أنّ إجازة الشرط التّغريمي من طرف قضاء محكمة التّعقيب كان في غير محله، خاصّة أنّ هذه المحكمة تعتمد أساسين متنافرين في نفس الوقت، إذ هي تجيز الشرط التّغريمي على أساس الفصل 242 من مجلّة الالتزامات والعقود، أي على أساس الحرية العقدية وعلى أساس مبدأ سلطان الإرادة، ثمّ تبرّر في نفس الوقت تدخّل القاضي والحدّ من هذه الحرية على أساس الفصل 278. فإمّا أن تتركس الحرية ولا مجال لتدخّل القاضي، وإمّا أن تحدّ منها فلا مجال للشرط التّغريمي.

الباب الثاني سبب الالتزام

260. بعد أن حاولنا في إطار الباب المتعلّق بمحلّ الالتزام الإجابة على السؤال ماذا أراد الملتزم؟ سنحاول في إطار الباب الحامل على السّبب الإجابة على السؤال لماذا أراد ذلك؟ وفي هذا المعنى يشترط الفصل الثاني من مجلّة الالتزامات والعقود لصحّة التصرف القانوني: "أن يكون موجب الالتزام جائزاً" كما أضاف الفصل 67 من نفس المجلّة أنّ: "الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه". معنى ذلك أنّه يجب لكلّ تصرف قانوني حتى ينشأ صحيحاً أن يكون مبنياً على سبب (موجب) وأن يكون هذا السّبب جائزاً. هذا ما يفترض في نفس الوقت قيام السّبب وجوازه.

القسم الأول : قيام السّبب

261. استجاب المشرّع إلى شرط الفصل الثاني ونظّم مسألة السّبب بصفة مدقّقة صلب الفصول 67 إلى 70 من مجلّة الالتزامات والعقود، لكن يتوقّف حسن فهم موقف المشرّع من مسألة السّبب، على تناول تطوّر هذا المفهوم عبر الزمان ومن خلال مختلف الأنظمة القانونية.

³⁹⁹ إلاّ في ما يتعلّق بأداء مال أبي يحدّد المشرّع نفسه التعويض (الفقرة 2 من الفصل 278).

الفقرة الأولى : تطوّر نظرية السبب

262. قد تبدو في الواقع نظرية السبب مفتعلة بعض الشيء، إذ لا يعقل أن يتقيد شخص في علاقة قانونية دون موجب ودون سبب، فيكفي أن يتوفّر الرضا والمحلّ حتى يصحّ التصرف القانوني، علماً أنّه يمكن الاستدلال على شرط السبب انطلاقاً من هيكلية التصرف القانوني نفسه. ففي العقود التبادلية ولكونها تتضمن التزامات محمولة على طرفيها تشكّل هذه الالتزامات المتبادلة سبباً كلا الطرفين (فيكون سبب التزام البائع المتمثّل في تسليم المبيع وضمان الانتفاع، والعكس الثمن الذي يشكّل في نفس الوقت التزام المشتري، والعكس بالعكس). أمّا بالنسبة للعقود العينية التي تقتضي لقيامها تسليم الشيء محلّ العقد كعقد العارية أو عقد الوديعة، يجد موجب إرجاع الشيء محلّ العقد سببه في عملية التسليم السابقة والمشرطة لصحة العقد⁴⁰⁰. في ما يتعلّق بالتبرّعات أين تكمن نية التبرّع، أي الإحالة المجانية، في تسمية التصرف نفسه، تشكّل هذه النية سبب التصرف في حدّ ذاته (فعندما أهدي شيئاً يوجد سبب ذلك في العملية نفسها، ولا داعي للبحث عن سبب آخر).

غير أنّ مفهوم السبب يتضمّن بعدين اثنتين، فخلف كلّ سبب موضوعي يمكن استنتاجه من هيكلية التصرف نفسه يوجد دافع شخصي حمل الملتزم على إنشاء الالتزام (أبرمت

⁴⁰⁰ الفصل 995 : "الوديعة شيء منقول يتسلمه شخص من آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويردّه بعينه"، انظر أيضاً الفصل 1055 بخصوص العارية.

عقد بيع وهو موضوع الالتزام للحصول على شقّة وهو السبب الموضوعي لأسكنها أو لكرائها أو لإهدائها وهو الدافع (الحقيقي). في الواقع لكلّ التزام سببان اثنان؛ سبب موضوعي وهو السبب الظاهر وهو نفس السبب بالنسبة لكلّ صنف من التصرفات القانونية، فكلّ من يقدّم هدية يكون ذلك لغاية التبرّع، وكلّ من يدفع مبلغاً مالياً يكون مقابل شيء ما أو عملاً ما، لكن خلف هذا السبب الموضوعي يوجد دافع شخصي ذاتي خاصّ بصاحبه دفع به للقيام بهذا النشاط، وهذا الدافع يختلف من شخص لآخر ومن وضعية لأخرى، إذ قد لا تكون الهدية لغاية شريفة، كما قد تكون عملية الشراء قصد ارتكاب جريمة... الخ.

263. هذا ما قد يفسّر أنّ القانون الروماني العتيق⁴⁰¹ ظلّ لمدة طويلة متميّزاً بالتقيد المفرط بالشكلنة، مستغنياً عن مفهوم السبب، فالالتزام لا ينشأ إلاّ من خلال شكل مسبق ولا يمكنه اتّخاذ أيّ شكل آخر⁴⁰². فالشكل في القانون الروماني العتيق ضروري وكاف في نفس الوقت، إذ لا يترتّب عن

⁴⁰¹ محمد الزيّن، المرجع السابق، عدد 224.

J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 636 et s., P. TERRE, Pl. SIMLER & Y. LEQUETIER, les obligations, op. cit., n° 316.

تقوم ضرورة التعلّق إلى القانون الروماني على كون هذا القانون أثر حصته مباشرة في حلّ التبرّعات المدنية المتأثّرة بتعاليم العائلة الرومانية الجرمانية من خلال حركة التقنين التي صاحبت الثورة الفرنسية وانتشار مبادئ القانون الطبيعي.

⁴⁰² Nexum وهو عقد يتم بمحضر مدهود ويحكم بجملة موهوبة تملّق في صفة محبّه سبباً "كسّ معيّد، كس مرتبط". Sponsio مؤسسة مثققة من اليمين أو القسم وتشكّل في سؤال يلقيه الناس. "spondesne" يجب عليه المدين Stipulatio. sponsio أخرى مثققة من الإفراز. في خصوص كلّ هذه المسائل راجع (H. DE PAGE, l'obligation abstraite en droit interne et en droit

(comparé, Bruxelles, 1957, pp 64 et s

الالتزام أي أثر قانوني دونه وهو يغني في نفس الوقت عن كل شرط جوهري. رغم التطور اللاحق الذي عرفه القانون الروماني الذي قبل بالطعن في العقد الشكلي في بعض الحالات⁴⁰³، وبداية ظهور مفهوم السبب أو بالأحرى فكرة الموجب أو الذوافع، إلا أن تدخل هذا المفهوم ظل خارجا عن نطاق نشأة التصرف القانوني بل تمثل في دعاوى استرداد لاحقة. يبرز الفقه⁴⁰⁴ موقف القانون الروماني من مفهوم السبب "ببساطة العقود الشكلية التي كانت تستهوي الشعوب البدائية"⁴⁰⁵. كما يفسر البعض الآخر⁴⁰⁶ تقيد القانون الروماني بالشكلية ببعده الديني علاوة عن الجدية التي تميز الالتزام الشكلي.

264. تأثر القانون الفرنسي في القرون الوسطى بالزاد الموروث عن القانون الروماني الذي ارتقى في مراحلها الأخيرة إلى درجة متطورة من التجريد والتحليل لم يصل إليها القانون الغربي آنذاك⁴⁰⁷، غير أن القانون الفرنسي القديم غالى في الاعتداد بمفهوم السبب الذاتي تحت تأثير الآراء الدينية

⁴⁰³ *Condictioes* و *exceptio doli* وهما طعنان يتعلّقان بجوهر العقد لانتفاء الغايل المبرّر ثلاثاً.

⁴⁰⁴ H. CAPITANT, de la cause dans les obligations, Paris 1920, n° 42.

⁴⁰⁵ « Ce système se recommandait par sa simplicité, car, avec lui, il était toujours facile de reconnaître si un acte devait, ou non, produire ses effets. Et, ainsi qu'on l'a justement observé, ce n'était pas, comme dans certaines législations contemporaines, le souci de développer et de rendre plus sûres les relations commerciales qui avait déterminé les Romains à l'adopter, mais le besoin de simplification naturel aux législations primitives ».

⁴⁰⁶ P. E. GIRARD, manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} éd., Paris 1929, p 494.

⁴⁰⁷ H. DE PAGE, op. cit., p. 80.

التي كانت تعنى خاصة بالجانب الأخلاقي للمعاملات دون بعدها الحركي، ما أدى بالفكر القانوني إلى ناويلات غريبة، إذ أصبح يرى في كل تقيد غير مسبب قرينة مطلقة على قيام تدليس أو عيب في رضا المدين⁴⁰⁸. لم يتوصل القانون الفرنسي إلى تحليل معقول لمفهوم السبب إلا في أواخر القرن الثامن عشر⁴⁰⁹ تحت قلم الفقيه "دوما"⁴¹⁰، الذي رأى في السبب شرطاً أساسياً لكل التصرفات القانونية سواء التبادلية أو العينية أو التبرعات، انطلاقاً من معطيات موضوعية ولا ذاتية. كما واصل الفقيه "بوتيني"⁴¹¹ نفس التصور الموضوعي لمفهوم السبب الذي تبناه "دوما" وأدخل عليه مسحة ذاتية بأن قبل الغلط في الصفة الجوهرية لموضوع العقد.

265. إثر صدور المجلة المدنية الفرنسية وانتشار تعاليم مبدأ سلطان الإرادة، تعالت أصوات عديدة تناهض نظرية السبب في مادة الالتزامات⁴¹²، وكانت ترى في مفهوم السبب الذاتي أو الدافع حداً للحرية الفردية ولسلطان الإرادة، فهو يمكن القاضي من تسليط رقابته على المعاملات الفردية بالتمحيص في الذوافع والأغراض الشخصية، أما مفهوم السبب الموضوعي فهو مرادف لمفهوم المحل، وبثبوت المحل تنتفي الحاجة للسبب. هذا ما يجعل من مفهوم السبب

⁴⁰⁸ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 637.

⁴⁰⁹ G. CHEVRIER, essai sur l'histoire de la cause dans les obligations, th. Paris, 1929, pp. 222 et s.

⁴¹⁰ DOMAT, lois civiles, 1^{ère} partie, titre I, section 1, p. 237, n° 8.

⁴¹¹ J. GHESTIN, la formation du contrat, 3^{ème} éd., n° 823.

⁴¹² انظر عنها الفقيه Planiol في مؤلفه: *Manuel élémentaire de droit civil*, t. II, n° 287.

مفهوما مغلوطا، لأن الالتزامات المتبادلة تنشأ في نفس الوقت ولا يمكن تبعا لذلك لأي منها أن يقوم سببا للآخر، كما أن سبب الالتزامات في العقود العينية هو مصدر الالتزام نفسه، في حين يكمن سبب التبرعات في نية التبرع التي لا يمكن فصلها عن صاحبها لتصبح سببا للالتزام. يؤدي هذا التحليل بدوره إلى اعتبار مفهوم السبب مفهوما زائدا وغير ذي جدوى في جميع أنواع التصرفات القانونية، إذ لا وجود للتصرف نفسه عند غياب السبب في العقود العينية (الشيء محل التصرف)، كما لا وجود للإرادة إطلاقا في التبرعات بانتفاء السبب فيها (نية التبرع)، ولا يتدخل السبب في العقود التبادلية إلا على مستوى التنفيذ، أين يمكن تعويضه بالدفع بعدم التنفيذ⁴¹³.

266. يمكن حصر تاريخ نظرية السبب في القانون الانكليزي، في نص شهير متعلق بتصنيف العقود⁴¹⁴، فحواه: "تنقسم العقود حسب القوانين الانكليزية إلى اتفاقات مختومة (agreement under seal, or by speciality) واتفاقات شفاهية (agreement by parol)، ولا وجود لنوع ثالث. فإن كانت مكتوبة وغير مختومة فهي اتفاقات شفاهية يتعين إثبات موجبها". إلى جانب تصنيف العقود إلى عقود مختومة وعقود شفاهية، يفيد هذا النص أنه لا يشترط إثبات الموجب أو السبب (consideration) إلا بالنسبة للعقود الشفاهية أو البسيطة بينما لا

تخضع لهذا الشرط العقود المختومة. في هذا المعنى يتجسم سبب عقد "الذيد" (deed)، وهو تصرف مقام بخط اليد مختوم ومسلم من طرف المدين للذائن، في عملية التسليم التي تلعب دورا أساسيا في تأسيس هذا التصرف. فيقوم هذا التصرف دون مفهوم السبب، الذي تعوضه عملية التسليم وتشكل قرينة مطلقة على قيامه، كما لا يوجد في القانون الانكليزي أي طعن يستهدف سبب "الذيد" إلا على أساس السبب غير الجائر. علما أن عقد "الذيد" يضم عمليات شتى كالهبة والإقرار بالالتزام الطبيعي وإنشاء الحقوق العينية⁴¹⁵. أما الكمبيالة، على خلاف الأنظمة القانونية الأخرى، ولكونها لا تخضع لشكليات "الذيد" فإنه يجب إثبات موجبها أو سببها في القانون الانكليزي.

267. ما يشد الانتباه بالنسبة للقانون الألماني⁴¹⁶ أنه على شاکلة القانون الفرنسي والأنظمة الرومانية الجرمانية بصفة عامة، ظل لمدة طويلة متأثرا بالقانون الروماني وعرف تبعا لذلك نفس التطور الذي عرفه القانون الفرنسي في ما يتعلق بمؤسسة السبب. أدى هذا التطور في مرحلة أولى إلى اعتبار أن مفهوم السبب لا يكون مشروطا إلا في التصرفات غير الرسمية بينما يستبدل بالشكل في العقود والتصرفات الشكلية. ثم وسع القانون الألماني في ميدان التصرف المجرد ليشمل كل تصرف أراد أطرافه، عملا بمبدأ الحرية، تجريده من سببه. أي أن القانون الألماني يقبل على قدم المساواة

⁴¹³ H. DE PAGE, op. cit., p. 96.

⁴¹⁶ R. SALEILI ES, théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du code civil allemand, pp. 289 et s.

⁴¹³ J. GHIJSTIN, la formation du contrat, op. cit., n° 826.

⁴¹⁴ Lord chet Baron SKYNNER, cité par H. DE PAGE, op. cit., p. 91.

التصرف المجرد من سببه والتصرف المسبب حسب مشيئة أطرافه، غير أنّ ذلك لا يمنع القاضي من التدخل لتقدير السبب الحقيقي للتصرف المجرد، كلما اقتضت ذلك نزاهة المعاملات⁴¹⁷، علماً أنّ القانون الألماني لا يستعمل مصطلح "سبب" بل يكفي بتحديد انطلاقة من محتوى "التعبير عن الإرادة"⁴¹⁸.

268. لا يعرف مبدئياً التشريع الإسلامي نظرية السبب على النحو الحديث، غير أنّه يتبين بمراجعة مختلف المذاهب أنّ مفهوم السبب كان كامناً ضمناً خلف مواقف الأئمة في مسائل عديدة. من ذلك الآراء المختلفة تجاه الوعد المجرد⁴¹⁹ الذي لا يذكر فيه السبب، فبينما قال به الإمام ابن شبرمة والإمام مالك احتراز تجاهه البقية وقيدوه خاصة بشرط ذكر السبب فيه⁴²⁰. كما يتبين أيضاً أنّ جمهور الفقهاء يعتبر أنّ أسباب الأمور لا توجد في ما أراده الإنسان بل في ما كرسه الشرع، فالنار لا تحرق بطبيعتها بل لأنّ الخالق عزّ وجلّ أراد ذلك، والأرض لا تنبت زرعها بمشيئة صاحبها بل بما أراده الله⁴²¹، والعقود هي الأخرى ليست أسباب مسبباتها، بل

⁴¹⁷ R. SALEH LES, de la déclaration de volonté, p. 256 et s.

⁴¹⁸ R. SALEH LES, op. cit., loc. cit.

⁴¹⁹ يختلف الوعد المجرد عن مجرد الوعد الوارد صلب الفصل 18 من مجلة الالتزامات والعقود (الفقرة 103 وما بعدها).

⁴²⁰ صيحي المحمدي، النظرية العامة للعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت 1972، ص 248.

⁴²¹ محمد يوسف موني، الفقه الإسلامي، من أجل دراسة نظام المعاملات فيه، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، الطبعة الثالثة، ص 110. وما بعدها.

المولى تعالى هو سبب كل شيء، فلو أراد عكس ما ارتقبه العاقد لكان ذلك.

269. يفيد تناول تطوّر مفهوم السبب أنّ مواقف مختلف الأنظمة القانونية تجاه هذا المفهوم مترددة بين الأخذ به من عدمه، وبين الاعتداد بالسبب الذاتي إلى جانب السبب الموضوعي أو الاكتفاء بالسبب الموضوعي.

الفقرة الثانية : النظام القانوني للسبب

أ - وجوب السبب

270. يقتضي الفصلان 2 و 67 من مجلة الالتزامات والعقود أنّ لا عمل على التزام بني على غير سبب. يستدلّ من هذين الفصلين أنّ شرط قيام السبب في الالتزام ضروري وإلاّ عدّ هذا الالتزام باطلاً. هذا ما أكدته محكمة التعقيب في عدد من المناسبات⁴²²، غير أنّ مقتضى الفصلين المذكورين لا يرشد عن طبيعة السبب المشترط، هل هو السبب الموضوعي أو المجرد أم السبب الذاتي أو الدافع على التعاقد. يرى الفقه⁴²³ في هذا المعنى أنّ: "المشرع قصد من خلال هذا النصّ التعرّض إلى السبب المجرد"، أي السبب الموضوعي، ويبدو فعلاً الأمر كذلك بمراجعة قرارات محكمة التعقيب

⁴²² تعقيب مدني عد 13936 ضد مؤرخ في 19 جوان 1986، ن 1986، ج 2، ص 267، تعقيب مدني عد 21941 ضد مؤرخ في 5 جاني 1989، ق ب عد 7 ضد لسنة 1991، ص 63، تعقيب مدني عد 6776 ضد مؤرخ 14 مارس 2005، ن 2005، ج 2، ص 161.

⁴²³ صفحت الزين، المرجع السابق، عد 23 ضد وما بعده.

وخاصة منها القرار ع9153 دد424، الذي جاء فيه: "إن السبب في العقود التبادلية هو وفاء أحد الطرفين بالتزامه نحو الآخر، فإذا اشتملت عقدة الكراء على تسويق دار في مقابل سنوي من غير أدنى تخصيص لما هي معدة له ومجرد وجودها في محلة مشبوهة لا يمكن الالتفات إليه لاتخاذ سببا ونعته بعدم الجواز إذ ذاك خارج عن العقدة تماما على أن الفصل 68 من مجلة الالتزامات والعقود صريح في حمل كل التزام على الجواز ولو لم يصرح به والفصل 69 يجعل السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه والسبب من عقدة الكراء المشار إليها هو إشغال المكري والسكنى به ولم يدل بما يناقض ذلك". يستفاد من هذا القرار أن بالنسبة لمحكمة التعقيب، حتى عند ثبوت استعمال محلّ التسويق لغاية غير جائزة، فلا أثر لذلك على صحة عقد التسويق طالما أن سببه المصرح به جائز أو محمول على الجواز حسب منطوق الفصل 68 من مجلة الالتزامات والعقود، فلم تتقيد محكمة التعقيب بالدافع العقبي الذي أبرم من أجله عقد الكراء والذي تمّ الكشف عنه دون لبس بل اكتفت بالسبب الموضوعي المعلن عنه عند إبرام العقد.

271. يكون النظام القانوني للسبب طبق فقه قضاء محكمة التعقيب⁴²⁵ ومجمل فصول المجلة على النحو التالي، يتمتع الذان بجملة من القرائن واردة صلب الفصول 68،

⁴²⁴ الموزع في 8 نوفمبر 1955، ق ت 1960، ص 154.

⁴²⁵ تعقيب مدني ع999 دد موزع في 24 حويلية 1973، ن 1974، ص 27 : تعقيب مدني موزع في 10 نوفمبر 1943، ق ت 1960، ص 154.

69 و70 من مجلة الالتزامات والعقود، مفادها أن السبب المشترط لصحة الالتزام هو السبب المصرح به أي السبب المجرد، كما يعتبر هذا السبب قائما حتى عند عدم التصريح به (الفصل 68)، ويحمل السبب المصرح به على الحقيقة ما لم يثبت خلافه. معنى ذلك أن الذان معفي من إثبات السبب ويتمتع بقريضة في ذلك، غير أن هذه القريضة، لأن كانت بسيطة ويمكن إثبات عكسها، تدخل تحت طائلة الفصل 474 من مجلة الالتزامات والعقود الذي لا يقبل دحض الكتابب إلا بالكتاب⁴²⁶. خلاصة القول أن المشرع لا يشترط لصحة الالتزام إلا السبب الموضوعي الذي يعتبر متوقفا حتى عند عدم ذكره، كما أنه يعفي الذان من إثبات وجود السبب ويحمل عبء إثبات عدم وجود هذا السبب على المدين.

ب - جواز السبب

272. إلى جانب اشتراطه توفر السبب لقيام الالتزام يقتضي أيضا الفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الأولى أن يكون هذا السبب جائزا، كما أنه يعرف عدم جواز السبب بالفقرة الثانية من نفس الفصل التي تنص: "والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام". يرى الفقه⁴²⁷ في اشتراط جواز

⁴²⁶ قرار ع96 دد موزع في 11 جوان 1929، ق ت 1960، ص 151.

⁴²⁷ معتمد الزين، المرجع السابق، عدد 233.

السبب إلى جانب شرط قيامه تكريسا للسبب الذاتي أو الدافع الشخصي، بما أن هذا السبب يتغير من شخص لآخر ومن وضعية لأخرى، كما أن التمهيد في جواز السبب من عدمه يولي للقاضي مهمة مراقبة التصرفات القانونية والدوافع التي حملت عليها على ضوء معايير متغيرة ومتطورة يتحكم فيها بالدرجة الأولى القاضي⁴²⁸. فالأمر يكون على هذا النحو عندما يقحم أطراف التصرف الدوافع الذاتية صلب التصرف نفسه لتصبح جزء لا يتجزأ من السبب والحال أن لا شيء يفرض ذلك إذ يكفي لقيام التصرف التنصيص على السبب الموضوعي دون الدوافع الذاتية⁴²⁹. كما يحدث أيضا أن ترد الدوافع في شكل شرط على معنى الفصل 117 من مجلة الالتزامات والعقود⁴³⁰، غير أنه يجب في هذه الحالة أن يكون الشرط جوهريا بشكل لا يقوم التصرف إلا بتوفره فيصبح هذا الشرط الصريح سبب التصرف نفسه (كمن يشترط لتقديم هدية القيام بعمل مخالف للقانون، فالعمل المخالف للقانون هنا هو ليس شرط بل هو السبب الدافع لتقديم الهدية). فمن الطبيعي أن يعتبر المشرع كل هذه الوضعيات باطلة لمخالفتها الصريحة للقانون وللنظام العام على معنى الفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود.

273. لكن غالبا ما لا يتم التصريح بالدوافع الباعثة على التعاقد، أي أن يتكتم الأطراف أو أحدهما عن السبب

الحقيقي لالتزامه، ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يقتحم القضاء التعاقدي للاستدلال على حقيقة الدوافع الذاتية، ضرورة أن المشرع يمكن الدائن بالالتزام من جملة من القرائن ترجح جميعها الإرادة الظاهرة والمصرح بها على الإرادة الباطنة والحقيقية. ينص في هذا المعنى الفصل 68 التزامات وعقود: "كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به"⁴³¹، معنى ذلك أن عدم ذكر السبب لا يقوم حجة على انتفائه بل هو دليل على قيامه وعلى جوازه في نفس الوقت، والدائن معفى في هذه الحالة من إثبات السبب بل على المدين إثبات انتفاء السبب أو عدم جوازه. ويؤكد الفصل 69 من مجلة الالتزامات والعقود نفس الاتجاه إذ هو يعتبر أن "السبب المصرح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه"⁴³²، كما يضيف الفصل 70 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا تبين أن السبب المصرح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدعي أن للعقد سببا جائزا غيره أن يثبت ذلك".

274. تفيد جميع هذه القرائن أن المشرع يرجح في ما يتعلق بسبب التصرفات القانونية قيام السبب وجوازه في كل الحالات، ويمكن الدائن من جملة من القرائن تعفيه من إثبات وجود السبب ومن التدليل على مشروعيته، بل حتى عندما

⁴²⁸ تعميمي مدني 1153 دد موزع في 20 أكتوبر 1960، ق ت 1961، ص 1149 ؛ تعميمي ع 9153 دد مذكور أعلاه.

⁴²⁹ حكم مدني ابتدائي ع 31 دد موزع في 31 أكتوبر 1960، ق ت 1961، ص 1453 ؛ قرار ع 964 دد موزع في 11 جوان 1929، ق ت 1960، ص 151.

⁴²⁸ يراجع في ما يخص مفهوم النظام العام، الفقرة عدد 63 وما بعدها.

⁴²⁹ تعميمي مدني موزع في 8 نوفمبر 1955، مذكور أعلاه.

⁴³⁰ "كل شرط يتعلق بمخالفة أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه ينطق العقد..."

يثبت عدم جواز السبب المصرّح به يبيح الفصل 70 من مجلة الالتزامات والعقود إثبات وجود سبب آخر جائز، كلّ ذلك لغاية الحفاظ على التصرفات القانونية وعلى سلامة المعاملات، وأيدت محكمة التعقيب هذا الرأي بأن صرّحت أنّه: "يحب اعتبار السبب المصرّح به في العقد اعتبار القانون القائم بين الطرفين طالما لم يثبت خلافه تطبيقاً للفصول 69-70 و 242 و 449 من المجلة المدنية وأنّ الماديات والواقع يتناولها وجدان الحاكم لكن على شرط بيان المباني الصحيحة لهذا الوجدان وإلاّ فهو اعتقاد بلا مستند لا يخرج عن طائفة مراقبة دائرة النقض والإبرام". يبدو عندئذ موقف المشرع من مفهوم السبب متردداً هو الآخر، إذ لم يستغن عنه تماماً، بل اشترطه لقيام التصرف القانوني، إلاّ أنّه مكّن في نفس الوقت من الاستعاضة عنه بجملة من القرائن تجعل منه شرطاً زائداً.

العنوان الفرعي الثاني قيمة محتوى التصرف القانوني

275. يتوقف تقدير قيمة محتوى التصرف القانوني على الوقوف عند مدلوله وعند معناه والوقوف عند صحته.

الباب الأول

مدلول التصرف القانوني

276. غالبا ما لا يثير تحديد آثار التصرفات القانونية أي إشكال أو صعوبة، إما لورود عباراتها واضحة ودقيقة، أو لانتمائها إلى صنف معين من العقود المسماة التي يكون قد ضبط المشرع آثارها بعد، أو لإمكانية استبدال بنودها بالنصوص التكميلية الواردة صلب المجلة. لكن قد يحدث أيضا أن لا تتطابق الإرادة المعلن عنها مع الإرادة الحقيقية لصاحبها، فيستوجب الأمر عندئذ تحديد مدلول هذه الإرادة، أي مدلول التصرف القانوني⁴³³. علما أن مسألة مدلول التصرف القانوني أو تفسير التصرف القانوني، تثير صعوبات جمة⁴³⁴ تتصل بالخيارات الإيديولوجية للمشرع في هذا المجال، وبطريقة تعامل القاضي مع هذه الخيارات ومدى تكريسها لها⁴³⁵، فهي تكشف بصفة عامة عن التيار الذي ينتمي إليه نظام قانوني معين؛ فيمكن أن يتم ذلك على ضوء "قراءة

⁴³³ تقرب مسألة تفسير الإرادة من مسألة صحة التصرف القانوني إذ قد يؤدي عدم تطابق الإرادتين الظاهرة والحقيقية إلى انتفاء التراضي (تفصيلي مني ع1125) حدد مؤرخ في 22 أبريل 1985، ن 1985، ص 178). كما تختلف أيضا عملية تفسير الإرادة عن عملية تطبيقها التي تتوقف على وصفها القانوني لتحديد آثارها، وكلاهما عمليتان لا حقتان ذهنيان لتفسير مدلول الإرادة وفهم معانيها (سامي الجري، المرجع السابق، عدد 3 وما بعده).

⁴³⁴ محمد العربي هاشم، تقديم لكتاب سامي الجري، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس 1999، ص 1.

⁴³⁵ سامي الجري، تفسير العقد، المذكور أعلاه، محمد الزين، العقد، المرجع السابق، عدد 59 وما بعده S. BELAÏD, essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, L. G. D. J., université de Tunis 1973 ; N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse, Tunis 1996.

عصريّة" أو من خلال "قراءة تاريخيّة" ⁴³⁶ لبنود التصرف، كما يمكن أيضا أن تعتمد النزعة الذاتيّة أو أن يستند إلى التصوّر الموضوعي ⁴³⁷ لمحاولة الكشف عمّا ارتضاه الأطراف.

277. تبدو عندئذ مسألة تفسير التصرف القانوني وليدة نظام قانوني معيّن، فهي تتحدّد من خلال النصوص التشريعيّة التي تناولتها ومن خلال تعامل فقه القضاء مع هذه النصوص.

القسم الأول : المشرّع ومدلول الإرادة

278. سبقت الإشارة إلى موقف المشرّع من مختلف التيارات التي تنازعت الأثر على نصوص مجلّة الالتزامات والعقود ⁴³⁸، وتبيّن من خلالها أنّ خيارات المشرّع توجّهت نحو التيار الموضوعي لمفهوم الالتزام. وتأكّد هذا الخيار الموضوعي الذي يعتمد عرف الاستعمال والمدلول العادي ⁴³⁹ للإرادة من خلال تناول مسألة مدلول الإرادة صلب مجلّة الالتزامات والعقود. هذا ما سنحاول بسطه بعد استعراض مختلف الآراء في هذا المجال.

الفقرة الأولى : الاتجاهات الفقهيّة

279. تقف مسألة مدلول الإرادة في مفترق تيارين اثنين، تيار منبثق عن مبدأ سلطان الإرادة يعتدّ بالإرادة

الحقيقيّة أي الإرادة الباطنيّة ويرجّحها على الإرادة الظاهرة متمسكا بالذاتيّة والفردانيّة، وتيار موضوعي مكثف بظاهر الأمور مرجّحا سلامة المعاملات وسرعتها دون الغوص في دفائن النفوس والإرادة.

أ - التيار الذاتيّ ⁴⁴⁰

280. يتعلّق التيار الذاتيّ لغاية الكشف عن مدلول الإرادة، بالإرادة الحقيقيّة لطرفي العقد وعدم الاكتفاء بظاهر المصطلحات والتراكيب. تتجاوز بذلك عمليّة التفسير حالات غموض بنود العقد أو عدم كفاية نصّه، لتشمل أيضا الحالات التي تكون فيها عباراته واضحة، إذ يصبح مدلول العبارة مجرد قرينة بسيطة يمكن دحضها بشئى الوسائل، ويكفي أن يحتج أحد الطرفين بعدم تطابق إرادته الحقيقيّة مع ما تمّ التعبير عنه حتى تنصرف همّة القاضي للكشف بجميع الوسائل عن هذه الإرادة الحقيقيّة. أدّت هذه النظرة التقديسيّة للإرادة الفردية الموروثة عن القانون الفرنسي القديم ⁴⁴¹، التي كرّستها المجلّة المدنيّة الفرنسيّة في الفصل 1156، إلى توسيع نطاق التفسير ليتجاوز غياب النصّ أو غموضه وليشمل أيضا النصّ الواضح، هذا ما مكّن القاضي من صلاحيات هامة للكشف عن الإرادة الحقيقيّة حدث به، تحت غشاء تأويل التصرف القانوني، إلى إحلال إرادته مكان إرادة الأطراف،

⁴³⁶ محمد العربي هاشم، المرجع السابق.

⁴³⁷ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 59.

⁴³⁸ الفقرة 19 وما بعدها أعلام.

⁴³⁹ سامي الجربي، المرجع السابق، عدد 284.

⁴⁴⁰ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 61 « سامي الجربي، المرجع السابق، عدد 53.

⁴⁴¹ محمد الزين، نفس المرجع، عدد 62.

الأمر الذي يتنافى في نهاية المطاف، مع مبدأ سلطان الإرادة الذي جاءت مبدئياً تكررته النزعة الذاتية.

ب - التيار الموضوعي⁴⁴²

281. يقوم التيار الموضوعي، كما سبق بيانه⁴⁴³، هو الآخر على الإرادة التي يعتد بها في مظهرها ؛ كشرط لقيام التصرف وهي إرادة التعبير⁴⁴⁴، وكموثر على محتواه وهي إرادة الآثار. فقيام إرادة التعبير يكون التصرف نافذا وصحيحا، وتتحصر تبعا لذلك عملية التفسير في ما قد يعتري ألفاظه من غموض أو نقصان، وتتم هذه العملية على ضوء الأعراف والعوامل الخارجية التي أحاطت بنشأة التصرف القانوني محل التمييز ولا بمعزل عنها⁴⁴⁵. فلا تطال تبعا لذلك عملية التفسير العبارات الواضحة للتصرف، وفي صورة عدم توافق الإرادة المعبر عنها والإرادة الحقيقية المزعومة، يتم ترجيح الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنية حفاظا على سلامة المعاملات وعلى الدور الاجتماعي للتصرف القانوني، فهو ليس أداة في خدمة الإرادة الفردية بقدر ما هو وسيلة تعامل بين أفراد المجموعة⁴⁴⁶.

282. في الواقع رغم ما بدا من تناقض وتضارب بين التيارين الموضوعي والذاتي في ما يتعلق بتفسير الإرادة

⁴⁴² سامي الجزي، المرجع السابق، عدد 58 وما بعده.

⁴⁴³ الفقرة 1) وما بعدها.

⁴⁴⁴ الفقرة 2) وما بعدها.

⁴⁴⁵ سامي الجزي، نفس المرجع، عدد 60.

⁴⁴⁶ محمد الزين، نفس المرجع، عدد 63.

لانتماهما إلى قناعتين مختلفتين، إلا أن المحك العملي جعل من التوفيق والتقارب بينهما أمرا ضروريا وبين تبعا لذلك فقه القضاء الفرنسي والألماني أن التمسك المفرط بكل من الموقفين يؤدي إلى نتائج غير معقولة⁴⁴⁷، وتحتم اللجوء إلى نهج وسط يعتمد قواعد الإنصاف وحسن النية والمعنى المؤلف للمصطلحات والدلالة العادية للتعبير. تجسم هذا النهج المعتدل خاصة في القانون السويسري الذي كرس مبدأ الثقة في تفسير العقود⁴⁴⁸.

الفقرة الثانية : مجلة الالتزامات والعقود ومدلول الإرادة

283. تعرض المشرع بشيء من الإطناب إلى مسألة "تفسير العقود" في الفرع الأول من الباب الثاني من العنوان الثامن من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود، الفصول 513 إلى 531. هذا وتجدر الملاحظة منذ البداية أن هذه الفصول وعددها واحد وعشرون كالتالي تلتها من الفرع الثاني من نفس الباب والمتعلقة بتفسير القانون وبعض القواعد الكلية، جميعها مستلهمة من التشريع الإسلامي ونقل يكاد يكون حرفيا للمادة 1 إلى 99 لمجلة الأحكام العدلية⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, L. G. D. J., 1961, n° 384, p. 377.

⁴⁴⁸ سامي الجزي، المرجع السابق، عدد 68.

⁴⁴⁹ محمد العربي هاشم، المرجع السابق، ص 9.

ما يجعل أن صياغتها على خلاف بقية فصول المجلة⁴⁵⁰ تمت باللغة العربية، اللغة التي يجب اعتمادها لمحاولة فهم محتواها. نظم المشرع صلب هذه الفصول مسألة تفسير الإرادة بأن أعلن عن مبدأ أردفه باستثناءات.

أ - المبدأ

284. جاء المبدأ المتعلق بالكشف عن مدلول الإرادة، صلب الفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة"⁴⁵¹. يتفق الفقه⁴⁵² حول الصبغة الموضوعية لهذا النص لاتصاله بجذوره الإسلامية الذي تغلب عليه هو الآخر النزعة الموضوعية⁴⁵³ والتي يتحد في شأنها مع القانون الألماني. يقتضي خاصية هذا الفصل أن لا مجال للبحث عن الإرادة الحقيقية إذا كانت عبارة الكتب واضحة، وهي الفكرة التي تقوم عليها المدرسة الموضوعية لكونها ترجح بصفة قطعية وفي كل الحالات الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنية إيماناً منها بالدور الاجتماعي والاقتصادي للتصرف القانوني⁴⁵⁴. فلا يجوز بالتالي لأي طرف من الأطراف ومن بعده لا يجوز للقاضي أن يحل إرادته محل الإرادة الصريحة المعبر عنها صلب

⁴⁵⁰ الفقرة 21 وما بعدها.

⁴⁵¹ تنص المادة 13 من مجلة الأحكام العدلية: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح".

⁴⁵² محمد الزين، المرجع السابق عدد 66؛ مامي الجري، المرجع السابق عدد 72 وما بعده.

⁴⁵³ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، الذار الوضعية للنشر والتوزيع، عدد 580.

⁴⁵⁴ الفقرة 281.

التصرف القانوني تحت غشاء تفسيره أو تأويله. الإرادة الوحيدة المعتمد بها هي الإرادة المصرح بها.

ب - الاستثناءات

285. تشكّل الاستثناءات الواردة على الفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود، حالات التأويل التي قبل بها المشرع على سبيل الحصر صلب الفصل 514 من نفس المجلة، الآتي نصه:

"يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية:

أولاً : إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.

ثانياً : إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.

ثالثاً : إذا كان موجب الرّيب تناقض في فصول الكتب أوجب تردداً في حقيقة مدلولها."

يتبين من قراءة نص الفصل 514 التزامات وعقود، أن المشرع حصر حالات جواز التأويل في ثلاث حالات تتعلق جميعها بعبارات التصرف نفسه وبفحواه دون أي تدخل خارجي خاص بأطراف التصرف، فيتم تقدير التصرف من خلال عبارته ومدلوله انطلاقاً من نصه بصفة داخلية (intrinsèque) ولا خارجية (extrinsèque) باعتماد عوامل أخرى خارجة عن نص التصرف كإرادة أصحابه أو غيرها من المعطيات الأخرى.

فإذا كانت عبارة الكتب مناقضة لصريح الغرض منه (كراء أصل تجاري وكراء محل تجاري)، أو كانت عباراته مبهمة وغير واضحة (كان يشترط التجديد الضمني دون ذكر المدة)، أو كان موجب الرّيب في تناقض فصول الكتب نفسها (يشير الكتب تارة إلى البيع وأخرى إلى التسويغ)، جاز عندها وعندها فقط التّأويل حسب طرق ضبطها المشرّع بصفة دقيقة.

ج - طرق التّأويل

286. ضبط المشرّع طرق التّأويل في الفصول 515 إلى 531 من مجلة الالتزامات والعقود، المستلهمة في معظمها من مجلة الأحكام العدليّة⁴⁵⁵، وبينما لم تثر كلّ هذه الفصول صعوبات خاصّة في ما يتعلّق بأساسها الموضوعي⁴⁵⁶، ثار بالعكس تساؤل في ما يتعلّق بأساس الفصل 515 من نفس المجلة الذي جاء يقتضي: "العبرة في التّعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتّراكيب"، إذ قد توحى عبارته بانتمائه إلى النزعة الدّاتيّة المتمسّكة بالإرادة الباطنيّة (المقاصد) على حساب الإرادة الظّاهرة (الألفاظ والتّراكيب)⁴⁵⁷. غير أنّ هذه

⁴⁵⁵ تنص المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدليّة "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمعاني، ولذا يجري حكم الرّهن في البيع بالوفاء" بينما ينص الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود "العبرة في التّعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتّراكيب"، كما تنص المادة 43 من مجلة الأحكام العدليّة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" ويقتضي الفصل 516 من مجلة الالتزامات والعقود "المعقول به عادة بحال الكتب كالمشروط نصاً وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المعصود".

⁴⁵⁶ محمّد الزّين، المرجع السابق عدد 64؛ سامي الجري، المرجع السابق عدد 79 وما بعده.

⁴⁵⁷ محمّد الزّين، نفس المرجع عدد 64. خاصّة وأنّ الصّيغة الفرنسيّة لهذا الفصل تؤكد هذه القراءة إذ lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher quelle a été la "qui تقتضي:

القراءة لا تستقيم حسب اعتقادنا، إذ ولئن أيدتها الصّيغة الفرنسيّة للفصل 515، غير أنّها جاءت مقيدة بشروط الفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود الذي حصر حالات التّأويل في بوتقة ضيقة مدارها الكتب نفسه⁴⁵⁸، فلا يمكن التّطلّع على مقاصد ونوايا أطراف الكتب إلّا من خلال الكتب نفسه، أي في الحالات التي ضبطها الفصل 514 (عندما تكون عبارات الكتب مناقضة لصريح الغرض منه، أو عندما تكون غامضة، أو عندما تكون متناقضة في ما بينها)، وطبق الطرق والوسائل التي صنفها المشرّع في الفصول 516 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود. لا يشكّل بالتّالي الفصل 515 من مجلة الالتزامات والعقود حياداً عن المنحى الموضوعي الذي توحّاه المشرّع في مجمل خياراته الجوهرية. هذا ويتأكد هذا الرأي بمسألة النصوص الفقهيّة التي تفيد أنّ مدلول كلمة "المقصد" المعتمدة من قبل المشرّع والموروثة عن المادّة الثالثة من المجلة العثمانيّة، هو المعنى الاجتماعي للفظ كما حدّده العرف والاستعمال ولا كما يعرّف عنه المدلول الحرفي لهذا اللفظ⁴⁵⁹.

volonte des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes, ou à la construction des phrases.

⁴⁵⁸ الفقرة 285 أعلاه.

⁴⁵⁹ سامي الجري، المرجع السابق عدد 87.

القسم الثاني : مدلول الإرادة وفقه القضاء

287. بناء على التوجه الموضوعي الذي تبناه المشرع في ما يتعلق بتفسير الإرادة سينحصر دور القاضي في الإطار الذي رسمه له المشرع تحت رقابة محكمة التعقيب.

الفقرة الأولى : محاكم الأصل

288. ينبني دور محاكم الأصل في ما يخص مدلول الإرادة على التفرقة الجوهرية بين الواقع والقانون⁴⁶⁰، علما أن التصرفات القانونية تنتمي إلى صنف الوقائع فهي تخضع في ما يتعلق بتفسيرها إلى السلطة المطلقة لمحاكم الأصل دون رقابة عليها من طرف محكمة التعقيب⁴⁶¹. غير أن المشرع رسم حدود هذا التدخل للقاضي من الناحية السلبية ومن الناحية الإيجابية.

أ - الحد السلبي لتدخل القاضي

289. يقتضي فعلا الفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود، أن لا مجال لتدخل القاضي بالتأويل عندما تكون عبارات الكتب واضحة، مفاد ذلك أن ما ارتضاه الأطراف بصفة جلية حول دون تدخل القاضي لغاية التفسير أو الكشف

عن الإرادة الحقيقية⁴⁶². يمثل عندئذ منع الفصل 513 الحد السلبي لتدخل القاضي في التصرفات القانونية، وهو تجسيم للمنحى الموضوعي الذي كرسه المشرع في هذا المجال.

290. غير أنه قد يحدث رغم وضوح عبارات الكتب أن يلجأ لقاضي الأصل لفك رموز بعض التصرفات القانونية، فالشأن كذلك بالنسبة "للبنود المألوفة" التي يعرفها الفقه بكونها "صيغة مكتوبة زائدة خاصيتها التكرار، وتضاف في العقد بشكل مفروغ منه"⁴⁶³. غالبا ما تقتبس البنود المألوفة من مطبوعات جاهزة أو جريان عمل عدول الإشهاد، وهي لا تترجم دائما عن إرادة من أمضى أسفلها. أيد فقه القضاء تدخل القاضي تجاه هذه البنود عند ورودها صلب كتائب خطية⁴⁶⁴، بينما أبدى بعض الاحتراز في هذا الخصوص عند وجودها في حجج رسمية⁴⁶⁵. من ناحية أخرى، عندما يتعلق الأمر بعقود دولية (نقل بحري، تأمين... الخ)، تتم ترجمة هذه العقود من لغتها الأصلية إلى لغة القاضي لأسباب إجرائية، ما قد يؤدي إلى عدم تطابق بين اللغتين، عندها ورغم وضوح عبارات النص المترجم "فعلى القاضي - إن أثير الأمر أمامه - التثبت من تقابله مع النص الأصلي"⁴⁶⁶، عملا بمقتضيات الفصل 519 من مجلة الالتزامات والعقود، التي تفيد أن :

⁴⁶² تعقيب مدني ع1688-د موزخ في 6 جوان 1978، ن 1978، ج 1، ص 291 : تعقيب مدني ع3793-د موزخ في 1 لوت 1979، ن 1979، ج 2، ص 34 : تعقيب مدني ع2359-د موزخ في 5 جوان 2003، ن 2003، ج 2، ص 68.
⁴⁶³ سامي الجريبي، المرجع السابق، عدد 147.
⁴⁶⁴ تعقيب مدني ع6517-د موزخ في 7 فيفري 1983، ن 1983، ج 1، ص 262.
⁴⁶⁵ تعقيب مدني ع1564-د موزخ في 14 أكتوبر 1986، ن 1986، ج 2، ص 214.
⁴⁶⁶ سامي الجريبي، المرجع السابق، عدد 137.

⁴⁶⁰ N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la cour de cassation, thèse op. cit., n° 205 et s.

⁴⁶¹ تعقيب مدني ع703-د موزخ في 10 جوان 1976، ن 1976، ج 3، ص 46 : تعقيب مدني ع424-د موزخ في 22 ديسمبر 1977، ن 1977، ج 2، ص 211 : تعقيب مدني ع70792-د موزخ في 31 ديسمبر 1999، ن 1999، ج 2، ص 38.

"تحمل العبارات على حقيقة معناها حسبما هو معتاد بمحل تحرير الكتب..."

ب - الحدود الإيجابية

291. إلى جانب الحد السلبي الذي رسمه المشرع لتدخل القاضي عند تفسير التصرفات القانونية، عدد الفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود، الحالات التي يجوز له فيها ممارسة سلطته في هذا المجال، وهي تمثل حدودا إيجابية إذ هي تتعرض إلى حالات التفسير المسموح بها.

بناء على التمشي الموضوعي المتوخى من قبل المشرع في ما يتعلق بتفسير التصرفات القانونية الذي يقيد سلطة القاضي في هذا المجال، وبناء على صياغة الفصل 514: "يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية..." ؛ تبدو الفرضيات الثلاث التي أوردها هذا الفصل إنما جاءت على سبيل الحصر ولا على سبيل الذكر. أي أنه لا يجوز للقاضي تأويل التصرف إلا :

- إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره.
- إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها.
- إذا كان موجب الريب تناقضا في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها.

292. الحالات الثلاث الواردة صلب الفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود، التي يمكن تبويبها إلى نوعين اثنين هما غموض في التعبير (العبرة غير واضحة أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها)، وتناقض في التعبير (تعبير مناقض لصريح الغرض منه، أو تعبير متناقض في حد ذاته)، لا تبيح تدخل القاضي إلا عند قيام قصور في التعبير لغموضه أو للتضارب القائم فيه، وتكون بذلك منحصرة في الجانب الموضوعي للكتب دون بعده النفسي الباطني.

293. خلاصة القول أن قاضي الأصل، رغم ما يتمتع به مبدئيا من صلاحيات في مادة تفسير التصرفات القانونية لانتمائها إلى الوقائع القانونية، لا يسمح له بالقيام بذلك عندما تكون عبارات الكتب واضحة، ولا يجوز له التأويل إلا في الحالات التي أوردها الفصل 514 على سبيل الحصر.

الفقرة الثانية : محكمة التعقيب

294. لا يسوغ لمحكمة التعقيب لكونها محكمة القانون¹⁶⁷ أن تتدخل في مادة تفسير التصرفات القانونية لخضوعها للسلطان المطلق لمحاكم الأصل. هذا ما أكدته

¹⁶⁷ محمد يعقوب، المدخل العام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، تونس 2002، عدد 374 : مبدع كمال شرف الدين، قانون مدني، المراجع السابق، عدد 111.

محكمة التعقيب نفسها في مناسبات عديدة⁴⁶⁸. غير أنّ دور محكمة التعقيب يتمثل بالأساس في مراقبة حسن تطبيق القانون، وأمكنها من هذه الزاوية أن تتدخل في مراقبة تفسير التصرفات القانونية من قبل قضاة الأصل. كما أنّ الدور التوحيدي والتأليفي الذي تلعبه هذه المحكمة مكّنها هو الآخر من التصدي لتجاوزات محاكم الأصل عند التأويل.

أ - مراقبة حسن تطبيق القانون

295. نظم المشرع بكلّ دقة نطاق تدخّل القضاء في مادة تفسير التصرفات القانونية بالفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود، وحدّد على سبيل الحصر حالات التفسير بالفصل 514 من نفس المجلة كما أنّه ضبط صلب الفصول 515 إلى 531 من مجلة الالتزامات والعقود، طرق التفسير الواجب توحيها عند لزوم ذلك. جميع هذه الفصول هي مادة قانونية ويدخل في مهام محكمة التعقيب مراقبة حسن تطبيقها من قبل قاضي الأصل، الذي ولئن كانت له السلطة المطلقة في تفسير وتأويل التصرفات القانونية غير أنّه يبقى مقيداً بالإطار القانوني المرسوم له من قبل المشرع. ففي هذا المعنى اعتبرت محكمة التعقيب⁴⁶⁹ تطبيقاً للفصل 513 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا كانت عبارة الكتب واضحة فلا

⁴⁶⁸ تعقيب مدني ع11302 دد موزح في 10 جانفي 2002، ن 2002، ج 2 ص 96؛ تعقيب مدني ع59588 دد موزح في 12 جانفي 1999، ن 1999، ج 2، ص 34؛ تعقيب مدني ع70792 دد موزح في 31 ديسمبر 1999، ن 1999، ج 2، ص 38.
⁴⁶⁹ تعقيب مدني ع14001 دد موزح في 2 جانفي 1986، ن 1986، ج 1، ص 215.

عبرة بالدلالة لأنّ تأويل العقد لا يكون إلّا في الصّور المنصوص عليها بالقانون"، كما أنّها راقبت حسن تطبيق الفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود⁴⁷⁰ عندما اقتضت أنّ: "على المحكمة أن تبين المقصود المنصرف إليه نية الطرفين وأن تجنح إلى التفسير كلّما حفت بعبارات العقد ريب أو خيم شكّ على فحواه". عاينت أيضاً محكمة التعقيب مدى تقيّد قضاة الموضوع بتعاليم الفصول 515⁴⁷¹، 517⁴⁷²، 526⁴⁷³ و531⁴⁷⁴ من مجلة الالتزامات والعقود، على الرّغم من كون هذه الفصول تعدّ في رأي البعض⁴⁷⁵ من قبيل قواعد الإرشاد لغاية الكشف عن الإرادة الحقيقية لأطراف الالتزام.

ب - التّحريف

296. تمكّنت أيضاً محكمة التعقيب من خلال بوابة "التّحريف" من اقتحام مجال تفسير التصرفات القانونية، إذ سلّطت رقابتها على محاكم الأصل للتصدي لكلّ تجاوزات قد تطرأ خلال عملية التفسير، في هذا المعنى اعتبرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب⁴⁷⁶: "إنّ الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ففي هذه الحالة تنطبق

⁴⁷⁰ تعقيب مدني ع1268 دد موزح في 29 مارس 1979، ن 1979، ج 1، ص 158.
⁴⁷¹ تعقيب مدني ع52610 دد موزح في 30 أكتوبر 1996، ن 1996، ج 2، ص 125.
⁴⁷² تعقيب مدني ع18722 دد موزح في 27 جانفي 1998، ن 1998، ج 2، ص 77.
⁴⁷³ تعقيب مدني ع70115 دد موزح في 29 نوفمبر 1999، ن 1999، ج 2، ص 49.
⁴⁷⁴ تعقيب مدني ع9413 دد موزح في 27 فبري 1984، ن 1985، ج 1، ص 313.
⁴⁷⁵ حمّد الزّيز، المرجع السّبق، عدد 70.
⁴⁷⁶ تعقيب مدني ع52341 دد موزح في 21 أكتوبر 1999، ن 1999، ج 2، ص 217.

شروط العقد كما هي ولا يجوز للمحكمة أن تتحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر لأن الانحراف عن التعبير الواضح يعد تحريفاً ومسحاً وتثويهاً". تتمكّن محكمة التعقيب من خلال تقنية "التحريف" من التدخّل في وقائع القضية تماشياً مع التّهجّ الموضوعي الذي سطره المشرّع وللحيلولة دون إحلال إرادة القاضي محلّ إرادة أطراف التصرف القانوني⁴⁷⁷.

الباب الثاني
صحة التصرف القانوني

297. تخضع بعض التصرفات القانونية الرسمية التي تستوجب لقيامها تدخل مأمور عمومي⁴⁷⁸ إلى مراقبة مسبقة لصحتها إذ قد يرفض المأمور العمومي إنشاءها عند تخلف أحد شروطها، غير أن هذا النوع من المراقبة يبقى استثنائيا في مادة المعاملات التي لا يستوجب بصفة عامة⁴⁷⁹ نفاذها تدخل سلطة مختصة، بل هي تبقى رهينة حرية أطرافها ولا تتم مراقبة صحتها إلا لاحقا عن طريق مؤسسة البطلان، التي تناولها المشرع صلب الفصول 325 إلى 338 موضوع العنوان السادس من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود.

298. يمكن تعريف البطلان بكونه "جزاء مخالفة شروط صحة التصرف القانوني بأن لا يترتب عنه بصفة رجعية أي أثر قانوني بين أطرافه و تجاه الغير"⁴⁸⁰. البطلان

478 يتحدث الفصل 244 من مجلة الالتزامات والعقود: "الحجة الرسمية هي التي ينقلها المأمورون المندوبون لذلك فتتبادر في ذهننا على الفور التي يعتمدها القهقرى".
479 الفصل 254 من مجلة الالتزامات والعقود: "الالتزام الأجنبي الذي لا يحسن الكثرة لا يحسمي حتى ينقلها عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين في ذلك". معقبي، سبي 2017/2018، ج 2، ص 34.
181 مائة الأزيى، المرجع السابق، عدد 239.

N. BLSROUR, sanctions des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel, thèse de doctorat d'Etat, université Tunis El Manar, faculté

⁴⁷⁷ N. BEN AMMOU, thèse op. cit., n° 488 et s.

هو عندئذ إعدام التصرف القانوني بصفة رجعية، أي اعتبار التصرف القانوني كأنه لم يوجد.

299. يتوقف حسن فهم نظام البطلان (القسم الثاني)، على التعرض لنظرية البطلان (القسم الأول).

القسم الأول : نظرية البطلان

الفقرة الأولى : مفهوم البطلان

300. يختلف البطلان كجزاء لعدم احترام شروط نشأة التصرف القانوني عن مفاهيم أخرى تلعب نفس الدور، خاصة أن المشرع لم يتوقف دائما في التمييز بينها.

301. البطلان والقواعد الجزائية. رغم الاختلاف الواضح بين القواعد المدنية والقواعد الجزائية، أصبحت المادة الجزائية تتدخل بشكل متزايد في ما يخص نشأة التصرفات القانونية تحت عامل النظام العام الاقتصادي والاجتماعي⁴⁸¹ الذي يترجم عن الدور الذي أصبحت تلعبه الدولة في جميع المجالات بما فيها المبادلات الاقتصادية⁴⁸². علما أن الإجراءات الجزائية تتميز بالسرعة وبالنجاعة وقلة

de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 3 ; J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 723 et s.

⁴⁸¹ الفقرة 63 وما بعدها أعلاه.

J. GHESTIN, le contrat, la formation, op. cit., n° 723 ; G. FARJAT, l'ordre public économique, thèse op. cit., pp. 465 et s.

⁴⁸² يراجع مثلا الفصل 3-4 وما بعده من القانون عدد 64 لسنة 1991، الموزع في 29 جويلية 1991، المتعلق بالمخافة والأسرار، الرائد الرسمي عدد 55 لسنة 1991، ص 1145.

التكلفة على خلاف بطئ وارتفاع نفقة الإجراءات المدنية، هذا ما ساهم بشكل وافر في تصخم دور المحاكم الجزائية في المادة المدنية، وقُصص بالتالي من دور الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني. فالأمر كذلك في مادة النقل والصرف والبنوك والتأمين والأسعار والشغل وحماية المستهلك... الخ.

302. البطلان والفسخ. يختلف أيضا البطلان عن الفسخ لاختلاف ميدانهما رغم اتحاد آثارهما، فالفسخ يؤدي إلى نفس نتيجة البطلان أي المحو الرجعي للتصرف القانوني، غير أنه يتسلط كجزاء متصل بتنفيذ التصرف القانوني أو بالأحرى بعدم تنفيذه، بينما يشكل البطلان جزءا عدم احترام شروط تكوين ونشأة التصرف القانوني أي عدم استكمال أركانه الأساسية التي لا يستقيم ولا ينشأ بدونها. عندما ينشأ التصرف القانوني صحيحا ويعتريه خلل عند تنفيذه، يكون جزءا ذلك الفسخ، أما إذ نشأ التصرف مختلا من أصله لفقدانه أحد أركانه، يكون الجزء البطلان⁴⁸³.

رغم وضوح الفرق بين مؤسستي الفسخ والبطلان، تجدر الملاحظة أن المشرع لم يفرق بينهما بصفة جلية فهو يستعمل نفس مصطلح "فسخ" في معنى الفسخ⁴⁸⁴، وفي معنى القابلية للإبطال⁴⁸⁵. يرى الفقه⁴⁸⁶ أن هذه الترجمة السيئة لكلمة rescision "قد ترجع إلى تأثير المذهب الحنفي الذي كان يفرق

⁴⁸³ تعقبي مدني، عدد 27544، موزع في 23 جنتي 2004، و ب عدد 7 لسنة 2004، ص 199.

⁴⁸⁴ الفصلين 273 و 274 الواردين تحت باب "الوفاء بالالتزامات" الفصول 248 إلى 302.

⁴⁸⁵ الباب الثاني "في فسخ الالتزام" من العنوان السابق "في بطلان الالتزامات وصحتها"، الفصول 330 إلى 338.

⁴⁸⁶ محمد الزين، المرجع السابق عدد 243.

بين العقد الباطل من أساسه لفقدانه لركن من أركانه الجوهرية، والعقد الفاسد وهو عقد واجب الفسخ لفقدانه أحد أوصافه القانونية كوصف خلو الرضاء من الإكراه أو من التّغريب"، لكن لو كان الأمر كذلك لاستعمل المشرع كلمة "فساد" ولا كلمة "فسخ" والحال أنّه يستعمل مصطلح rescision في النصّ الفرنسي للتدليل على مفهوم "قابلية التصرف للإبطال" وهو مفهوم مختلف عن مفهوم "البطلان النسبي"، علما أنّ مؤسسة rescision يلجأ إليها المشرع الفرنسي في ما يتعلّق بجزاء الغبن⁴⁸⁷ لأنّها رغم تشابهها مع البطلان النسبي تختلف عنه في بعض شروطها وجزئياتها.

303. البطلان وعدم مجابهة الغير. يعتبر الفصل 444

من مجلّة الالتزامات والعقود، أنّ الكتب الرسمي معتمد بين أطرافه وتجاه الغير من تاريخه، بينما يؤجّل الفصل 450 من نفس المجلّة حجّة الكتب غير الرسمي تجاه الغير إلى تواريخ لاحقة حسب الحالة⁴⁸⁸، كما يشترط الفصل 581 من مجلّة

⁴⁸⁷ G. MARTY & P. RAYNAUD, les obligations, tome II, 1^{re} vol., Sirey 1962, n° 160

⁴⁸⁸ الفصل 450: "التاريخ الكتب غير الرسمي معتبر بين المتعاقدين وورثتهم ومن انجر لهم حقوق منهم بصفة خاصة ويثبّتها عن مذهبهم.

ولا يكون التاريخ المذكور حجّة على الغير إلا من التواريخ الآتية :

1 - من يوم تسجيل الكتب بنونس أو بالبلاد الأجنبية.
2 - من يوم إيداع الكتب تحت يد المأمور العمومي (كالمعدن ونحوه).
3 - من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إن كان الذي أمضى العجّة بصفه كونه عاقدا أو بصفه كونه شاهدا قد توفي أو عجز عن الكتابة عجزا بدنيا.
4 - من تاريخ الإطلاع على الكتب أو من تاريخ التعريف به من المأمور العمومي المأذون بذلك أو من قاض بنونس أو بالبلاد الأجنبية.

5 - من يوم تضمين الكتب بالعقد المحرّر من المأمور العمومي المأذون بذلك بنونس أو بالبلاد الأجنبية.

6 - إذا كان التاريخ ناتجا من بيانات أخرى يترتب عليها الثبوت الثام.

الالتزامات والعقود⁴⁸⁹ تسجيل عقد بيع العقارات أو الحقوق العقارية أو غيرها ممّا يمكن رهنه بقباضة المالّية للاحتجاج بالعقد المذكور على الغير⁴⁹⁰، ويقتضي أيضا الفصل 26 التزامات وعقود، علم الغير بالكتائب السرية⁴⁹¹ لتتمّ مجابهته بها. يفرّق المشرع من خلال كلّ هذه الحالات بين أطراف التصرف القانوني وبين الغير، فهو يعتبر أنّه لا يمكن الاحتجاج تجاه الغير⁴⁹² بالتصرفات القانونية إلا من تاريخ علم هؤلاء بها، تكون نتيجة لذلك هذه التصرفات نافذة وصحيحة بين أطرافها غير أنّه لا يمكن مجابهة الغير بها. تختلف عندئذ هذه الوضعية عن البطلان الذي يعدم التصرف بين أطرافه وتجاه الغير على حدّ السواء.

304. البطلان والإقالة. ينظم المشرع الإقالة في

الفصول 414 وما بعده من مجلّة الالتزامات والعقود، والإقالة تصرف قانوني⁴⁹³ يتفق بموجبه أطراف تصرف قانوني سابق على فسخ الالتزامات الناشئة عن التصرف الأول، فيرجع أطراف التصرف القانوني إلى ما كانوا عليه قبل نشأته⁴⁹⁴.

ومن النجّز له حقّ من أحد الطرفين على وجه خاصّ يعتبر غيرا فيما يتعلّق بمضمون هذا الفصل إذا لم يكن قيامه في حقّ مدنيه.

⁴⁸⁹ طبق ما تمّ تنقيحه بموجب القانون 47-48 لسنة 1992، المورّج في 4 ماي 1992

⁴⁹⁰ تجدر الملاحظة أنّ قانون 4 ماي 1992 وضع حداً للتفريق بين نقاء الحقّ بين أطرافه ونشأته تجاه الغير عندما أحصى نقاء الحقّ التعيني حتى بين طرفيه إلى واجب التّزيم بجلات الملكية العقارية.

⁴⁹¹ الفقرة 117 وما بعدها

⁴⁹² M. K. CHARITEDDINE, les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, préface M. HACHEM, C. E. R. P., 1995

⁴⁹³ الفصل 416.

⁴⁹⁴ الفصل 418.

تتحد الإقالة مع البطلان من حيث آثارها، إذ هي تزيل بصفة رجعية التصرف القانوني، غير أنها تختلف عنه لكونها فسخ اختياري ارتضاه أطراف التصرف دون أن يكون هذا التصرف مشوباً بعيب من العيوب، فهي ليست جزاء يسأله القانون على التصرف القانوني بل هو تصرف قانوني ثاني يعدل بموجبه الأطراف عن التصرف الأول⁴⁹⁵.

الفقرة الثانية : حالات البطلان

305. ضبط المشرع حالات البطلان بصفة دقيقة صلب الفصلين 325 و 330 من مجلة الالتزامات والعقود واعتبر أن التصرف القانوني يكون "باطلاً من أصله" إذا خلا من ركن من أركانه وإذا قضى القانون بذلك في حالة معينة⁴⁹⁶. بينما يكون "قابلاً للبطلان" فقط عند مخالفة الفصول 8 (حالة الحجر لصغر السن وضعف المدارك العقلية)⁴⁹⁷ و 43 (حالات عيوب الرضا)⁴⁹⁸ و 58 (السكر)

⁴⁹⁵ تعني مدني 1350) حد صادر عن القوافر المجتمع مؤرخ في 25 أفريل 2002، قرارات القوافر المجتمع 2001-2002، ص 191 : "بعد الإقالة الاختيارية من عمليات التعويض التي يحتج بها على الشيع ضرورية أنها وإن كانت من أسباب انقضاء الالتزام بين المتعاقدين ولها أثر رجعي بينهما قبلها تكون عقداً جديداً..."

⁴⁹⁶ الفصل 325 : "ليس للالتزام الباطل من أصله صل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداده ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام.

ويبطل الالتزام من أصله في صورتين الآتيتين :

أولاً - إذا خلا عن ركن من أركانه.

ثانياً - إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة.

الفصل 330 : "يجوز الغيام بالفسخ في العصور المبينة بالفصول 8 و 13 و 58 و 61 من هذا القانون ويقتط الغيام بذلك بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى ومغوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من العقد بينهم الالتزام".

⁴⁹⁷ الفقرة 31 وما بعدها.

⁴⁹⁸ الفقرة 129 وما بعدها.

و 60 و 61 (الغبين والاستغلال)⁴⁹⁹ من مجلة الالتزامات والعقود.

306. حاول المشرع حصر حالات بطلان التصرف القانوني صلب قائمة مفصلة، فيكون التصرف باطلاً من أصله عند فقدانه لركن من أركانه على معنى الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود (الأهلية، الرضا، المحل والسبب) وعندما ينص القانون على ذلك بموجب نص صريح، بينما يكون قابلاً للإبطال فقط عند مخالفة الفصول 8، 43، 58، 60 و 61 من نفس المجلة. هذه الطريقة التي سعى من خلالها المشرع إلى تحديد صلاحيات القاضي في ما يخص حالات البطلان بأن قيد مجال تدخله في الإطار الذي رسمه له، تتم عن نظرة متشائمة تجاه دور القاضي في الحياة الاجتماعية كانت سائدة في أوج مبدأ كمال التشريع⁵⁰⁰، غير أن هذا الرأي تمت مراجعته لما يفترضه من جمود للحياة الاجتماعية والاقتصادية، تم تجاوزه بموجب تطوّر الأفكار في هذا المجال.

يتضمن أيضاً هذا الرأي خيارات لا تنصف دائماً بالوجاهة، فعلى أي أساس يفرق المشرع بين شروط الفصل 2 من مجلة الالتزامات والعقود ليرتب عن خرق البعض منها البطلان التام (المحل والسبب)، وعن خرق البعض الآخر القابلية للإبطال فقط (عيوب الرضا أو الحجر للصغر)؟ كما

⁴⁹⁹ الفقرة 1/0 و ما بعدها.

⁵⁰⁰ محت بعق، مدخل عام لدراسة القانون، مرجع سابق، عدد 138 وما بعده.

يتبين من مراجعة الفصول المتعلقة بالمحل⁵⁰¹ أو المتعلقة بالسبب⁵⁰²، أنها تحيل على مفهوم النظام العام، ويصعب تصور إمكانية تقدير مخالفة السبب أو مخالفة المحل للنظام العام دون تمكين القاضي من صلاحيات واسعة في هذا المجال⁵⁰³.

307. لن نتقيد بالتالي في إطار تناول حالات البطلان بالقائمة التي حاول حصرها المشرع وسنكتفي بالوقوف عند التصنيف الذي أورده لهذه الحالات الذي يميز بين البطلان والقابلية للإبطال.

أ - التفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال

308. تعرف الأنظمة القانونية المقارنة تقسيمات مختلفة لحالات البطلان تستند إلى أسس متنوعة، ولا يمكن حسن إدراك مقصود المشرع إلا بعد استعراضها.

309. يفرق التشريع الإسلامي⁵⁰⁴ بين العقد الباطل وهو في حكم المعدوم، والعقد الفاسد (المذهب الحنفي) وهي حالة فقدان العقد لوصف من أوصافه كخلق الرضا من الإكراه⁵⁰⁵، والعقد الموقوف⁵⁰⁶ وهو عقد صحيح لكنه غير

⁵⁰¹ الفقرة 219 وما بعدها.

⁵⁰² الفقرة 260 وما بعدها.

⁵⁰³ الفقرة 68.

⁵⁰⁴ محمد الزين، المرجع السابق عدد 245 وما بعده.

⁵⁰⁵ Y. LINANT DE BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, tome 1, théorie générale de l'acte juridique, Mouton et Cie, Paris - La Haye, 1965, n° 119 et s.

نافذ لتعلقه بحق الغير (عقد الصغير المميز الذي يتوقف على مصادقة وليه)، والعقد غير اللازم الذي ينشأ صحيحاً وبافداً لكنه غير ملزم للجانبين إذ يمكن لأحد أطرافه فسخه بإرادته المنفردة⁵⁰⁷.

310. أما فقهاء القرون الوسطى في البلاد الغربية كانوا يفرقون استناداً على القانون الروماني، بين "التصرف الباطل" و"التصرف القابل للإبطال"⁵⁰⁸ ويعتبرون أن لا داعي لتدخل القاضي للحكم بالبطلان لأنه حالة تقوم بالتصرف نفسه الذي يكون باطلاً بقوة القانون (de plein droit)، فلا يلجأ للقاضي إلا عند الدفع بالبطلان في إطار قضية جارية.

311. بالنسبة للقانون الفرنسي، مرت نظرية البطلان بمرحلتين؛ مرحلة أولى عرفت بالمرحلة التقليدية⁵⁰⁹ كانت تميز بين التصرف غير الموجود (inexistant) الذي لا تتوفر فيه شروط الوجود، والتصرف الباطل (nul) الذي لا تتوفر فيه شروط الصحة. تعتبر نظرية التصرف غير الموجود (théorie de l'inexistence) أن لا أثر للتصرف الذي يفقر لأحد أركانه

⁵⁰⁶ مدعي الزيندي، العقد الموقوف في القانون المدون، ذكره في سنوات الدراسات الإسلامية، الجزء الثاني، وأما المراجع السابق، 1991-1992، العدد 1، الذي ذكره في مثل هذه الحالة.

⁵⁰⁷ مدعي الزيندي، المرجع السابق، 245 وما بعده.

⁵⁰⁸ J. G. COUATIER, Les éléments des actes juridiques, t. 1, C. D. L. 1961, 128.

⁵⁰⁹ COUATIER, op. cit., 128-129, de droit romain, Paris, 1961, 128-129, 130-131, 132-133, 134-135, 136-137, 138-139, 140-141, 142-143, 144-145, 146-147, 148-149, 150-151, 152-153, 154-155, 156-157, 158-159, 160-161, 162-163, 164-165, 166-167, 168-169, 170-171, 172-173, 174-175, 176-177, 178-179, 180-181, 182-183, 184-185, 186-187, 188-189, 190-191, 192-193, 194-195, 196-197, 198-199, 200-201, 202-203, 204-205, 206-207, 208-209, 210-211, 212-213, 214-215, 216-217, 218-219, 220-221, 222-223, 224-225, 226-227, 228-229, 230-231, 232-233, 234-235, 236-237, 238-239, 240-241, 242-243, 244-245, 246-247, 248-249, 250-251, 252-253, 254-255, 256-257, 258-259, 260-261, 262-263, 264-265, 266-267, 268-269, 270-271, 272-273, 274-275, 276-277, 278-279, 280-281, 282-283, 284-285, 286-287, 288-289, 290-291, 292-293, 294-295, 296-297, 298-299, 300-301, 302-303, 304-305, 306-307, 308-309, 310-311, 312-313, 314-315, 316-317, 318-319, 320-321, 322-323, 324-325, 326-327, 328-329, 330-331, 332-333, 334-335, 336-337, 338-339, 340-341, 342-343, 344-345, 346-347, 348-349, 350-351, 352-353, 354-355, 356-357, 358-359, 360-361, 362-363, 364-365, 366-367, 368-369, 370-371, 372-373, 374-375, 376-377, 378-379, 380-381, 382-383, 384-385, 386-387, 388-389, 390-391, 392-393, 394-395, 396-397, 398-399, 400-401, 402-403, 404-405, 406-407, 408-409, 410-411, 412-413, 414-415, 416-417, 418-419, 420-421, 422-423, 424-425, 426-427, 428-429, 430-431, 432-433, 434-435, 436-437, 438-439, 440-441, 442-443, 444-445, 446-447, 448-449, 450-451, 452-453, 454-455, 456-457, 458-459, 460-461, 462-463, 464-465, 466-467, 468-469, 470-471, 472-473, 474-475, 476-477, 478-479, 480-481, 482-483, 484-485, 486-487, 488-489, 490-491, 492-493, 494-495, 496-497, 498-499, 500-501, 502-503, 504-505, 506-507, 508-509, 510-511, 512-513, 514-515, 516-517, 518-519, 520-521, 522-523, 524-525, 526-527, 528-529, 530-531, 532-533, 534-535, 536-537, 538-539, 540-541, 542-543, 544-545, 546-547, 548-549, 550-551, 552-553, 554-555, 556-557, 558-559, 560-561, 562-563, 564-565, 566-567, 568-569, 570-571, 572-573, 574-575, 576-577, 578-579, 580-581, 582-583, 584-585, 586-587, 588-589, 590-591, 592-593, 594-595, 596-597, 598-599, 600-601, 602-603, 604-605, 606-607, 608-609, 610-611, 612-613, 614-615, 616-617, 618-619, 620-621, 622-623, 624-625, 626-627, 628-629, 630-631, 632-633, 634-635, 636-637, 638-639, 640-641, 642-643, 644-645, 646-647, 648-649, 650-651, 652-653, 654-655, 656-657, 658-659, 660-661, 662-663, 664-665, 666-667, 668-669, 670-671, 672-673, 674-675, 676-677, 678-679, 680-681, 682-683, 684-685, 686-687, 688-689, 690-691, 692-693, 694-695, 696-697, 698-699, 700-701, 702-703, 704-705, 706-707, 708-709, 710-711, 712-713, 714-715, 716-717, 718-719, 720-721, 722-723, 724-725, 726-727, 728-729, 730-731, 732-733, 734-735, 736-737, 738-739, 740-741, 742-743, 744-745, 746-747, 748-749, 750-751, 752-753, 754-755, 756-757, 758-759, 760-761, 762-763, 764-765, 766-767, 768-769, 770-771, 772-773, 774-775, 776-777, 778-779, 780-781, 782-783, 784-785, 786-787, 788-789, 790-791, 792-793, 794-795, 796-797, 798-799, 800-801, 802-803, 804-805, 806-807, 808-809, 810-811, 812-813, 814-815, 816-817, 818-819, 820-821, 822-823, 824-825, 826-827, 828-829, 830-831, 832-833, 834-835, 836-837, 838-839, 840-841, 842-843, 844-845, 846-847, 848-849, 850-851, 852-853, 854-855, 856-857, 858-859, 860-861, 862-863, 864-865, 866-867, 868-869, 870-871, 872-873, 874-875, 876-877, 878-879, 880-881, 882-883, 884-885, 886-887, 888-889, 890-891, 892-893, 894-895, 896-897, 898-899, 900-901, 902-903, 904-905, 906-907, 908-909, 910-911, 912-913, 914-915, 916-917, 918-919, 920-921, 922-923, 924-925, 926-927, 928-929, 930-931, 932-933, 934-935, 936-937, 938-939, 940-941, 942-943, 944-945, 946-947, 948-949, 950-951, 952-953, 954-955, 956-957, 958-959, 960-961, 962-963, 964-965, 966-967, 968-969, 970-971, 972-973, 974-975, 976-977, 978-979, 980-981, 982-983, 984-985, 986-987, 988-989, 990-991, 992-993, 994-995, 996-997, 998-999, 1000-1001, 1002-1003, 1004-1005, 1006-1007, 1008-1009, 1010-1011, 1012-1013, 1014-1015, 1016-1017, 1018-1019, 1020-1021, 1022-1023, 1024-1025, 1026-1027, 1028-1029, 1030-1031, 1032-1033, 1034-1035, 1036-1037, 1038-1039, 1040-1041, 1042-1043, 1044-1045, 1046-1047, 1048-1049, 1050-1051, 1052-1053, 1054-1055, 1056-1057, 1058-1059, 1060-1061, 1062-1063, 1064-1065, 1066-1067, 1068-1069, 1070-1071, 1072-1073, 1074-1075, 1076-1077, 1078-1079, 1080-1081, 1082-1083, 1084-1085, 1086-1087, 1088-1089, 1090-1091, 1092-1093, 1094-1095, 1096-1097, 1098-1099, 1100-1101, 1102-1103, 1104-1105, 1106-1107, 1108-1109, 1110-1111, 1112-1113, 1114-1115, 1116-1117, 1118-1119, 1120-1121, 1122-1123, 1124-1125, 1126-1127, 1128-1129, 1130-1131, 1132-1133, 1134-1135, 1136-1137, 1138-1139, 1140-1141, 1142-1143, 1144-1145, 1146-1147, 1148-1149, 1150-1151, 1152-1153, 1154-1155, 1156-1157, 1158-1159, 1160-1161, 1162-1163, 1164-1165, 1166-1167, 1168-1169, 1170-1171, 1172-1173, 1174-1175, 1176-1177, 1178-1179, 1180-1181, 1182-1183, 1184-1185, 1186-1187, 1188-1189, 1190-1191, 1192-1193, 1194-1195, 1196-1197, 1198-1199, 1200-1201, 1202-1203, 1204-1205, 1206-1207, 1208-1209, 1210-1211, 1212-1213, 1214-1215, 1216-1217, 1218-1219, 1220-1221, 1222-1223, 1224-1225, 1226-1227, 1228-1229, 1230-1231, 1232-1233, 1234-1235, 1236-1237, 1238-1239, 1240-1241, 1242-1243, 1244-1245, 1246-1247, 1248-1249, 1250-1251, 1252-1253, 1254-1255, 1256-1257, 1258-1259, 1260-1261, 1262-1263, 1264-1265, 1266-1267, 1268-1269, 1270-1271, 1272-1273, 1274-1275, 1276-1277, 1278-1279, 1280-1281, 1282-1283, 1284-1285, 1286-1287, 1288-1289, 1290-1291, 1292-1293, 1294-1295, 1296-1297, 1298-1299, 1300-1301, 1302-1303, 1304-1305, 1306-1307, 1308-1309, 1310-1311, 1312-1313, 1314-1315, 1316-1317, 1318-1319, 1320-1321, 1322-1323, 1324-1325, 1326-1327, 1328-1329, 1330-1331, 1332-1333, 1334-1335, 1336-1337, 1338-1339, 1340-1341, 1342-1343, 1344-1345, 1346-1347, 1348-1349, 1350-1351, 1352-1353, 1354-1355, 1356-1357, 1358-1359, 1360-1361, 1362-1363, 1364-1365, 1366-1367, 1368-1369, 1370-1371, 1372-1373, 1374-1375, 1376-1377, 1378-1379, 1380-1381, 1382-1383, 1384-1385, 1386-1387, 1388-1389, 1390-1391, 1392-1393, 1394-1395, 1396-1397, 1398-1399, 1400-1401, 1402-1403, 1404-1405, 1406-1407, 1408-1409, 1410-1411, 1412-1413, 1414-1415, 1416-1417, 1418-1419, 1420-1421, 1422-1423, 1424-1425, 1426-1427, 1428-1429, 1430-1431, 1432-1433, 1434-1435, 1436-1437, 1438-1439, 1440-1441, 1442-1443, 1444-1445, 1446-1447, 1448-1449, 1450-1451, 1452-1453, 1454-1455, 1456-1457, 1458-1459, 1460-1461, 1462-1463, 1464-1465, 1466-1467, 1468-1469, 1470-1471, 1472-1473, 1474-1475, 1476-1477, 1478-1479, 1480-1481, 1482-1483, 1484-1485, 1486-1487, 1488-1489, 1490-1491, 1492-1493, 1494-1495, 1496-1497, 1498-1499, 1500-1501, 1502-1503, 1504-1505, 1506-1507, 1508-1509, 1510-1511, 1512-1513, 1514-1515, 1516-1517, 1518-1519, 1520-1521, 1522-1523, 1524-1525, 1526-1527, 1528-1529, 1530-1531, 1532-1533, 1534-1535, 1536-1537, 1538-1539, 1540-1541, 1542-1543, 1544-1545, 1546-1547, 1548-1549, 1550-1551, 1552-1553, 1554-1555, 1556-1557, 1558-1559, 1560-1561, 1562-1563, 1564-1565, 1566-1567, 1568-1569, 1570-1571, 1572-1573, 1574-1575, 1576-1577, 1578-1579, 1580-1581, 1582-1583, 1584-1585, 1586-1587, 1588-1589, 1590-1591, 1592-1593, 1594-1595, 1596-1597, 1598-1599, 1600-1601, 1602-1603, 1604-1605, 1606-1607, 1608-1609, 1610-1611, 1612-1613, 1614-1615, 1616-1617, 1618-1619, 1620-1621, 1622-1623, 1624-1625, 1626-1627, 1628-1629, 1630-1631, 1632-1633, 1634-1635, 1636-1637, 1638-1639, 1640-1641, 1642-1643, 1644-1645, 1646-1647, 1648-1649, 1650-1651, 1652-1653, 1654-1655, 1656-1657, 1658-1659, 1660-1661, 1662-1663, 1664-1665, 1666-1667, 1668-1669, 1670-1671, 1672-1673, 1674-1675, 1676-1677, 1678-1679, 1680-1681, 1682-1683, 1684-1685, 1686-1687, 1688-1689, 1690-1691, 1692-1693, 1694-1695, 1696-1697, 1698-1699, 1700-1701, 1702-1703, 1704-1705, 1706-1707, 1708-1709, 1710-1711, 1712-1713, 1714-1715, 1716-1717, 1718-1719, 1720-1721, 1722-1723, 1724-1725, 1726-1727, 1728-1729, 1730-1731, 1732-1733, 1734-1735, 1736-1737, 1738-1739, 1740-1741, 1742-1743, 1744-1745, 1746-1747, 1748-1749, 1750-1751, 1752-1753, 1754-1755, 1756-1757, 1758-1759, 1760-1761, 1762-1763, 1764-1765, 1766-1767, 1768-1769, 1770-1771, 1772-1773, 1774-1775, 1776-1777, 1778-1779, 1780-1781, 1782-1783, 1784-1785, 1786-1787, 1788-1789, 1790-1791, 1792-1793, 1794-1795, 1796-1797, 1798-1799, 1800-1801, 1802-1803, 1804-1805, 1806-1807, 1808-1809, 1810-1811, 1812-1813, 1814-1815, 1816-1817, 1818-1819, 1820-1821, 1822-1823, 1824-1825, 1826-1827, 1828-1829, 1830-1831, 1832-1833, 1834-1835, 1836-1837, 1838-1839, 1840-1841, 1842-1843, 1844-1845, 1846-1847, 1848-1849, 1850-1851, 1852-1853, 1854-1855, 1856-1857, 1858-1859, 1860-1861, 1862-1863, 1864-1865, 1866-1867, 1868-1869, 1870-1871, 1872-1873, 1874-1875, 1876-1877, 1878-1879, 1880-1881, 1882-1883, 1884-1885, 1886-1887, 1888-1889, 1890-1891, 1892-1893, 1894-1895, 1896-1897, 1898-1899, 1900-1901, 1902-1903, 1904-1905, 1906-1907, 1908-1909, 1910-1911, 1912-1913, 1914-1915, 1916-1917, 1918-1919, 1920-1921, 1922-1923, 1924-1925, 1926-1927, 1928-1929, 1930-1931, 1932-1933, 1934-1935, 1936-1937, 1938-1939, 1940-1941, 1942-1943, 1944-1945, 1946-1947, 1948-1949, 1950-1951, 1952-1953, 1954-1955, 1956-1957, 1958-1959, 1960-1961, 1962-1963, 1964-1965, 1966-1967, 1968-1969, 1970-1971, 1972-1973, 1974-1975, 1976-1977, 1978-1979, 1980-1981, 1982-1983, 1984-1985, 1986-1987, 1988-1989, 1990-1991, 1992-1993, 1994-1995, 1996-1997, 1998-1999, 2000-2001, 2002-2003, 2004-2005, 2006-2007, 2008-2009, 2010-2011, 2012-2013, 2014-2015, 2016-2017, 2018-2019, 2020-2021, 2022-2023, 2024-2025, 2026-2027, 2028-2029, 2030-2031, 2032-2033, 2034-2035, 2036-2037, 2038-2039, 2040-2041, 2042-2043, 2044-2045, 2046-2047, 2048-2049, 2050-2051, 2052-2053, 2054-2055, 2056-2057, 2058-2059, 2060-2061, 2062-2063, 2064-2065, 2066-2067, 2068-2069, 2070-2071, 2072-2073, 2074-2075, 2076-2077, 2078-2079, 2080-2081, 2082-2083, 2084-2085, 2086-2087, 2088-2089, 2090-2091, 2092-2093, 2094-2095, 2096-2097, 2098-2099, 2100-2101, 2102-2103, 2104-2105, 2106-2107, 2108-2109, 2110-2111, 2112-2113, 2114-2115, 2116-2117, 2118-2119, 2120-2121, 2122-2123, 2124-2125, 2126-2127, 2128-2129, 2130-2131, 2132-2133, 2134-2135, 2136-2137, 2138-2139, 2140-2141, 2142-2143, 2144-2145, 2146-2147, 2148-2149, 2150-2151, 2152-2153, 2154-2155, 2156-2157, 2158-2159, 2160-2161, 2162-2163, 2164-2165, 2166-2167, 2168-2169, 2170-2171, 2172-2173, 2174-2175, 2176-2177, 2178-2179, 2180-2181, 2182-2183, 2184-2185, 2186-2187, 2188-2189, 2190-2191, 2192-2193, 2194-2195, 2196-2197, 2198-2199, 2200-2201, 2202-2203, 2204-2205, 2206-2207, 2208-2209, 2210-2211, 2212-2213, 2214-2215, 2216-2217, 2218-2219, 2220-2221, 2222-2223, 2224-2225, 2226-2227, 2228-2229, 2230-2231, 2232-2233, 2234-2235, 2236-2237, 2238-2239, 2240-2241, 2242-2243, 2244-2245, 2246-2247, 2248-2249, 2250-2251, 2252-2253, 2254-2255,

الأساسية فهو في حكم المعدوم، بينما يُنشأ التصرف الباطل أثارا وقتية إلى حدّ صدور حكم ببطلانه.

أما النظرية الثانية، نظرية الجزاء (théorie de la sanction)⁵¹⁰ التي ظهرت في بداية القرن العشرين فهي تنفي مفهوم "عدم الوجود" (l'inexistence) لصعوبة تحديده عمليا، وصعوبة التفريق بينه وبين حالات البطلان. تعتبر بالعكس هذه النظرية أنّ عدم صحة التصرف القانوني، ليس حالة تعتري التصرف نفسه وتجعل منه غير موجود، بل هو جزاء عدم احترام شروط قيام هذا التصرف. يتمثل هذا الجزاء في بطلان التصرف، وهو يختلف حسب طبيعة القاعدة التي تمّ خرقها، فلا يحقّ إثارة البطلان إلا لمن تضرّر من خرق قاعدة تحمي مصلحة خاصة، بينما يحقّ لكلّ ذي مصلحة، وعلى القاضي من تلقاء نفسه⁵¹¹، إثارة البطلان المترتب عن خرق قاعدة تحمي المصلحة العامة.

312. تأثّر الفقه المعاصر في فرنسا بهذين النظريتين⁵¹²، بأن اعتمد التقسيم الثنائي بين التصرف المعدوم والتصرف الباطل الموروث عن النظرية التقليدية، وعوّضه بمفهوم "البطلان المطلق" و"البطلان النسبي"، لكن لا كحالة تعتري التصرف نفسه وإنما في شكل جزاء لعدم احترام

⁵¹⁰ JAPIOT, des nullités en matière d'actes juridiques, thèse Dijon, 1909, pp. 140 et s. ; GAUDENET, théorie générale des obligations, Paris 1937, p. 149

⁵¹¹ JAPIOT, op. cit., p. 936

⁵¹² J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 729 ; H. L. & J. MAZEAUD, par P. CHABAS, t. I, 1^{er} vol., n° 348 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, introduction générale, n° 179 ; B. STARCK, par H. ROLAND & L. BOYER, n° 823.

قواعد قيام التصرف القانوني. غير أنّ القانون الفرنسي لم يتمكّن من رسم الحدّ الفاصل بين القواعد التي يترتب عن خرقها بطلانا مطلقا، وتلك التي ينجرّ عن خرقها بطلانا نسبيا، نظرا لتعدد ولتضخم القواعد التي تهّم النظام العام في مادة التصرفات القانونية والتي لا تتعلّق بالضرورة بالأركان الأساسية للتصرف القانوني.

313. أما القانون الألماني فهو يفرّق أيضا بين التصرف الباطل (nichtig) والتصرف القابل للإبطال (anfechtbar)⁵¹³، وهو يشبه من هذه الناحية النظرية التقليدية الفرنسية (نظرية العقد المعدوم)⁵¹⁴، غير أنّه يختلف عنها لكونه يعتبر أنّ العقد الباطل لا يكون في حكم المعدوم الذي لا يترتب عنه أيّ أثر قانوني، بل يمكن أن يكون صحيحا إذا كانت به من الشروط ما يصحّ به تصرفا آخر. كما أنّ القانون الألماني يعطي لكلمة (anfechtbar) معنى خاصا لا يقصد من خلاله "قابل للإبطال" وإنما "قابل للطعن فيه بالبطلان". كما لا يشترط القانون الألماني تدخّل القاضي للحكم بالبطلان، فيكون البطلان بقوة القانون (de plein droit) عندما يكون التصرف باطلا من أصله، أما القابلية للبطلان فهي تخضع إلى إجراء خاصّ متمثّل في تعبير عن إرادة منفردة محدّد الوجهة⁵¹⁵ يرسله مثير البطلان إلى الطرف الآخر.⁵¹⁶

⁵¹³ D. GUGGENHEIM, l'invalidité des actes juridiques, op. cit., pp. 25 et s.

⁵¹⁴ الفقرة 314 اعلام.

⁵¹⁵ GUGGENHEIM, l'invalidité des actes juridiques, op. cit., p. 41

314. يفرّق القانون الإيطالي⁵¹⁷ من ناحيته على شاكلة القانون الألماني، بين التصرفات الباطلة والتصرفات القابلة للبطلان. يكون التصرف الباطل، باطلا بقوة القانون، يمكن لكل ذي مصلحة وللقاضى من تلقاء نفسه إثارة هذا البطلان الذي يجابه به الجميع، فلا يصح التصديق عليه ولا تنقضي دعوى البطلان في شأنه بمرور الزمن. أما التصرفات القابلة للإبطال فهي نافذة بصفة مؤقتة إلى أن يتولّى من له صفة القيام بموجب القانون طلب إبطالها لدى القضاء، ولا يتم ذلك عن طريق تعبير عن إرادة منفردة كما هو الشأن في القانون الألماني، كما يجوز التصديق على هذا النوع من التصرفات، وتنقضي دعوى البطلان في شأنها بمرور الزمن باستثناء الدّفع بها الذي لا ينقضي.

315. مجلة الالتزامات والعقود. سبقت الإشارة⁵¹⁸ إلى الظروف التاريخية التي صاحبت صدور مجلة الالتزامات والعقود، التي لم تتأثر كما كان متوقع بالقانون الفرنسي بقدر ما تأثرت بالقوانين الغربية الأخرى التي ظهرت آنذاك⁵¹⁹. فلا

⁵¹⁶ يضيف الفقه الألماني إلى هذا التقسيم الثنائي بين التصرفات الرطلة والتصرفات القابلة للبطلان، صفاً ثالثاً من التصرفات "غير الشافذة"، عدم الدّفع بها، أي يخرج نسبياً عن صلاحيات القضاء. التصرفات آثار قانونية ينادى البعض بمنح بعضهم القانون، كما يمكن أن يكون حكم الشكّل سرقاً عندنا وغير التصرفات لابد شروطه الذي يرجى تحقيقه لاحقاً. راجع GÜLLERBHEIM المذكور آنفاً، ص 69 - 34.

⁵¹⁷ SANFURIO PASSARELLI, *dottrine generali del diritto civile*, Naples 1966, 9^{ma} ed., pp. 244 et s., cit. per GÜLLERBHEIM, op. cit. p. 43.

⁵¹⁸ الفقرة 21 وما بعدها.

⁵¹⁹ حاشية السجدة الشاذة الألمانية التي صدرت سنة 1896 وهي المادة التي طرح سائلها في إعداد مجلة الالتزامات والعقود.

غرابية عندئذ أن يستوحي المشرع نظرية البطلان انطلاقاً من مختلف النظريات التي كانت قائمة في ذلك الوقت.

من الواضح أن المشرع لم يتبنّ نظام البطلان القائم في التشريع الإسلامي إلا في مواقع خاصة⁵²⁰ نظراً لتشعب هذا النظام وخاصة لافتقاره لمفهوم نظري يوحد بين مختلف حالات البطلان فيه. كما لم يتبنّ أيضاً المشرع نظرية التصرف المعلوم (théorie de l'inexistence) القائمة آنذاك في القانون الفرنسي لتعلّقها المفروض بحالة التصرف نفسه بصرف النظر عن محيطه الاجتماعي ودون اعتبار لاستقرار المعاملات، إذ هي تقضي بعدم وجود التصرف الباطل وسمو جميع آثاره وإن كان به ما يصلح لقيام بصرف آخر.

316. يبدو في الواقع أثر انقائون الألماني والقانون الإيطالي ثابتاً في ما يخصّ خيارات المشرع في ما يتعلق بنظرية البطلان، إذ هو يكرّس التفريق القائم في القانون الألماني بين التصرف الباطل (null) والتصرف القابل للبطلان (rescindable)، مع العلم أن المشرع لا يستعمل مفهوم "القابل للبطلان" بل مفهوم "دعوى القابلية للبطلان" (action en rescision)⁵²¹ وهو المعنى المعتمد في القانون الألماني. كما خلال كلمة (annullab) كما قبل أيضاً المشرع بمفهوم

⁵²⁰ المشرع في 1955، 1956، 1957، 1958، 1959، 1960، 1961، 1962، 1963، 1964، 1965، 1966، 1967، 1968، 1969، 1970، 1971، 1972، 1973، 1974، 1975، 1976، 1977، 1978، 1979، 1980، 1981، 1982، 1983، 1984، 1985، 1986، 1987، 1988، 1989، 1990، 1991، 1992، 1993، 1994، 1995، 1996، 1997، 1998، 1999، 2000، 2001، 2002، 2003، 2004، 2005، 2006، 2007، 2008، 2009، 2010، 2011، 2012، 2013، 2014، 2015، 2016، 2017، 2018، 2019، 2020، 2021، 2022، 2023، 2024، 2025، 2026، 2027، 2028، 2029، 2030، 2031، 2032، 2033، 2034، 2035، 2036، 2037، 2038، 2039، 2040، 2041، 2042، 2043، 2044، 2045، 2046، 2047، 2048، 2049، 2050، 2051، 2052، 2053، 2054، 2055، 2056، 2057، 2058، 2059، 2060، 2061، 2062، 2063، 2064، 2065، 2066، 2067، 2068، 2069، 2070، 2071، 2072، 2073، 2074، 2075، 2076، 2077، 2078، 2079، 2080، 2081، 2082، 2083، 2084، 2085، 2086، 2087، 2088، 2089، 2090، 2091، 2092، 2093، 2094، 2095، 2096، 2097، 2098، 2099، 2100، 2101، 2102، 2103، 2104، 2105، 2106، 2107، 2108، 2109، 2110، 2111، 2112، 2113، 2114، 2115، 2116، 2117، 2118، 2119، 2120، 2121، 2122، 2123، 2124، 2125، 2126، 2127، 2128، 2129، 2130، 2131، 2132، 2133، 2134، 2135، 2136، 2137، 2138، 2139، 2140، 2141، 2142، 2143، 2144، 2145، 2146، 2147، 2148، 2149، 2150، 2151، 2152، 2153، 2154، 2155، 2156، 2157، 2158، 2159، 2160، 2161، 2162، 2163، 2164، 2165، 2166، 2167، 2168، 2169، 2170، 2171، 2172، 2173، 2174، 2175، 2176، 2177، 2178، 2179، 2180، 2181، 2182، 2183، 2184، 2185، 2186، 2187، 2188، 2189، 2190، 2191، 2192، 2193، 2194، 2195، 2196، 2197، 2198، 2199، 2200، 2201، 2202، 2203، 2204، 2205، 2206، 2207، 2208، 2209، 2210، 2211، 2212، 2213، 2214، 2215، 2216، 2217، 2218، 2219، 2220، 2221، 2222، 2223، 2224، 2225، 2226، 2227، 2228، 2229، 2230، 2231، 2232، 2233، 2234، 2235، 2236، 2237، 2238، 2239، 2240، 2241، 2242، 2243، 2244، 2245، 2246، 2247، 2248، 2249، 2250، 2251، 2252، 2253، 2254، 2255، 2256، 2257، 2258، 2259، 2260، 2261، 2262، 2263، 2264، 2265، 2266، 2267، 2268، 2269، 2270، 2271، 2272، 2273، 2274، 2275، 2276، 2277، 2278، 2279، 2280، 2281، 2282، 2283، 2284، 2285، 2286، 2287، 2288، 2289، 2290، 2291، 2292، 2293، 2294، 2295، 2296، 2297، 2298، 2299، 2300، 2301، 2302، 2303، 2304، 2305، 2306، 2307، 2308، 2309، 2310، 2311، 2312، 2313، 2314، 2315، 2316، 2317، 2318، 2319، 2320، 2321، 2322، 2323، 2324، 2325، 2326، 2327، 2328، 2329، 2330، 2331، 2332، 2333، 2334، 2335، 2336، 2337، 2338، 2339، 2340، 2341، 2342، 2343، 2344، 2345، 2346، 2347، 2348، 2349، 2350، 2351، 2352، 2353، 2354، 2355، 2356، 2357، 2358، 2359، 2360، 2361، 2362، 2363، 2364، 2365، 2366، 2367، 2368، 2369، 2370، 2371، 2372، 2373، 2374، 2375، 2376، 2377، 2378، 2379، 2380، 2381، 2382، 2383، 2384، 2385، 2386، 2387، 2388، 2389، 2390، 2391، 2392، 2393، 2394، 2395، 2396، 2397، 2398، 2399، 2400، 2401، 2402، 2403، 2404، 2405، 2406، 2407، 2408، 2409، 2410، 2411، 2412، 2413، 2414، 2415، 2416، 2417، 2418، 2419، 2420، 2421، 2422، 2423، 2424، 2425، 2426، 2427، 2428، 2429، 2430، 2431، 2432، 2433، 2434، 2435، 2436، 2437، 2438، 2439، 2440، 2441، 2442، 2443، 2444، 2445، 2446، 2447، 2448، 2449، 2450، 2451، 2452، 2453، 2454، 2455، 2456، 2457، 2458، 2459، 2460، 2461، 2462، 2463، 2464، 2465، 2466، 2467، 2468، 2469، 2470، 2471، 2472، 2473، 2474، 2475، 2476، 2477، 2478، 2479، 2480، 2481، 2482، 2483، 2484، 2485، 2486، 2487، 2488، 2489، 2490، 2491، 2492، 2493، 2494، 2495، 2496، 2497، 2498، 2499، 2500، 2501، 2502، 2503، 2504، 2505، 2506، 2507، 2508، 2509، 2510، 2511، 2512، 2513، 2514، 2515، 2516، 2517، 2518، 2519، 2520، 2521، 2522، 2523، 2524، 2525، 2526، 2527، 2528، 2529، 2530، 2531، 2532، 2533، 2534، 2535، 2536، 2537، 2538، 2539، 2540، 2541، 2542، 2543، 2544، 2545، 2546، 2547، 2548، 2549، 2550، 2551، 2552، 2553، 2554، 2555، 2556، 2557، 2558، 2559، 2560، 2561، 2562، 2563، 2564، 2565، 2566، 2567، 2568، 2569، 2570، 2571، 2572، 2573، 2574، 2575، 2576، 2577، 2578، 2579، 2580، 2581، 2582، 2583، 2584، 2585، 2586، 2587، 2588، 2589، 2590، 2591، 2592، 2593، 2594، 2595، 2596، 2597، 2598، 2599، 2600، 2601، 2602، 2603، 2604، 2605، 2606، 2607، 2608، 2609، 2610، 2611، 2612، 2613، 2614، 2615، 2616، 2617، 2618، 2619، 2620، 2621، 2622، 2623، 2624، 2625، 2626، 2627، 2628، 2629، 2630، 2631، 2632، 2633، 2634، 2635، 2636، 2637، 2638، 2639، 2640، 2641، 2642، 2643، 2644، 2645، 2646، 2647، 2648، 2649، 2650، 2651، 2652، 2653، 2654، 2655، 2656، 2657، 2658، 2659، 2660، 2661، 2662، 2663، 2664، 2665، 2666، 2667، 2668، 2669، 2670، 2671، 2672، 2673، 2674، 2675، 2676، 2677، 2678، 2679، 2680، 2681، 2682، 2683، 2684، 2685، 2686، 2687، 2688، 2689، 2690، 2691، 2692، 2693، 2694، 2695، 2696، 2697، 2698، 2699، 2700، 2701، 2702، 2703، 2704، 2705، 2706، 2707، 2708، 2709، 2710، 2711، 2712، 2713، 2714، 2715، 2716، 2717، 2718، 2719، 2720، 2721، 2722، 2723، 2724، 2725، 2726، 2727، 2728، 2729، 2730، 2731، 2732، 2733، 2734، 2735، 2736، 2737، 2738، 2739، 2740، 2741، 2742، 2743، 2744، 2745، 2746، 2747، 2748، 2749، 2750، 2751، 2752، 2753، 2754، 2755، 2756، 2757، 2758، 2759، 2760، 2761، 2762، 2763، 2764، 2765، 2766، 2767، 2768، 2769، 2770، 2771، 2772، 2773، 2774، 2775، 2776، 2777، 2778، 2779، 2780، 2781، 2782، 2783، 2784، 2785، 2786، 2787، 2788، 2789، 2790، 2791، 2792، 2793، 2794، 2795، 2796، 2797، 2798، 2799، 2800، 2801، 2802، 2803، 2804، 2805، 2806، 2807، 2808، 2809، 2810، 2811، 2812، 2813، 2814، 2815، 2816، 2817، 2818، 2819، 2820، 2821، 2822، 2823، 2824، 2825، 2826، 2827، 2828، 2829، 2830، 2831، 2832، 2833، 2834، 2835، 2836، 2837، 2838، 2839، 2840، 2841، 2842، 2843، 2844، 2845، 2846، 2847، 2848، 2849، 2850، 2851، 2852، 2853، 2854، 2855، 2856، 2857، 2858، 2859، 2860، 2861، 2862، 2863، 2864، 2865، 2866، 2867، 2868، 2869، 2870، 2871، 2872، 2873، 2874، 2875، 2876، 2877، 2878، 2879، 2880، 2881، 2882، 2883، 2884، 2885، 2886، 2887، 2888، 2889، 2890، 2891، 2892، 2893، 2894، 2895، 2896، 2897، 2898، 2899، 2900، 2901، 2902، 2903، 2904، 2905، 2906، 2907، 2908، 2909، 2910، 2911، 2912، 2913، 2914، 2915، 2916، 2917، 2918، 2919، 2920، 2921، 2922، 2923، 2924، 2925، 2926، 2927، 2928، 2929، 2930، 2931، 2932، 2933، 2934، 2935، 2936، 2937، 2938، 2939، 2940، 2941، 2942، 2943، 2944، 2945، 2946، 2947، 2948، 2949، 2950، 2951، 2952، 2953، 2954، 2955، 2956، 2957، 2958، 2959، 2960، 2961، 2962، 2963، 2964، 2965، 2966، 2967، 2968، 2969، 2970، 2971، 2972، 2973، 2974، 2975، 2976، 2977، 2978، 2979، 2980، 2981، 2982، 2983، 2984، 2985، 2986، 2987، 2988، 2989، 2990، 2991، 2992، 2993، 2994، 2995، 2996، 2997، 2998، 2999، 3000، 3001، 3002، 3003، 3004، 3005، 3006، 3007، 3008، 3009، 3010، 3011، 3012، 3013، 3014، 3015، 3016، 3017، 3018، 3019، 3020، 3021، 3022، 3023، 3024، 3025، 3026، 3027، 3028، 3029، 3030، 3031، 3032، 3033، 3034، 3035، 3036، 3037، 3038، 3039، 3040، 3041، 3042، 3043، 3044، 3045، 3046، 3047، 3048، 3049، 3050، 3051، 3052، 3053، 3054، 3055، 3056، 3057، 3058، 3059، 3060، 3061، 3062، 3063، 3064، 3065، 3066، 3067، 3068، 3069، 3070، 3071، 3072، 3073، 3074، 3075، 3076، 3077، 3078، 3079، 3080، 3081، 3082، 3083، 3084، 3085، 3086، 3087، 3088، 3089، 3090، 3091، 3092، 3093، 3094، 3095، 3096، 3097، 3098، 3099، 3100، 3101، 3102، 3103، 3104، 3105، 3106، 3107، 3108، 3109، 3110، 3111، 3112، 3113، 3114، 3115، 3116، 3117، 3118، 3119، 3120، 3121، 3122، 3123، 3124، 3125، 3126، 3127، 3128، 3129، 3130، 3131، 3132، 3133، 3134، 3135، 3136، 3137، 3138، 3139، 3140، 3141، 3142، 3143، 3144، 3145، 3146، 3147، 3148، 3149، 3150، 3151، 3152، 3153، 3154، 3155، 3156، 3157، 3158، 3159، 3160، 3161، 3162، 3163، 3164، 3165، 3166، 3167، 3168، 3169، 3170، 3171، 3172، 3173، 3174، 3175، 3176، 3177، 3178، 3179، 3180، 3181، 3182، 3183، 3184، 3185، 3186، 3187، 3188، 3189، 3190، 3191، 3192، 3193، 3194، 3195، 3196، 3197، 3198، 3199، 3200، 3201، 3202، 3203، 3204، 3205، 3206، 3207، 3208، 3209، 3210، 3211، 3212، 3213، 3214، 3215، 3216، 3217، 3218، 3219، 3220، 3221، 3222، 3223، 3224، 3225، 3226، 3227، 3228، 3229، 3230، 3231، 3232، 3233، 3234، 3235، 3236، 3237، 3238، 3239، 3240، 3241، 3242، 3243، 3244، 3245، 3246، 3247، 3248، 3249، 3250، 3251، 3252، 3253، 3254، 3255، 3256، 3257، 3258، 3259، 3260، 3261، 3262، 3263، 3264، 3265، 3266، 3267، 3268، 3269، 3270، 3271، 3272، 3273، 3274، 3275، 3276، 3277، 3278، 3279، 3280، 3281، 3282، 3283، 3284، 3285، 3286، 3287، 3288، 3289، 3290، 3291، 3292، 3293، 3294، 3295، 3296، 3297، 3298، 3299، 3300، 3301، 3302، 3303، 3304، 3305، 3306، 3307، 3308، 3309، 3310، 3311، 3312، 3313، 3314، 3315، 3316، 3317، 3318، 3319، 3320، 3321، 3322، 3323، 3324، 3325، 3326، 3327، 3328، 3329، 3330، 3331، 3332، 3333، 3334، 3335، 3336، 3337، 3338، 3339، 3340، 3341، 3342، 3343، 3344، 3345، 3346، 3347، 3348، 3349، 3350، 3351، 3352، 3353، 3354، 3355، 3356، 3357، 3358، 3359، 3360، 3361، 3362، 3363، 3364، 3365، 3366، 3367، 3368، 3369، 3370، 3371، 3372، 3373، 3374، 3375، 3376، 3377، 3378، 3379، 3380، 3381، 3382، 3383، 3384، 3385، 3386، 3387، 3388، 3389، 3390، 3391، 3392، 3393، 3394، 3395، 3396، 3397، 3398، 3399، 3400، 3401، 3402، 3403، 3404، 3405، 3406، 3407، 3408، 3409، 3410، 3411، 3412، 3413، 3414، 3415، 3416، 3417، 3418، 3419، 3420، 3421، 3422، 3423، 3424، 3425، 3426، 3427، 3428، 3429، 3430، 3431، 3432، 3433، 3434، 3435، 3436، 3437، 3438، 3439، 3440، 3441، 3442، 3443، 3444، 3445، 3446، 3447، 3448، 3449، 3450، 3451، 3452، 3453، 3454، 3455، 3456، 3457، 3458، 3459، 3460، 3461، 3462، 3463، 3464، 3465، 3466، 3467، 3468، 3469، 3470، 3471، 3472، 3473، 3474، 3475، 3476، 3477، 3478، 3479، 3480، 3481، 3482، 3483، 3484، 3485، 3486، 3487، 3488، 3489، 3490، 3491، 3492، 3493، 3494، 3495، 3496، 3497، 3498، 3499، 3500، 3501، 3502، 3503، 3504، 3505، 3506، 3507، 3508، 3509، 3510، 3511، 3512، 3513، 3514، 3515، 3516، 3517، 3518، 3519، 3520، 3521، 3522، 3523، 3524، 3525، 3526، 3527، 3528، 3529، 3530، 3531، 3532، 3533، 3534، 3535، 3536، 3537، 3538، 3539، 3540، 3541، 3542، 3543، 3544، 3545، 3546، 3547، 3548، 3549، 3550، 3551، 3552، 3553، 3554، 3555، 3556، 3557، 3558، 3559، 3560، 3561، 3562، 3563، 3564، 3565، 3566، 3567، 3568، 3569، 3570، 3571، 3572، 3573، 3574، 3575، 3576، 3577، 3578، 3579، 3580، 3581، 3582، 3583، 3584، 3585، 3586، 3587، 3588، 3589، 3590، 3591، 3592، 3593، 3594، 3595، 3596، 3597، 3598، 3599، 3600، 3601، 3602، 3603، 3604، 3605، 3606، 3607، 3608، 3609، 3610، 3611، 3612، 3613، 3614، 3615، 3616، 3617، 3618، 3619، 3620، 3621، 3622، 3623، 3624، 3625، 3626، 3627، 3628، 3629، 3630، 3631، 3632، 3633، 3634، 3635، 3636، 3637، 3638، 3639، 3640، 3641، 3642، 3643، 3644، 3645، 3646، 3647، 3648، 3649، 3650، 3651، 3652، 3653، 3654، 3655، 3656، 3657، 3658، 3659، 3660، 3661، 3662، 3663، 3664، 3665، 3666، 3667، 3668، 3669، 3670، 3671، 3672، 3673، 3674، 3675، 3676، 3677، 3678، 3679، 3680، 3681، 3682، 3683، 3684، 3685، 3686، 3687، 3688، 3689، 3690، 3691، 3692، 3693، 3694، 3695، 3696، 3697، 3698، 3699، 3700، 3701، 3702، 3703، 3704، 3705، 3706، 3707، 3708، 3709، 3710، 3711، 3712، 3713، 3714، 3715، 3716، 3717، 3718، 3719، 3720، 3721، 3722، 3723، 3724، 3725، 3726، 3727، 3728، 3729، 3730، 3731، 3732، 3733، 3734، 3735، 3736، 3737، 3738، 3739، 3740، 3741، 3742، 3743، 3744، 3745، 3746، 3747، 3748، 3749، 3750، 3751، 3752، 3753، 3754، 3755، 3756، 3757، 3758، 3759، 3760، 3761، 3762، 3763، 3764، 3765، 3766، 3767، 3768، 3769، 3770، 3771، 3772، 3773، 3774، 3775، 3776، 3777، 3778، 3779، 3780، 3781، 3782، 3783، 3784، 3785، 3786، 3787، 3788، 3789، 3790، 3791، 3792، 3793، 3794، 3795، 3796، 3797، 3798، 3799، 3800، 3801، 3802، 3

البطلان الجزئي⁵²³ ومفهوم التصرف البديل⁵²⁴ الذين يكرسهما القانون الألماني. غير أن أثر هذا القانون يقف عند هذا الحد، إذ يشترط المشرع تدخل القاضي للحكم بالبطلان سواء كان التصرف باطلا أو قابلا للبطلان، وهو موقف المشرع الإيطالي⁵²⁵، في حين لا يشترط ذلك القانون الألماني أين يكون التصرف الباطل باطلا بحكم القانون كما لا يخضع التصرف القابل للبطلان إلا إلى تصريح صادر عن المستفيد من ذلك.

ب - النظرية التشريعية للبطلان⁵²⁶

317. تفيد مراجعة مختلف الأنظمة القانونية أن المشرع لم يتقيد بأحدها دون البقية، بل استوحى أحكام البطلان من مختلف هذه الأنظمة بشكل جعل نظام البطلان طبق ما تم حيكه في مجلة الالتزامات والعقود يقوم على قاعدتين؛ تتمثل الأولى في تكريس مفهوم البطلان الجزاء، في ما ترمي القاعدة الثانية إلى إنقاذ التصرف القانوني كل ما أمكن ذلك.

⁵²³ الفصلان 326 و 327 تونسي والفصل 139 ألماني.

⁵²⁴ الفصل 328 التزامات وعقود والفصل 140 ألماني.

⁵²⁵ الفقرة 311 أ. أعلاه.

⁵²⁶ لم يبنئ المشرع بمسقة صريحة التفوق العامة في القانون الفرنسي بين "البطلان المطلق" و"البطلان النسبي" رغم ما ذهب إليه الفقه (محدث الزين، المرجع السابق، عدد 256 وما بعده، نور الدين، بالترور، الأطروحة عدد 20) ورغم ما ذهب إليه أيضا فقه القضاء (تقنيي مدني ع 475-476 موزح في 31 ديسمبر 1968، ن 125). لذا وزغم التشابه القائم بين هذا التقسيم والتفرقة المعتمدة في مجلة الالتزامات والعقود بين "البطلان" و"الباطل" للإبطال" فبنينا حافظنا على خيار المشرع للتأكيد على خصوصيات هذا الخيار.

318. مبدأ البطلان الجزاء. رأينا أن مختلف الأنظمة القانونية⁵²⁷ تقابل في مادة البطلان بين نظرية الانعدام (théorie de l'inexistence) ونظرية الجزاء (théorie de la sanction)، مؤسسة خياراتها على تصورهما لمفهوم الالتزام ولمصادره.

319. تعكس نظرية الانعدام النظرة التقديرية لمؤسسة العقد الموروثة عن الفردانية القانونية ومبدأ سلطان الإرادة⁵²⁸ اللذان يميزان النظرية التقليدية خاصة في القانون الفرنسي⁵²⁹، فهي تشبه التصرف القانوني بالكانن الحي الذي يولد ميتا عند فقدانه أحد أركانه الأساسية ويكون عيلا وقابلا للشفاء عندما لا يتعلق العيب بركن أساسي⁵³⁰. تعتبر هذه النظرية أن التصرف القانوني هو غاية في حد ذاتها يتم تقدير قيمته بصرف النظر عن محيطه الاجتماعي وعن نشاط أطرافه، كما يقتصر دور القاضي على معاينة حالة التصرف والتصريح بها، فهو لا ينشئها وإنما يصرح بها. فالجميع في خدمة التصرف القانوني وبالتحديد في خدمة العقد؛ القاضي، والأطراف والقاعدة القانونية نفسها. لا يتم تقدير قيمة العقد على ضوء مخالفة قاعدة قانونية وإنما حسب توفر شروطه

⁵²⁷ الفقرة 309 أعلاه.

⁵²⁸ في خصوص هذا المبدأ يراجع: محمد الزين، المرجع السابق، عدد 36 وما بعده.

⁵²⁹ E. GOUNOT, le principe de l'autonomie de la volonté, contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, Dijon, 1912 ; R. TISON, le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, thèse, Paris, 1931 ; V. RANQUEL, l'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1980, préf. J. Ph. LEVY.

⁵³⁰ الفقرة 63 وما بعدها أعلاه.

⁵³¹ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 251.

الأساسية من عدمها، كما أن دور القاضي يقتصر على معاينة الخلل والتصريح به دون إمكانية إنشائه، ولا يمكن للأطراف المصادقة والإمضاء على عقد منعدم ولو أرادوا ذلك.

320. تتأسس بالعكس نظرية الجزاء على مفهوم موضوعي للتصرف القانوني يربط بين التصرف وبين المحيط الاجتماعي والاقتصادي الذي نشأ فيه، فلا يتم تقدير طبيعة البطلان انطلاقاً من التصرف نفسه وبصفة باطنية، بل يكون ذلك بصفة خارجية عن التصرف، اعتباراً للمعطيات والمصلحة العامة التي ينضوي التصرف القانوني في إطارها. يتمثل عندها البطلان في شكل جزاء لخرق قاعدة قانونية معينة أو لمخالفة مصلحة ما، ويتدرج حسب خطورة هذا الخرق أو هذه المخالفة، فيكون الجزاء "البطلان" عند مخالفة قواعد أمرة أو أساسية، بينما يكون الجزاء "القابلية للبطلان" في ما عدا ذلك.

321. يتجلى تكريس المشرع لنظرية الجزاء من خلال تجاهله لمفهوم "الانعدام" عند تنظيم نظرية البطلان من ناحية، ومن خلال التكريس الصريح صلب الفصلين 325 و 330 من مجلة الالتزامات والعقود لهفومي "البطلان" و "القابلية للبطلان"، إلى جانب التناغم المفقئ لهذين الحنفين من الجزاء من ناحية أخرى.

قد نوحى مبدئياً صياغة الفصل 325 للالتزامات وعقود بالإحالة إلى النظرية التطورية (بخارئة الانعدام) إ. جاء هذا الفصل يختصراً بحالات "البطلان" في فضاء التصرف

القانوني لأحد أركانه وفي مخالفة نص صريح، لكن سرعان ما يتبدد هذا الرأي بمقاربة الفصل 325 بالفصل 330 من نفس المجلة، الذي يتعلق بحالات "القابلية للبطلان" الذي يظم عدة وضعيات تعتبرها النظرية التقليدية حالات نموذجية لا للبطلان فقط بل حتى للانعدام وهما حالتي الغلط المانع³³¹ والإكراه المادي³³². فلو أراد المشرع تكريس نظرية الانعدام لنظم هذين الحالتين صلب الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود ولاستثناهما من طائفة الفصل 330.

رفض المشرع من ناحية أخرى النموذج المستمد من النظام الألماني الذي يستغني عن القاضي سواء في حالة البطلان أو حالة القابلية للإبطال³³³ رغم أنه كرّس أنواع البطلان القائمة صلب هذا القانون، بل أخضع في كل الحالات الحكم بالبطلان إلى سلطة القاضي الذي ينشأ الوضعية (jugement constitutif) ولا يصرح بها (jugement déclaratif). دور القاضي في مادة البطلان ضروري لا للحكم به فقط بل وخاصة لإنشائه، فلا يقتصر دور القاضي على معاينة العيب القائم بالتصرف القانوني للحكم بمحوه وبمحو جميع آثاره، بل يتجاوز دوره ذلك لما أضاف له المشرع من صلاحيات أخرى عندما يكون التصرف باطلاً أي لا أثر له مبدئياً حسب نظرية الانعدام.

³³¹ الفقرة 117.

³³² الفقرة 102.

³³³ الفقرة 113.

322. مبدأ إنقاذ التصرف القانوني. بالإضافة إلى حالات القابلية للبطلان التي أخضعها المشرع إلى مراقبة القاضي بصفة صريحة، إذ هي تستوجب دعوى قضائية في كل الحالات⁵³⁴، مكن المشرع القاضي من صلاحيات هامة في ما يخص حالات البطلان سعيا منه للحفاظ على التصرف القانوني⁵³⁵ وذلك بأن مكن القاضي من الحكم بالبطلان الجزئي للتصرف⁵³⁶ على معنى الفصل 327 من مجلة الالتزامات والعقود، أو حتى الحكم بتعويض التصرف القانوني الباطل بتصرف ثان طبق أحكام الفصل 328 من نفس المجلة: "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام". فلا يمكن تصور تكريس مبدأ إنقاذ التصرف القانوني دون فسخ المجال رحبا لتدخل القاضي في ما يتعلق بحالات البطلان، لا للاكتفاء بمعابنتها والحكم بها طبق ما تقتضيه النظرية التقليدية، بل لتقديرها والتصرف في شأنها طبق ما تفرضه المصلحة العامة والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية. لا يتم تقدير البطلان انطلاقا من عيب يعتري التصرف نفسه، بل من خلال منظار اقتصادي واجتماعي يتدخل في إطاره هذا التصرف القانوني.

⁵³⁴ الفصل 330: "يجوز القيام بالفسخ..."

⁵³⁵ N. BESROUR, thèse op. cit.

⁵³⁶ محند الزين، المرجع السابق عدد 308 وما بعده.

القسم الثاني : نظام البطلان

الفقرة الأولى: الصبغة القضائية للبطلان

323. لم يتعرض المشرع لدور القاضي عندما نظم حالات "البطلان" (الفصول 325 إلى 329 من مجلة الالتزامات والعقود)، بينما أطنب في ذلك بالنسبة "للقابلية للإبطال" التي قيد حالاتها بشرط القيام⁵³⁷. قد يفهم من هذا الموقف أن المشرع أقصى القاضي من دائرة الفصل 325 من مجلة الالتزامات والعقود، ليكون التصرف باطلا بحكم القانون ودون اللجوء إلى القاضي⁵³⁸، غير أن هذا التصور لنن استقام نظريا⁵³⁹ فإنه يصعب تحقيقه عمليا إذ هو يتوقف على اتفاق أطراف التصرف بخصوص جوازه من عدمه⁵⁴⁰، فيصبح تدخل القاضي ضروريا كلما تمسك أحد أطراف التصرف بوجود تنفيذه رغم ما يعتريه من عيب.

324. يختلف مبدئيا دور القاضي حسب طبيعة الدّعى المرفوعة أمامه، فيكون دوره تقريريا وتصديقا عندما تتأسس دعوى البطلان على ركن من أركان التصرف القانوني⁵⁴¹، فيقتصر القاضي على معابنة العيب والحكم على ضونه. أما

⁵³⁷ الفقرة 322 أعلاه.

⁵³⁸ الفقرة 311 أعلاه. حاولت بعد نظرية الانعدام الاستعانة على القاضي بأن يعيرب التصرف القانوني غير موجود بحكم القانون ويعيرب النظر عن تدخل القاضي.

⁵³⁹ نظام القانون الألماني، الفقرة 313

⁵⁴⁰ الفقرة 313 أعلاه.

⁵⁴¹ تعبير من مبدئ 1597-1598 تاريخ في 20 نوفمبر 1979، ن 1979، ج 2، ص 101. "حاز الالتزام من المحل الذي هو ركن من أركانه يجعله باطلا من أصله ولا يترتب عليه شيء".

إذا رفعت الدّعى على أساس حالة من حالات "القابلية للبطلان" لا يكون حكم القاضي مقيدا في هذه الصّورة، بل يتعين عليه تقدير الطلب والقضاء بالبطلان كلّما تبين له ذلك⁵⁴². إلاّ أنّه لا يمكن الجزم بهذا المعنى في كلّ الأوضاع لأنّ المشرّع يبيح للقاضي أن يتدخل في تقدير حالات "البطلان" من خلال الفصلين 327 و328 التزامات وعقود، للحكم بالبطلان الجزئي أو لاستبدال التصرف الباطل بتصرف آخر، فلا يمكن للقاضي أن يقوم بهذه الوظيفة دون تقدير حالات البطلان ودون تكييفها.

325. يتأيد الدور الأساسي الذي يلعبه القاضي في مادة البطلان بإمكانية التعهّد التلقائي من طرف المحكمة كلّما ارتأت ذلك⁵⁴³. لأنّ يتوقّف تعهّد المحكمة على طلب الخصوم بالنسبة لحالات "القابلية للإبطال" التي لا تقضي بها إلاّ بطلان ممّن تضرّر منها، غير أنّه يحدث بمناسبة ذلك أن تتفكّن المحكمة لقيام عيب يتصل بمفهوم النظام العام فيتعيّن عليها عملا بأحكام الفصول 12، 85، 86 و251 م.م.بت. إثارة البطلان من تلقاء نفسها⁵⁴⁴. كما أنّه على المحكمة أن تتعهد تلقائيا بحالات "البطلان" التي جاءت بالفصل 325 من مجلة

الالتزامات والعقود لتجاوزها المصلحة الضيقة لأحد الأطراف ولتعلقها بالمصلحة العامة. لا تؤدي هذه الإثارة التلقائية حتما إلى إبطال التصرف المشوب بالعيب، بل قد تفضي إلى استمراره في شكل آخر أو طبق تكييف آخر على معنى الفصول 326 و327 و328 من مجلة الالتزامات والعقود، لأنّ مؤسسة البطلان ليست في خدمة التصرف القانوني بمعزل عن محيطه الاقتصادي والاجتماعي، بل هي تساهم في إدماج التصرف القانوني في هذا المحيط.

326. لا يحول الدور الذي يلعبه القاضي في قضايا البطلان دون دور الأطراف أنفسهم، إذ يتعيّن على الطّرف المتسكك ببطلان تصرف قانوني ما، إثبات ذلك من خلال طريقتين مختلفتين.

فيمكن لمُدّعي البطلان أن يبادر بدعوى أمام القاضي بهدف بيان العيب المزعوم يكوّن مألها الحكم ببطلان التصرف ويجبر الضرر الحاصل إذا رفعت هذه الدّعى قبل التنفيذ، أمّا إذا رفعت هذه الدّعى بعد التنفيذ يتم أيضا القضاء بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ.

كما يمكن لزاعم البطلان أن يكفي بالدفع به في شكل استثناء يرفعه في وجه الطّرف الآخر الذي يكون في حالة تقضية مطلب فيها تعهّد التصرف المذكور، وبما يترتب من

⁵⁴² تعقيب على 31 مادة موزج في 14 ج. 1، 1976، ج 2، ص 36، دوائر السجعة موزج في 28 ماي 1998، قرارات الدوائر السجعة (1997-1998) ص 7.

⁵⁴³ بحث الزعم المزعوم، جلد 27، تعقيب على 1998، ص 36، موزج في 21 فيفري 1998، ج 2، ص 39.

⁵⁴⁴ تعقيب على 1998-1999، موزج في 1 فيفري 1998، ج 2، ص 36، دوائر السجعة (المرجع السابق، عدد 27) أن في العهد القديم لم يكن لمدعي البطلان الحق في أن يطالبوا بالتعويض مع هذا الحيد الإيجابي للتصريح في المادة السابقة على م.م.بت. 86 و85 و80 م.م.بت.

الطرف المتمسك بالدفع بالبطلان، رغم صفته كمطلوب صلب القضية أن يقدم الدليل على ما يزعم.⁵⁴⁵

الفقرة الثانية : إجراءات البطلان

327. بعد أن تأكد دور الأطراف ودور القاضي في مادة البطلان، بقي أن نحدد خصوصيات هذا الدور بالنسبة لنوعي البطلان من خلال إجراءاتهما.

قد يوحي التفريق التشريعي بين "البطلان" و"القابلية للبطلان" بقيام نظام مستقل لكليهما وبالتالي وجود إجراءات خاصة لكل نوع من أنواع البطلان، غير أن تردد النصوص في هذا المجال أدى إلى بعض التداخل بين النظامين، إذ يصعب في بعض الأحيان تكييف المصلحة المرجو حمايتها أن كانت من قبيل المصلحة العامة أو من قبيل المصلحة الخاصة.

أ - البطلان

328. أصحاب حق القيام لم يتعرض المشرع صلب الفصول 325 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود المتعلقة بحالات البطلان، لمن له حق القيام أو حق الدفع ببطلان تصرف قانوني ما⁵⁴⁶. لكن نظرا لطبيعة دعوى البطلان التي

تتعلق بخرق قواعد تهم المصلحة العامة فإنه يحق لأي كان أن يؤثر هذه المسألة شريطة ثبوت مصلحته في ذلك.⁵⁴⁷

يحق تبعا لذلك بالدرجة الأولى لأطراف التصرف القانوني القيام بدعوى البطلان لثبوت مصلحتهم في ذلك بناء على صريح الفصل 240 من مجلة الالتزامات والعقود: "إن آثار العقد من الحقوق والالتزامات تنصرف أولا وبالدأت إلى المتعاقدين أو من يمثلهما من خلف خاص..."⁵⁴⁸، حتى عندما يتمسك أحد أطراف التصرف بمخالفته الشخصية للأخلاق الحميدة، خلافا للقاعدة العامة التي تنهى على ذلك (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) إذ يبيح الفصل 77 التزامات وعقود طلب استرداد ما وقع دفعه لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحميدة⁵⁴⁹، على عكس ما هو قائم في القانون الفرنسي الذي يمكن من القيام بالبطلان في هذه الحالة لكن دون إمكانية طلب الاسترداد⁵⁵⁰.

كما يحق أيضا، عملا بمقتضيات الفصل 241 التزامات وعقود، للخلف العام، أي الورثة، أن يتمتعوا بنفس حقوق مورثهم في ما يتعلق بإمكانية القيام أو التمسك ببطلان التصرف القانوني⁵⁵¹. أما الخلف الخاص الذين شملتهم أيضا أحكام الفصل 241 أعلاه، فيمكنهم الانتفاع بدعوى البطلان أو

⁵⁴⁷ مغمبي مدني، عد463، عدد موزع في 13 جاني 1960، ق ت 1960، ص 128.

⁵⁴⁸ مغمبي مدني، عد76722، عدد موزع في 7 أبريل 2000، و 2000، ج 1، ص 194.

⁵⁴⁹ مغمبي مدني، عد52144، عدد موزع في 25 فيفري 1998، و 1998، ج 2، ص 89.

⁵⁵⁰ E. TERRE, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 571.

⁵⁵¹ مغمبي مدني، عد29638، عدد موزع في 2 مارس 2004، ق ت 2004، ص 5، عدد 195.

اقتضى الفصل 402 التزامات وعقود: "كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد وما قرره القانون في صور مخصوصة"⁵⁵⁹. يفهم من مجمل هذه النصوص أن سقوط الدعوى بمرور الزمان لا ينال من أصل الحق ومن جوهره، وإنما يتسلط على إمكانية المطالبة به. الحق نفسه لا يتأثر بمرور الزمان ويبقى على حالته، لكن إمكانية القيام على أساسه هي التي تضمحل وتتفنى بمرور الزمان، هذا ما أكدّه المشرع عندما اقتضى في الفصل 384 من مجلة الالتزامات والعقود أن مرور الزمان "يسقط المطالبة" بالحق. كما أيدت محكمة التعقيب هذا الرأي عندما اعتبرت أن: "العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتقادم لأنه معدوم والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد غير أن الأوضاع التي استقرت بالتقادم يجب احترامها وذلك عن طريق إسقاط دعوى البطلان بمضي المدة الطويلة لا باعتبار أن العقد الباطل قد انقلب صحيحا"⁵⁶⁰.

330. يتبين مما سبق أن لا أثر لدعوى البطلان على صحة التصرف القانوني من عدمه، الذي يكون باطلا أو جائزا من أصله، بل تهدف هذه الدعوى إلى تسليط جزاء على مخالفة قاعدة قانونية تهّم الصالح العام يحق لكل ذي مصلحة رفعها. فيبدو تبعا لذلك من الضروري أن تنقضي هذه الصلاحية بمرور الزمن، أي أن ينقضي حق القيام بدعوى

⁵⁵⁹ تعرض فعلا القانون إلى امتثالات عديدة بالزيادة أو بالنقصان لقاعدة الفصل 402. صلب العسر 330 إلى 334 والفصول 390 إلى 400 والعسر 403 إلى 413.

⁵⁶⁰ تعقيب، مئتي 1637 عدد مؤرخ في 12 ديسمبر 1973، ق ت عدد 3، لسنة 1979، ص 106.

البطلان بمرور الأجل الطويل المقرر بالفصل 402 التزامات وعقود، لأن انقضاء حق القيام لا يؤثر على صحة التصرف القانوني بل هو يساهم في استقرار الأوضاع التي استمرت مدة طويلة.

331. يرى الفقه التقليدي في فرنسا عملا بنظرية الانعدام، أن لا مجال لتقادم دعوى البطلان في ما يخص العقود المنعدمة، غير أن فقه القضاء بناء على الفصل 2262 من المجلة المدنية الفرنسية لم يؤيد هذا الرأي واعتبر أن دعوى البطلان تنقضي في كل الحالات بمرور الزمان⁵⁶¹.

يرى أيضا الأستاذ محمد الزين⁵⁶² أن دعوى "البطلان المطلق" لا تنقضي بمرور الزمان لأن الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود لم يأت بشمولية عبارات الفصل 2262 الفرنسي الذي يقتضي أن: "جميع الدعاوى عينية كانت أو شخصية تسقط بمرور ثلاثين سنة...". بينما ينحصر ميدان الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود في "الدعوى الناشئة عن تعميم الذمة" وبما أن دعوى البطلان ناشئة عن القانون ولا عن الالتزام فإنها لا تدخل تحت طائلة هذا الفصل ولا تنقضي بمرور الزمان⁵⁶³. إلا أنه لا يمكن مشاطرة هذا الرأي لتقيده المفرط بنظرية الانعدام، فهو يعتبر أن العقد الباطل بطلانا مطلقا "هو من قبيل المعدوم الذي لا ينشأ عنه

⁵⁶¹ J. GHESTIN, le contrat formation, op cit, n° 740 ; F. TERRÉ, Ph. SIMIER & Y. LEQUETTE, les obligations, op cit, n° 389.

⁵⁶² المرجع السابق، عدد 292 وما بعده.

⁵⁶³ محمد الزين، نفس المرجع عدد 293.

أي حق⁵⁶⁴، فيما وقفنا بعد⁵⁶⁵ عند خيارات المشرع في هذا المجال الذي كرس نظرية "الجزاء" في مادة البطلان وأسند للقاضي صلاحيات هامة في ما يتعلق بإنقاذ التصرف القانوني. إلى جانب ذلك، تناول المشرع مسألة التقادم في إطار نظرية عامة (الفصول 384 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود "في سقوط الدعوى بمرور الزمان") أقر خلالها مبدأ عاما وهو مبدأ سقوط حق القيام⁵⁶⁶، أدخل عليه بموجب نصوص صريحة استثناءات عديدة تظلم حالات عدم سقوط الحق بمرور الزمان كالدين الموثق برهن⁵⁶⁷، أو في ما بين الزوجين أو في ما بين الوالدين وأولادهما والحالات المشابهة⁵⁶⁸... غير أنه لم يستثن حالة "البطلان" وكان عليه ذلك لو أراد ذلك⁵⁶⁹.

ب - القابلية للبطلان

332. أصحاب حق القيام. تتبع مبدئيا دعوى القابلية للبطلان الأشخاص الذين قصدتهم المشرع بالحماية، فهي سنت لحمايتهم ويحق لهم وحدهم دون غيرهم التمتع بها. فيتم

⁵⁶⁴ نفس المرجع، نفس الفقرة.

⁵⁶⁵ الفقرة 318 وما بعدها أعلاه.

⁵⁶⁶ الفصل 384.

⁵⁶⁷ الفصل 390.

⁵⁶⁸ الفصل 391.

⁵⁶⁹ تعديلي مدني ع30736، مؤرخ في 13 أبريل 1993، ن 1993، ص 357: "المن الفصل 334 من من مجلة الالتزامات والعقود على أن مرور الزمان الذي حذره القانون ينفذ المطالبة الناشئة عن العقد كما اقتضى الفصل 402 من نفس المجلة على أن كان دعوى ناشئة عن تعبير الذمة لا تسمع بعد مضي خمسة عشر سنة عدا ما استثنى بعد، ما قرره القانون في صور مخصوصة. وبذلك فإن دعوى الإبطال التي أقمت بعد المدة الممنوعة للحق تصبح منقرضة".

رفعها من طرف من تضرر من عيب في رضاه، كما يتم رفعها أيضا من طرف القاصر بعد بلوغه سن الرشد⁵⁷⁰.

إلا أنه يمكن أيضا لغير هؤلاء إثارة دعوى القابلية للبطلان عوضا عن أصحاب الحق طبقا للفصلين 6 و 10 من مجلة الالتزامات والعقود والفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية⁵⁷¹. فيمكن للولي أو المقدم أو الممثل الشرعي أن يرفع دعوى القابلية للبطلان عوضا عن منظوره للحجر عليه لضعف مداركه العقلية أو لصغر سنه⁵⁷². كما يمكن أيضا للخلف العام أن يقوم في حق مورثه على معنى الفصل 333 من مجلة الالتزامات والعقود بدعوى القابلية للبطلان.

لكن لا يمكن لغير من ذكر إثارة دعوى القابلية للبطلان وإن كانت له مصلحة في ذلك، هذا ما اقتضاه الفصل 14 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء بنصه: "من كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده"، وما أكدته محكمة التعقيب في قرار صادر في 25 ماي 1976 تحت ع11624-د جاء فيه: "إذا وقع عقد في حق قاصر فلهذا الأخير وحده بعد رشده إجازة العقد أو إبطاله وليس لغيره أن يقوم بالبطلان أو يحتج به رغم إرادة القاصر"⁵⁷³.

⁵⁷⁰ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 279، تعديلي مدني ع11624-د، مؤرخ في 25 ماي 1976، ن 1976، ج 2، ص 88.

⁵⁷¹ الفقرة 8. وما بعدها أعلاه.

⁵⁷² يبيح الفصلان 6 و 7 من مجلة الأحوال الشخصية طلب فسخ زواج المجهور عليهم لصغر سنهم أو لضعف مداركهم العقلية قبل البناء من طرف من وجبت موافقتهم على هذا الزواج.

⁵⁷³ ن 1976، ج 2، ص 88.

333. الإمضاء.⁵⁷⁴ يمكن لصاحب حق القيام بدعوى القابلية للبطلان أن يعدل عن حقه بإمضاء التصرف المشوب بالعيب، هذا ما اقتضاه الفصل 337 من مجلة الالتزامات والعقود عندما نص: "إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانوناً أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ". تستوجب دراسة هذا الفصل تحديد مفهوم الإمضاء المقصود، وضبط نظامه القانوني.

334. مدلول الإمضاء. يستعمل الفصلان 337 و338 من مجلة الالتزامات والعقود، على حد السواء مصطلحات "إمضاء" و"تصديق" و"اعتراف" و"إجراء العمل" كمرادفات لنفس المعنى، كما تستعمل الفصول 156، 162، 165 و179 من مجلة الأحوال الشخصية كلمة "إجازة" في نفس هذا المعنى. أثار هذا التنوع الاصطلاحي بعض التحفظ من قبل الفقه⁵⁷⁵ الذي يؤكد خاصة على الاختلاف القائم بين الإمضاء والتصديق لصدور الأول عن أحد أطراف التصرف القابل للإبطال بينما يصدر الثاني أي التصديق عن من هو أجنبي عن التصرف المذكور. لكن بما أن حسب منطوق الفصل 41 من مجلة الالتزامات والعقود يكون التصديق اللاحق كالتوكيل السابق، فمن صادق على تصرف أصبح طرفاً فيه ولا أجنبياً

⁵⁷⁴ محمّد الزّين، المرجع السابق، عدد 281 وما بعده.
N. BESROUR, thèse op. cit. ; G. COUTURIER, la confirmation des actes nuls, thèse Paris II, 1972, préf. J. FLOR.
⁵⁷⁵ محمّد الزّين، المرجع السابق، عدد 282.

عليه. من ذلك أن المشرع لم يفرّق بين كلّ هذه المفاهيم ونزّلها منزلة واحدة.

يختلف أيضاً الإمضاء عن تصحيح التصرف القانوني (régularisation)⁵⁷⁶ الذي يتمثل في إكمال التصرف القانوني ما نقصه من عناصر ليصبح ماضياً بالنسبة للجميع⁵⁷⁷، بينما يحافظ الإمضاء على التصرف على حالته المنقوصة ويجيزه فقط بالنسبة لمن أمضاه، فلا يقيد التصديق الصادر عن طرف معيّن بقية من حماهم القانون بنفس الإجراء ويبقى حقهم في القيام بطلب إبطال التصرف القانوني قائماً.

335. نظام الإمضاء. لا يمكن مبدئياً الإمضاء أو التصديق إلا على حالات القابلية للبطلان ولا يشمل التصديق التصرفات الباطلة من أصلها⁵⁷⁸، غير أنه لا شيء يمنع الأطراف من الحفاظ على تصرف باطل من أصله بعدم طلب إبطاله طيلة مدة قيام الدعوى في ذلك.

من ناحية ثانية بما أن القابلية للبطلان جعلت لحماية مصلحة خاصة فلا يتم التصديق عليها إلا من قبل الطرف المحمي في التصرف القانوني المعرض للبطلان⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ DUPEYRON, la régularisation des actes nuls, thèse Toulouse, 1975, préf. P. BEBRAUD ; J. GHESTIN, le contrat op. cit. n° 798 et s.

⁵⁷⁷ ينص الفصل 624 وما بعده المنشري من الخيار بين البيع والمضاربة في صورة فرق بين ما تم الاتفاق عليه وما وجد فعلاً.

⁵⁷⁸ الفصل 329 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁵⁷⁹ محمّد الزّين، المرجع السابق، عدد 283.

لا يمكن أيضا التصديق على تصرف قانوني قبل إنشائه أو خلال ذلك، بل يجب أن يتم ذلك بعد نشأة التصرف، إذ يشترط الفصل 337 من مجلة الالتزامات والعقود أن "يتضمن إمضاء الالتزام مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ"، كما يقتضي الفصل 338 من مجلة الالتزامات والعقود أن الإمضاء يمكن أن يستنتج من العمل بالتصرف ومواصلة تنفيذه، ففي كلتا الحالتين لا يمكن تضمين التنصيصات الوجوبية أو مواصلة العمل بالتصرف إلا بعد نشأته.

يجب أن تتم المصادقة بوجه صريح وأن تتجلى في شكل كتب يتضمن جملة من التنصيصات الوجوبية، كأن يصرح صاحب حق القيام بالبطان بتنازله عن حقه، كما يجب أن يحتوي هذا الكتب مضمون التصرف والسبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ. كما يمكن للمصادقة أن تتم بشكل ضمني عندما لا يمارس صاحب حق القيام بالبطان حقه في الأجل القانوني، بل يواصل العمل بالتصرف المذكور في الكل أو في البعض⁵⁸⁰.

336. أثر الإمضاء. يؤدي إمضاء التصرف القانوني أو التصديق عليه أو الاعتراف به أو إجراء العمل به إلى تدعيم التصرف القانوني المشوب بالعيب وترك الوسائل

⁵⁸⁰ الفصلان 337 و 338 من مجلة الالتزامات والعقود.

الممكن القيام بها والاعتراضات الممكن الدفع بها من قبل الطرف صاحب حق القيام. ففي صورة وجود طرف واحد محمي يصبح التصرف نافذا بصفة موضوعية ورجعية تجاه الجميع، أما في صورة تعدد أصحاب حق القيام بالقابلية للإبطال لا يكون التصرف ماضيا إلا بالنسبة لمن صادق عليه⁵⁸¹.

أما الغير حسن النية الذي حصل على حقوق قبل الإمضاء، فلا اثر لهذا الإمضاء على حقوقه. فلا يمكن مجابهة شخص اشترى عن حسن نية عقارا من بائع سبق له أن باع نفس العقار حين كان قاصرا، وقرّر إمضاء البيع الأول عند بلوغه سن الرشد، فالمشتري الثاني يبقى محميا من آثار إمضاء البائع خاصة وأن حق القيام بدعوى القابلية بالبطلان انتقل له بوصفه خلفا خاصا للبائع.

337. أجل دعوى القابلية للبطلان. حدّد الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود أجل سقوط حق القيام بدعوى القابلية للبطلان بسنة واحدة إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى. يدعّم المشرع بإقراره مبدأ التقادم في حد ذاته⁵⁸²، وبإقراره أجلا قصيرا (سنة واحدة)⁵⁸³ لغاية ذلك، فكرة إنقاذ

⁵⁸¹ J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 850 et s., G. MARTY & P. RAYNAUD, les obligations, op. cit., n° 203.

⁵⁸² محمد الزوين، المرجع السابق، عدد 288.

⁵⁸³ أجل التقادم بالنسبة للبطلان النسبي في القانون الفرنسي خمسة سنوات. الفصل 1304 الفقرة الأولى من مجلة القانون المدني.

التصرف القانوني التي تمت الإشارة إليها⁵⁸⁴. فهو يهدف من وراء هذا الحاجز الذي يضعه دون إمكانية الطعن بالقابلية للبطلان إلى الحفاظ على استقرار الأوضاع التي استمرت مدة معينة، فاستمرارها هذا يعد بمثابة الإمضاء الضمني⁵⁸⁵.

338. أدخل المشرع صلب الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود، استثناء لأجل السنة للقيام بدعوى القابلية للبطلان، بالنسبة لغير أطراف التصرف القانوني، إذ هو اقتضى: "سقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام". لأن حق القيام بدعوى القابلية للبطلان لا ينحصر في أطراف التصرف المشوب بالعيب، ويمتد حسب الأحوال إلى الولي أو المقدم أو الممثل الشرعي أو الخلف العام⁵⁸⁶ أو الخلف الخاص⁵⁸⁷.

339. يختلف في الواقع أجل السنة المنصوص عليه صلب الفصل 330 التزامات وعقود، حسب الأحوال ولا يكمن هذا الاختلاف فيما يتعلق بالأجل نفسه، إذ هو نفس الأجل في كل الحالات، بل يختلف من حيث بداية سريانه، أي بداية احتساب أجل السنة. فينطلق أجل السنة بالنسبة للإكراه من يوم زواله حسب منطوق الفصل 331 من مجلة الالتزامات والعقود، اعتبرت محكمة التعقيب في هذا المعنى

⁵⁸⁴ الفقرة 322 أعلاه.

⁵⁸⁵ الفقرة 335 أعلاه تعيني مدني عدل 6669-1 دد، مؤرخ في 16 فيفري 1988، ن 1988، ص 301. "اقتضى الفصل 330-331 من مجلة الالتزامات والعقود أنه يمسك القيام بفتح العقود بمحسب سائما لأن المتكوت بين تاريخ الرقعة ورفع الدعوى يعد من باب المحسافة العتنية على المعنى الذي كان صدر من المعاصر المميز".

⁵⁸⁶ الفقرة 332 أعلاه.

⁵⁸⁷ الفقرة 332 أعلاه.

أن الشخص الذي أبرم تصرفا في ظروف قهرية إبان انتشار التعاضد، له أن يطعن في ذلك التصرف في ظرف عام من وقفة التأمل التي بدأت في غرة سبتمبر 1969⁵⁸⁸. ينطلق أيضا أجل الفصل 330 من مجلة الالتزامات والعقود بالنسبة للغلط أو بالنسبة للتغريب من يوم الإطلاع عليه وهو أمر يصعب التعرف عليه وخاصة إثباته لقيامه بوجودان الطرف المتمسك به⁵⁸⁹. أما بالنسبة للقاصر ينطلق أجل العام من يوم بلوغه سن الرشد، وبالنسبة للمحجور عليهم وعديمي الأهلية من يوم رفع الحجر عليهم أو من يوم وفاتهم عن طريق ورثتهم إن توفروا وهم على قيد الحجر (الفصل 331 من مجلة الالتزامات والعقود)، أما إذا كانت الوفاة بعد رفع الحجر ينتقل أجل السنة في ما تبقى منه إلى الورثة (الفصل 333 من مجلة الالتزامات والعقود). كما للورثة أيضا حق القيام رأسا بدعوى القابلية للبطلان انطلاقا من يوم حوزهم الفعلي لمنابتهم في التركة (الفقرة الثانية من الفصل 331 من مجلة الالتزامات والعقود)، ونفس الحكم يسري على المغبون الرشيد⁵⁹⁰ من يوم تسلمه الشيء محل التصرف. كما يقتضي الفصل 332 من مجلة الالتزامات والعقود أن أجل السنة ينسحب على الدولة والجماعات والعمومية والذوات المعنوية من يوم صيرورة التصرف القانوني باتا، أي من يوم حصوله على تاريخ ثابت. أخيرا اقتضى الفصل 334 من مجلة الالتزامات

⁵⁸⁸ تعيني مدني عدل 23-1 دد، مؤرخ في 24 جوان 1976، ن 1976، ج 2، ص 128.

⁵⁸⁹ تعيني مدني عدل 838-1 دد، مؤرخ في 31 ماي 2005، ن 2005، ج 2، ص 105.

⁵⁹⁰ الفقرة 198 أعلاه.

والعقود أن: "القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد"، معنى ذلك أن دعوى القابلية للبطلان تسقط قانونا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ نشأة التصرف القانوني مهما كان أساسها.

340. الدفع بالبطلان. يتمثل الدفع بالبطلان في التمسك بعيب يعتري تصرف قانوني قام أحد أطرافه على الطرف الثاني طالبا تنفيذه أو طالبا التعويض على عدم تنفيذه. يحق عندها للطرف المقام ضده أن يدفع ببطلان هذا التصرف أمام المحكمة المتعہدة بالطلب "ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة العينة بالفصول 330 و331 و332 و333 و334" (الفقرة الثانية من الفصل 335) من مجلة الالتزامات والعقود. يرى الفقه بصفة عامة⁵⁹¹ أن أساس قاعدة ديمومة حق الدفع بالبطلان (perpétuité de l'exception de nullité) هو السعي إلى ضمان استقرار الأوضاع بتمكين من لم ينفذ عقدا باطلا مدة طويلة أن يستقر على ذلك بالدفع بالبطلان كلما طوّل بالوفاء. لكن يمكن أيضا اعتبار أن ديمومة حق الدفع بالبطلان تمثل وسيلة تعسف في يد الطرف الذي لم يثر البطلان رأسا طيلة هذه المدة ويجعل بذلك التصرفات القانونية مهددة إلى الأبد. لكن ومهما يكن من أمر فلقد اقتضى الفصل 402 من مجلة الالتزامات والعقود أن: "كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة..."، أي أنه في كل الحالات لا يمكن للطرف طالب تنفيذ التصرف أو طالب

⁵⁹¹ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 289 والإحالات.

الجبر عن عدم تنفيذه، أن يقوم بدعواه بعد مرور أجل الفصل 402، وهو أجل الإسقاط الذي نص عنه بعد الفصل 334.

الفقرة الثالثة : آثار البطلان

341. تقتضي القاعدة اللاتينية (Quod nullum est, nullum) ⁵⁹² أن لا يترتب عن التصرف الباطل أي أثر، وهذا فعلا ما صرح به الفصلان 325 و336 من مجلة الالتزامات والعقود⁵⁹³، فسواء رفعت دعوى البطلان على أساس "بطلان التصرف القانوني من أصله" أو على أساس "القابلية للبطلان"، ترتب عن الحكم الصادر بموجب ذلك المحو الرجعي للتصرف القانوني ولآثاره. فلو اقتصر فعلا أثر البطلان على ذلك لاكتفينا بهذا التصريح لدراسة هذه المسألة، إلا أن الواقع يختلف عن ذلك تماما.

قد يحدث فعلا أن لا تشمل دعوى البطلان كامل التصرف بل البعض منه، فتطرح عندها مسألة مآل ما بقي قائما من التصرف القانوني، أي مسألة نطاق البطلان. كما يمكن أيضا أن تثير عملية استرداد الالتزامات المتبادلة مسألة إمكانية.

⁵⁹² A. PIEDLER: VRE quelques réflexions sur la règle "ce qui est nul ne peut produire aucun effet", Mélanges VOIRIN, p. 638, J. SCHMIDT, les conséquences de l'annulation d'un contrat, J. C. P. 1989, I, 3397.

⁵⁹³ الفصل 325: "ليس للالتزام الباطل من أصله عمل، ولا يترتب عليه شيء، إلا استرداد ما وقع به من غير حق بموجب تلك الالتزامات".

الفصل 336: "إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حيد - بطر حل بينهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من خزانة..."

أ - نطاق البطلان

342. المبدأ. للبطلان أثر رجعي ينسحب على كامل التصرف القانوني محلّ الدّعوى، هذا ما استقرّ عليه الفقه⁵⁹⁴، وما أكدّه المشرّع صلب الفصل 327 من مجلة الالتزامات والعقود: "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه...". فلا يُتصور غير ذلك عند قيام عيب برضا أحد أطراف التصرف القانوني، أو عند انعدام أهليته، فكلّ التصرف يكون باطلا ولا مجال للاحتكام لقواعد العدل والإنصاف لغاية إنقاذ هذا التصرف من مآل البطلان⁵⁹⁵. كما يترتب نفس الأثر بصفة عامّة عن كلّ تصرف يفتقر لأحدى مقوماته كالمحلّ أو السبب، نتيجة لذلك يضمحلّ التصرف نفسه وجميع الالتزامات الناشئة عنه التي يجب استردادها عند الاقتضاء. كما أنّ بطلان التصرف الأصلي يترتب عنه بطلان تابعه من رهون وضمانات⁵⁹⁶ وشروط أخرى أرادها الأطراف.

343. الاستثناءات. يميّز نظام البطلان في مجلة الالتزامات والعقود بفكرة إنقاذ التصرف القانوني⁵⁹⁷، التي رغم وجاهة مبدأ الرّجعية الشّاملة لحكم البطلان، فهي تدخل عليه استثناءين اثنين متمثّلين في البطلان الجزئي وفي

⁵⁹⁴ محمد الزّين، المرجع السابق، عدد 296.

⁵⁹⁵ F. TEKRE, Ph SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, 6^{ème} édition, op. cit., n° 394.

⁵⁹⁶ تعيبي مدني عد75213د مؤرخ في 18 أبريل 2000، ق ب عدد 9 لسنة 2000، ص 141.
⁵⁹⁷ يقتضي الفصل 326: "إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك"، ما يطرح مسألة التأمينات المستقلة كالترام الكيل على معنى الفصل 1517.

⁵⁹⁸ N. BESROUR, thèse op. cit.

التصرف البديل⁵⁹⁸. وما يشدّ الانتباه بصفة خاصّة أنّ المشرّع قبل بهذين الاستثناءين في مادّة التصرفات الباطلة من أصلها التي دأب على تسميتها الفقه وفقه القضاء "البطلان المطلق" والتي ينسحب حكمها من باب أولى على حالات القابلية للبطلان، أو "البطلان النسبي".

344. البطلان الجزئي. نظم المشرّع بصفة مدقّقة مسألة البطلان الجزئي وتناول فرضيتين، عندما يبطل الالتزام التّابع وعندما يبطل الالتزام الأصلي.

345. بطلان الالتزام التّابع. تتعرّض الفقرة الثّانية من الفصل 326 التزامات وعقود، إلى بطلان الالتزام التّابع أو الفرعي وهي تقتضي: "وبطلان الالتزام التّابع لا يترتب عليه بطلان الأصل". معنى ذلك أنّ الشّروط التي أضافها الأطراف إلى التصرف القانوني والتي لا أثر لصحتها من عدمها على صحة التصرف الأصلي، لا يترتب عن بطلانها بطلان كامل التصرف، بل يتمّ إلغاؤها ويستمرّ التصرف على نفاذه⁵⁹⁹. غير أنّه قد يحدث أن يكون الشّروط موضوع البطلان أساس التصرف القانوني على معنى الفصل 117 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يعتبر أنّ: "كلّ شرط تعلّق بمحال أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنّه باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشّروط ممكنا فيما

⁵⁹⁸ الفصل 139 من المجلة المنبئة بالإمانيّة والفصل 26 الفقرة الثّانية من مجلة الالتزامات المستوردة.
⁵⁹⁹ يكون الأمر كذلك بالنسبة للشّروط التي لا غلطة من ورائه والتي يكون فائز البطلان على معنى

الفصل 120 من مجلة الالتزامات والعقود، تعيبي مدني عد75213د مؤرخ في 10 ماي 2002، ص 140، ج 2، ص 140.

بعد⁶⁰⁰. فعندما يترتب الالتزام عن شرط ما، كان يعد شخصاً ثانياً بمبلغ مالي شريطة قيامه بجريمة، يتحول في هذه العملية الشرط من وضعيته كشرط ليصبح سبب التصرف القانوني لأن تسليم المبلغ المالي يجد سببه في الواقع في القيام بجريمة، فيكون في هذه الحالة الشرط باطلاً وبه يبطل كامل التصرف.

346. بطلان الالتزام الأصلي. يتناول الفصل 327 من مجلة الالتزامات والعقود فرضية بطلان الالتزام الأصلي ويقتضي أن: "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه". يترتب مبدئياً عن بطلان الالتزام الأصلي بطلان كامل التصرف القانوني، وهو أمر بديهي خاصة أن الفصل 327 يدرج ضمن حالات البطلان ولا حالات القابلية للبطلان. لكن يضيف نفس الفصل 327: "إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص"، معنى ذلك أن المشرع لا يعتبر التصرف الباطل من أصله في حكم المعلوم الذي لا يترتب عنه أي أثر، بل يبيح للقاضي التدخل لإعادة تكيف ما بقي صالحاً من هذا التصرف بناء على معطيات عملية واقتصادية⁶⁰¹، ليستنتج منه التزاماً مستقلاً. يكون الأمر كذلك بالنسبة للتصرفات المتعددة الأطراف، فلا يترتب عن بطلان التصرف تجاه أحدهم بطلانه تجاه البقية، كما لا يترتب عن

⁶⁰⁰ تختلف الصياغة الفرنسية للفصل 117 إذ تؤكد الطبيعة الأساسية للشرط على النحو التالي: "Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend..."

⁶⁰¹ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 309 والهوامش.

بطلان أحد الالتزامات بطلان كامل التصرف في ما يسمى بالتصرفات المختلطة (complexes) التي تتضمن عدة التزامات في نفس الوقت⁶⁰².

347. التصرف البديل. لا يقتصر حرص المشرع على إنقاذ التصرف القانوني على تكريس مفهوم البطلان الجزئي، بل يتجاوز ذلك ويعتبر الفصل 328 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام"، معنى ذلك أنه يحق للقاضي بناء على الظروف الواقعية والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية التي حقت بنشأة التصرف القانوني، أن يغير التصرف الباطل من أصله بتصرف آخر نافذ المفعول⁶⁰³، فالورقة التجارية الباطلة من الناحية الصرفية تتحول إلى سند دين عادي بما أنها تشتمل على مقومات ذلك، كما تتحول الحجة الرسمية الباطلة إلى كتب خطي صحيح⁶⁰⁴ أو إلى بداية حجة كتابية⁶⁰⁵.

رغم تشابههما تختلف مؤسسة استبدال التصرف القانوني (conversion) عن مؤسسة التجديد التي نظمها المشرع في الفصول 357 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، إذ

⁶⁰² محمد الزين، نفس المرجع.

J. BOULANGER, usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R. T. D. civ. 1950, p. 1, Ph. SIMIER, la nullité partielle des actes juridiques, n° 131 et s., J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 888.

⁶⁰³ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 314 والهوامش.

⁶⁰⁴ الفصل 448 من مجلة الالتزامات والعقود، دوائر مجتمعة ع2728، موزع في 13 أفريل 1995، قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1994-1995، ص 33.

⁶⁰⁵ الفصل 477 من مجلة الالتزامات والعقود.

ولئن أدت مؤسسة استبدال التصرف القانوني إلى نشأة تصرف جديد مكان التصرف الأول وهو نفس أثر التجديد الذي يتمثل في "انقضاء التزام بإنشاء التزام آخر عوضه"⁶⁰⁶، إلا أنها تشترط لحصول ذلك أن يكون كلا التصرفان صحيحا⁶⁰⁷، بينما تفترض عملية الاستبدال بطلان التصرف الأول.

ب - استرداد الالتزامات المتبادلة

348. يمحو بطبيعة الحال حكم البطلان التصرف القانوني بالنسبة للمستقبل، كما أنه ينسحب على الماضي بنفس الطريقة، حسب ما اقتضاه الفصلان 325 و336 من مجلة الالتزامات والعقود، أي أنه يتعين على كل طرف من أطراف الالتزام رد ما قبضه إلى الطرف الآخر. فإذا تم تنفيذ بعض الالتزامات المترتبة عن التصرف أو جميعها، يقضي حكم البطلان بالرجوع إلى الحالة التي كان عليها الأطراف قبل التنفيذ، أي إرجاع الالتزامات المنقذة إلى أصحابها⁶⁰⁸. لكن لا تنحصر آثار التصرفات القانونية بين أطرافها، بل تنسحب أيضا تجاه الغير، ما يفرض تناول مسألة استرداد الالتزامات المتبادلة في كلتا الحالتين.

349. بين الأطراف. أكد الفصلان 325 و336 التزامات وعقود ضرورة إرجاع الأطراف إلى الحالة التي

⁶⁰⁶ الفصل 357 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶⁰⁷ الفصل 359 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶⁰⁸ تعقيبي مدني، عدد 626-42، مؤرخ في 15 أكتوبر 1998، ن 1998، ج 2، ص 119.

كانوا عليها قبل نشأة التصرف القانوني، بما يفيد أنه يتعين استرداد ما تم تنفيذه من الالتزامات ولو كان تنفيذا جزئيا، فعلى البائع مثلا استرجاع ما باعه أو ما سلمه من المبيع، وعلى المشتري استرجاع ماله أو ما دفعه منه⁶⁰⁹. غير أن مبدأ الاسترداد بموجب البطلان يعرف استثناءات عديدة.

- قد تحول طبيعة الالتزام المنفذ دون إمكانية استرداده، فيكون الأمر كذلك بالنسبة لعقد الشغل أو لعقد التسويغ أو لعقد الشركة⁶¹⁰، وبصفة عامة في كل التصرفات القانونية المستمرة في الزمان⁶¹¹. ففي صورة الحكم بإبطال مثل هذه التصرفات فإنه يستحيل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذها، من ذلك أن لا أثر رجعي لحكم البطلان في هذه الحالة. فلا يمكن للمقاول الذي شيد بناية استرجاع ما قدمه، كما لا يمكن للأجير استرداد عمله، ولا يمكن أيضا للمكثري إرجاع استغلاله للمحل المسوّغ. غير أن تنفيذ حكم البطلان بالنسبة للطرف الآخر الذي قبض مبلغا ماليا يمكن استرداده (الأجير، المسوّغ...) قد يؤدي هذا الوضع إلى إثراء بلا سبب⁶¹² لفائدة من يستحيل عليه إرجاع ما استفاد به، من ذلك أنه يتعين على من استفاد بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا سبب قانوني أن يعوّض لصاحب العمل أو لصاحب الشيء

⁶⁰⁹ الفصل 71 والفصل 660 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁶¹⁰ S. MELLOULI & S. FRIKHA, les sociétés commerciales, IMB, Tunis 2008, n° 44.

⁶¹¹ محمّد الزوين، المرجع السابق، عدد 301.

J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 922 ; F. TERRE, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 400.

⁶¹² الفقرة 463 وما بعدها من النص.

بقدر ما انتفع به⁶¹³، فيكون التعويض هنا خاضعا لتقدير المحكمة ولا طبق ما اشترطه الأطراف في التصرف الباطل، نظرا لبطلانه.

- يقتضي مبدئيا مبدأ استرداد الالتزامات المتبادلة الرجوع إلى الحالة التي كان عليها أطراف التصرف القانوني قبل نشأته، أي استرداد الالتزامات المتبادلة نفسها واسترداد الغلة الناتجة عنها، وهو الحكم المقرر بالنسبة للبيع مثلا⁶¹⁴. غير أن الفصل 80 من مجلة الالتزامات والعقود جاء يقتضي: "أن من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده بعينه إن كان موجودا أو ترجيع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تعيب بفعله أو بتقصيره. فإن تعمد الاستيلاء على مال غيره ضمن التلف والتعيب ولو بأمر طارئ من وقت دخول ذلك في قبضته كما عليه أن يرد الغلة والزوائد والأرباح الحاصلة له من يوم اتصاله بذلك مع ما كان من حقه أن يحصل له لو أحسن الإدارة. لكن إذا كان اتصاله بذلك عن جهل وعدم تعمد فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام عليه بالدعوى". يفرق بالتالي المشرع بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية الذي يشمل وحده مبدأ الاسترداد، أما الحائز حسن النية أو الحائز بشبهة فهو يحتفظ بالغلة إلى حد يوم علمه بحقيقة الأمر، بناء على قرينة الحوز في مادة المنقول⁶¹⁵، وهو نفس

⁶¹³ الفصل 72 من مجلة الالتزامات والعقود

⁶¹⁴ الفصل 660 من مجلة الالتزامات والعقود

⁶¹⁵ الفصل 53 من مجلة حقوق العينية.

حكم الفصل 44 من مجلة الحقوق العينية في ما يتعلق باسترداد ثمار العقار الذي تم حوزة بشبهة⁶¹⁶.

- يجد أيضا مبدأ استرداد الالتزامات المتبادلة استثناء في الفصل 10⁶¹⁷ من مجلة الالتزامات والعقود الذي يمكن الصغير المميز والسفيه⁶¹⁸ من طلب إبطال تصرفات أبرمها قبل رشده، غير أنه يعفيه من إرجاع ما أتلّفه من الالتزامات المتبادلة، أي أنه لا يطالب بإرجاع إلا بما زال قائما في ذمته. يجد هذا الحل تبريره في الطابع الحمائي الذي أراده المشرع من خلال قواعد الأهلية التي لا يمكن أن تنقلب ضدّ المحجور عليه، فعوض حمايته ترغمه على إرجاع مال فرط فيه بعد.

350. تجاه الغير. ينسحب مبدئيا الأثر الرجعي لحكم البطلان بين الأطراف وتجاه الغير، بناء على اضمحلال التصرف الذي اكتسب الغير حقه منه، إذ "لا يجوز" حسب منطوق الفصل 551 من مجلة الالتزامات والعقود "الأحد أن يمنح غيره أكثر مما له من حقوق"⁶¹⁹. فعندما يبطل التصرف الذي أصبح بموجبيه البائع مالكا للعقار، يترتب عنه بطلان عقد البيع الذي باع بمقتضاه هذا البائع العقار إلى

⁶¹⁶ نيلية الكراي الوريثي، حائز العقار، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 2001-2002، عدد 453 وما بعده.

⁶¹⁷ اللواحي أو الموكلي عليه بعد رشده الغيايم بفسح ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاصية بحل انعقاد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مألونا من ولوه أو أنه ناجز.

لكن هذا لا يمنع بقاء الموكلي عليه عابر الأمة بقدر ما انتفع به من جزاء العقد حب ما هو مغزير بهذا القانون.

⁶¹⁸ الفقرة 4، والفقرة 51 أعلام.

⁶¹⁹ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 303.

الغير. يجب بطبيعة الحال التأكيد على قسوة هذه القاعدة وإن كانت منطقية. فمن تحصل على حق سيظل مهتدا طيلة قيام حق التقاضي في شأنه. من ذلك أن الفصل 336 من مجلة الالتزامات والعقود استثنى من نطاق حكم القابلية للبطلان أو حكم "الفسخ" حسب تعبير المشرع "الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا عن حسن نية".

- كما يعرف أيضا الأثر الرجعي للبطلان حدا في ما يخص العقارات المسجلة التي تخضع إلى مقتضيات الفصل 305 من مجلة الحقوق العينية الذي يستثني صراحة الغير حسن النية من نطاق حكم البطلان، إذ هو ينص في فقرته الثانية: "وإبطال حكم الترسيم لا يمكن أن يعارض به الغير الذي اكتسب حقوقا على العقار عن حسن نية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل".

- من ناحية ثالثة يتمتع حائز المنقول حسن النية بقرينة الحوز التي تعفيه من إرجاع الشيء موضوع الحوز على معنى الفصل 53 من مجلة الحقوق العينية الذي يقتضي: "من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته"⁶²⁰.

⁶²⁰ الفقرة 349 أعلاه.

الجزء الثاني آثار التصرف القانوني

351. لا ينشأ التصرف القانوني مجانا، بل يكون ذلك لغاية إحداث آثار أرادها أطرافه. فيمكن لهذه الآثار أن تتجلى في شكل عقود، كما يمكن أن تتجلى في شكل تصرفات قانونية أحادية الجانب.

العنوان الأول

العقد

352. يمكن تعريف العقد بكونه تلاقي إرادتين أو أكثر لغاية إنشاء آثار قانونية. فخلف كل عقد تكمن إرادتان على الأقل، أو تعبيران عن إرادتين. معنى ذلك أن الإيجاب يمثل تعبيراً عن إرادة كما يمثل القبول هو الآخر تعبيراً عن إرادة.⁶²¹

353. سنحاول في إطار هذا العنوان تحديد زمن نفاذ كل من التعبيرين عن الإرادة بوصفهما تصرفان قانونيان مستقلان عن بعضهما، لكل منهما آثاراً قانونية منذ صدوره وقبل تلاقيه مع التعبير الثاني لإنشاء العقد. فالإيجاب وحده تصرف قانوني أحادي له آثار قانونية منذ صدوره عن صاحبه، والقبول هو الآخر تصرف قانوني أحادي له بدوره آثار قانونية منذ صدوره عن صاحبه.

354. تشمل مسألة نفاذ التعبير عن الإرادة مسألة التعاقد بين الغائبين، غير أنها تختلف عنها لأن المشرع يفرق بين وضعيتين اثنتين؛ نفاذ الإرادة المنفردة بوصفها تصرفاً

⁶²¹ تجدر الإشارة أن مجلة الالتزامات والعقود لم يورد على شاكلة القانون الألماني تعريفاً للعقد وعلى عكس القانون الفرنسي، الفصل 1101 من المجلة المدنية الفرنسية.

أحادي يرتب آثارا قانونية قبل تلاقيه مع أي إرادة أخرى، ونفاذ العقد بوصفه تلاقي إرادتين.

355. رغم تتابعهما في الزمان يجمع بين الإيجاب والقبول صفة التصرف القانوني الأحادي، من ذلك أننا سنتعرض في مرحلة أولى إلى نفاذهما بصفتيهما تلك، أي نفاذهما كتصرف قانوني أحادي، نفاذ التعبير عن الإرادة. إثر ذلك سنتناول مسألة قيام الإيجاب نظرا لأهمية دوره في نشأة العقد.

الباب الأول نفاذ التعبير عن الإرادة

356. لكل "تعبير عن الإرادة"⁶²² ولكونه كذلك، آثارا قانونية تقيد صاحبه بمجرد صدوره عنه كما تتجه من ناحية ثانية هذه الآثار للغير منذ ذلك التاريخ. بناء على ذلك نظم المشرع مختلف المراحل التي يمر منها التعبير عن الإرادة منذ صدوره عن صاحبه إلى بلوغه إلى متلقيه، صلب القسم الثاني من الباب الأول من العنوان الثاني من الكتاب الأول من مجلة الالتزامات والعقود⁶²³.

القسم الأول : صدور التعبير

357. يقيد مبدئيا "التعبير عن الإرادة" صاحبه منذ وقوعه، أي أن الإرادة المعبر عنها ستلزم صاحبها منذ عملية التعبير نفسها. غير أن التصريح بالإرادة يمر بمراحل مختلفة⁶²⁴، منذ التخمين الباطني الذي لا أثر له شأنه شأن

⁶²² في ما يخص موقف القانون الفرنسي الذي ينكر عن الإيجاب خبير عن إرادة مفرقة معه التصرف القانوني، راجع مثلا : J. GHESTIN, *le contrat - formation*, op. cit., n° 200 et s., sp. N° 211.

⁶²⁴ الفصول 18 وما بعده
⁶²⁵ L. DUGUIÉ, *traite de droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, tome I, Paris 1927, n° 30, p. 316 - R. SALEH LIES, *la déclaration de volonté*, op. cit., n° 11, p. 126.

النّية في المادّة الجزائيّة، مروراً بالتّصريح الخارجي الذي لا يقيّد صاحبه لأنّه لم ينشأ للغرض، انتهاء بالتّعبير الحقيقي عن الإرادة وهو الطّريقة الخاصّة والمباشرة للإعلان عن إرادة معيّنة لغاية إنشاء آثار قانونيّة، وهو يكشف في الواقع عن إرادتين؛ إرادة التّعبير وإرادة الآثار. يتوقّف بالتّالي نفاذ الإرادة على تحديد زمن صدورها الفعلي على السّاحة القانونيّة في شكلها الرّسمي والخاصّ المعلن عن إرادة التّعبير وعن إرادة الآثار. يقترح المشرّع في هذا المجال حلاً يرجّح فيه بين مختلف التّيارات القائمة.

الفقرة الأولى : التّيارات القائمة

358. تناول الفقه المقارن وخاصّة الفقه الفرنسي⁶²⁵ مجمل هذه النظريات بمناسبة دراسة مسألة التّعاقد بين الغائبين أو التّعاقد بالمراسلة، وهو يعتبر أنّ العقد ينبرم بتلاقي القبول بالإيجاب، معنى ذلك أنّه يركّز في تحاليله على زمن نفاذ القبول ولا زمن نفاذ الإيجاب⁶²⁶. إلّا أنّه يمكن الاستئناس بهذه الحلول في مسألة نفاذ التّعبير عن الإرادة لتشابه الوضعيات،

⁶²⁵ J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 248 ; GIRAULT, des contrats par correspondance, 1880 ; VALERY, des contrats par correspondance, 1895 ; MARIAGGI, étude sur la formation des contrats entre absents, thèse, Aix 1903 ; COHEN, des contrats par correspondance en droit français, anglais et nord-américain, thèse Paris, 1921 ; J. L. HAUSER, notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse Paris, 1970, L. G. D. J., préf. J. FLOUR, n° 377 et s.

⁶²⁶ الذي لا يترقّب عنه أي أثر قانوني عدا المسؤولية التفسيرية في صيغة وقوع خطأ.

ضرورة أنّ تحديد زمن نفاذ القبول يتمثّل في الواقع في تحديد زمن نفاذ تعبير عن إرادة منفردة.

أ - نظرية التّصريح

359. ترى هذه النّظرية المتعلّقة بمبدأ سلطان الإرادة، أنّ العقد ينبرم بمجرد قبول الإيجاب من طرف متلقّيه، فينشأ العقد عندما يعلن أو يصرّح متلقّي الإيجاب أنّه قبل الإيجاب بإمضائه رسالة القبول مثلاً. غير أنّ هذه النّظرية انتقدت لكونها تترك مآل انبرام العقد رهين إرادة متلقّي الإيجاب الذي قد يتأخّر أو حتّى يؤجّل أو يعدل تماماً عن إرسال قبوله إلى الموجب، بينما يكون العقد قد انبرم فعلاً من النّاحية الدّهنية، بما أنّه ينبرم بتلاقي الإرادتين.

360. بناء على هذا النّقد اقترح الفقه تحويلاً لهذه النّظرية بأن لا يُكتفى بالتّصريح بالقبول بل يجب أن يستقلّ هذا التّصريح عن إرادة صاحبه بإرساله إلى الموجب⁶²⁷. فينبرم العقد حسب هذا التّصوّر الثّاني بتسليم الرّسالة إلى مصالح البريد مثلاً ولا منذ إمضائها من طرف منقبّل الإيجاب. غير أنّ هذا الحلّ لم يسلم من النّقد⁶²⁸، إذ يمكن لمرسل القبول أن يستردّ رسالته أو أن يستبقها ببرقية تمحو آثارها.

⁶²⁷ H. L. & J. MAZBAUD, les obligations, tome II, op. cit., n° 109 ; G. MARTY & P. RAYNAUD, les obligations, tome II, 1^{er} volume, op. cit., n° 111.

⁶²⁸ J. CARBONNIER, les obligations, t. 4, n° 58.

ب - نظرية التسلم

361. رغم احترام نظرية التصريح للمنطق القانوني الذي يفرض أن ينبرم العقد منذ تلاقي الإرادتين، اقترح الفقه⁶²⁹ نظرية ثانية، وهي نظرية تسلم القبول عوضا عن نظرية التصريح بالقبول لقلّة نجاعتها العملية. تعتبر هذه النظرية الثانية أن العقد لا ينبرم إلا بالتلاقي الحقيقي للإرادتين، أي أن يكون الموجب على علم بقبول الإيجاب، ويكون قد تسلم فعلا قبول الطرف الآخر وأطلع عليه، إذ لا يعقل أن يتقيد شخص (الموجب) قبل علمه بذلك. لكن لو صحّ ذلك فعلا لصحّ العكس أيضا، أي أن لا يتقيد مرسل القبول بدوره إلا بعد علمه هو الآخر بعلم الموجب بقبوله، وهكذا إلى ما لا نهاية له⁶³⁰. اقترح الفقه إثر هذا النقّذ أن يُكتفى بتسلم القبول دون ضرورة الاطلاع عليه، فيكون متلقّي القبول محمولا على كونه أطلع عليه منذ تسلمه له.

الفقرة الثانية : الحل التشريعي

362. ينصّ الفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود :
"لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه". يفيد

هذا النصّ بكلّ وضوح أنّ التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره يستقلّ عن إرادة مصدره وعمّا يعتريها من شوائب من تقييد أو وفاة، بل يصبح له وجود خاصّ به. يتعيّن تبعا لذلك تحديد مفهوم "صدور التعبير" بكلّ دقّة وتحديد طريقة إثباته.

أ - تصدير التعبير

363. طبقا للتصوّر الموضوعي لمفهوم الالتزام الذي تبناه المشرّع⁶³¹، يجب مبدئيا الاعتداد في تحديد زمن تصدير التعبير عن الإرادة، بالعناصر الموضوعية المساهمة في ذلك، ويبدو فعلا أنّ المشرّع اعتمد في هذا المجال نظرية إرسال التصريح⁶³²، بناء على ما جاء بمصطلح "بعد صدور الإيجاب" الوارد بالفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود. يصدر التعبير عن الإرادة تبعا لهذا الحلّ زمن انفصال هذه الإرادة عن صاحبها حتى لا يمكن استرجاعها أو تلافيها، ويتمّ ذلك بموجب عمل مادي وموضوعي لا يترك مجالا للشكّ، يفيد صدور تعبير عن إرادة يهدف إلى تحقيق آثار قانونية⁶³³. فبتمّ ذلك عندما تنفصل الإرادة عن صاحبها وتفتح المجال الاجتماعي بموجب رسالة أو برقية أو رسول.

⁶²⁹ الفقرة 19 وما بعدها، أعلاه.

⁶³⁰ الفقرة 360 أعلاه.

⁶³¹ ينصّ المشرّع الألمانيّ صلا مثليها في الفصل 130 من المجلة المدنية ويخيب الفقه صانها.

سأى هذا الحل :

"Il est révisé dès que l'expéditeur a mis en œuvre le procédé de transmission choisi par lui, en se dessaisissant de la déclaration pour la remettre aux agents individuels, administratifs ou mécaniques, qui doivent la faire parvenir", la déclaration de volonté, op. cit., p. 128, n° 14.

⁶²⁹ J. CARBONNIER, les obligations, op. cit., § 18 ; RIPERT & BOULANGER, tome II, n° 454 ; A. WEIL & F. TERRE, les obligations op. cit., n° 151.

⁶³⁰ F. TERRE, Ph. SIEHLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 162.

ب - إثبات التصدير

364. تتمثل عملية تصدير التعبير عن إرادة في واقعة قانونية يمكن إثباتها بثبوت الوسائل حسب منطوق الفصل 473 من مجلة الالتزامات والعقود⁶³⁴، فيمكن أن يثبت ذلك عن طريق الطابع البريدي، أو بواسطة شهادة الشهود⁶³⁵. غير أن تطوّر وسائل الاتصالات الحديثة وظهور طرق وتقنيات جديدة⁶³⁶ يسهل التعامل بين الغائبين، أثارت سؤالا حول معرفة هل أنه يمكن اعتبار هذه الاتصالات عن بعد، اتصالات عن طريق الهاتف، فيكون حكمها حكم التعامل بين أشخاص حاضرين على معنى الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود: "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقدا من العقود ولم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة الهاتف"، أم هل أن هذه الاتصالات تعدّ اتصالات بين غائبين⁶³⁷ تخضع في نظامها القانوني إلى أحكام الفصل 35

⁶³⁴ تعقيبي مدني 1792 عدد، مؤرخ في 24 ماي 1979، ن 1979، ج 1، ص 256.

⁶³⁵ حول وسائل الإثبات بصفة عامة، يراجع محمد كمال شرف الدين، قلوب مدني، المراجع السابق، عدد 265 وما بعده.

⁶³⁶ القانون عدد 1 لسنة 2001، المؤرخ في 15 جانفي 2001، المتعلق بإصدار مجلة الاتصالات، راند عدد 5 لسنة 2001، ص 123.

⁶³⁷ ويخص الفصل 27 من القانون عدد 40 لسنة 1998، المؤرخ في 2 جوان 1998، المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري، راند عدد 40 لسنة 1998، ص 1206. عمليات البيع عن بعد بالوسائل الحديثة إلى جملة من الإجراءات تقصوها من دائرة التعامل بين حاضرين على معنى الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود، غير أن هذا النص لا يهم إلا البيع، فهل يمكن تعميمه؟

من مجلة الالتزامات والعقود على كل ومن الناحية العملية، لمتلقي التعبير عن الإرادة وحده مصلحة الاحتجاج بقبوله هذا التعبير قبل علمه بوفاة أو بتقييد تصرف مصدره، وبما أنه يمسك وسائل إثبات ذلك بين يديه، فسيتمكن من إثبات أنه أرسل قبوله قبل علمه بوفاة أو بتقييد تصرف الموجب.

الفقرة الثالثة : آثار صدور التعبير

365. يتمثل أهم أثر لتحديد زمن صدور التعبير عن الإرادة في تعيين الوقت الذي تستقل فيه الإرادة عن صاحبها ويصبح لها وجود خاص غير مرتبط بوجود مصدرها. تجاهل الفقه بصفة عامة هذه المسألة رغم دقّتها، بينما عاها المشرع بنظام ثابت.

أ - موقف الفقه

366. تطرح مسألة تحديد زمن صدور التعبير عن الإرادة سؤالا يتعلّق بتحديد أثر وفاة أو تقييد تصرف من صدر منه الإيجاب على هذا الإيجاب. فهل يلغى الإيجاب بوفاة صاحبه أو فقدانه الأهلية، أم يبقى قائما رغم ذلك؟

للإجابة على هذا السؤال، يرى الفقه الفرنسي⁶³⁸ أن وفاة أو فقدان أهلية الموجب يلغيان الإيجاب، لأن الإيجاب

⁶³⁸ J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, these op. cit., n° 249, et n° 261. J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 223.

كتعبير عن إرادة منفردة لا قيمة له، فهو مجرد واقعة قانونية لا أثر قانوني لها. فلا يقوم الإيجاب إلا بقيام إرادة صاحبه، ويضمحل باضمحلها. من ذلك أن لا قيد للورثة تجاه من قبل إيجابا دون علم بوفاة المورث مصدر الإيجاب.

حاولت محكمة التعقيب الفرنسية في قرار منزّل⁶³⁹ رحب به الفقه⁶⁴⁰ تغيير موقفها بخصوص هذه المسألة، واعتبرت أن لا أثر لوفاة من صدر منه الإيجاب إذا قبله متلقيه قبل علمه بتلك الوفاة. رأى الفقه في هذا القرار تطورا في الأفكار التي أصبحت ترى في العقد أداة في الحياة الاجتماعية، ولا مجرد نتاج لتصور نظري مؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، لكن سرعان ما راجعت محكمة التعقيب موقفها هذا بأن عادت إلى سالف فقهها.⁶⁴¹

ب - موقف المشرع

367. كرس المشرع صلب الفصل 35 منذ صدور مجلة الالتزامات والعقود⁶⁴² فكرة استمرار الإيجاب حتى بعد وفاة صاحبه أو تقييد إرادته. لكن يتبين بمراجعة هذا الفصل أن المشرع يستعمل مصطلح "إيجاب" ولا مصطلح "تعبير عن إرادة"، كما أنه خاصة يتناول بالتحليل مسألة "الإيجاب

⁶³⁹ Cass. civ., 9 novembre 1983, bull. civ., III, n° 222, p. 168 ; J. C. P., 1984, IV, p. 24 ; D. 1984, 174 ; G. P. 19 avril 1984, panorama ; R. T. D. civ., obs. J. MESTRE.

⁶⁴⁰ J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 222.

⁶⁴¹ Cass. civ., 10 mai 1989, J. C. P., 1989, IV, p. 260.

⁶⁴² الفقرة 362 اعلام.

المحدد الوجهة". معنى ذلك أن الفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود يعتبر أن وفاة أو فقدان أهلية الموجب لا تؤدي إلى إلغاء الإيجاب عندما يكون التعبير عن الإرادة محدد الوجهة. فيتعين تبعا لذلك التساؤل حول إمكانية سحب هذا الحل على التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة مثل الوعد بجائزة.

368. تبدو إمكانية سحب حل الفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود على التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة واردة⁶⁴³ بناء على سببين اثنين :

- إذ اعتبرنا أن لا أثر لوجهة التعبير عن الإرادة على قيام هذا التعبير وعلى نفاذه كتصرف قانوني مستقل بذاته⁶⁴⁴، فلا داعي عندئذ للاعتداد بوجهة التعبير عندما يتعلق الأمر بنفاذه بعد وفاة أو تقييد أهلية صاحبه، طالما توقرت بقية شروطه. يتأكد هذا الرأي بمراجعة الفصل 19 من مجلة الالتزامات والعقود⁶⁴⁵، الذي يعتبر قبول الوعد نافذا وصحيحا "ولو مع الجهل بالوعد". فكيف يعقل أن يعتبر المشرع القبول حاصلا وجائزا "ولو مع الجهل بالوعد"، وأن لا يقبل بذلك عند وفاة أو تقييد أهلية من صدر منه التعبير.

⁶⁴³ في نفس الاتجاه (R. SAURILLIES, la déclaration de volonté, op. cit., n° 15, p. 130)، بينما يفرق (J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit., n° 250, p. 225)، (الإيجاب المحدد الوجهة (pollicitation) الذي يتكفل تصريحا فالوب، والإيجاب غير المحدد الوجهة الذي لا يستل إلا واقعة قانونية (offre simple au juridique).

⁶⁴⁴ الفقرة 78 وما بعدها أعلاه.

⁶⁴⁵ الفصل 19 : " الوعد بالجعل باجدي وسائل الإشهار ليس يأنى بشيء قلب أو يتم صلا آخر بعد قبوله من يأنى بالشئ الثألف أو يتم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الواعد إنجازه وعده".

- يتبين من ناحية ثانية أن حل الفصل 35 من مجلة الالتزامات والعقود إنما سن لفائدة متلقي التعبير ولغاية حمايته، أي لغاية حماية سلامة المعاملات وحسن سير المبادلات الاقتصادية وضمان حقوق الغير بصفة عامة. يجب تبعا لذلك أن تضل الإرادة قائمة وغير ملغاة حتى بعد وفاة صاحبها أو تقييد أهليته، سواء كانت محددة الوجهة أو غير محددة الوجهة.

القسم الثاني : تلقي التعبير

369. ينظم الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود مسألة نفاذ التعبير عن الإرادة الذي يصبح ملزما لصاحبه بتأقيمه من قبل المرسل إليه، وينص في هذا المعنى : "إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له".⁶⁴⁶ كما تجدر الإشارة أن مسألة تلقي التعبير عن الإرادة تختلف عن مسألة التعاقد بين غائبين أو التعاقد بالمراسلة، لأنها تتعلق بنفاذ إرادة منفردة ولا بتلاقي إرادتين، حتى يمكن الحديث عن عقد.

370. يصبح التعبير عن الإرادة، حسب منطق الفصل 22 أعلاه، ملزما لصاحبه : "من وقت بلوغ العلم به

للملتزم له". أي أن المشرع كرس في ما يتعلق بنفاذ التعبير عن الإرادة نظرية تسلم التعبير.⁶⁴⁷

الفقرة الأولى : تسلم التعبير

أ - التعبير المحدد الوجهة

371. يتأسس خيار المشرع بتبني نظرية تسلم التعبير على معطيات عملية ومنطقية تفيد أنه لا يمكن الالتزام تجاه شخص ما، دون تمكنه من الاطلاع على ذلك.⁶⁴⁸ غير أنه بالإمعان في عبارات الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود "بلوغ العلم"، يتبين أن المشرع اعتمد نظرية التسلم في أقصى مظاهرها، أي نظرية الاطلاع على التعبير.

372. نظرية الاطلاع على التعبير. مبدنيا يقيد كل تعبير عن إرادة صاحبه، لكنه يتجه أيضا إلى متأقيه الذي يبقى مخيرا في قبوله من عدمه، من ذلك أنه يتعين التحديد بكل دقة الزمن الذي يصبح فيه التعبير ملزما تجاه ذلك الغير. اعتمد الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود في هذا المعنى نظرية تسلم التعبير باشرطه بلوغ التعبير للملتزم له، ويكون بذلك رجح مصلحة متلقي التعبير على مصلحة مصدره، إذ هو لم يكتف بنظرية التصريح أو حتى نظرية إرسال

⁶⁴⁶ ينضم المشروع الأولي لمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1899 الفصل 23 ضمن الفصل 22 الحالي، بينما يقابل الفصل 22 الحالي الفصل 19 من المشروع الشهدي لسنة 1897، الذي لا يستعمل مصطلح الالتزام بل مصطلح عقد، وفي ذلك أكثر من دلالة على تطور أفكار المشرع في هذا المجال (Dans les contrats unilatéraux, les promesses sont obligatoires dès qu'elles sont parvenues à la connaissance de la partie envers laquelle elles sont faites).

⁶⁴⁷ الفقرة 315 أعلاه.

⁶⁴⁸ في نفس الاتجاه في ما يتعلق بالفصل 130 من المجلة الجديدة الألمانية. R. SALLILLES, la déclaration de volonté, op. cit., n° 3, p. 120.

التصريح رغم ما توقّره من ضمانات⁶⁴⁹، بل اقتضى تسلّم التعبير من طرف متلقّيه وخاصة إطلاعه عليه.

غير أنّ اشتراط الإطلاع على التعبير من طرف متلقّيه يعلّق نفاذ هذا التعبير على محض إرادة الملتزم له، الذي قد لا يطلع في الإبان لأسباب مختلفة على مراسلاته. وفي ذلك تخلّ عن البعد الموضوعي الذي توخّاه المشرّع في ما يخصّ نفاذ التعبير عن الإرادة، ليصبح رهين إرادة متلقّي التعبير.

كما أنّ إتباع نظام الإطلاع قد يؤدّي من ناحية أخرى إلى وضعية معقّدة، في صورة صدور إيجاب عن شخص لشخص ثان، ثمّ يعدل الموجب عن هذا الإيجاب ويرسل بذلك إلى الموجب له الذي يكون قد قبل في الأثناء الإيجاب، فكيف يمكن في هذه الحالة وباعتماد نظريّة الإطلاع تخليص هذه المسألة؟ إذ سيّدعي كلّ من الطرفين أنّه لم يطلع على موقف الطرف الثاني قبل إرساله موقفه الشخصي. فالموجب سيّدعي أنّه لم يطلع على القبول قبل إرساله العدول، بينما سيزعم متلقّي الإيجاب أنّه بعث بقبوله قبل إطلاعه على العدول.

يتعيّن تبعاً لذلك اعتبار شرط الإطلاع الوارد صلب الفصل 22، إنّما يفيد أنّ متلقّي التعبير قد اطلع ذهنياً على التعبير، أي أنّه وعي فعلاً بمحتواه وأحاط بمدلوله كتصرف

قانوني، ولم يقتصر إطلاعه على تسلّم الرّسالة وقراءتها دون الإلمام ببيدها القانوني⁶⁵⁰.

373. إثبات تسلّم التعبير. تمثّل عملية تسلّم التعبير المرحلة الحاسمة في نفاذ التعبير عن الإرادة وإلزامه لصاحبه. قد تثير بسبب ذلك هذه العملية صعوبات في ما يتعلّق بإثباتها، خاصة عندما تتمثّل في إيجاب وقع التراجع فيه، فيتمسك كلّ من الطرفين بالتاريخ الأنسب لمصالحه، ويحتدم الأمر في المبادلات التجاريّة عندما يتخلف عنصر الأمان لفائدة عنصر السرعة. لكنّ تليين مسألة إثبات عملية تسلّم التعبير، لتمثّلها في واقعة قانونيّة يمكن إثباتها بجميع الوسائل، وبناء على قواعد عبء الإثبات⁶⁵¹ التي تحمّل متلقّي التعبير عناء إثباته بوصفه المستفيد من ذلك، إذ حتّى لو تمكّن مرسل التعبير من إثبات أنّ التعبير بلغ لمتلقّيه فإنّه لن يتمكّن من إقامة الدليل على كون الطرف الآخر قبله. بينما يتمتّع متلقّي التعبير بوجود وسائل الإثبات بين يديه (رسالة، برقيّة...)، ويمكنه تبعاً لذلك الإثبات بصفة قطعيّة تاريخ تسلّمه للتعبير، بل حتّى يمكنه إقامة الدليل عن الوصول المتأخّر للعدول عن الإيجاب.

ب - التعبير غير المحدّد الوجهة

374. التعبير عن الإرادة مهما كانت وجهته، هو تصرف قانوني أحادي الجانب ينشئ أثراً قانونيّة منذ

⁶⁴⁹ في هذا المعنى وفي ما يخصّ القانون الألماني الذي يتّخذ من نفس التصرّح (déclaration de volonté, op. cit., n° 3, p. 12).
⁶⁵¹ الفصول 420 وما بعده من مجلة الأثرامات والعقود.

صدوره. يجب تبعاً لذلك، على كلّ تعبير عن إرادة غير محدّد الوجهة أن يكون في متناول كلّ من يهّمه الأمر، أي أن يمكن لأيّ كان الاطلاع عليه بصفة موضوعيّة، والطريقة المثلى في هذا المجال ستكون الإشهار. يكتب الفقيه (R. DEMOGUE) في هذا المعنى: "عندما يتعلّق الأمر بتصرف قانوني أحادي، لا يكون هذا التصرف نهائياً وذا تاريخ لا رجعة فيه، إلّا من يوم بلوغ الإرادة المعبر عنها بصفة فعليّة إلى الغير المستفيد منها... هذا ما تقتضيه السّلم الاجتماعيّة"⁶⁵². لا يخفي في الواقع سداد هذا الرأى بعض الشّطط، إذ رأينا في ما سبق⁶⁵³ أنّ الإرادة تستقلّ عن صاحبها منذ التّعبير عنها، فهي تظلّ قائمة رغم وفاة صاحبها أو تقييد أهليته، غير أنّها لا تصبح ملزمة لمصدرها تجاه الغير إلّا من تاريخ تلقّيها من طرف ذلك الغير، وبما أنّ الأمر يتعلّق هنا بإرادة غير محدّدة الوجهة، فسيتمّ تلقّي هذا التّعبير عن طريق الإشهار⁶⁵⁴.

375. الإشهار. يتمثّل الإشهار المشترط لنفاذ التّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة، في كلّ وسيلة موضوعيّة وملموسة قابلة للإطلاع من طرف الجميع. فالإشهار على معنى الفصل 19 من مجلّة الالتزامات والعقود: "الوعد

⁶⁵² Traité des obligations en général, t. II, n° 542, p. 142. : "Lorsqu'on est en présence d'un acte juridique unilatéral, cet acte ne devient définitif, ne prend date avec son caractère invocabable, que du jour où la volonté a été, non seulement exprimée, mais est parvenue effectivement à la connaissance des tiers à qui elle profite... c'est tout ce qu'exige la sécurité sociale".

⁶⁵³ الفقرة 365 اعلاه، الفصل 35 من مجلّة الالتزامات والعقود.

⁶⁵⁴ في نفس الاتجاه (J. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique unilatéral, thèse) (op. cit., n° 195, p. 187).

بالجعل بإحدى وسائل الإشهار..."⁶⁵⁵ ليس مجرد شرط شكلي، بل يقوم مقام تلقّي التّعبير عن الإرادة من النّاحية الأصليّة، لا يمكن بدونه مجابهة الغير بهذا التّعبير.

يجب أن يكون هذا الإشهار جدياً صريحاً وسابقاً⁶⁵⁶، ما يطرح مسألة قيمة وسائل الإشهار الافتراضيّة الحديثة⁶⁵⁷ التي لا تتوفّر على شروط الثّبات التي اقتضاها المشرّع في الفصل 19 من مجلّة الالتزامات والعقود، لكونها غير ملموسة ووهميّة. من ذلك أنّ المشرّع أحاطها بجملة من الشّروط في القانون عد40د لسنة 1998، لغاية حماية المستهلك، جعلت من العقود المبرمة على أساسها عقوداً استثنائية.

يتميّز أيضاً إشهار التّعبير عن الإرادة غير المحدّدة الوجهة بطابعه الموضوعي، فهو يقيّد صاحبه بمجرد يروّزه على السّاحة القانونيّة، وبصرف النّظر عن اطلاع المستفيد منه عليه، بما يضمن سلامة ونزاهة المعاملات.

376. في نهاية المطاف، رغم اختلاف الطّبيعة القائم بين التّعبير عن الإرادة المحدّد الوجهة والتّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة، تصبح في الحالتين الإرادة المعلن عنها

⁶⁵⁵ الفقرة 89 وما بعدها أعلاه.

⁶⁵⁶ الفقرة 92 وما بعدها أعلاه.

⁶⁵⁷ القانون عد40د لسنة 1998، المؤرخ في 2 جوان 1998، السّعوط بطرق البيع والإشهار اشعار، الزائد عد40د لسنة 1998، ص 206، الفصول 35 وما بعده.

نافذة بالاطلاع عليها بصفة موضوعية ومفترضة⁶⁵⁸. يتم هذا الاطلاع بتوفر الشروط السانحة بذلك بصرف النظر عن الإطلاع الفعلي على التعبير من طرف متلقيه.

الفقرة الثانية : آثار تسلم التعبير

377. الأثر الأساسي المترتب عن تسلم التعبير من قبل متلقيه، هو عدم إمكانية إلغائه من طرف مصدره. يستقل التعبير عن إرادة صاحبه بحصول عملية التسلم طبق ما تم عرضه، ويصبح تصرفاً قانونياً مستقلاً بذاته غير قابل للإلغاء سواء كان في شكل تعبير عن إرادة محدّد الوجهة أو في شكل تعبير عن إرادة غير محدّد الوجهة.

أ - إلغاء التعبير عن الإرادة المحدّد الوجهة

378. وجود أجل. يقتضي الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود: "من صدر منه الإيجاب وعين أجلا لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل..."⁶⁵⁹ فعندما يكون التعبير عن الإرادة محدّد الوجهة ومقيّداً بأجل، يرى فيه المشرع تصرفاً قانونياً مستقلاً عن إرادة صاحبه وملزماً له منذ صدوره عنه إلى انقضاء الأجل، مصدر التعبير هو الذي يتحمل تبعات تصريحاته ومخاطرها.

⁶⁵⁸ طبق شروط الفصل 22 بالنسبة للإرادة المحدّدة الوجهة (الفقرة 371 وما بعدها أعلاه) ومطبق شروط الفصل 19 بالنسبة للإرادة غير المحدّدة الوجهة (الفقرة 374 وما بعدها أعلاه).
⁶⁵⁹ تعديلي منفي عد 6499، مورخ في 25 ماي 1970، في ت 1970، ص 100.

379. يولي الفقه في فرنسا⁶⁶⁰ أهمية خاصة لقيام أجل عند الإعلان عن إرادة، ويستنتج من ذلك وجود عقد سابق⁶⁶¹ يتفق ضمنياً بموجبه العارض ومتلقي العرض على الإبقاء على العرض مدّة الأجل. غير أنه لا يمكن تأييد هذا التحليل لتأثيره المفرط بمبدأ سلطان الإرادة، ولمغالاته في الاعتداد بمفهوم العقد حتى عند عدم وجوده⁶⁶².

يرى البعض الآخر⁶⁶³ في سحب الإيجاب قبل انتهاء الأجل، مجالا للمسؤولية التقصيرية سواء على أساس الخطأ⁶⁶⁴، أو على أساس التعسف في استعمال الحق⁶⁶⁵. غير أن هذا الرأي يظل غير مقنع هو الآخر، إذ هو يحاول تبرير فقه قضاء تأسس بالخصوص على قواعد الإنصاف للتصدي لإلغاءات عشوائية لتصريحات مقيّدة بأجل قبل انقضاء هذا الأجل، بينما يفترض المنطق القانوني الحكم بالإبقاء على هذه العروض والقضاء بإبرام العقود التي تم قبولها في الأجل.

⁶⁶⁰ J. L. AUBERT, these op. cit., p 197 et s.

⁶⁶¹ DE MOI OMBRE, cours de droit civil positif français, t II, § 49.

⁶⁶² J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 213, p. 229.

⁶⁶³ G. MARTY & P. RAYNAUD, obligations, n° 113 ; PLANIOL & RIPERT, t VI, obligations, par J. SMERIN, n° 132 ; RIPERT & BOULANGER, t II, n° 334 ; J. SCHMIDT, la sanction de la faute précontractuelle, R. T. D. civ., 1974, p. 46 et s.

⁶⁶⁴ J. CARBONNIER, les obligations, op. cit., § 15 ; J. CHABAS, de la déclaration de volonté en droit civil français, thèse op. cit., p 184 et s. ; J. FOUR & J. L. AUBERT, les obligations, vol. I, l'acte juridique, n° 149.

⁶⁶⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique unilatéral, op. cit., n° 313 et s.

يرى أخيرا تيار ثالث⁶⁶⁶ في الأجل المعلن عنه من طرف صاحب التعبير، تصرفاً قانونياً أحادي الجانب منشأ لأثار قانونية تقيد مصدر التصريح حتى قبل قبوله من طرف متلقيه. يرى هذا الفقه⁶⁶⁷ أن عنصر الأجل هو الذي يجعل من التعبير عن الإرادة تصرفاً قانونياً مستقلاً عن إرادة صاحبه غير قابل للإلغاء. معنى ذلك أن بالنسبة لهذا الفقه، الأجل هو الذي يصير التعبير تصرفاً قانونياً ولا التعبير نفسه.

غير أنه لا يمكن مشاطرة هذا الرأي، لأن الأمر لا يتعلق بتكييف الشرط، شرط الأجل، وإنما بوصف التعبير نفسه كالإيجاب مثلاً. فلا يمكن اعتبار الإيجاب، تارة تصرفاً قانونياً عندما يكون مصحوباً بأجل، وأخرى واقعة قانونية عندما لا يكون مصحوباً بأجل. أي أن الأصل (التعبير عن الإرادة)، سيستمد وصفه من فرعه (الأجل)⁶⁶⁸.

380. غياب الأجل. نظم المشرع أحكام التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة وغير المقيّد بأجل صلب الفصل 34 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي: "من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه

⁶⁶⁶ J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit., n° 232 et s. ; F. GAUDEMET, théorie générale des obligations, p. 37 et 38 ; A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 83.

⁶⁶⁷ J. GHESTIN, le contrat : formation, op. cit., n° 217, p. 233.
⁶⁶⁸ يكون من الأنسب عندها إتيان تحليل موحد، وأقوى صفة التصرف على التعبير عن الإرادة سواء كان محدداً بأجل أو غير محدّد بأجل (MARTY & RAYNAUD, les obligations, op. cit., n° 103)، ولا اعتماد تحليل مزدوج (AUBERT, op. cit., n° 214 et s.) حسب الحالة بما يزيد في تعقيد مسألة لا تخلو بعد من الغموض.

في الكتاب...⁶⁶⁹ معنى ذلك أن المشرع يعتبر أنه لا يمكن إلغاء الإيجاب بوصفه تعبيراً عن إرادة منفردة طويلة مدة معقولة عندما لا يكون مقيداً بأجل.

381. يستند هذا الحل إلى التصور الموضوعي لفهم الالتزام⁶⁷⁰ الذي كرسه المشرع الذي كرس أيضاً التعبير عن الإرادة كمصدر مستقل للالتزام والالتزام⁶⁷¹، لكونه بطبيعته تصرفاً قانونياً بحكم القانون سواء كان مشفوعاً بأجل أم لا، لأن سلامة المعاملات ونزاهة المبادلات الاقتصادية تفرض ذلك.

شعر فقه القضاء في فرنسا بضرورة احترام هذه المقتضيات، واعتبر أنه يجب الإبقاء لمدة معقولة على الإيجاب غير المصحوب بأجل⁶⁷². لا يجد بطبيعة الحال هذا الموقف الواقعي المعتدّ بالبعد الاجتماعي للتصرف القانوني، تفسيره في نظرية المسؤولية التقصيرية ولا في نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن هذه الاقتراحات جاءت لاحقة لمواقف فقه القضاء لتحاول تفسيره وتبريره، ولا تأسيسه.

382. يكمن في الحقيقة أساس وجوب الإبقاء لمدة معقولة على التعبير عن الإرادة غير المحدد بأجل وعدم إمكانية إلغائه طيلة هذا الأجل المعقول، في الغاية الاجتماعية للتعبير عن الإرادة بوصفه تصرفاً قانونياً يرتب آثاراً قانونية

⁶⁶⁹ تعقيبي منفي عن 18708، موزع في 14 هجري 1988، و 1988، ص. 396.

⁶⁷⁰ الفقرة 19 وما بعدها أعلاه.

⁶⁷¹ الفقرة 26 أعلاه.

⁶⁷² Cass. soc., 22 mars 1972, D. 1972, p. 468.

منذ صدوره على الساحة القانونيّة، من ذلك أنّه يتعيّن الإبقاء عليه مدة معقولة نظّمها المشرّع بدقّة صلب الفصل 34 من مجلة الالتزامات والعقود، فالأجل المعقول هو في الواقع جملة ثلاثة آجال؛ الأجل المعقول لوصول الإيجاب إلى متلقّيه، الأجل المعقول الذي يتطلّبه التفكير وقبول الإيجاب، الأجل المعقول لوصول القبول إلى الموجب⁶⁷³.

383. يعتبر من ناحية أخرى الفصل 34 التزامات وعقود في فقرته الثّانية⁶⁷⁴، أنّ هذا الأجل المعقول غير قابل للتّمديد بموجب تدخّل الغير ويمكن للموجب له القيام ضدّ من تسبّب له في الضّرر الحاصل من جرّاء وصول قبوله متأخراً. فمن أرسل رسالة قبوله في إبّانها، ولم تصل إلّا بعد مدة طويلة يمكنه القيام على من تعهّد بنقلها قصد طلب التّعويض عمّا لحقه من خسارة. غير أنّ السؤال يبقى مطروحاً بخصوص إمكانية تمديد هذا الأجل في صورة تأخّر وصول القبول من جرّاء أمر طارئ أو قوّة قاهرة على معنى الفصل 282 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود. تبدو الإجابة بالنّفي على هذا السؤال الأكثر تلاوفاً مع صريح مقتضياته،

⁶⁷³ تعقيبي مدني 18708، مؤرّح في 4 فبراير، 1988، 1988، من 396. "إنّ الوقت المناسب لعلو العرض إنّما هو مسألة نسبيّة قد تطول أو تقصر حسب ظروف العقد وأحواله".
⁶⁷⁴ الفصل 34 الفقرة الثّانية: "هنا صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبتغعه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإكمال وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالمتأخّر منه الإيجاب لا ياراه شيء ويبقى الحقّ لمن لحقه الضّرر في طلب تعويض الخسارة ممّن تسبّب فيها".

إلّا إذا ما كان الموجب على علم بالأمر الطارئ أو القوّة القاهرة (حالة حرب، فيضانات...) ⁶⁷⁵.

ب - إلغاء التّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة

384. يختلف بطبيعة الحال إلغاء التّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة عن إلغائه عندما يكون محدّد الوجهة، أي عندما يتّجه إلى شخص أو إلى مجموعة من الأشخاص يمكن التّكهن برّد فعلهم لقيام علاقات سابقة بينهم وبين الموجب، أو لوجود عادات وتقاليد تهّم مكان ما. لكن يكون غير ذلك عندما يتّجه التّعبير إلى العموم، دون إمكانية تحديد دائرة من يهّمهم الأمر، كالوعد بجائزة مثلاً، ودون إمكانية التنبؤ بمال هذا التّعبير من طرف الجميع.

تفسّر هذه الاعتبارات النّظام الخاصّ الذي أقرّه المشرّع للتّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة، سواء كان مرتبطاً بأجل أو غير مرتبط بأجل.

385. قيام الأجل. يقتضي الفصل 20 من مجلة الالتزامات والعقود: "لا يقبل الرّجوع في الوعد بالجعل بعد الشّروع في العمل بمقتضاه، فإن ضرب لذلك أجل عدّ على الواعد إسقاطاً لحقّ رجوعه فيما وعد مدة الأجل"، معنى ذلك أنّ المشرّع لا يقبل إلغاء التّعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة عندما يكون مصحوباً بأجل. يعتبر قيام الأجل في هذه

⁶⁷⁵ وهو الحان المعتمد في القانون الألماني الذي يتضمنّ فصله 117 مدني نفس مقتضىات الفصل 34 من مجلة الالتزامات والعقود، يراجع في هذا المعنى (A. RILG, op. cit., n° 32).

الحالة إسقاطا لحق الرجوع في التعبير طيلة الأجل. يجد هذا الحل التشريعي تفسيره في طبيعة التصرف القانوني التي يتمتع بها كل تعبير عن إرادة تتوفر فيه شروط معينة⁶⁷⁶، وبما أن شرط الأجل هو جزء من هذا التصرف فهو يخضع لنفس الحكم ويبقى قائما بقيام التصرف نفسه.

غير أن الحل الوارد صلب الفقرة الثانية من الفصل 20 المشار إليه، جاء في شكل استثناء للفقرة الأولى من هذا الفصل الذي يقبل ضمنا مبدأ الرجوع في الوعد بالجعل، أي أنه يقر مبدأ مخالفا للذي أقره بالنسبة للتعبير عن الإرادة المحدد الوجهة الذي لا يمكن مبدئيا الرجوع فيه⁶⁷⁷.

386. غياب الأجل. بما أن المشرع لا يقبل إلغاء التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة عندما يكون مصحوبا بأجل، معناه أن المشرع يقبل التراجع في التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة عندما لا يكون مصحوبا بأجل. فيكون بالتالي الوعد بالجائزة قابلا للرجوع فيه إلا إذا شرع في تنفيذه، لأنه يعد مقبولا ممن قام بذلك ولو مع الجهل بالوعد على معنى الفصل 19 من مجلة الالتزامات والعقود⁶⁷⁸. قد يبدو هذا الحل التشريعي مخالفا للمبدأ الذي أقره بالنسبة للتعبير عن الإرادة المحدد الوجهة، ومخالفا للفلسفة العامة لنظرية الالتزامات التي بتبنيها تصوّرا موضوعيا للالتزام

⁶⁷⁶ الفقرة 83 وما بعدها أعلاه.

⁶⁷⁷ الفقرة 378 وما بعدها أعلاه.

⁶⁷⁸ الفقرة 374 وما بعدها أعلاه.

تكون قد رجحت أمن المعاملات على الإرادة الفردية. غير أنه يمكن تجاوز هذا التحفظ لسببين اثنين :

- نظريا، إذا أولينا للإرادة المنفردة إمكانية إنشاء تصرف قانوني، يمكن أيضا لهذه الإرادة بمفردها أن تتحرر من هذا التصرف. أي أنه يمكن لنفس الإرادة أن تنقذ وأن تتراجع في تقيدها متى شاءت. مثّلت في الواقع هذه الفكرة أهم نقد وجه للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام والإلزام بادر به الفقيه (R. ELIAS)⁶⁷⁹، وتبنّاه على إثره بقية الفقهاء⁶⁸⁰، لما يفترضه من عدم استقرار في المعاملات. غير أنه لا أثر لهذا النقد على الفرضية التي نحن بصدها والمتمثلة في إرادة منفردة غير محدّدة الوجهة وغير مقيدة بأجل ولم تثر أي ردة فعل من أي كان صلب الوسط الاجتماعي الذي صدرت فيه. فالإبقاء على هذه الإرادة إلى ما لا نهاية له هو الذي سيشكل إضرارا بسلامة المعاملات، إذ لن يتجاسر أحد على إصدار تعبير سيظل مقيدا بموجبه إلى الأبد.

- تجد أيضا قاعدة الفصل 20 من مجلة الالتزامات والعقود التي تبيح إلغاء التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة وغير المقيد بأجل، تبريرها من الناحية العملية في

⁶⁷⁹ "Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale, étude critique, thèse Paris, 1909. "si on attache à la volonté la puissance de se lier elle-même, il faut, pour être logique, reconnaître qu'elle doit avoir cette puissance dans tous les cas, même dans celui où elle a pour objet de détruire les effets d'une volonté préexistante, c'est à dire quelle peut se lier et se délier elle-même".

⁶⁸⁰ J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, op. cit., n° 185 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, l'acte juridique unilatéral, thèse, op. cit., n° 287 ; A. RIEGEL, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse, op. cit., n° 445.

الفرضية التي تعرّض لها الفصل 20 نفسه والمتمثلة في الشروع في تنفيذ الوعد من قبل طرف يجهل تماماً وجود هذا الوعد. فمن يعثر مثلاً على حقيبة وهو يجهل أنّ من ضاعت منه هذه الحقيبة وعد بجائزة لمن يعثر عليها، يصبح داننا بالوعد رغم جهله له. إلا أنّ الوعد الذي بقي دون صدق، رغم صدوره على الساحة القانونية طبق صيغته الشكلية، ولم يشرع أحد في تنفيذه حتى دون علمه به، لن يثير أيّ نزاع حول إلزاميته بما أنّه لم يثر اهتمام أيّ كان.

الباب الثاني القبول

387. يهدف كلّ تعبير عن إرادة محدّد الوجهة⁶⁸¹ بوصفه ظاهرة أوليّة، إلى الالتقاء بتعبير ثان عن إرادة محدّد الوجهة وهو القبول، لغاية إنشاء آثار قانونيّة منشودة. تمثّل هذه العملية المرحلة الحاسمة التي يصبو إليها كلّ تلاق لإرادتين أو أكثر وهي العقد⁶⁸². يبدو بالتالي مفهوم القبول متميّز في هذه المرحلة ووجب لذلك تحديده بدقّة، للوقوف إثر ذلك عند تحقّقه كتعبير عن إرادة منفردة تساهم في تكوين العقد⁶⁸³.

القسم الأوّل : مفهوم القبول

388. يعرف الفقه القبول بكونه : "تعبير باتّ عن إرادة يصدر من الموجب له ويترتّب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد"⁶⁸⁴. فالقبول عندئذ هو تعبير باتّ عن إرادة، ذو محتوى متطابق مع الإيجاب.

⁶⁸¹ تنشأ آثار التعبير عن الإرادة غير المحدّد الوجهة بصرف النظر عن قبول، الفقرة 374 اختار.
⁶⁸² تعقيبي مدني ع3746، مؤرّخ في 23 أكتوبر 2000، ج 1، ص 90؛ "العقد لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول وذلك بمقتضى اتفاق الطرفين على جملة بنود العقد ومنها معنى الكراء"
⁶⁸³ تعقيبي مدني ع3746، مؤرّخ في 23 أكتوبر 2000، ج 1، ص 90.
⁶⁸⁴ محمّد الزوين، المرجع السابق، ص 134.

الفقرة الأولى : شكل القبول

389. يتجلى القبول في أشكال مختلفة، فيمكن أن يكون صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا، كما يمكن استنتاجه من وضعية معينة، كما يحدث أن يتمثل في سكوت الموجب له. نظم المشرع كل هذه الحالات وأقر مبدأ مفاده: أن القبول سواء كان صريحا أو ضمنيا يجب أن يتجلى في شكل تصرف إيجابي، أدخل عليه المشرع استثناء واحدا وهو السكوت.

أ - القبول تصرف إيجابي

390. ينص الفصل 32 من مجلة الالتزامات والعقود: "يعتبر الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجرى العمل بالعقد بلا شرط"، وهو يقر بذلك مبدأ تجلي القبول في شكل تصرف إيجابي؛ سواء كان القبول صريحا أو ضمنيا.

391. القبول الصريح. غالبا ما يتمثل القبول، ولكونه مصادقة على ما جاء بالإيجاب، في الإنعام البسيط على هذا الإيجاب، ينطق به الموجب له أو يصرح به في مكتوب⁶⁸⁵. فيكون صريحا كل قبول متمثل في تصرف إيجابي يشكل جوابا مباشرا لما عرضه الموجب. يمكن أن يتم القبول

J. L. AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse, op. cit., n° 280 ; J. FLOUR & J. L. AUBERT, l'acte juridique, op. cit., n° 153.

⁶⁸⁵ J. L. AUBERT, thèse op. cit., n° 305.

بالمصافحة، أو بحركة رأس في المزاد العلني، أو بحركة يد تدل جميعها بصفة ثابتة عما قصده صاحبها.

392. القبول الضمني. يتمثل القبول الضمني هو الآخر في تصرف إيجابي، غير أنه لا يشكل جوابا مباشرا على الإيجاب، بل يستدل على هذا الجواب من خلال سلوك معين. فيعد قبولاً ضمناً امتطاء وسيلة النقل من قبل المسافرين، أو الشروع في العمل في عقد الشغل. لكن نظرا لما قد يعتري القبول الضمني من لبس، حدد المشرع صلب الفصلين 29 و32 من مجلة الالتزامات والعقود ميدان القبول الضمني الذي يجب أن يكون متطابقا مع الإيجاب ومتمثلا في تنفيذ أو الشروع في تنفيذ العقد المزمع إنشاؤه دون أي تحفظ. يجوز القبول الضمني إذا سمح بذلك الموجب، أو دأب العرف على ذلك، أو تم طبق معاملات تجارية سابقة.

ب - السكوت

393. حتى يشكل السكوت استثناء لمبدأ التصرف الإيجابي المشروط في القبول، يجب أن لا يدل السكوت على أي شيء⁶⁸⁶، أي أن يتمثل السكوت في موقف سلبي بالمعنى الكامل للكلمة⁶⁸⁷. لا يرتب مبدئيا الفقه⁶⁸⁸ أي أثر قانوني عن السكوت في هذا المعنى. بينما يقتضي الفصل 42 من مجلة

⁶⁸⁶ J. L. AUBERT, thèse op. cit., n° 313 ; J. FLOUR & J. L. AUBERT, l'acte juridique, op. cit., n° 156 ; J. GHESTIN, le contrat - formation, op. cit., n° 294.

⁶⁸⁷ يجب أن لا يدل السكوت على القبول الضمني وهو تصرف إيجابي. الفقرة 376 آخر.

⁶⁸⁸ J. FLOUR & J. L. AUBERT, l'acte juridique, op. cit. loc. cit.

الالتزامات والعقود: "يعدّ السكوت رضاء أو تصديقا من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر". فالسكوت حسب هذا النص يشكل موقفا سلبيا بالمعنى الكامل للكلمة، يتمثل في الإمساك عن الحركة وعن الكلام دون أي عذر في ذلك، رغم ذلك يستنتج المشرع من السكوت على هذا النحو، رضاء أو تصديق من وقع التصرف في حقوقه.

394. لكن تنتفي غرابة الفصل 42 من مجلة الالتزامات والعقود بوضعه في إطاره، إذ هو جاء في خاتمة الفصول الثلاثة المنظمة للتعاقد في حق الغير، وهي الفصول 40، 41 و 42 من مجلة الالتزامات والعقود⁶⁸⁹. أي أنّ السكوت في هذه الحالة يندرج في إطار معاملة سابقة، فمن يتصرف دون توكيل في حقوق غيره على معنى الفصل 40 أعلاه، يكون تصرفه نافذا شريطة التصديق اللاحق الذي يستنتجه المشرع من السكوت في موقع الكلام، إذ كان على من وقع التصرف في حقوقه أن يمانع لو لم يرغب في ذلك.

395. يبدو بالتالي أن المشرع لم يقبل السكوت كشكل من أشكال التعبير عن القبول إلا في حالات استثنائية، منها بطبيعة الحال فرضية الفصل 42 من مجلة الالتزامات والعقود، وكذلك مسألة "بيع الخيار" التي تناولها الفصل 707

من مجلة الالتزامات والعقود⁶⁹⁰ والمتمثل في تمكين أحد الطرفين من مهلة تفكير لبثه. فبانقضاء هذه المدة يعدّ سكوت من اشترط الخيار رضاء بالعقد. كما يعتبر أيضا الفصل 1111 من نفس المجلة أنّ سكوت الوكيل المنتصب لذلك على عرض التوكيل يعدّ قبولا له.

الفقرة الثمانية : محتوى القبول

396. لتحقيق الغاية المنشودة أي لإنشاء عقد، يضبط الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود بصفة غير مباشرة محتوى القبول: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما غيرها في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقدا جديدا بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه"⁶⁹¹. يتبين من قراءة هذا النص أنّ القبول يلحق بالإيجاب ويتبعه ليتّم التراضي، كما يجب أيضا أن يكون القبول متطابقا مع الإيجاب.

أ - زمن القبول

397. يفترض المنطق والدّوق السليم أن يتبع القبول الإيجاب، إذ لا يعقل أن يصدر القبول قبل الإيجاب. تمكن

⁶⁸⁹ الفصل 707: "إذا مضت المدة المذكورة من غير أن يختار من له الخيار إعطاء البيع أو حله حل على أنه رسمي بالبيع".

⁶⁹¹ يقابل الفصل 23 الحالي، الفصول 24 من مشروع 1899 و 16 من مشروع 1897.

⁶⁸⁹ محمّد الزّين، المرجع السابق، عدد 103 وما بعده.

قاعدة التسلسل الزماني للإيجاب والقبول⁶⁹² من تحديد طبيعة كل من المؤسستين في صورة سلسلة من المداولات، فيكون الإيجاب سابقا وتلقائيا، بينما يكون القبول لاحقا ومستثارا. القبول حسب هذه القاعدة هو كل موافقة بسيطة على عرض سابق له. فيعتبر قبولا وضع الممثل القانوني للشركة ختم الشركة على قائمة البضاعة المعروضة عليه⁶⁹³. هذا ما يؤكده الفصل 32 من مجلة الالتزامات والعقود عندما يقتضي: "يعتبر الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجري العمل بالعقد بلا شرط". غير أن هذا المعيار الزمني يجد حدا له في حالتين تعرض لهما الفصلان 31 و36 من مجلة الالتزامات والعقود.

398. الإيجاب المخالف. ينص الفصل 31 من مجلة الالتزامات والعقود: "الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر"، أي أن القبول الذي يكون مقيدا بشرط أو مصحوبا بتحفظ لا يعد قبولا بل يعتبر إيجابا مخالفا للإيجاب الأول بما أنه يصدر لا عن الموجب وإنما عن الموجب له. تشكل هذه الوضعية حدا لمعيار التسلسل الزمني للإيجاب والقبول إذ سيتحول القبول اللاحق إلى إيجاب يتعين قبوله من طرف الموجب الأول الذي قد يردفه بإيجاب مخالف آخر... الخ.

⁶⁹² J. L. AUBERT, thèse, op. cit., n° 280.

⁶⁹³ تعقيبي مدني ع358، موزع في 31 أكتوبر 1960، ق ت 1961، عدد 4، ص 28.

399. ترتبط في الواقع دراسة الفصل 31 من مجلة الالتزامات والعقود بدراسة الفصل 23 من نفس المجلة الذي يشترط لإتمام العقد الاتفاق على "الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له". يفرق عندئذ الفصل 23 بين الشروط الأساسية والشروط الثانوية، بما يجعل أن مال الإيجاب المخالف سيتغير حسب طبيعة الشرط المتحفظ في شأنه. فإن حمل التحفظ على شرط أساسي يصبح إيجابا مخالفا، بينما يكون قبولا للإيجاب الأول عندما يحمل التحفظ على شرط ثانوي⁶⁹⁴.

400. المزايدة. يتعرض الفصل 36 من مجلة الالتزامات والعقود إلى المزايدة أو البيع بالمزاد العلني ويقتضي: "عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجابا يقبله آخر مزايد وبأجل آخر ثمن ملزم بالوفاء به إذا رضي البائع بالثمن المبذول". يشكل هذا النص هو الآخر حدا لقاعدة التسلسل الزمني للإيجاب والقبول، إذ هو يضع في نفس الوقت عارض الشيء للمزايدة في وضعية الموجب بما أنه يعرض شيئا للمزايدة، وفي وضعية الموجب له بما أن إنجاز المزايدة يتوقف على قبوله لآخر ثمن يقترح عليه. يمكن في الواقع تفكيك عملية المزايدة إلى عقدين متتاليين، يلتزم عارض الشيء بموجب عملية العرض بالمساهمة في المزايدة ولا يبيع الشيء المعروض في عقد أول. بينما يمثل آخر ثمن مبذول

⁶⁹⁴ تعقيبي مدني ع66، موزع في 30 نوفمبر 1922، ق ت 1960، ص 712، تعقيبي مدني ع348، موزع في 25 نوفمبر 1976، ج 3، ص 144.

إيجابا في العقد الثاني، وهو عقد البيع الفعلي الذي يتوقف إنجازه على قبول عارض الشيء ذلك الثمن.

401. بناء على هذا التقديم، يكون آخر ثمن مبدول هو الإيجاب الحقيقي في عقد المزايدة، وهو ليس سابقا وليس تلقائيا، بل هو مستثار وتابع لعرض الشيء للمزايدة، كما أن قبول عارض الشيء ليس لاحقا ومستثارا، بما أن العارض يكون قد حدد بعد في ذهنه الثمن الذي سيقبل بموجبه إتمام العملية، فهو عندئذ في ذهن عارض الشيء سابق لإيجاب باذل آخر ثمن.

ب - مضمون القبول

402. حتى تتوفر في التعبير عن الإرادة شروط القبول على معنى الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود، يجب أن يكون القبول بسيطا، أو أن يحمل على الشروط الأساسية للعقد.

403. القبول البسيط. يعتبر الفصل 32 من مجلة الالتزامات والعقود: "الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجرى العمل بالعقد بلا شرط". يشكل حل الفصل 32 المثال النموذجي لتوافق إرادتي الموجب والموجب له⁶⁹⁵. غير أن هذا التصور المثالي لتطابق إرادتي

⁶⁹⁵ تعفيدي مدني، عدد 3990، مؤرخ في 18 جوان 1981، ن 1981، ج 2، ص 209، تعفيدي مدني عدد 5147، مؤرخ في 21 ديسمبر 1981، ن 1981، ص 269. متحد الزين، المرجع السابق، عدد 134 وما بعده.

طرفي التصرف القانوني لا يخلو من المخاطر لما قد يخفيه من إذعان من قبل الطرف الضعيف الذي لا تتوفر لديه إمكانية مناقشة بنود العقد المقترح عليه، ولا يسعه إلا قبوله كما هو. علما أن عقود الإذعان⁶⁹⁶ تشكل ظاهرة متكاثرة وتشمل جميع جوانب الحياة الاجتماعية، من عقود التأمين وعقود النقل وعقود الصرف وعقود القرض وعقود البيع ومختلف عقود الشغل وقطاع الخدمات كالمستودع ووكالات الأسفار... الخ. هذا ما اضطر المشرع إلى اتخاذ جملة من التدابير لغاية حماية المستهلك والشغل والمتسوق والطرف الضعيف بصفة عامة⁶⁹⁷، ما يدل على نسيئة المبادئ التي تقوم عليها النظرة التقليدية للالتزام من حرية ومساواة. هذا لا يعني أن الإذعان ليس بقبول، بل هو كذلك ولو كان في شكل إذعان.

404. الشروط الأساسية. لا يكون القبول دائما بسيطا، بل قد يرد في شكل إيجاب مخالف⁶⁹⁸ عندما يحمل على الشروط الأساسية للتصرف القانوني، فيصبح القبول في هذه الحالة إيجابا جديدا على معنى الفصل 31 من مجلة

J. L. AUBERT, these, op. cit., n° 280, qui cite AUBRY & RAU: "le concours de volume exige pour la formation du contrat n'existe qu'à la condition que l'acceptation corresponde exactement aux termes de l'offre, soit quant à la chose qui en forme l'objet, soit quant à la nature de la convention qu'il s'agit de conclure, soit enfin quant aux modalités sans lesquelles l'offre peut avoir été faite", J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 206.

⁶⁹⁶ B. BERLIOZ, le contrat d'adhésion, these, Paris, 2^{ème} éd., 1976, préface B. GODEMAN.

⁶⁹⁷ الفقرة 69 أعلاه.
⁶⁹⁸ الفقرة 398 أعلاه.

الالتزامات والعقود. غير أن الفصل 23 من نفس المجلة يعتبر القبول حاصلًا عندما يتفق الطرفان على أركان العقد وعلى بقية الشروط الأساسية. معنى ذلك أن القبول، حتى عندما لا يكون بسيطًا، يكفي أن يحصل حول الشروط الأساسية المكونة لأركان التصرف القانوني. في هذا المعنى اعتبرت محكمة التعقيب⁶⁹⁹ أن: "عقد البيع المحرر من طرف عدلين والمنصوص به على جميع مقومات العقد من بائع ومشتري وثمان ومثمان وإنما نصّ به على السعي في إتمام الرخصة الإدارية هو عقد بيع تام وليس بوعد بالبيع". إذ رغم الصبغة الأمرة التي جاءت في النصوص المتعلقة برخصة الولاية، رأت محكمة التعقيب أن هذا الشرط ليس بالأساسي ولا يحول دون قيام الإيجاب والقبول في عقد البيع⁷⁰⁰.

405. يتبين من المثال أعلاه، أن تحديد الطبيعة الأساسية للشرط تثير بعض الصعوبات لكونها تتعلق في الواقع بتأويل شروط وبنود التصرف القانوني⁷⁰¹، التي تخضع إلى مقتضيات الفصول 513 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، وما يثيره تطبيق هذه الفصول من جدل حول تأثيرها بالتأثير الذاتي والتأثير الموضوعي.

القسم الثاني : تحقق القبول

406. باستيفائه لمقوماته وشروطه ينفصل القبول عن صاحبه وبصبح تصرفًا قانونيًا مستقلًا عن إرادة مصدره، يقيده تجاه الموجب وتجاه الغير. يتعين عندئذ تحديد زمن تحقق القبول بكل دقة نظرًا لما يترتب عن ذلك من آثار. غالبًا ما يخلط الفقه بين زمن تحقق القبول وزمن انعقاد العقد بالمراسلة⁷⁰²، بينما لا مجال للخلط بينهما إذ يشكل القبول بمفرده ولكونه تعبيرًا عن إرادة منفردة، تصرفًا قانونيًا يقيده صاحبه بصرف النظر عن العقد الذي قد ينشأ أو قد لا ينشأ، في صورة الإيجاب المخالف، عن تلاقيه بالإيجاب.

407. اقترح الفقه⁷⁰³ لتحديد زمن تحقق القبول نظريات عديدة، تأثرت كل منها بالاتجاه الذي تنتمي إليه. فجاءت نظرية التصريح متفيدة بمبدأ سلطان الإرادة تعتبر أن العقد ينبرم زمن التصريح بالقبول، بينما اعتبرت نظرية تسلم القبول، وهي أكثر موضوعية من نظرية التصريح، أن العقد يتم بتسلم القبول من قبل الموجب. غير أن هذه النظريات رغم ما أدخل عليها من تحويرات لم تسلم من النقد، لأنها ارتكزت جميعها على نظرة أحادية لمسألة تحقق القبول، معتمدة زمن انعقاد العقد دون فصله عن زمن تحقق القبول. أدى هذا الخلط بالفقه الفرنسي، ولكونه ينفي عن القبول كتعبير عن

⁶⁹⁹ تعقيب مدني 2725 دد، مؤرخ في 10 جوان 1980، و 1980 ج 1، س 152.

⁷⁰⁰ علما أن هذا الرأي تأيّد في قرار صادر عن الدوائر المتجمعة تحت عدد 805 دد، بتاريخ 23 ديسمبر

1983. ن 1985، ج 1، ص 253. يراجع نذير بن عمرو، المرجع السابق. عدد 89

⁷⁰¹ الفقرة 276 وما بعدها أعلاه.

⁷⁰² A. WEILL & F. TERRE, les obligations, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris 1980, n°

147

⁷⁰³ الفقرة 358 وما بعدها أعلاه.

إرادة منفردة صفة التصرف القانوني، إلى اعتبار أن زمن انبرام العقد وزمن تحقق القبول هو واحد، والحال أن القبول هو تصرف قانوني مستقل عن العقد الذي يشكل بدوره تصرفاً آخر، ولكل منهما كيانه ونظامه القانوني الخاص به.

الفقرة الأولى : القبول تعبير عن إرادة منفردة

408. يخضع القبول، بوصفه تعبيراً عن إرادة منفردة، أي لكونه تصرفاً قانونياً ينشأ التزامات على كاهل المصريح به، إلى القاعدة العامة التي أقرها المشرع صلب الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود⁷⁰⁴.

409. قاعدة الفصل 22. يقتضي الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود : "أن كل التزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له". جاءت صياغة الفصل 22 عامة وتشمل كل التزام من طرف واحد، أي كل تعبير عن إرادة منفردة محدد الوجهة. من ذلك أن القبول ولكونه تعبيراً عن إرادة منفردة محدد الوجهة سيخضع بدوره إلى هذه القاعدة، هذا ما كرّسه فعلاً المشرع صلب الفصل 33 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص بدوره : "من صدر منه الإيجاب وعين أجل لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور

انفك التزامه"⁷⁰⁵. يرى المشرع من خلال هذا الفصل أن القبول لا يتحقق ولا يصبح ملزماً للموجب له إلا من تاريخ تلقّيه من طرف الموجب. أي أن المشرع يكرّس بالنسبة للقبول نظرية تسلم التعبير عن الإرادة.

410. تضمن نظرية التسلم استقرار المعاملات⁷⁰⁶، إذ لا يصبح مصدر القبول مرتبطاً بقبوله إلا من تاريخ تسلم الموجب هذا القبول، فيمكنه تبعاً لذلك أن يستبق القبول الذي بعث به ببرقية لاحقة تلغيه، فلا يتسلم الموجب القبول إلا بعد تسلمه البرقية رغم كون القبول حصل قبل الرجوع فيه. تمكن أيضاً نظرية التسلم من تجاوز افتراضات نظرية التصريح، بما أن الموجب لن يتمكن من الاطلاع الفعلي على نية الموجب له إلا من تاريخ تسلمه القبول. فلا داعي عندئذ لافتراض تاريخ سابق للتسلم لتحقيق القبول، بما أنه لن يتحقق فعلاً بالنسبة للموجب إلا من تاريخ تسلمه له.

الفقرة الثانية : القبول وانعقاد العقد

411. يهدف بالأساس كل قبول إلى إنشاء عقد، فالعقد هو المبتغى الأصلي من وراء كل قبول لإيجاب. لكن رغم كونه يمثل غاية كل تلاق بين الإيجاب والقبول ينفصل العقد كتصرف قانوني عن هذين المكونين. فالإيجاب بوصفه تعبيراً عن إرادة منفردة يشكل تصرفاً قانونياً مستقلاً، كما يشكل

⁷⁰⁵ تعقيبي مدني 6499 عدد، مؤرخ في 25 ماي 1970، ق ت 1970، ص 100.
⁷⁰⁶ A. WEILL & F. TERRE, les obligations, 2^{ème} édition, op. cit., n° 151.

القبول هو الآخر كتعبير عن إرادة منفردة تصرفاً قانونياً ثانياً. بينما يساهم هذان التصرفان بتلاقيهما في إنشاء تصرف قانوني ثالث وهو العقد. فالعقد عندئذ، هو تصرف قانوني مستقل عن الإيجاب وعن القبول، له كيان خاص ونظام قانوني مستقل.

412. يقتضي في هذا المعنى الفصل 28 من مجلة الالتزامات والعقود: "يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول".⁷⁰⁷ يفيد هذا الفصل أن العقد الذي ينشأ عن تلاقي إرادتي الموجب والموجب له ينبرم في وقت ومكان الإجابة بالقبول، معنى ذلك أن المشرع يكرس بالنسبة لمكان وزمان انعقاد العقد بالمراسلة نظرية التصريح بالقبول⁷⁰⁸، وهو يخالف بذلك تماماً قاعدة الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود التي تقتضي نظرية التسلم⁷⁰⁹ بالنسبة لنفاذ الإيجاب ولتحقق القبول.

413. ما يبدو من تناقض في موقف المشرع، إذ تارة يأخذ بنظرية تسلم القبول لتحقيقه وأخرى بنظرية التصريح بالقبول لانعقاد العقد ما هو إلا ظاهري، لأن المشرع فصل في الحالتين بين وضعيتين مختلفتين. نظم طبق مقتضيات

⁷⁰⁷ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 145، يعقبي مدني 12194، موزع في 11 نوفمبر 1985، ن 1985، ج 2، ص 336، استثنائي مدني 97256، موزع 7 أبريل 1992، في ب 1992، عدد 7، ص 108.
⁷⁰⁸ الفقرة 359 أعلاه.
⁷⁰⁹ الفقرتان 369 و 409 أعلاه.

الفصل 22 من مجلة الالتزامات والعقود زمن تحقق القبول كتصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة، ونظم طبق الفصل 28 من نفس المجلة زمن نشأة العقد كتصرف قانوني صادر عن تلاقي إرادتين.

يطرح فعلاً القبول كتصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة مسألة ضمان استقرار المعاملات المثارة بمناسبة كل تعبير عن إرادة منفردة، فلا يتحقق هذا القبول إلا عندما يتلقاه الموجب بصفة لا رجعة فيها، فتكون تبعاً لذلك نظرية تسلم القبول النظرية الأنجع. بينما تنقلص هذه الضرورة عندما ينشأ التصرف عن تلاقي إرادتين، فيتم عندها ترجيح المنطق القانوني على حساب سلامة المعاملات، إذ لا خطر يهددها، ويعتد عندها بنظرية التصريح، لأنها تمثل الزمن الحقيقي لتلاقي الإرادتين.

414. تمكن هذه النظرة الثنائية لمفهوم القبول، كتصرف أحادي وكمكون للعقد، من تجاوز العيوب التي اعترضت سبيل النظريات الفقهية⁷¹⁰ التي تناولت هذا المفهوم من زاوية واحدة كمكون للعقد دون صفته كتصرف قانوني أحادي، فلم تتمكن من التوفيق بين المنطق القانوني السليم وضمان استقرار المعاملات، وتعرضت جميعها للنقد بسبب ذلك. أما المشرع لما أفرد القبول بنظام خاص كتصرف قانوني أحادي الجانب لا يتحقق إلا بتسلمه من قبل الموجب يكون قد ضمن استقرار المعاملات، ولما اعتبره من ناحية

⁷¹⁰ الفقرة 359 وما بعدها أعلاه.

ثانيّة كعنصر من عناصر العقد يرتّب آثاره منذ تلاقيه بالإيجاب يكون قد وافق المنطق القانوني السليم.

تتطابق فعلا نظريّة التصريح بالقبول مع المنطق القانوني السليم، لأنّها تعتبر العقد منبرما بمجرد قبول الإيجاب من قبل الموجب له، غير أنّها في نفس الوقت تقوم بذلك على حساب استقرار المعاملات، إذ يمكن للمصرّح بالقبول أن يتراجع فيه، أو أن يلغيه، أو أن يستبقه ببرقيّة تنفيه. بينما تضمن نظريّة تسلّم القبول استقرار المعاملات بما أنّها لا تعتدّ بالقبول إلّا من تاريخ وصوله إلى الموجب، والحال أنّ العقد يكون قد انبرم بعد منذ التّلاقي الحقيقي للإرادتين، أي منذ التّصريح بالقبول.

415. لا تقتصر أهميّة تحديد زمن انبرام العقد في النقاش النظري الذي تثيره، بل تشمل أيضا مسألة إلغاء الإيجاب⁷¹¹ ومدى أثره على انعقاد العقد. فعندما يرد هذا الإلغاء بعد نشأة العقد طبق نظريّة التصريح يكون غير ذي أثر على تكوين هذا العقد. كما يمكن أيضا ضبط زمن قيام العقد من تقدير أهليّة المتعاقدين (إذ يحدث أن يفصل بين بلوغ أحد الأطراف سنّ الرّشد وانعقاد التّصرّف القانوني بضعة أيام)، كما يمكن أيضا من تحديد القانون المنطبق في صورة نشوب تنازع قوانين في الزّمان، كما يساعد في تقدير مسألة انتقال المخاطر، وتحقّق شروط الدّعوى البليانيّة، وجزاء تصرّفات المفلس والسّفية... الخ.

⁷¹¹ الفقرة 378 وما بعدها.

العنوان الثّاني التصرّفات الأحاديّة

416. أصبح الفقه⁷¹² ومنذ سنوات يؤكّد على قصور النظريّة العامّة للالتزامات على استيعاب جميع الظواهر الاقتصاديّة الحديثة، وغالبا ما يتبع نفس هذا الفقه دراسته لمبدأ سلطان الإرادة بفقرة ينتقد فيها هذا المبدأ ويبرز خلالها القصور المشار إليه. غير أنّنا نعتقد أنّ عجز النظريّة العامّة للالتزامات على تنظيم جميع مجالات الحياة الاقتصاديّة والاجتماعيّة يتجاوز فكرة نقد مبدأ سلطان الإرادة، بل يتأسّس على التّصور المبسّط للحياة الاجتماعيّة المرتكز على المقابلة بين القانون والعقد كمصدرين وحيدين للإلزام والالتزام⁷¹³.

417. يقوم فعلا التّصور التقليدي لمصادر الالتزام على قطبين اثنين وهما القانون والعقد. غير أنّ هذا التّفهيم يتجاهل في الواقع مراكز قانونيّة عديدة لا تخضع لهذين القالبين الجامدين، ولا يمكن تنظيم هذه المؤسسات التي تجمع

⁷¹² يراجع على «سبيل المثال» محمّد الزّين، المرجع المتفق، عدد 42 وما بعده.

⁷¹³ I. GHESTIN, le contrat - formation, op. cit., n° 44 et s.

⁷¹⁴ G. PLANIOL, classification des sources des obligations, revue critique de legislation et de jurisprudence, 1904, p. 234 ; A. REBAÏ, la classification des sources de l'obligation dans le code tunisien des obligations et des contrats, mélanges Ph. JESTAZ, pp. 481 et s., sp. n° 3.

بين تقنيّة العقد وإلزاميّة القانون، إلّا من خلال محاولة توفيقية بين القانون والعقد. من ذلك أنّ الفقه أصبح لا يستعمل تسمية عقد بالنسبة لمعظم العقود المسماة التي تشكّل النسيج الاقتصادي للمجتمع، بل يستعمل في شأنها مصطلح "قانون" فيتحدّث في هذا المجال عن "قانون النّقل" ولا عقد النّقل، و"قانون الأكرية" ولا عقد الكراء، و"قانون التّأمين" ولا عقد التّأمين... الخ⁷¹⁴.

418. تبين هذه المحاولات الفقهية حدود التّصور التقليدي لمفهوم الالتزام الذي أصبح يتجلّى في المراجع التقليدية في شكل مقدّمة عامّة لدراسة قوانين أكثر حداثة وأكثر تطوّر ونجاعة، كالقانون الاقتصادي وقانون الأعمال وقانون الصّرف والقانون البنكي وقانون التّأمين... الخ. والحال أنّ كلّ هذه القوانين هي في الواقع متفرّعة عن القانون المدني، تستمدّ منه براهينها وتقنياتها وتنظيماتها⁷¹⁵، مدّعية في نفس الوقت انفصالها عنه واستقلالها بمادّتها.

⁷¹⁴ J. GHESTIN & B. DESCHE, traité des contrats, la vente, Paris, L. G. D. J. 1990, n° 14 et s.

أمّا المعيد SAVATIER فهو يميّز بين العقد المبرم والعقد المنظم والتعهد الرسمي (les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1^{ère} série, 3^{ème} édition 1964, n° 31 bis), بينما لا يستعمل "عقد" بل "البنية التعاقدية مقترحة، مراقبة، ممنوعة، مفقولة، مستثناة وإجارية" (), (Paris, L. G. D. J., 1963, n° 190 et s.).

⁷¹⁵ الأهمية المحلّة، السبب، الرضا، الإثبات، تنازع القوانين في الزمان... في هذا السّعى يكتب العقيلان G. RIPERT & R. ROHLOT.

"Les mécanismes juridiques modernes sont aux contrats classiques ce qu'une machine actuelle peut être à un instrument primitif. Plus la technique s'affirme et se développe, plus le droit commercial s'éloigne du droit civil et affirme son particularisme", traité de droit commercial, 12^{ème} édition, Paris, L. G. D. J., 1990, n° 1727.

419. لا نعتقد أنّه لا يمكن التصدّي لظاهرة الانجراف هذه التي تهدّد القانون المدني، والنّظرية العامّة للالتزامات بصفة أدقّ لفائدة القوانين الخاصة. بل يمكن استرجاع بعض أمجاد القانون المدني من خلال قراءة مغايرة لبعض المؤسسات القانونية التي عجز على تصنيفها الفقه التقليدي، كمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير ومؤسسة شبه العقد⁷¹⁶.

في نفس السّعى وفي ما يتعلّق باستقلال القانون التجاري: M. L. HACHEM, note sous C. A. Tunis, n° 68494, du 12 novembre 1975, R. T. D., 1976 -I- 111.

⁷¹⁶ J. HONORAT, rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, R. T. D. civ., 1964, pp 653 et s.

الباب الأول

الاشتراط لمصلحة الغير

420. تعرّض المشرّع إلى مؤسّسة الاشتراط لمصلحة الغير في الفصلين 38 و39 من مجلّة الالتزامات والعقود، ويمكن تعريف هذه المؤسّسة بكونها: "تصرف قانوني يشترط فيه شخص يسمّى المشتراط على شخص آخر يسمّى المتعهد أو الملتزم بأن يقوم بأداء معيّن لمصلحة شخص ثالث يسمّى المنتفع"⁷¹⁷. يتوقّر الاشتراط لمصلحة الغير مثلاً، عندما يشترط شخص من شركة تأمين أن تدفع مبلغاً مالياً لأحد ورثته بعد وفاته مقابل خلاص معلوم سنوي، كما يكون الأمر كذلك عندما يسلم شخص إلى شخص ثانٍ مبلغاً مالياً على أن يتولّى هذا الأخير دفع جناية عمرية إلى شخص ثالث.⁷¹⁸

421. تكمن خصوصيّة الاشتراط لمصلحة الغير، في نشأته الثنائية إذ هو يتمثّل في عقد يقوم بين المشتراط والملتزم، وفي آثاره الثلاثية باعتبار أنّه ينشئ آثاراً لفائدة شخص أجنبي عن هذا العقد وهو المستفيد، الذي يمكن أن

⁷¹⁷ محمّد الزّين، المرجع السابق، عدد 429، يراجع أيضاً :

Ch. FARROUMET, encyclopédie Dalloz, droit civil, 1976, stipulation pour autrui, n° 1 ; B. STARCK, droit civil, obligations, 2^{ème} édition, op. cit., n° 1243 ; P. TERRE, Ph. SIMIER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 486.

⁷¹⁸ نظّم قنلا مجلة الأحوال الشخصية الهبة بعوض الفصل 200 الفقرة 2 التي ينصّ عليها، خسر ط لمصلحة الغير، يراجع في هذا المجال محمّد الزّين. المرجع السابق، عدد 429.

يكون غير محدد عند إبرام العقد. فيمكن لشخص أن يشترط دفع المبلغ المشترط لابنه الذي سيولد. يتمثل عندئذ الاشتراط لمصلحة الغير في تجاوز آثار العقد المجال العقدي وانسحابها على الغير، فهو خرق لمبدأ الأثر النسبي للعقد. كما يتمتع المستفيد بالشروط بحق شخصي، مباشر وفوري تجاه المتعهد، يشكل وسيلة تأمين (sûreté) ناجعة لفائدته تنشأ مباشرة في ذمته كحق دائنية يمكنه المطالبة به رأساً ودون المرور من ذمة المشتراط. يبدو الاشتراط لمصلحة الغير مؤسسة مخالفة للمبادئ العامة للعقود يصعب تأسيسها من الناحية النظرية رغم ما تنتجه من مجالات عملية.

422. حاول الفقه الفرنسي تأسيس الاشتراط لمصلحة الغير وتفسير إمكانية انسحاب آثار عقد بين شخصين على شخص ثالث أجنبي عن العقد قد يكون غير موجود بعد، إلا أنه عزف عن ذلك بعد محاولات عديدة⁷¹⁹، لاستعصاء ربط هذه المؤسسة مع أي من الأصناف القانونية القائمة. غير أن المشرع نظم بكل دقة مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير صلب الفصلين 38 و 39 من مجلة الالتزامات والعقود، وأقر خاصة هذه المؤسسة كمبدأ، وضبط جميع آثارها. ولا يمكن تفسير موقف المشرع بتأثره بالقانون الفرنسي الذي بقي حتى في أجراً قراراته دون الحلول المقترحة من قبل مجلة الالتزامات والعقود التي جعلت من الاشتراط لمصلحة الغير أكثر من

⁷¹⁹ G. MARTY & P. RAYNAUD, les obligations, tome II, 1^{er} volume, op. cit., n° 267 ; A. SERIAUX, droit des obligations, collection droit fondamental, P. U. F. 1992, n° 52.

مجرد استثناء لقاعدة الأثر النسبي للعقود. سنحاول تبعا لذلك تحديد موقف المشرع من هذه المسألة مستعينين في ذلك بالآراء الفقهية المقترحة.

القسم الأول : المحاولات الفقهية

423. سبقت الإشارة⁷²⁰ إلى كون خصوصية الاشتراط لمصلحة الغير تتمثل في حق الدائنية الذي يتمتع به المستفيد تجاه الملتزم بينما هو طرف أجنبي بالنسبة للعقد الذي يربط بين المشتراط والملتزم. يمثل هذا الحق للمستفيد خرقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقود حاولت تبريره ثلاث نظريات مختلفة⁷²¹.

الفقرة الأولى : نظرية الإيجاب

أ- عرض نظرية الإيجاب

424. تتمثل نظرية الإيجاب، أو نظرية العقدين⁷²²، في تفكيك الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقدين متتاليين. يكتسب المشتراط بموجب العقد الأول وهو العقد الأصلي حقاً تجاه الملتزم، وبانضمام هذا الحق في ذمة المشتراط يعرض

⁷²⁰ الفقرة 421 أعلاه.

⁷²¹ قامت أيضاً بمحاولة رابعة للغة (LAMBERT) حاولت تفسير الاشتراط لمصلحة الغير بما أسماه "بالخلق المباشر للحق" (création directe du droit). غير أنه لا يمكن اعتبار هذه المحاولة نظرية لأنها لم تحاول تحديد الطبيعة القانونية لهذه المؤسسة بل اختفت سعياً وراءها، يراجع في هذا الصدد

J. FLOR & J. L. AUBERT, *Faite juridique*, op. cit., n° 471, "cette théorie est un constat d'impuissance ou ne cherche plus à expliquer, on constate"

⁷²² B. STARK par H. ROLAND & L. BOYER, *droit civil, obligations*, 2^{ème} édition, 2, contrat et quasi contrat, régime général, n° 1260.

المشترط هذا الحق على المستفيد الذي يقبله منه في عقد ثان ينتقل بموجبه هذا الحق من ذمة المشترط إلى ذمة المستفيد⁷²³. إلى جانب وضوحها تتميز هذه النظرية باحترامها مبدأ الأثر النسبي للعقود، بما أن المستفيد يستمد حقه تجاه الملتزم من عقد أبرمه مع المشترط أقال له بموجبه هذا الحق. كما تمكن هذه النظرية من تبرير إمكانية إلغاء الاشتراط قبل قبوله من طرف المستفيد، نظرا لكون الفقه الفرنسي التقليدي يعتبر الإيجاب واقعة قانونية يمكن سحبها في أي وقت⁷²⁴، فيمكن للمشترط سحب إيجابه قبل قبوله من المستفيد.

ب- تقدير نظرية الإيجاب

425. تعرضت نظرية الإيجاب رغم ميزاتها إلى النقد من قبل الفقه الفرنسي نفسه⁷²⁵ الذي، كما سبق الإشارة إليه ينفي تماما على الإيجاب صفة التصرف القانوني، وينفي عنه كل استقلالية عن إرادة مصدره، فالإيجاب مرتبط بهذه الإرادة، من ذلك أن وفاة أو تقييد أهلية الموجب ستؤدي حتما إلى اضمحلال الإيجاب⁷²⁶. نتيجة لهذا التحليل ستؤدي

⁷²³ تسمى هذه النظرية، النظرية التقليدية اقترحها (DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 248) ر. (LAURENT, t. XV, n° 559).

⁷²⁴ الفقرة 379 أعلام.
⁷²⁵ باستثناء بعض اطروحات الفقه الحديث من بينهم خامسة (J. GHESTIN, le contrat, formation, op. cit., n° 222, B. STARCK, obligations, 2^{ème} édition, op. cit., n° 70 (et s.).

⁷²⁶ الفقرة 379. وما بعدها أعلام.

وفاة أو تقييد أهلية المشترط في عملية الاشتراط لمصلحة الغير إلى اضمحلال إيجاب المشترط لفائدة المستفيد، والحال أن الأثر الأكثر ذيوعا لهذه المؤسسة يفترض أن يتم قبول المستفيد الشرط لفائدته عند وفاة المشترط في التامين على الحياة، غير أن القبول سيكون عندها متأخرا بما أن الموجب توفي أو قيدت أهليته بعد و اضمحل بذلك الإيجاب. غير أنه لا أثر لهذا النقد بالنسبة لمجلة الالتزامات والعقود إذ يعتبر الفصل 35 من هذه المجلة⁷²⁷ أن وفاة أو تقييد أهلية مصدر الإيجاب لا يؤثر على بقاء هذا الإيجاب لكونه بتوفر شروطه الشكلية والموضوعية يصبح تصرفا قانونيا مستقلا عن إرادة صاحبه، يرتب آثاره بصرف النظر عن هذه الإرادة. كما يجب التأكيد أيضا أن إلغاء (révocation) الإيجاب في الاشتراط لمصلحة الغير، الذي أفرده الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود بحكم خاص⁷²⁸، يختلف عن اضمحلاله (caducité) بموجب اضمحلال إرادة صاحبه، لأن الإلغاء يتم عن طريق تعبير عن إرادة ولا عن انتقائها.

426. يعيب أيضا الفقه⁷²⁹ على نظرية الإيجاب تجاهلها الطبيعة الفورية والشخصية والمباشرة لحق المستفيد من الاشتراط. فهي بتفكيكها لهذه العملية إلى عقدين متتاليين، تجعل حق المستفيد ينتقل من ذمة الملتزم إلى ذمة المشترط

⁷²⁷ الفقرة 362 أعلام.

⁷²⁸ الفقرة 437 أسفله.

⁷²⁹ Ch. I ARROUMET, la stipulation pour autrui, Encyclopédie Dalloz, op. cit., n° 5 et 6. ; A. WEILL & F. TERRE, les obligations, op. cit., n° 535.

ومن ذمة المشتري إلى ذمة المستفيد، فلا يكون تبعا لذلك هذا الحق مباشرا وفوريا وشخصيا، بل هو حق منحرف مرتين متتاليتين، ومعرض بناء على ذلك لدعاوى أخلاف ودانني كل من المشتري والملي. يتأكد هذا النقد الموجة لنظرية الإيجاب بالنظر لمقتضيات مجلة الالتزامات والعقود، إذ ينص المشرع صلب الفقرة الثانية من الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود: "وحيث أن ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتزم..."، فحق المستفيد من الاشتراط مفترض بموجب نص تشريعي لا يمكن مخالفته، الأمر الذي لا يتوفر في نظرية الإيجاب إذ هي كما سبق عرضه، تجعل من هذا الحق، حقا منحرفا ولا مباشرا.

الفقرة الثانية : نظرية الفضالة

أ - عرض نظرية الفضالة

427. يقترح الفقيه (LABBE)⁷³⁰ لتفادي الانتقادات الموجهة لنظرية الإيجاب، التفسير التالي للاشتراط لمصلحة الغير. عندما يبرم المشتري عقدا مع الملتزم، فهو لا يقوم بذلك في حق نفسه وإنما لصالح غيره وهو المستفيد. فالمشتري هو بمثابة الفضولي الذي يتصرف في شؤون غيره، و يقوم نتيجة لذلك قبول المستفيد مقام إمضاء الفضالة

⁷³⁰ J. E. LABBE, note sous cass. Civ., 7 et 12 février et 28 mars 1877, S. 1877 I-393 ; Douai, 14 février 1887, S. 1888-II-49.

بصفة رجعية على كامل العملية. تمكن هذه النظرية من تبرير الحق المباشر للمستفيد من الاشتراط الذي يتحقق بموجب الأثر الرجعي للإمضاء، هذا ما يساعد على تجاوز عقبة انتقال حق المستفيد عبر ذمتي المشتري والملي، الذي يسلم تبعا لذلك من دعاوى مختلف الدانين والورثة.

ب - تقدير نظرية الفضالة

428. يؤدي اعتماد نظرية الفضالة⁷³¹ في تفسير الاشتراط لمصلحة الغير، إلى تحريف إحدى المؤسستين لاسمحاله جمعهما في مؤسسة واحدة.

- يتصرف المشتري في الاشتراط لمصلحة الغير في حق نفسه، بل حتى يتمتع بدعوى مباشرة تجاه الملتزم لإرغامه على تنفيذ التزامه⁷³²، بينما يفترض في الفضالة أن يتصرف الفضولي في حقوق غيره ولا في حق نفسه.

- من ناحية ثانية يحق للفضولي أن يطالب صاحب الحق ما بذله من مصاريف وخسائر⁷³³، بينما يستحيل ذلك بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير.

- أخيرا لا يحق للفضولي الذي شرع في التصرف أن ينقطع عن ذلك، بل يتعين عليه الاستمرار في التصرف إلى أن يباشر صاحب الحق التصرف بنفسه⁷³⁴، في

⁷³¹ الفقرة 452 وما بعدها أسفله.

⁷³² الفصل (3) من مجلة الالتزامات والعقود.

⁷³³ الفصل 1185 من مجلة الالتزامات والعقود.

⁷³⁴ الفصل 1180 من مجلة الالتزامات والعقود.

حين أن لا شيء يمنع المشتراط من إلغاء تقيده طالما أمكنه ذلك.⁷³⁵

الفقرة الثالثة : نظرية الإرادة المنفردة

أ - عرض نظرية الإرادة المنفردة

429. تم اقتراح التفسير الذي يرى في الاشتراط لمصلحة الغير تقيداً بموجب إرادة منفردة، من قبل التيار الفقهي المعتد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، وهو يرى في الاشتراط لمصلحة الغير إحدى تطبيقات هذا المبدأ⁷³⁶. يرى هذا التيار الفقهي أن تقيده الملتزم هو بمثابة وعد موجه للمستفيد يندرج في العقد الذي يربط بين المشتراط والملتزم⁷³⁷، فيصبح المستفيد دائناً بمقتضى تصرف قانوني أحادي الجانب مترتب عن عقد يستند إليه ويستمد منه إلزاميته⁷³⁸.

ب - تقدير نظرية الإرادة المنفردة

430. يعيب الفقه على هذه النظرية مخالفتها لنظام الاشتراط لمصلحة الغير الذي يفترض وجود عقد خلف تقيده

⁷³⁵ الفقرة 444 اعلاه.

⁷³⁶ COLIN & CAPITANT, traité de droit civil, 4^{ème} édition, tome II, n° 131 ; JOSSERAND, traité de droit civil, tome II, n° 304 ; B. STARCK, obligations, 2^{ème} édition, 2, contrat et quasi-contrat, op. cit., n° 1265 ; R. WORMS, de la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, thèse, Paris 1891, pp. 114 et s.

⁷³⁷ B. STARCK, op. cit., n° 1265.

⁷³⁸ JOSSERAND, tome II, op. cit., n° 304.

الملتزم، وهو العقد القائم بينه وبين المشتراط، ولا تصرف أحادي الجانب كما تقترحه هذه النظرية. كما أن نظرية الإرادة المنفردة لا تمكن من تفسير إمكانية الإلغاء التي يتمتع بها المشتراط قبل قبول المستفيد الاشتراط لفائدته، فلو كان فعلاً مصدر حق المستفيد الإرادة المنفردة للملتزم لما أمكن للمشتراط أن يلغي الشرط⁷³⁹.

431. يتبين في الواقع أن نظرية التقيده بموجب إرادة منفردة كتفسير لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير، تبدو غريبة بعض الشيء طبق ما تم عرضها من طرف الفقه التقليدي. يرى من ناحية هذا الفقه عقداً في كل اتفاق حتى لو كان لتحقيق غاية واحدة، في ما يتمثل العقد في التوفيق بين إرادتين متناقضتين. كما تلجأ من ناحية ثانية هذه النظرية إلى مفهوم الإرادة المنفردة في إطار تصور ذاتي للمادة القانونية، وتفصله بذلك عن التصور الموضوعي الذي أفرزه، فيكون مفهوم الإرادة المنفردة كالطير في غير سربه.

القسم الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير في مجلة الالتزامات والعقود

432. يتجلى من خلال النظريات الفقهية التي تناولت الاشتراط لمصلحة الغير، أن هذه المؤسسة تتميز بخاصيتين

⁷³⁹ A. WEILL & F. TERRE, les obligations, 3^{ème} édition, op. cit., n° 537.

وهما؛ الطبيعة المنفردة لارتباط الملزم والصبغة المجردة لهذا الالتزام.

433. الطبيعة المنفردة لارتباط الملزم. شككت هذه الخاصية لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير، محور اهتمام الفقه من خلال نظرية الإيجاب⁷⁴⁰ ونظرية الإرادة المنفردة⁷⁴¹. غير أن هذين النظريتين رغم اقتناعهما بضرورة اللجوء إلى مفهوم الإرادة المنفردة لتفسير تدخل الغير في علاقة عقدية، أخفقتا في التبرير المقنع للاشتراط لمصلحة الغير لفصلهما هذه الإرادة عن المحيط الموضوعي الذي يجب أن يصاحبها.⁷⁴²

434. الطابع المجرد للاشتراط لمصلحة الغير. يمثل هذا الطابع خاصية مميزة لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير التي لا يستدل على سببها من خلال هيكلتها⁷⁴³، بل يمثل هذا التصرف القانوني تصرفاً محايداً يمكن أن يخفي أسباباً عديدة، فيمكن للاشتراط لمصلحة الغير أن يقوم مقام خلاص دين سابق، أو مقام مقايضة، أو مقام تبرع... الخ. يعطي الطابع المجرد للاشتراط لمصلحة الغير لهذه المؤسسة صبغة التأمين

⁷⁴⁰ الفقرة 424 أعلاه.

⁷⁴¹ الفقرة 429 أعلاه.

⁷⁴² لم تتسكع فعلاً نظرية الإيجاب (الفقرة 425) من تبرير الحق المباشر للمستفيد بنفيها طبيعة التصرف القانوني على الإيجاب، كما أخفقت نظرية الإرادة المنفردة (الفقرة 430) في استنتاج كل آثار الإرادة المنفردة بما في ذلك عدم إمكانية الإلغاء العشوائي.

⁷⁴³ غالباً ما تكشف هيكلية التصرف القانوني عن سببه؛ فالتسبب في العقود التبادلية يمكن في الالتزامات المتبادلة، كما يمكن سبب العقود العينية في عملية التسليم، ويمثل على سبب التبرعات من العملية نفسها (الفقرة 261 أعلاه).

من خلال الحق المباشر الذي يتمتع به المستفيد من هذه العملية الذي يكون متحققاً من الخلاص في الأجل.

435. نظم المشرع الاشتراط لمصلحة الغير صلب الفصلين 38 و39 من مجلة الالتزامات والعقود، كما أبرز من خلال هذين الفصلين الخاصيتين المميزتين لهذه المؤسسة، وهما طابعها الأحادي وطابعها المجرد. يقوم الاشتراط لمصلحة الغير بوصفه عملية ثلاثية، على علاقات بين ثلاثة أشخاص: المشتري، الملزم والمستفيد.

الفقرة الأولى : العلاقة بين المشتري والملزم

436. يربط بين المشتري والملزم نوعان من العلاقات، علاقة ناشئة عن الاتفاق الأصلي وعلاقة ناتجة عن عملية الاشتراط.

أ - العلاقة الاتفاقية

437. يقتضي الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود : "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعة على الغير وإن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين"⁷⁴⁴. يفيد هذا الفصل أن خلف كل اشتراط لمصلحة الغير تقوم علاقة تعاقدية يتفق بموجبها الطرفان

⁷⁴⁴ لم يقل الفقه وفقه العشاء الفرنسي مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير إلا في شكل استثناء لهذا الأمر اللبني للعقد، ولم يتم إقرار هذه المؤسسة في شكل مبدأ إلا في نهاية القرن 19 (J. GHESTIN, Ch. J. JAMIN & M. BILLIAU, droit civil, les effets du contrat, 2^{ème} édition, L. G. D. J., (Paris 1995, n° 606).

على الاشتراط لفائدة الغير. تخضع هذه العلاقة التعاقدية إلى القانون العام المنظم لمادة العقود حسب طبيعة التصرف (تبادلي، من جانب واحد، مجاني أو بمقابل)⁷⁴⁵، وهي لا تثير صعوبات خاصة، فهي تفترض توفر الشروط العامة اللازمة لقيام العقد من أهلية ورضا ومحل وسبب⁷⁴⁶.

ب - العلاقة الناشئة عن الاشتراط

438. ينظم الفصل 39 من مجلة الالتزامات والعقود العلاقة الناشئة عن الاشتراط وهو يقتضي: "يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير". يمكن هذا الفصل المشتراط لفائدة الغير من طلب تنفيذ هذا الشرط، أي أن إلى جانب ما له من حقوق ناشئة عن الاتفاق الأصلي، يتمتع المشتراط، وهو غير مستفيد من الشرط، بحق طلب تنفيذ هذا الشرط بمعية المستفيد منه⁷⁴⁷. يحاول الفقه⁷⁴⁸ تبرير هذا الحق الذي يتمتع به المشتراط تجاه الملتزم في عملية الاشتراط لمصلحة الغير

⁷⁴⁵ محمد الزين، المرجع السابق، عدد 429.

⁷⁴⁶ أثارت مسألة السبب صعوبات في فئة القضاء الفرنسي، الذي قيد جواز الاشتراط لمصلحة الغير بسلامة السبب من كل نية خبيثة، كالتأمين على الحياة لفائدة خليفة لحملها على مواصلة العلاقات الزوجية (Cass. Civ. 22 mai 1984, J. C. P. 1984, IV, 243, cass. civ., 8 novembre 1982,) (Bull., I, n° 321).

⁷⁴⁷ لم يقره القضاء في فرنسا هذا الحق للمشتراط إلا منذ سنة 1956 (Cass. Civ., 12 juillet 1956, D. 1956, p. 749, note RADOUANT; Cass. Com., 14 mai 1979, Bull. civ., IV, n° 153; D. 1980, p. 157, note Ch. LARROUMET).

⁷⁴⁸ J. GHESTIN, Ch. JAMIN & M. BILLIAU, droit civil, les effets du contrat, op. cit., n° 611.

والحال أنه ليس هو المستفيد من الشرط بل الغير، بمصلحته المعنوية في ذلك⁷⁴⁹، غير أن هذا الفقه لا يبين أساس هذه المصلحة نفسها.

439. يمكن في الواقع تأسيس حق المشتراط في طلب تنفيذ الشرط لفائدة الغير، في الإرادة المعبر عنها من طرف الملتزم الذي بقبوله الشرط يكون قد تقيد بالدرجة الأولى لفائدة المستفيد بموجب تعبير عن إرادة محدد الوجهة⁷⁵⁰ وبصفة فرعية لفائدة المشتراط الذي يصبح دائنا بالشرط بمعية المستفيد. هذا ما يفترضه الفصل 39 من مجلة الالتزامات والعقود عندما أجاز للمشتراط: "أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط"، غير أن حق المشتراط لكونه متفرع عن حق المستفيد، لا يمكن طلب تنفيذه من طرف المشتراط وحده بل يجب طلب ذلك صحبة المستفيد. يجب التأكيد أيضا على الطابع المجرد لهذا الحق الذي يتمتع به المشتراط، إذ لا يسوغ للملتزم أن يعارضه بأي دفع متعلق بالعقد الأصلي، بل يتعين عليه تنفيذ الشرط طبق ما تقيد به دون إثارة أي استثناء، إذ لا

⁷⁴⁹ OMRAN, étude comparative sur la théorie de la stipulation pour autrui en droits français, italien et de la République Arabe Unie, thèse, Paris, 1966, pp. 168 et s.

تبرير حق المشتراط تجاه الملتزم بمصلحته المعنوية في ذلك، لمن يونس لهذا الحق فهو لا يبين أساس هذه المصلحة نفسها، إذ لو كان أساس المصلحة المعد لكان من الأنسب طلب الفسخ لعدم التنفيذ، ولا طلب مواصلة التنفيذ لفائدة الغير.

⁷⁵⁰ الفقرة 362 أعلاه.

يجوز تحميل المستفيد دفعات تهم العلاقة الأصلية، فالاشتراط هو لمصلحة الغير ولا لمضرة الغير⁷⁵¹.

الفقرة الثانية : العلاقة بين الملزم والمستفيد

440. ينظم الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود العلاقات الناشئة بموجب الاشتراط لمصلحة الغير بين الملزم والمستفيد، وينص في هذا المعنى : "...وحيثنذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملزم...". ينشأ بناء على الاشتراط لفائدة المستفيد، حق شخصي مباشر وفوري⁷⁵². غير أن حق المستفيد تجاه الملزم ليس مطلقا، بل يقيدته الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود بالعقد الأصلي.

⁷⁵¹ بعد أن استقر فقه القضاء الفرنسي مدة طويلة في هذا المعنى، (Cass. Civ., 10 avril 1973, D) : "une stipulation pour autrui ne saurait faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation (stipulée en dehors de lui)" أصبح يمكن من ممارسة المستفيد بدين مشروط عليه، بما يعبر طبيعته المؤسسة التي لا تنفي اشتراطا لمصلحة الغير، بل نصبح عقدا في حق الغير. (Cass. Civ., 8 décembre 1987, Bull. I, n° 343).

⁷⁵² اعتبرت محكمة النقض في قرار صادر في 4 جانفي 1983 تحت عدد 1784، ق ت عدد 7 لسنة 1983 من 57، وخاصة في قرار صادر عن الدوائر المجتمعة في 28 مارس 2002، تحت عدد 6259، قرارات الدوائر المجتمعة 2001-2002، من 271، أن عقد التأمين من غرض المعاوضة للوارد بها الفصل 34 م 1 ع يحدد به المعافاة مقدار النفع منه فيضمن ذلك العقد مبلغ التأمين الذي يمثل حدود التزام المؤمن بالتعويض، فلا يجوز مطالبة بما يفوق المبلغ المؤن عليه ويمكن بالتالي لتركة التأمين أن تعارض المؤمن له والمتضرر بمبلغ التأمين المحدد بالعقد ولو لم يكن كافيا لتعويضه كل الأضرار الناجمة عن الخطر المؤمن ضرورة أن المتضرر وإن لم يكن متعاقدا فانه يستمد من عقد الصامن "حقا شخصيا" و "مباشرا" منذ المؤمن يتلقاه بجميع الدفع المتعلقة به وطبق شروطه

أ - أساس حق المستفيد

441. رأينا⁷⁵³ أن أهم النقاشات الفقهية حاولت دون توفيق تأسيس حق المستفيد تجاه الملزم في مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير، وسعت النظريات المقترحة لتبرير هذا الحق المباشر الذي يتلقاه المستفيد دون المرور من ذمة المشتري ومن ذمة الملزم ودون خرق الأثر النسبي للعقد. في الواقع يجد حق المستفيد، شأنه شأن حق المشتري⁷⁵⁴، أساسه في إرادة الملزم الذي يقبله الشرط يكون قد عبر عن إرادة منفردة محددة الوجهة لفائدة المستفيد من هذا الشرط. يشكل بالتالي هذا التعبير عن الإرادة تصرفا قانونيا مستقلا له آثاره القانونية الخاصة به، يستمد منها حق المستفيد صبغته الشخصية والمباشرة والفورية، دون ارتباطه لا بذمة المشتري ولا بذمة الملزم، بل هو تقيّد مباشر تجاه المستفيد بموجب إرادة الملزم المنفردة. لا يترتب بالتالي حق المستفيد عن العقد الأصلي ليكون بذلك خارقا للأثر النسبي للعقد، بل ينشأ عن مركز قانوني جديد ناتج عن الاشتراط لمصلحة الغير قائم بين الملزم والمستفيد. أي أن الملزم يتقيد في إطار العقد الأصلي بإصدار شرط لفائدة الغير يصبح بموجبه ذلك الغير داننا بذلك الشرط، وهو ليس داننا بموجب العقد الأصلي.

⁷⁵³ الفقرة 42، وما بعدها أعلاه.

⁷⁵⁴ الفقرة 439 أعلاه.

ب - نطاق حق المستفيد

442. يرسم الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الأخيرة حدود حق المستفيد ومدى ارتباط هذا الحق بالعقد الأصلي الذي جاء لتنفيذه، فهو يقتضي: "...إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة...". ينشأ فعلا التزام المستشرط عليه حقا مباشرا لفائدة المستشرط له، غير أن هذا الالتزام هو تصرف قانوني نابع عن إرادة حرة بإمكانها تحديد محتوى هذا الالتزام وتحديد شروطه وآثاره⁷⁵⁵ طبق ما أراده وارتضاه الملتزم صلب العقد الأصلي⁷⁵⁶.

الفقرة الثالثة : العلاقة بين المستشرط والمستفيد

443. ينشأ الاشتراط لمصلحة الغير حقا مباشرا لفائدة المستفيد تجاه الملتزم، فلا علاقة مبدئيا بين المستفيد والمستشرط. قد توجد علاقة بين هذين الطرفين وهي تمثل السبب الحقيقي لعملية الاشتراط، غير أن هذه العلاقة، ونظرا للطابع المجرد لمؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير، تبقى خارجة عن نطاق العملية نفسها (تسديد دين سابق، خلاص ثمن شيء ما، تبرع... الخ). فلا علاقة نتيجة لذلك بين المستفيد والمستشرط، المستفيد ليس خلفا للمستشرط ولا دائنا له. فلا يمكن للمستفيد مطالبة المستشرط بالتنفيذ، كما لا يمكن لورثة

المستشرط ولدائنيه متابعة الأموال الراجعة للمستفيد. تمثل من هذه الناحية مؤسسة الاشتراط لمصلحة الغير وسيلة تأمين ناجعة.

لكن مهما انتفت كل علاقة بين المستشرط والمستفيد، هل يحق للمستشرط أن يلغي شرطه وأن يتراجع فيه؟

444. خلافا للقانون الفرنسي⁷⁵⁷ لم يتعرض المشرع إلى مسألة إلغاء الاشتراط من قبل المستشرط، بل ينص الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الأخيرة: "وإذا اشترط شيء للغير فاعلم الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشرط"، الذي يفهم منه أن الاشتراط يبقى قائما طالما لم يرفضه المستفيد منه، ما يقضي إمكانية إلغائه من قبل المستشرط. يتأسس هذا الحل في طبيعة حق المستفيد الذي ينشأ مباشرة تجاه المتعهد، فلا دخل بالتالي للمستشرط في هذا الحق، لأن تقيدته أصبح نهائيا منذ تلقيه من طرف المستشرط عليه، الذي أصدر بدوره إيجابا لفائدة المستفيد، الذي يصبح بدوره ملزما بوصوله إلى ذلك المستفيد⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ يمكن الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية من إلغاء الاشتراط

⁷⁵⁶ يتأيد هذا الرأي بمراجعة الفصل 1141 من مشروع 1899 الذي لا يجعل صراحة الرجوع في الاشتراط من لدن المستشرط.

⁷⁵⁵ نعيم مدي (ع) 6259 عدد الصادر عن الدوائر المصدرة بتاريخ 28 مارس 2002 المذكور سابقا.

⁷⁵⁶ لا يمكن نظرية الإيجاب واقعة قانونية من هذا الحل، إذ هي تخضع للإيجاب إلى قالب سابق الوضع حتى تكون له آثار قانونية يحثها القانون ولا إرادة الأطراف.

الباب الثاني

شبه العقد

القسم الأول : مفهوم شبه العقد

445. يتعرّض المشرّع صلب الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود إلى مصادر الالتزام على النحو التالي: "تعمير الذمة يترتب على الاتّفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجّنج وشبهها". فهو يكرّس عندئذ مؤسسة شبه العقد⁷⁵⁹ كمصدر للالتزام والالتزام إلى جانب الاتّفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية⁷⁶⁰.
446. يتبيّن بمراجعة الفقه أنّ مفهوم شبه العقد بقي لمدة طويلة غامضا وغير واضح المعالم، وقد يعزى هذا الغموض إلى صعوبة تأصيل هذا المفهوم.
447. تطوّر مفهوم شبه العقد. يعرف الفقه⁷⁶¹ استنادا على الفصل 1371 من المجلة المدنية الفرنسية⁷⁶² شبه العقد

⁷⁵⁹ إكرام هيايلي، مفهوم شبه العقد، مذكّره مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 2004-2004.

⁷⁶⁰ حول هذا التصنيف، راجع

A. REBAT, op. cit. n° 7 et s.

⁷⁶¹ محمّد الزّوين، المرجع السابق، عدد 25، محمّد الملقى، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، الجامعة التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية، مركز البحوث والنشر، طبعة ثانية، سنة 1991، ص 13.

بكونه: "عمل جائز يقوم به الشخص اختياراً ويترتب عليه بمقتضى القانون ما يترتب على الاتفاق". فشبّه العقد حسب هذا التعريف لا يشكّل عقداً، لانتهاء التراضي فيه، إلا أنه يترتب آثاراً قانونية تماثل آثار العقد. شبّه العقد ليس بالعقد إذ لا تتوفر فيه شروط العقد، وهو ليس بالواقعة القانونية إذ هو يترتب آثار العقد. لم يتمكن الفقه الفرنسي من فك رموز هذه المؤسسة المخضرة الموروثة عن القانون الروماني والتي لا تستجيب لقوالب النظرية الذاتية للالتزام، التي تحصر غالبها مصادر الالتزام في العقد وفي القانون.

448. ظهر مفهوم شبّه العقد في القانون الروماني⁷⁶³ عندما لم يتمكن من تنظيم بعض مصادر للالتزام من خلال القوالب الصلبة التي كانت قائمة آنذاك، العقد والجنحة. فأنشأ هذا القانون مفهوم شبّه العقد الذي كان بمثابة "الحوض الهجين والغامض الذي يتخلّص فيه من السراكر التي يعسر تبويبها"⁷⁶⁴، كالوصاية والشيوع، فهي في نفس الوقت تصرفات جائزة غير أنها لا تشكّل عقوداً. فهي تشبه العقود من حيث آثارها، من ذلك أن تمّ تشبيهها بالعقود من حيث نشأتها⁷⁶⁵.

⁷⁶² Article 1371 du code civil français: "les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties".

⁷⁶³ N. M. K. GOMAA, théorie des sources de l'obligation. Paris: L. G. D. J., 1968, p. 15; H. VIZIOZ, la notion de quasi-contrat, thèse Bordeaux, 1912, p. 2 et s.

⁷⁶⁴ H. VIZIOZ, op. cit., p. 315.

⁷⁶⁵ N. M. K. GOMAA, théorie des sources des obligations, op. cit., loc. cit.

449. رغم طبيعته السلبية (فهو ليس بعقد وليس بواقعة)، تمّ تكريس مفهوم شبّه العقد من قبل المشرع الفرنسي في الفصول 1371 وما بعده من المجلة المدنية، كما تمّ النسخ على منواله من قبل المشرع التونسي منذ الفصل الأول من مجلة الالتزامات والعقود⁷⁶⁶. يطرح التكريس التشريعي لمفهوم شبّه العقد مسألة تأسيسه كمصدر مستقل للالتزام وللالتزام.

450. أسلم مفهوم شبّه العقد. أغلب من انكب على مفهوم شبّه العقد وهم عديدون⁷⁶⁷، توجه بالنقد لهذا المفهوم، باستثناء بعض المحاولات⁷⁶⁸ التي سعت إلى تبريره. فالفقيه (DOMAT) نفى هذا المفهوم وتجاهله تماماً واعتبر أنه يمكن تصنيف المصادر الإرادية للالتزام إلى مصدرين العقد والإرادة المنفردة، وتبعه في هذا التحليل الفقيه (R. BOUT)⁷⁶⁹. غير أن القانون الفرنسي الذي انغلق صلب المفهوم الضيق

⁷⁶⁶ لم ينعزل القانون الألماني إلى مفهوم شبّه العقد في المجلة المدنية واكتفى بتنظيمه الفصل (الفصل 677 وما بعده) والإثراء بدون سبب (الفصل 812 وما بعده)؛ وهو نفس الموقف للقانون السويسري الذي ألغى هذا المصدر للالتزام عند مراجعته المجلة سنة 1911، (V. KASSER, manuel du droit, 1911, 19. Idéologie des obligations, 2^{ème} édition, n° 19). كما أنه أيضاً نفس موقف أغلب فقهاء المصارف (القانون الإيطالي، القانون البرتغالي، القانون الإسباني).

⁷⁶⁷ J. P. REQUET, l'engagement sans cause, thèse Alger 1945; R. BOUT, la position d'affaires en droit français contemporain, Paris, L. G. D. J., 1972; J. CARBONNIER, les obligations, t. IV, op. cit., p. 298; A. COLIN & H. CAPLANT, cours élémentaire de droit civil français, tome II, Dalloz 1959, pp. 273 et s.; H. VIZIOZ, la notion de quasi-contrat, thèse Bordeaux 1912.

⁷⁶⁸ J. HONORAT, rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, R. D. civ., 1969, pp. 657 et s.; M. DOUCHY, la notion de quasi-contrat en droit positif français, thèse Aix-Marseille III, édition Economica, 1977.

⁷⁶⁹ op. cit., n° 152.

للعقد⁷⁷⁰، لم يكن بإمكانه التخلي عن مفهوم شبه العقد لفائدة مفهوم أكثر تلاؤم مع مقتضيات الحياة الاجتماعية، خاصة أن المعاملات بين أفراد المجتمع تفرز أكثر فأكثر وضعيات قانونية خارجة عن نطاق العقد دون أن تكون وقائع قانونية، كالبناء على أرض الغير، أو الالتزامات الناشئة عن علاقات الجوار، أو الشيوخ، أو المساعدة، أو نظرية الظاهر... الخ.

451. في الواقع ليس هنالك موجب حسب اعتقادنا لإفراد مفهوم شبه العقد بقسم قانوني خاص به⁷⁷¹، فهو يتمثل حسب التعريف المتفق في شأنه في "عمل جائز يقوم به الشخص اختياراً ويترتب عليه بمقتضى القانون ما يترتب على الاتفاق". شبه العقد هو عندئذ تصرف قانوني مشروع صادر عن شخص واحد تترتب عنه آثار العقد. فهو بعبارة أخرى تصرف قانوني أحادي الجانب، فهو ينشأ عن إرادة منفردة وتترتب عنه آثار قانونية. ولما كرس بعد المشرع الإرادة المنفردة كمصدر للإلزام والالتزام⁷⁷²، يصبح مفهوم شبه العقد غير ذي موضوع باعتبار أن مفهوم الإرادة المنفردة يستوعب كل التصرفات الأحادية الجانب التي تنشأ آثاراً قانونية.

⁷⁷⁰ نراجع مشروع الأستاذ (CATALA) الموزع في 22 سبتمبر 2005، وحاشية التعليق 1101 الذي أصبح يذهب في ما يخصه إلى "الالتزامات تنشأ عن التصرفات المفردة" ومن الوقائع القانونية".

⁷⁷¹ يصادق بالعكس عبد الوهاب الرباعي على إفراد هذا المفهوم بصفة خاص ضمن محلات الإلزام في مجلة الالتزامات والعقود (libres propos sur les sources du droit, mélanges Ph. JESTAZ, op. cit., n° 21).

⁷⁷² الفقرة 26 وما بعدها أعلام.

هذا ما سنتمكّن من معايينته من خلال تناول سريع لمختلف المؤسسات التي أطلق عليها المشرع تسمية "شبه العقد".

القسم الثاني : أنواع شبه العقد

الفقرة الأولى : الفضالة

452. تعرّض المشرع إلى مؤسسة الفضالة⁷⁷³ في الباب الرابع من العنوان السابع من مجلة الالتزامات والعقود المعنون "في شبه العقود المنزلة منزلة الوكالة، تصرف الفضولي" الفصول 1179 إلى 1194⁷⁷⁴. يعرف الفصل 1179 من مجلة الالتزامات والعقود الفضالة على النحو التالي: "إذا باشر شخص مصالح غيره اختياراً أو ضرورة

⁷⁷³ ليلى الطرودي، الفضالة في القانون المدني، مذكرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1995-1996، محمد الزين، المرجع السابق، عدد 26، ابن سليل، مصدر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت 1983؛ عبد الرزاق أحمد السحوري، الوسيط في شرح الفقه الحنفي الجديد، الجزء 1، القاهرة.

J. CARBONNIER, les obligations, tome 4, 14^{ème} édition, P. O. L., Paris 1990, p. 460 ; M. DE JUGUART & A. PIEDÉLIEVRE, cours de droit civil, biens, obligations, tome I, 2^{ème} édition, Montchrestien, Paris 1922, n° 675 ; J. FLOUR & J. L. AUBERT, les obligations, le fait juridique, 5^{ème} édition, par J. L. AUBERT & A. COLIN, Paris 1991, n° 3 ; Ph. MAUROY & L. AYNES, cours de droit civil, tome VI, les obligations, 6^{ème} édition, Cujas, Paris, 1995, n° 901 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, 6^{ème} édition Dalloz 1996, n° 952.

⁷⁷⁴ تعرّض المشرع التمييزي لائحة الالتزامات والعقود لسنة 1897 إلى الفضالة في ثلاثة فصول فقط وهي الفصول 1173، 1174 و 1175 التي تميزت بتجاهها الكلي مع فصول المحلة المدنية الفردية، بينما أصبح المشروع الأولي لسنة 1899 يفتقر واحد وعشرين فصلاً، من الفصل 1358 إلى الفصل 1378 أحالت هوامشها إلى القانون الألماني والقانون الإيطالي والفقه الإسلامي.

بدون إذن منه أو من القاضي في مغيبه أو بدون علمه فإنه يترتب على ذلك التحاق تصرفه بتصرف الوكيل ويجري حكمه على ما بالفصول الآتية: "تنشأ الفضالة عندما يقوم شخص "الفضولي" بعمل بمحض إرادته اختياراً منه، أوفي حالة ضرورة، لفائدة الغير "رب العمل" دون علمه أو دون توكيل منه⁷⁷⁵. تترتب عندئذ عن الفضالة آثاراً قانونية محمولة على كلا الطرفين. فعندما يتعهد شخص بإطفاء حريق اندلع في بيت جاره الغائب، يكون قد تصرف تصرف الفضولي، ويلحق تصرفه ذلك بتصرف الوكيل. فيصبح كأنه وكيل رب العمل، تربط بينهما علاقة تعاقدية، تحمل كلاهما واجبات، وتسند ل كليهما حقوقاً.

453. تحتل الفضالة منزلة وسطى بين التبرع⁷⁷⁶ المجاني الذي ينم عن فعل الخير، والتطفل المتمثل في التدخل دون موجب في شؤون الغير. بسبب ذلك أحاطها المشرع بجملة من الشروط صلب الفصول 1179 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود تنزل عند قيامها الفضالة منزلة التوكيل.

454. الطبيعة القانونية للفضالة. أطلق المشرع على الفضالة تسمية شبه العقد والحقها بالوكالة، غير أنه لا يمكن اعتماد هذا التصنيف لغموض ولسلبية مفهوم شبه العقد⁷⁷⁷. كما أن اعتبار الفضالة شبه عقد مرتبط بالوكالة، يضع هذه

⁷⁷⁵ تعفيبي مدني 11557، مؤرخ في 23 جويلية 1984، ن 1984، ج 1، ص 291.
⁷⁷⁶ هكذا كان يعامل بدرجات متفاوتة التشريع الإسلامي الفضالة، إذ هو مفروض في العداوى في التبرع (C. CHEHATA, théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, les (sujets de l'obligation, Sirey 1969, pp. 165-166).
⁷⁷⁷ الفقرة 445 وما بعدها أعلاه.

المؤسسة في بوتقة ضيقة وجامدة غير قادرة على استيعاب جميع مجالات تدخلها، إذ يمكن لهذه المؤسسة أن تبرز تقديم خدمة إضافية عما هو مشروط في العقد⁷⁷⁸، ويمكن لها أيضاً أن تقوم سنداً للدعوى بين مجموعة المدينين بالتضامن⁷⁷⁹. لجأ الفقه الفرنسي لتأسيس الفضالة إلى مقترحات عديدة؛ فادمجها في صنف شبه العقد⁷⁸⁰ رغم عيوب هذا المفهوم، ثم ألحقها بالالتزامات القانونية⁷⁸¹ لكن عدم دقة هذه الالتزامات وتنوع مجالاتها حال دون ذلك، فتم اعتبارها حالة من حالات الإثراء غير المشروع⁷⁸² رغم قصور هذا المبدأ عن تفسير التزامات الفضولي، ما حدا ببعض الفقهاء إلى اعتبارها مصدراً مستقلاً للالتزامات⁷⁸³.

455. حاول من ناحية أخرى بعض الفقهاء وجود أساس للفضالة في الإرادة المنفردة للفضولي⁷⁸⁴، غير أن هذا المقترح تم انتقاده لعدم تكريس الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الفرنسي⁷⁸⁵. غير أنه لا مجال لهذا النقد

⁷⁷⁸ R. BOUÏT, thèse, op. cit., n° 216 ; M. PICARD, la gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, R. T. D. civ., 1922, p. 420.

⁷⁷⁹ J. BOREL, le recours entre créanciers in solidum, J. C. P., 1967, I, 2126.

⁷⁸⁰ M. GÉOFFRAY, la gestion d'affaires dans le droit romain, thèse Paris, 1879, pp. 3 et 4.

⁷⁸¹ MARUTTE, la notion juridique de la gestion d'affaires, thèse, Chen, 1930, n° 18.

⁷⁸² M. PICARD, la gestion d'affaires, R. T. D. civ., op. cit., p. 7.

⁷⁸³ F. GORÉ, le fondement de la gestion d'affaires source autonome et générale d'obligations, D. 1953, chr. VII, p. 41.

⁷⁸⁴ F. JOSSERAND, cours de droit civil positif français, tome II, 2^{ème} édition, théorie générale des obligations, Sirey, 1933, n° 1448.

⁷⁸⁵ F. GORÉ, thèse op. cit., p. 268 ; H. L. & J. MAZEAUD, par F. CHABAS, les obligations, op. cit., p. 795.

في مجلة الالتزامات والعقود إذ هي كرّست صلب فصلها الأول التعبير عن الإرادة المنفردة كمصدر للإلزام والالتزام. فلا مانع عندئذ من تفسير وتبرير الفضالة على هذا الأساس، علماً أنّ الفصل 1179 يقدّم الفضالة على كونها "مباشرة اختيارية أو ضرورية لمصالح الغير". فالفضالة تتمثل عندئذ في سلوك ناتج عن إرادة منفردة يترتب آثاراً قانونية⁷⁸⁶.

456. آثار الفضالة. ترتب الفضالة عند تحققها التزامات محمولة على الفضولي، والتزامات محمولة على صاحب الحق.

- التزامات الفضولي. يقتضي الفصل 1180 مدني: "على الفضولي أن يستمرّ في تصرّفه إلى أن يمكن لصاحب الحق أن يباشره بنفسه إذا لم يكن في رفع يده مضرّة على صاحب الحق". فلا يجوز للفضولي الذي تقيد بموجب إرادته المنفردة تجاه الغير أن يلغي هذا التقيد بصفة فجائية واعتباطية⁷⁸⁷. كما يفترض الفصل 1185 من مجلة الالتزامات والعقود في فقرته الثانية أن: "أعمال الفضولي تحمل على السداد كيفما كان مآلها إذا كان الشروع فيها على وجه لائق بمقتضى الحال وحسن الإدارة"، أي أنه يتعيّن على

الفضولي أن يواصل التصرف بفروعه حسب ما تقتضيه حسن الإدارة زماناً ومكاناً⁷⁸⁸.

يضع المشرع على كاهل الفضولي التزاماً ثانياً أوجبه الفصل 1182 من مجلة الالتزامات والعقود وهو التزام تقديم الحساب، إذ يقتضي هذا الفصل: "على الفضولي ما على الوكيل من تقديم الحساب وترجيح جميع ما تسلمه بمقتضى تداخله. إلى غير ذلك مما يلزمه كما لو كان بيده توكيل صريح". فالفضولي الذي يبذل مصاريف ويقبض أموالاً بمناسبة عمليّة الفضالة مطالب بتقديم لصاحب الحق، جرد موثق في ذلك⁷⁸⁹ كما لو كان باشر تصرّفه بموجب وكالة.

- التزامات صاحب الحق. يصعب في الواقع تصوّر التزامات محمولة على ربّ العمل الذي لم يطلب شيئاً، إذ لا يعقل أن يتقيد شخص تجاه الغير دون إرادته، فاقترض تبعاً لذلك الفصل 1189 من مجلة الالتزامات والعقود: "تصرّف الفضولي لا يستحقّ فيه لأجر"، أي أنّه لا يحقّ للفضولي أن يصبح دائماً لأجر بموجب إرادته المنفردة. كما قيد المشرع نشأة التزامات محمولة على صاحب الحق في الفضالة بشرط التصديق الصريح أو الضمني على معنى الفصل 1194 من مجلة الالتزامات والعقود، فيكون عندها لإمضاء صاحب الحق أثر رجعي على التصرف القانوني منذ الشروع فيه،

⁷⁸⁶ R. BOUT, juriste, op. cit., n° 8-17, p. 3 ; R. DEMOGUE, op. cit., n° 42 ; F. GORE, D 1953, op. cit., p. 40.

⁷⁸⁷ J. FLOUR & J. L. AUBERT, Pacte juridique, op. cit., n° 14.

⁷⁸⁶ الفقرة 26 وما بعدها أعلام.

⁷⁸⁷ الفقرة 378 أعلام.

ويصبح ربّ العمل طبق الفصل 1185 من مجلة الالتزامات والعقود مدينا بالمصاريف التي بذلها الفضولي ومقبدا تجاه من تعاقده معه الفضولي كما لو كان الفضولي مأذونا في ذلك على معنى الفصل 1142 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالوكالة.

457. أنواع الفضالة. يفرّق المشرّع صلب الفصل 1179 بين نوعين في الفضالة؛ الفضالة الاختيارية والفضالة الضرورية، كما أفردت بقية الفصول المتعلقة بالفضالة كل نوع من أنواع الفضالة بأحكام خاصة.

458. تتمثل الفضالة الاختيارية في مباشرة شخص مصالح غيره اختيارا منه بصفة واعية ومقصودة⁷⁹⁰، فيجب أن يكون الفضولي على علم أنّه يتصرّف في ملك غيره. الأمر الذي يقضي الإثراء بلا سبب على معنى الفصل 71 من مجلة الالتزامات والعقود.⁷⁹¹ كما تقضي أيضا الفضالة الاختيارية الصدفة، فلا يعتبر فضوليا من تصرّف في ملك غيره بمحض الصدفة ودون نية القيام بذلك. فنتمثل الفضالة الاختيارية في القيام بعمل نيابة عن الغير لفائدته ودون علمه وحتى رغم إرادته الصريحة أو المفترضة. ينصّ الفصل 1183 من مجلة الالتزامات والعقود في هذا المعنى: "من تدخل في أمر غيره رغما عن منعه الصريح أو المحتمل..."

⁷⁹⁰ Ph. MALAURY & L. AYNES, cours de droit civil, tome VI, les obligations, 6^{ème} édition, Cujas, Paris 1995, n° 911.

⁷⁹¹ هذا ما يقتضيه فعلا الفصل 1192 الذي ينص: "إذا تصرّف شخص في أمر فلان منه لغيره فنتبين أنّه لم يرد فلان ما يترقب على ذلك يجري على حدة الفصل 71 وما بعده".

وتتمثل مؤسسة بيع ملك الغير⁷⁹² (الفصل 576) مثالا نموذجيا للفضالة الاختيارية⁷⁹³، إذ هي تشكّل تصرفا في ملك الغير دون علمه وفائدته، كمن يتولّى بيع بضاعة جاره المتغيّب عن متجره لمأرب ما، ويشترط في هذا المجال أن يعلم المشتري أنّ البائع فضولي.

459. نظرا لطابعها غير الضروري تخضع الفضالة الاختيارية إلى شروط صارمة؛ ويقتضي في هذا المعنى الفصل 1181: "على الفضولي أن يعتني بما يشره اعتناء الحازم في أموره وأن يجري فيها مقاصد صاحبها سواء كانت معلومة أو مظنونة ويضمن كلّ تقصير في ذلك وإن كان يسيرا...". يحتمل بالتالي المشرّع الفضولي الاختياري مسؤولية مشددة، إذ يتعين عليه مباشرة الفضالة بحزم شديد واعتناء فائق، ولا فقط طبق معيار "رب الأسرة الصالح"، أي أنّ المشرّع ينزله منزلة الوكيل المأجور على معنى الفصلين 1131 و 1132 من مجلة الالتزامات والعقود، ولا يقبل منه أيّ تقصير وإن كان يسيرا.

كما أنّ الفصل 1183 من مجلة الالتزامات والعقود يحتمل الفضولي الاختياري ضمان سائر الخسائر الناشئة عن تصرّفه ولو دون تقصير منه، أي أنّ هذا الفصل يضع على

⁷⁹² أحمد بين طلائع، الأطروحة، نافذة الذكر، عدد 252 وما بعده والبرامج، أمير الأستاذ أحمد بين طلائع، في مؤسسة بيع ملك الغير فضالة معذرة أو البيع "عفا" والفضالة "عفا"، كما أن البراءة بغير الضمان، وهذا لا يخص الفضالة إلا الضمان، من أن هذا البراءة فائز للغير، لأن المشرّع البور الفضالة، الرأبالة التي يمكن أن تشمل عليها الضمان، ولأن الضمان، وليس له بغير بضاعة قانوني احتياطي للجاناب.

⁷⁹³ يطلق عليها أيضا لفظة تسمية الفضالة العفوية، صلاح الدين الناهي، محاضرات عن القانون المدني العراقي، الطبعة الأولى، 1956، 1959، من 204.

كاهل الفضولي الاختياري الذي تداخل في أمور غيره رغما عن منعه الصريح أو المفترض مسؤولية موضوعية تقوم دون خطأ.

يعني من ناحية أخرى الفصل 1190 صاحب الحق من إرجاع المصاريف التي بذلها الفضولي الاختياري، الذي يجوز له عندها استرداد ما قام به من تصرفات إذا أمكن ودون إضرار بمصالح رب العمل على معنى الفصل 1188 من مجلة الالتزامات والعقود، وليس له حبس مال صاحب الحق طبقا لمقتضيات الفصل 1187 من نفس المجلة.

460. الفضالة الضرورية. يفترض الفصل 1179⁷⁹⁴ من مجلة الالتزامات والعقود أن تكون أيضا الفضالة ضرورية، ويقتضي نصه: "إذ باشر شخص مصالح غيره اختيارا أو ضرورة..."، كما يعرف الفصل 1181 من نفس المجلة الضرورة على النحو التالي: "...إذا كان تداخله لدفع مضرة معتبرة متوقعة أو لإتمام واجبات وكالة كانت لمورثه...". كما اعتبر الفصل 1184: "إذا لزم شخصا أمر قانوني اقتضت المصلحة العامة إتمامه أو لزمه أداء نفقة أو تجهيز ميت ونحو ذلك من الموجبات القانونية فالتجأ الفضولي للمبادرة بالقيام بذلك فلا يحتج بعدم رضاء ذلك

الشخص"⁷⁹⁵. يستخلص من قراءة هذه الفصول أن الفضالة الضرورية يمكن أن تكون مادية متمثلة في دفع مضرة معتبرة، أو قانونية متمثلة في واجب قانوني محمول على الفضولي.

461. تنفي الفضالة الضرورية التلقائية المميزة للفضالة الاختيارية، واعتبرها تبعا لذلك جانب من الفقه⁷⁹⁶ خارجة عن نطاق الفضالة لتمثلها في التزام قانوني محمول على الفضولي، سواء بصفة غير مباشرة عندما يتعلق الأمر بدفع مضرة جسيمة ومحقة، إذ يشكل الامتناع عنه جريمة الامتناع المحظور⁷⁹⁷، أو بصفة مباشرة عندما يقتضيه نص قانوني صريح كالفصل 1170 من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالوكالة⁷⁹⁸. غير أنه لا يمكن مجارة هذا الرأي، إذ لا يعقل أن يكرس المشرع الفضالة الاختيارية التي لا تشترط فيها الضرورة، وأن يغفل على ذلك بالنسبة للفضالة الضرورية التي لا مجال لتجنبها. قد يكمن تفسير هذا الموقف الفقهي في النظرة السلبية والضيقة لمفهوم شبه العقد التي وقفنا

⁷⁹⁴ اعتبرت محكمة التعقيب في قرار مبدئي ع1018، مؤرخ في 19 جوان 1955، غير منشور مذكور في مذكورة لبلى المأرودي المذكورة سابقا، ص 18، في قضية آثارها الجد طاليا من الات إرجاع مصاريف علاج سيقها لعائدة حميدة رغم الممانعة المترجيحه للأب. "وحيث أن ما قام به المحكوم عليه في معالجه ابن ابنته الذي هو ولد الطاعن أمر مثاكد ونقضيه المصلحة العمومية هو من فيل الشرف الفضولي الذي جاء به الفصل 1184 من المجلة".

⁷⁹⁵ R. BOUT, *ibid.*, op. cit., n° 97.

⁷⁹⁷ القانون ع48-د لسنة 1966، المؤرخ في 3 جوان 1966، الزائد الرسمي 3 جوار، 1966، ص.

1014.

⁷⁹⁸ "إذا توفي الوكيل فعلى ورثته إن كانوا على علم من تركيله أن يعلموا موكله حالا وعليهم الاحتياط على ما للموكل من الحجج وغيرها مما يتعلق بحقوقه".

⁷⁹⁴ لم يكن الفصل 1179 في صيغته الأولى في الأعمال التحضيرية (المشروع التمهيدي لسنة 1897 الفصل 1173) ينعرج على الفضالة للضرورة، وإنما اعتمدها في المشروع الأولى لسنة 1899. الفصل 1358.

عندها⁷⁹⁹، التي يحاول هذا الفقه التخلص منها كل ما أمكنه ذلك ولو كان على حساب المنطق.

462. لم يساير المشرع هذا الرأي بل كرّس بصريح النص (الفصل 1179 من مجلة الالتزامات والعقود) مؤسسة الفضالة الضرورية⁸⁰⁰، وأفردها بنظام قانوني مختلف عن نظام الفضالة الاختيارية.

نظرا لطابعها الإجمالي تتميّز الفضالة الضرورية بنظام قانوني ألين من نظام الفضالة الاختيارية، فالمسؤولية المحمولة على الفضولي الضروري أقلّ حدة من مسؤولية الفضولي الاختياري، فلا يطالبه الفصل 1181 "إلا بما ينشأ عن تغريره أو تقصيره الفاحش". فلا يكون الفضولي الضروري مسؤولا إلا بخطئه الجسيم والقصدي. كما لا تتوقّف الفضالة الضرورية على موافقة أو مصادقة صاحب الحق، إذ لا يحتجّ على الفضولي حسب صريح الفصل 1184 من مجلة الالتزام والعقود بعدم رضاء ربّ العمل. من ناحية أخرى يحقّ للفضولي الضروري حبس مال صاحب الحق إلى أن يفي له بالمصاريف المبذولة لفائدته (الفصل 1187 من مجلة الالتزامات والعقود).

الفقرة الثانية : الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق

463. يؤدي بصفة عامة النشاط الاقتصادي داخل المجتمع إلى افتقار ذمة مالية لفائدة ذمة مالية ثانية، ويجد انتقال الثروات هذا سببه في مصدر قانوني سواء كان تصرفا أو واقعة (بيع، هبة، حادث مرور... الخ). لكن يحدث أيضا في بعض الأحيان أن لا تجد عملية انتقال الثروات سببا لها، أن لا تكون مؤسسة على موجب شرعي، فيثري أحدهم على حساب الغير دون وجه قانوني⁸⁰¹. فمن يقطع الحجارة من عقار معتقدا أنه على ملكه، يثري بدون وجه شرعي على حساب المالك الفعلي للعقار⁸⁰²، ومن يبذر أرضا ليست على ملكه معتقدا بالعكس يدفع ما لا يلزمه لفائدة صاحب هذه الأرض.

464. يمثل الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق وجهها مؤسسة واحدة، فبالنسبة للدافع (solvens) يكون الدفع غير مستحق، لانعدام السبب عند القيام بعملية الدفع نفسها (الفصلين 73 و 77 من مجلة الالتزامات والعقود). أو لانتهاء

⁷⁹⁹ الفاضل جاد الله، مبدأ الإثراء بدون سبب، مذكرة للإجازة على شهادة الدراسات المعمّقة في الحقوق، الحائز، جامعة تونس 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية بوترين، 1991-1992.

Bledet, l'enrichissement sans cause, thèse Alger 1945. J. CHEVALIER, la répétition de l'enrichissement non causé, mélanges RAPT, 1950, tome II, p. 15. J. GODEL, l'enrichissement sans cause d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, thèse Paris 1945, A. ROUAST, l'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, R. L. D., 1944, p. 35.

⁸⁰² س. ه. سميح، في القرار القضائي، ص 203، 204، 205، 206، 207، 208، 209، 210، 211، 212، 213، 214، 215، 216، 217، 218، 219، 220، 221، 222، 223، 224، 225، 226، 227، 228، 229، 230، 231، 232، 233، 234، 235، 236، 237، 238، 239، 240، 241، 242، 243، 244، 245، 246، 247، 248، 249، 250، 251، 252، 253، 254، 255، 256، 257، 258، 259، 260، 261، 262، 263، 264، 265، 266، 267، 268، 269، 270، 271، 272، 273، 274، 275، 276، 277، 278، 279، 280، 281، 282، 283، 284، 285، 286، 287، 288، 289، 290، 291، 292، 293، 294، 295، 296، 297، 298، 299، 300، 301، 302، 303، 304، 305، 306، 307، 308، 309، 310، 311، 312، 313، 314، 315، 316، 317، 318، 319، 320، 321، 322، 323، 324، 325، 326، 327، 328، 329، 330، 331، 332، 333، 334، 335، 336، 337، 338، 339، 340، 341، 342، 343، 344، 345، 346، 347، 348، 349، 350، 351، 352، 353، 354، 355، 356، 357، 358، 359، 360، 361، 362، 363، 364، 365، 366، 367، 368، 369، 370، 371، 372، 373، 374، 375، 376، 377، 378، 379، 380، 381، 382، 383، 384، 385، 386، 387، 388، 389، 390، 391، 392، 393، 394، 395، 396، 397، 398، 399، 400، 401، 402، 403، 404، 405، 406، 407، 408، 409، 410، 411، 412، 413، 414، 415، 416، 417، 418، 419، 420، 421، 422، 423، 424، 425، 426، 427، 428، 429، 430، 431، 432، 433، 434، 435، 436، 437، 438، 439، 440، 441، 442، 443، 444، 445، 446، 447، 448، 449، 450، 451، 452، 453، 454، 455، 456، 457، 458، 459، 460، 461، 462، 463، 464، 465، 466، 467، 468، 469، 470، 471، 472، 473، 474، 475، 476، 477، 478، 479، 480، 481، 482، 483، 484، 485، 486، 487، 488، 489، 490، 491، 492، 493، 494، 495، 496، 497، 498، 499، 500، 501، 502، 503، 504، 505، 506، 507، 508، 509، 510، 511، 512، 513، 514، 515، 516، 517، 518، 519، 520، 521، 522، 523، 524، 525، 526، 527، 528، 529، 530، 531، 532، 533، 534، 535، 536، 537، 538، 539، 540، 541، 542، 543، 544، 545، 546، 547، 548، 549، 550، 551، 552، 553، 554، 555، 556، 557، 558، 559، 560، 561، 562، 563، 564، 565، 566، 567، 568، 569، 570، 571، 572، 573، 574، 575، 576، 577، 578، 579، 580، 581، 582، 583، 584، 585، 586، 587، 588، 589، 590، 591، 592، 593، 594، 595، 596، 597، 598، 599، 600، 601، 602، 603، 604، 605، 606، 607، 608، 609، 610، 611، 612، 613، 614، 615، 616، 617، 618، 619، 620، 621، 622، 623، 624، 625، 626، 627، 628، 629، 630، 631، 632، 633، 634، 635، 636، 637، 638، 639، 640، 641، 642، 643، 644، 645، 646، 647، 648، 649، 650، 651، 652، 653، 654، 655، 656، 657، 658، 659، 660، 661، 662، 663، 664، 665، 666، 667، 668، 669، 670، 671، 672، 673، 674، 675، 676، 677، 678، 679، 680، 681، 682، 683، 684، 685، 686، 687، 688، 689، 690، 691، 692، 693، 694، 695، 696، 697، 698، 699، 700، 701، 702، 703، 704، 705، 706، 707، 708، 709، 710، 711، 712، 713، 714، 715، 716، 717، 718، 719، 720، 721، 722، 723، 724، 725، 726، 727، 728، 729، 730، 731، 732، 733، 734، 735، 736، 737، 738، 739، 740، 741، 742، 743، 744، 745، 746، 747، 748، 749، 750، 751، 752، 753، 754، 755، 756، 757، 758، 759، 760، 761، 762، 763، 764، 765، 766، 767، 768، 769، 770، 771، 772، 773، 774، 775، 776، 777، 778، 779، 780، 781، 782، 783، 784، 785، 786، 787، 788، 789، 790، 791، 792، 793، 794، 795، 796، 797، 798، 799، 800، 801، 802، 803، 804، 805، 806، 807، 808، 809، 810، 811، 812، 813، 814، 815، 816، 817، 818، 819، 820، 821، 822، 823، 824، 825، 826، 827، 828، 829، 830، 831، 832، 833، 834، 835، 836، 837، 838، 839، 840، 841، 842، 843، 844، 845، 846، 847، 848، 849، 850، 851، 852، 853، 854، 855، 856، 857، 858، 859، 860، 861، 862، 863، 864، 865، 866، 867، 868، 869، 870، 871، 872، 873، 874، 875، 876، 877، 878، 879، 880، 881، 882، 883، 884، 885، 886، 887، 888، 889، 890، 891، 892، 893، 894، 895، 896، 897، 898، 899، 900، 901، 902، 903، 904، 905، 906، 907، 908، 909، 910، 911، 912، 913، 914، 915، 916، 917، 918، 919، 920، 921، 922، 923، 924، 925، 926، 927، 928، 929، 930، 931، 932، 933، 934، 935، 936، 937، 938، 939، 940، 941، 942، 943، 944، 945، 946، 947، 948، 949، 950، 951، 952، 953، 954، 955، 956، 957، 958، 959، 960، 961، 962، 963، 964، 965، 966، 967، 968، 969، 970، 971، 972، 973، 974، 975، 976، 977، 978، 979، 980، 981، 982، 983، 984، 985، 986، 987، 988، 989، 990، 991، 992، 993، 994، 995، 996، 997، 998، 999، 1000.

⁷⁹⁹ المجلد 4-15، أعلام.

⁸⁰⁰ انظر بعد في المباحث، عدد 713، أن المشرع اصناف هذه المؤسسة في مشروع 1899، بينما كان يحاطها في مشروع 1897.

السبب بصفة لاحقة (الفصل 75 من مجلة الالتزامات والعقود). بينما تمثل نفس العملية إثراء بدون سبب بالنسبة للمستفيد منها (accipiens)، الذي يكون أثرى دون وجه شرعي على حساب المفتقر، من ذلك أن دراسة الإثراء بلا سبب تشكل في نفس الوقت دراسة لمؤسسة دفع غير المستحق⁸⁰³.

465. في هذا المعنى نظم المشرع في إطار باب "الالتزامات الناشئة مما يشاكل العقود" صلب الفصول 71 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، ومباشرة إثر الفصول 67 وما بعده المتعلقة بالسبب⁸⁰⁴، مؤسسة الإثراء بلا سبب. أي أن المشرع كما فعل بالنسبة للفضالة⁸⁰⁵ ضم مؤسسة الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق إلى صنف شبه العقد. قبل التعرض إلى النظام القانوني لهذه المؤسسة، يجب تحديد الموقف من طبيعتها نظرا لعدم كفاية مفهوم شبه العقد لغاية ذلك⁸⁰⁶.

466. تطوّر مفهوم الإثراء بلا سبب. يرجع ظهور مفهوم الإثراء بلا سبب إلى القانون الروماني⁸⁰⁷، الذي نظرا لصلابة قوالبه الشكلية التي كانت تعتبر العقد صحيحا بصرف النظر عن وجود سببه من عدمه، ويصرف النظر عن جوازه ومشروعيته. لجأ تبعا لذلك القانون الروماني إلى جملة من

⁸⁰³ يكرّم المتروغ التمهيدي لمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1897 هذا الرأي في فصله الثاني عندما يعن: "Les obligations derivent des contrats, des quasi-contrats ou des enrichissements indus, des delits ou quasi-délits."

⁸⁰⁴ الفقرة 260 وما بعدها أعلاه.

⁸⁰⁵ الفقرة 452 وما بعدها أعلاه.

⁸⁰⁶ الفقرة 445 وما بعدها أعلاه.

⁸⁰⁷ E. GORE, l'enrichissement aux dépens d'autrui ..., thèse op. cit., p. 8.

دعاوى شخصية (condictio sine causa) حاول من خلالها إرساء العدالة في المعاملات بالتصدي للإثراء بلا سبب على حساب الغير.

رغم تعدّد الدعاوى التي كرّسها القانون الروماني⁸⁰⁸، ورغم استقرار مبدأ الإثراء بلا سبب صلبه، لم يأخذ القانون الفرنسي القديم بهذا المبدأ كمصدر مستقل للالتزام والالتزام نظرا للخلط الذي وقع فيه الفقه⁸⁰⁹ آنذاك بأن الحق مؤسسة الإثراء بدون سبب إلى الفضالة واعتبرها فضالة ناقصة. غير أن هذين المؤسستين تختلفان رغم تشابههما الظاهري، إذ لا تمكّن دعوى الإثراء بلا سبب إلا من استرداد ما أثرى به المستفيد، بينما تلزمه دعوى الفضالة بإرجاع جميع المصاريف التي بذلها الفضولي، كما لا تلزم دعوى الإثراء بدون سبب المفتقر بتقديم الحساب للمثري، فيما يكون مطالب به الفضولي في الفضالة، من ناحية أخرى تتأسس الفضالة على سلوك نبيل وهو فعل الخير، بينما يقوم الإثراء بلا سبب على معطيات مادية صرفة، إرجاع الذمم إلى حالتها الأولى.

حاول رأي ثان⁸¹⁰ تأسيس دعوى الإثراء بلا سبب على المسؤولية التقصيرية، غير أن هذا الرأي لم يلق صدا لانتفاء أي خطأ في ذمة المثري، ولاختلاف نتائج الدعويين،

⁸⁰⁸ Causa non secuta, condictio sine causa, condictio ob lux pum causa, condictio ob injustum causa, condictio indebiti, E. GORE, op. cit., loc. cit.

⁸⁰⁹ E. TERRÉ, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n°970.

⁸¹⁰ M. P. ANGL, classification des causes des obligations, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904, p. 224.

إذ تمكن دعوى المسؤولية المتضرر من الحصول على كل ما لحقه من خسائر، بينما لا تبيح دعوى الإثراء المفقر إلا استرداد ما أثرى به المستفيد.

حاولت بعض القوانين تأسيس مفهوم شبه العقد في مجمله على مبدأ الإثراء بلا سبب⁸¹¹. غير أن هذه المحاولات انتقدت لأن مبدأ الإثراء بلا سبب يحكم المادة القانونية ككل، كما أن التصدي لاختلال التوازن بين الدائم هو هدف كل قاعدة قانونية.

لقاء إجهاض هذه المحاولات أمسك الفقه الفرنسي عن تأسيس الإثراء بدون سبب⁸¹²، واعتبره تبعاً لذلك مصدراً مستقلاً للإلزام والالتزام.

467. وقف التشريع الإسلامي موقفاً متردداً من مبدأ الإثراء بلا سبب، إذ هو طبقه في بعض الحالات ولم يكرسه كمبدأ عام حسب رأي البعض⁸¹³، بينما يرى البعض الآخر⁸¹⁴ أن الفقه الإسلامي أقر مبدأ الإثراء بدون سبب، وهو

⁸¹¹ حل ذلك القانون الألماني الفصل 812 من المجلة المدنية، والقانون الويري (V. RASSEL)، 19^{ème} édition, n° 19 (manuel du droit fédéral des obligations). وأغلب التشريعات العربية (عبد الرزاق السهروري، الوسيط، عدد 744)، ونجد هذا الرأي في الفصل 2 من المشروع التمهيد لمجلة الالتزامات والعقود لسنة 1897 الذي جاء يستعرض مصادر الالتزام على هذا النحو: "Les obligations dérivent des contrats, des quasi-contrats ou enrichissements indus, des délits ou quasi-délits". راجع أيضاً:

J. CARBONNIER, les obligations, op. cit., p. 505 ; H. CHANTELOUP, les quasi-contrats en droit international privé (C. D. I. 1992), p. 69 ; F. VI JACQUET, jurisclasseur civil, quasi-contrat, généralités, art. 1370 et 1371, n° 60.

⁸¹² F. TERRE, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 970.

⁸¹³ C. CHENATA, théorie générale de l'obligation en droit musulman hanefite, op. cit., p. 183.

⁸¹⁴ راجع المحققين، النظرية العامة للموجبات والمفقر، المرجع السابق، ص 94 و 95.

يتناسب والقاعدة الأصولية التي مفادها: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" كما أن المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية تورد نفس القاعدة⁸¹⁵.

468. أساس الإثراء بلا سبب. اعتبر المشرع مؤسسة الإثراء بلا سبب شبه عقد وتعرض له في باب خاص⁸¹⁶ أطلق عليه تسمية "في الالتزامات الناشئة مما يشاكل العقود". غير أنه لا يمكن المصادقة على هذا التصنيف، لأن مفهوم شبه العقد في حد ذاته لا يمثل سوى قسم متبقي يتخلص صلبه من المؤسسات التي لا يمكن تصنيفها، فهو رغم تسمية "شبه العقد" لا يشبه العقد في شيء، لا من حيث نشأته إذ هو ينشأ دون تلاقى إرادتين، ولا من حيث آثاره التي لا ترتبها الإرادة بل القانون.

يتبين في الواقع بمراجعة أول ظهور لمفهوم الإثراء بلا سبب في القانون الروماني، أن هذا المفهوم يتأسس على السبب أو بالأحرى على انتفاء السبب، فمن يفقر لفائدة غيره دون سبب له طلب استرداد ما أثرى به ذلك الغير⁸¹⁷. لم يكن القانون الروماني يبيح هذه الدعوى من خلال قوالبه

⁸¹⁵ «طرا لصيغة العمل لا يمكن الحرمان أن التشريع الإسلامي أقر مبدأ سلباً للإثراء بلا سبب، غير يمكن استنتاج ذلك من حقل تطبيقات حاشية لهذا المبدأ تجنب جميعها في حالات دفع ما لا يلزم، إذ جاء في مجمع المصنفات للعدائي (الطبعة الحزينة، القاهرة 1408 هـ، ص 454) "أن من دفع على أن عده دين، فإن حلقه، رجع بما أدى"، كما ورد أيضاً "العقود في الأمانة عقد لا يصح حله من دون إذن في الشئ القابل"، راجع أيضاً فور، تمتع، دفع غير المستحق بصفة عامة، ص 144. الحقوق والعلوم الشريعة، تونس، 1995-1996.

⁸¹⁶ الفقرة 463 أعلاه.

⁸¹⁷ D. GILSTIN, l'effet du solvens conduisant de la répétition de l'indu, (D. 1972, chronique, p. 279).

إن دعوى الاسترداد الثانية من دفع غير المستحق، إذ، هي مبنية على أساساً لانتفاء سببه.

الصلابة، فلجأ لمفهوم شبه العقد لتبرير دعوى الإثراء بلا سبب (*condictio sine causa*). غير أن العوائق التي كانت قائمة في القانون الروماني اضمحلّت اليوم، وأصبح من الممكن تأسيس دعوى الإثراء بلا سبب دون اللجوء إلى مفهوم شبه العقد لما يعترى هذا المفهوم من غموض ومن خطأ.

469. أصبحت اليوم معظم التشريعات تركز مفهوم التصرف القانوني المجرد⁸¹⁸، وهو التصرف الذي يقوم بصرف النظر عن سببه إن كان موجودا أم لا، وإن كان مشروعا أم لا، فيتعين على المدين أن ينفذ التزامه في أجله وليس له إلا القيام بالأحق على أساس انتفاء السبب⁸¹⁹. فالإثراء بدون سبب يشكل في الواقع تطبيقا لنظرية التصرف المجرد؛ فمن يتولّى دفع ما لا يلزمه يقوم بتصرف قانوني واعي نابع عن إرادة منفردة⁸²⁰ أدى إلى افتقاره وإلى إثراء شخص ثان دون سبب، وبما أن التصرف المجرد لا يتوقف على وجود السبب، فلا يسع المفتقر إلا القيام بالأحق على أساس الإثراء بدون سبب. فمن باع بذور لمزارع بذرها في أرض في تسوّغه ثم عجز على خلاصها، يكون قد تصرف

⁸¹⁸ H. CAPITANT, de la cause, n° 84 et s. ; H. DEPAGE, l'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles 1957 ; OSIAS, l'acte abstrait en droit comparé, thèse Paris 1924 ; A. RIEG, le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 278 et s. ; G. ROUQUETTE, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse Paris 1965, n° 149 ; M. VIVANT, le fondement juridique des obligations abstraites, D. 1978, chro., p. 39.

⁸¹⁹ R. SALEH LILIS, étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3^{ème} édition, L. G. D. J., 1925, n° 174 et s., p. 192 et s.

⁸²⁰ N. CATALA, la nature juridique du paiement, thèse Paris I. G. D. J., 1962

بمحض إرادته لفائدة صاحب الأرض دون سبب يبرّر ذلك، ويحقّ بناء على ذلك لبائع البذور طلب استرداد ما أثرى به مالك الأرض⁸²¹. شأنه في ذلك شأن الكفيل الذي يتعين عليه خلاص الدائن، ثم الرجوع على المدين في صورة انتفاء السبب على معنى الفصل 1517 من مجلة الالتزامات والعقود، وكذلك التزام المحال عليه في الحوالة على معنى الفصل 365 من مجلة الالتزامات والعقود : "إذا قبل المدين الحوالة فلا يسوغ له أن يعارض الدائن الجديد الذي قبل الذين عن حسن نية ويحتجّ عليه بما كان له أن يحتجّ به على الدائن الأول وإنما له الرجوع على هذا الدائن فقط...". فعندما يتقيد شخص في إطار تصرف قانوني مجرد كالحوالة أو الكفالة، لا يمكنه أن يعارض الدائن بما له من دفعات تجاه الدائن الأصلي كانتفاء السبب مثلا، بل يتعين عليه التنفيذ ثم الرجوع على الدائن الأصلي لانتفاء السبب. معنى ذلك أن الكفيل أو المحال عليه يكون قد افتقر بموجب إرادته دون سبب لفائدة المدين أو لفائدة المحيل، ويحقّ له أن يسترد ما أثرى به المدين أو المحيل. ويمكن تعميم هذا الحل على كل الحالات التي تعرّض لها المشرع صلب الفصول 71 وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود، التي ينتفي فيها السبب في عملية الدفع، سواء كان الانتفاء مترامنا مع الدفع أو لاحقا له.

⁸²¹ وهي وقائع القضية التي صدر بتأنيها أول قرار تعويبي فرنسي طبق نظريته الإثراء بلا سبب الموزج في 15 جوان 1892، نورية دالور 1892، ج 1، ص 596.

البائعة للثمن بقطع النظر عن الإخلالات القانونية التي وجدت بالعقد والتي نتج عنه إبطاله وحينئذ فإن الفصلين 71 من من مجلة الالتزامات والعقود و42 من مجلة الحقوق العينية لا ينطبقان". غير أنه لا يمكن مجازاة محكمة التعقيب في هذا التحليل، لأن الكتب الباطل لا يشكل سببا صحيحا، كما أن حكم البطلان المترتب عن ذلك يرجع أطراف النزاع إلى الحالة التي كانوا عليها قبل نشأة التصرف الباطل ما يفترض استرداد الالتزامات المتبادلة حسب صريح الفصلين 325 و336 من مجلة الالتزامات والعقود⁸²⁶.

يمكن أن يتمثل أيضا السبب في خطأ في جانب المفتقر شريطة قيام علاقة سببية بينه وبين الافتقار المزعوم، فمن عوض لجاره عن الضرر الناتج عن سقوط جدار بسبب إهماله لا يعدّ مفتقرا على معنى الفصل 71 من مجلة الالتزامات والعقود⁸²⁷.

يستدل أيضا على السبب من الناحية الفعلية عند قيام مصلحة شخصية للمفتقر. فمتى يدفع شخص باختياره ما لا يلزمه على معنى الفصل 74 من مجلة الالتزامات والعقود، لا وجود لدفع غير مستحق ولإثراء بلا سبب. كما لا يجوز أيضا حسب الفصل 76 من مجلة الالتزامات والعقود، استرداد ما "دفع لسبب مستقبل لم يقع إذا كان الدافع عالما بأن حصول ذلك غير ممكن أو منع هو حصوله". فمن يتولى بذر

أرض رغم إنهاء عقدة التسويغ من قبل المسوّغ أملا في تجديدها يتحمل نتيجة مراهنته ولا يحقّ له القيام على أساس الإثراء بلا سبب. تفترض مصلحة المفتقر من خلال سلوكه إذ لا يعقل أن يمارس شخص سلوكا معينا دون أن تكون له مصلحة في ذلك، هذا ما يقتضيه الفصل 78 من مجلة الالتزامات والعقود عندما ينص: "لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجانا ولو دفع ظنا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين". يعتبر المشرع مصلحة المفتقر متوفرة بقيام أهليته، ولا يحقّ له المطالبة بالاسترداد على أساس الإثراء بلا سبب، لأن السبب مفترض في إرادته.

بينما تتنفي المصلحة عندما يقتقر شخص من أجل سبب مستقبل لم يتحقق أو من أجل سبب موجود قد زال، الفصل 75 من مجلة الالتزامات والعقود، ضرورة أن إرادة المفتقر لم تنتج نحو الافتقار بل اتجهت في هذه الحالة نحو سبب موجود أو قابل للوجود ولم يتحقق.

لا يكفي انتفاء السبب بصفة موضوعية لقيام الإثراء بلا سبب، بل يجب أن يكون مصحوبا بشرط ذاتي متمثل في غلط من قام بالدفع، هذا ما اقتضاه الفصل 73 عندما نص: "من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر..."، والأمر طبعي إذ يمكن أن يتمثل الدفع غير اللازم في تبرع يقوم به من افتقر

⁸²⁶ الفقرة 332 أعلام.

⁸²⁷ تعقيب مدني ع-3821، مؤرخ في 9 جلفي 1940، ق ت 1960، ص 138.

بمحض إرادته، لذلك اشترط المشرع غلط من قام بخلاص ما ليس عليه ظناً منه أنه مدين، ليتكّن من استرداد ما دفعه غلطاً.

- **الطبيعة الاحتياطية لدعوى الإثراء بلا سبب.** لا يكفي قيام أو توفّر شروط الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحقّ حتى يتسنى القيام بدعوى الاسترداد، بل يرى البعض أنّ هذا القيام لا يجوز إلاّ باستنفاد جميع الدعاوى الأخرى⁸²⁸، في ما لا يعتدّ البعض الآخر بالطبيعة الاحتياطية لدعوى الإثراء بلا سبب ويرى فيها دعوى أصلية⁸²⁹.

لم يتخذ المشرع موقفاً من هذه المسألة. لكن بالرّجوع لمفهوم السبب الذي تقوم عليه دعوى الإثراء بلا سبب طبق ما حدّدته فصول المجلة، يتبيّن أنّ هذا المفهوم أو بالأحرى مجال قيامه وتوفّره موسّع إلى أبعد حدّ، بل يستدلّ المشرع على ذلك بجملة من القرائن تجعل من عدم قيامه حالة قصوى واستثنائية. فيكفي أن يوجد سبب قانوني أو مصلحة شخصية أو حتى مجرد أهلية للمفتقر ليتوفّر سبب لإثراء الغير على حسابه. كما لا يتوقّف انتفاء السبب عن انعدامه بصفة موضوعية، بل يجب أن يكون الانتفاء الموضوعي للسبب مصحوباً بغلط من طرف الدافع لتتوفّر شروط الإثراء بلا

⁸²⁸ P. DRAKIDES, la "subsidiarité", caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause, R. T. D. civ, 1961, p. 577 et s. ; P. FERRER, Ph. SIMLER & Y. LEQUETTE, les obligations, op. cit., n° 976

⁸²⁹ M. K. CHARFEDDINE, obs. sous civ., n° 9107, en date du 13 février 1984, R. T. D. 1987, 2, p. 401.

عند الرّزاق المشهور، الوسيط، المرجع السابق، الجزء الأول، عدد (76).

سبب. ما يعني أنّ المشرع ضيق قدر المستطاع في قبول دعوى الاسترداد الناتجة عن الإثراء بلا سبب أو عن دفع غير المستحقّ، وجعل منها في حقيقة الأمر دعوى استثنائية واحتياطية بطبيعتها، من ذلك أن اعتبرت محكمة التعقيب أنّه لا يمكن إثارة دعوى الإثراء بدون سبب لأوّل مرّة أمام التعقيب⁸³⁰، كما أنّها اعتبرت أنّه لا يجوز لمحكمة الموضوع إثارة هذه الدّعى من تلقاء نفسها⁸³¹

⁸³⁰ تعقيب مدني عد 15931، مؤرخ في 5 أكتوبر 1988، ن 1988، ص 319.

⁸³¹ تعقيب مدني عد 15، مؤرخ في 22 أبريل 1976، ن 1976، ج 2، ص 19.

قائمة في أهم النصوص المعتمدة من مجلة الالتزامات
والعقود مقابلة بتطورها التاريخي⁸³²

النص الحالي	نص 1899	نص 1897
الفصل 1 : تعبير الذمة يترتب على الاتفاقات وغيرها من التصريحات الإرادية وعن شبه العقود والجنح وشبهها.	Art. 2 : Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi contrats, des délits et des quasi délits	Art. 2 : les obligations derivent des contrats, des quasi contrats ou enrichissements indus, des délits ou des quasi- délits.
الفصل 2 : أركان العقد الذي يترتب عليه تعبير الذمة هي : أولا : أهلية الالتزام و الإلزام. ثانيا : التصريح بالرضاء بما ينفي عليه العقد نصريحا معتبرا ثالثا : أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه. رابعا : أن يكون سبب الالتزام جائزا.	Art. 3 : Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont 1° la capacité de s'obliger 2° une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation, 3° un objet certain pouvant former objet d'obligation ; 4° une cause licite de s'obliger.	Art. 4 : les éléments nécessaires pour la validité des contrats sont : La capacité de contracter Le consentement valable des contractants sur les éléments essentiels du contrat Un objet certain pouvant former objet de convention Une cause licite de s'obliger
الفصل 3 : كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يحصره القانون بخلافه.	Art. 4 : Toute personne est capable d'obliger et de s'obliger si elle n'en est déclarée incapable par la loi.	Art. 5 : Toute personne est capable de contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi
الفصل 5 : الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم	Art. 6 : Sont absolument incapables de contracter,	Art. 6 : Sont incapables de contracter

⁸³² مرتد: النسخة الحالية لمجلة الالتزامات والعقود بمرحلتين أساسيتين: السروخ الشهري، لسنة 1897،
والمعزج الأول، لسنة 1899.

	هذا القانون.	L'enfant du sexe féminin reste sous tutelle jusqu'à son mariage.
Art. 8 : Le mineur et l'incapable qui ont contracté sans l'assistance de leur tuteur ou curateur ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par la loi.	Art. 9 : Le mineur au-dessus de douze ans et l'incapable, qui ont contracté sans l'assistance de leur père, tuteur ou curateur, ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par les articles. Cependant, ces obligations peuvent être validées par l'approbation donnée par le père, tuteur ou curateur à l'acte accompli par le mineur ou l'incapable. Cette approbation doit être donnée en la forme requise par la loi.	الفصل 8 : الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الولي لا يلزمه شيء من جراء ذلك وله ان يطلب فسخه على الشروط المبينة بهذا القانون لكن يصح العقد إذا أجازاه الأب أو الولي على الصورة المطلوبة قانونا.
Art. 9 : Néanmoins, le mineur et l'incapable peuvent, même sans l'assistance de leur tuteur ou curateur, améliorer leur situation, en ce sens qu'ils peuvent accepter une donation ou tout autre acte gratuit qui n'entraîne pour eux aucune charge ou qui les libère d'une obligation.	Art. 10 : Le mineur au-dessus de douze ans et l'incapable peuvent améliorer leur situation, même sans l'assistance de leur père, tuteur ou curateur, en ce sens qu'ils peuvent accepter une donation ou tout autre acte gratuit qui les enrichit ou qui les libère d'une obligation, sans entraîner pour eux aucune charge.	الفصل 9 : لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبيهما أو إبراء ذمتهم دون أن يترب عليهم شيء من جراء ذلك.

Les mineurs non assistés par leur tuteur Les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi Les personnes atteintes d'aliénation mentale non assistées par leur curateur Les personnes morales que la loi assimile aux mineurs Et généralement tous ceux auxquels la loi interdit certains contrats	si ce n'est par les personnes qui les représentent . 1° les mineurs jusqu'à l'âge de douze ans révolus, 2° les majeurs atteints d'aliénation mentale qui les prive complètement de leurs facultés, 3° les personnes morales que la loi assimile aux mineurs	أهلية التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليهم : أولا : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاثة عشر سنة كاملة. ثانيا : الرشيد الذي اختل شعوره بما أخرجه من الإدراك. ثالثا : الذوات المعنوية الممزجة منزلة الصغير قانونا.
	Art. 7 : Ont une capacité limitée : Les mineurs au-dessus de douze ans et jusqu'à dix huit ans révolus non assistés par leur père ou tuteur; Les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi; Les interdits pour faiblesse d'esprit ou prodigalité non assistés par leur conseil judiciaire, dans les cas où la loi requiert cette assistance . Les interdits pour insolvabilité déclarée, Et généralement tous ceux auxquels la loi défend certains contrats.	الفصل 6 : للأشخاص الآتي بيانهم أهلية مفيدة وهم الصغير الذي عمره بين الثلاثة عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه والمحجور عليهم لصعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم بمقدورهم في العقود التي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمحجور عليهم لتفليسهم وكذلك كل من يمنع عليه القانون عقدا من العقود.
Art. 7 : Est mineur aux effets de la présente loi tout individu au-dessous des dix huit ans révolus	Art. 8 : Est majeur aux effets de la présente loi tout individu du sexe masculin au-dessus de dix-huit ans révolus.	الفصل 7 : كل إنسان ذكرا أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى

du profit qu'ils ont tiré du fait de l'accomplissement de l'obligation par l'autre partie, et jusqu'à concurrence du profit qu'ils en ont tiré	moment, pour motifs graves, avec l'autorisation du Tribunal, le mineur entendu. La révocation et l'ordonnance qui l'autorise seront mentionnées au registre du commerce ; elle n'a point d'effet à l'égard des affaires qui étaient engagées au moment de la révocation. Art. 14 : Le mineur et l'incapable sont toujours obligés, à raison de l'accomplissement de l'obligation par l'autre partie, jusqu'à concurrence du profit qu'ils en ont tiré. Il y a profit lorsque l'incapable a employé ce qu'il a reçu en dépenses nécessaires ou utiles, ou lorsque la chose existe encore dans son patrimoine	للصغير أو القاصر فهما ملزمان بقدر ما انتفعا به من جراء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا انتفعا المال الذي أخذه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما.
Art. 14 : le contractant capable de s'obliger ne peut opposer l'incapacité de la partie avec laquelle il a contracté	Art. 14 : inchangé	الفصل 14 : من كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده.
Art. 16 : Le contrat n'est parfait que par l'accord des volontés sur les éléments essentiels de la convention	Art. 18 : La simple promesse ne crée point d'obligation	الفصل 18 : مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام.
La simple promesse ne crée point d'obligation	Art. 19 : La promesse unilatérale de donner une chose ou une valeur déterminée à une institution ou à un corps	
Art. 17 : La promesse		

Art. 10 : L'obligation ne peut être attaquée par le mineur qui a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité. La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne suffit point à constituer le dol.	Art. 11 : L'obligation ne peut être attaquée par le mineur qui a employé des manœuvres frauduleuses pour induire l'autre partie à croire à sa majorité, à l'autorisation de son tuteur, ou à sa qualité de commerçant. La simple déclaration, faite par le mineur, ne suffit point pour constituer le dol.	الفصل 10 : للولي أو المولى عليه بعد رشده القيام بفسخ ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو ماذونا من وليه أو أنه تاجر. لكن هذا لا يمنع بقاء المولى عليه لزمته بقدر ما انتفع به من جراء العقد حسب ما هو مقرر بهذا القانون.
Art. 11 : Le mineur et l'incapable ne sont pas recevables à revenir contre les engagements pris lorsqu'ils les ont ratifiés en majorité ou après la cessation des causes d'incapacité	Art. 12 : Le mineur, commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art	الفصل 11 : الصغير المأذون حكما بتعاطي التجارة أو الصناعة لا يسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته إذا كان ذلك داخلا فيما أبيح له من التصرف وعلى كل حال فإن الإنش المذكور يعتبر تاملا لجميع الأعمال اللازمة لتعاطي التجارة المعسودة به
Art. 12 : Le mineur, commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, ou de son art, dans les limites de l'autorisation qui lui a été donnée ; celle-ci comprend, dans tous les cas, les actes qui sont nécessaires à l'exercice du commerce qui fait l'objet de l'autorisation ; elle devra être inscrite au registre du commerce.	Art. 13 : Le mineur et l'incapable demeurent toujours obligés à raison	الفصل 13 : إذا تم الترخيص ما التزم به
Art. 13 : Le mineur et l'incapable demeurent toujours obligés à raison	Art. 13 : L'autorisation d'exercer le commerce peut être révoquée à tout	

470. نظام الإثراء بلا سبب.

- شروط الإثراء بلا سبب. نظرا لطابعها المجرد لا تطرح مؤسسة الإثراء بلا سبب مسألة الأهلية، ولا يعتد فيها بأهلية أو عدم أهلية المفتقر أو المثرى⁸²²، فلا تتدخل الأهلية إلا في تقدير قيمة الإثراء، إذ لا يطالب الصغير المميز إلا بما بقي في ذمته.

. الإثراء. ينص الفصل 71: "من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره..." يمثل بالتالي الإثراء الشرط الجوهري لقيام مؤسسة الإثراء بلا سبب. فيمكن أن يكون الإثراء مائيا متمثلا في كسب حق أو زيادة قيمة⁸²³. لكن لم يشر المشرع إلى الإثراء المعنوي الذي لا يتمثل في شيء مادي، بل في كسب أدبي أو أخلاقي. فهل يحق للمعلم أن يطالب التلميذ خلاص ما استفاد منه دون سبب في صورة امتناع والديه عن الخلاص، وهل يحق للمحامي مطالبة المتهم خلاص حكم البراءة الذي استفاد منه، وهل يحق للطبيب القيام على أساس الإثراء بلا سبب ضد المريض الذي تماثل للشفاء؟⁸²⁴ تبيح مبدئيا إطلاعية عبارات الفصل 71 أعلاه "من اتصل بشيء أو غير ذلك" طلب استرداد الإثراء المعنوي رغم صعوبة تقدير الإثراء الذي يختلف عن الافتقار الحاصل للمعلم أو للمحامي أو للطبيب.

الفرع 10) من مجلة الامتحانات والمقررات، تراجع الفقرة 4-9-1.
822 حكم مدني ابتدائي عد 2888 دد مورخ في 30 جانفي 1962. ق ب 1962. عند 7. من 10 نكرة.
الناصر جاد الله، المرجع السابق، من 15.
823 تنبيه مسألة الإثراء المعنوي مسألة الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، وانبار في اللغة بدلا.
هنا، تراجع في هذا المجال الناصر جاد الله، المرجع السابق، من 16.

. الافتقار. نظرا لكون دعوى الإثراء بلا سبب تهدف إلى إرجاع التوازن الأصلي بين ذمتين، يجب أن يكون إثراء المغتني مصحوبا بافتقار الطرف الآخر. أي أن يقابل إثراء أحد طرفي الدعوى افتقار الطرف الآخر وأن تربط بينهما علاقة سببية ثابتة، فيترتب إثراء الأول عن افتقار الثاني. غير أنه لا يشترط في الافتقار أن يكون مائيا بل يكفي أن يتمثل في خدمة أو عمل أو نشاط، هذا ما يستفاد من الفصل 72 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي: "من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به".

. انتفاء السبب. يمثل شرط انتفاء السبب الشرط المحوري في مؤسسة الإثراء بلا سبب التي يتوقف تحققها على انتفاء السبب في إثراء أحدهم على حساب افتقار الآخر. نظرا لأهمية هذا الشرط، يقتضيه المشرع من الناحية الموضوعية ومن الناحية الدائنية.

فيجب تبعا لذلك أن لا يتوفر السبب بصفة موضوعية، إذ قد يكون ذلك عندما يتمثل السبب في قيام علاقة قانونية صحيحة تبرر انتقال الثروات من ذمة لأخرى، في شكل تصرف قانوني، وفي هذا المعنى اعتبرت محكمة التعقيب⁸²⁵: "أن استغلال المشتري لأرض النزاع باقتطاع الحجارة لم يكن باستعمال القوة أو الغصب أو العنف بل كان بوجه شرعي وبمدخل قانوني سليم هو كتب للبيع وقبض.

825 تعقيب مدني عد 26332 دد، مورخ في 16 جوان 1992، 1992، من 319.

	valable que si elle est faite en la même forme que la promesse, ou si elle a été personnellement notifiée à l'autre partie. Celui qui a fixé un délai pour l'accomplissement du fait prévu est présumé avoir renoncé au droit de révoquer sa promesse jusqu'à l'expiration du délai.	
	Art. 22 : Si plusieurs personnes ont accompli en même temps le fait prévu par la promesse de récompense, le prix ou récompense promis est partagé entre eux. Si elles l'ont accompli en des temps divers, la récompense appartient au premier en date ; si elles l'ont accompli chacune pour une part, la récompense est partagée dans la même proportion ; si le prix ou récompense ne peut se partager, ou ne peut être donné qu'à un seul, d'après les termes de la promesse, la décision est remise à la voie du sort.	الفصل 21 : إذا أتم الأمر الموعود عليه أشخاص متعددون في آن واحد يقسم الجعل بينهم وإذا تعاونوا في وقت الإتمام كان الجعل لأسبقهم تاريخا فإن اختلفوا في مقدار العمل كان لهم من الجعل بقدر عملهم فإن كان الجعل لا يعمل القسمة بيع إن أمكن بيعه وقسم ثمنه على المستحقين فإن لم تكن له قيمة في التجارة أو لا يمكن إعطاؤه إلا لواحد على ما يصريح الوعد فالمرجع حينئذ للفرع.
Art. 19 : Dans les contrats unilatéraux, les promesses sont obligatoires dès qu'elles sont parvenues à la connaissance de la	Art. 23 : Dans les obligations unilatérales, les engagements sont obligatoires dès qu'ils sont parvenus à la	الفصل 22 : إذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للالتزام له.

unilatérale de donner une chose ou une valeur déterminée à une institution ou à un corps moral tel qu'une mosquée, un hospice, ne crée d'obligation que si elle est acceptée avant sa révocation par ceux qui représentent légalement l'institution ou le corps moral.	moral, telle qu'une mosquée, un hospice, ne crée d'obligation que si elle est acceptée avant sa révocation par ceux qui représentent légalement l'institution ou le corps moral.	
Art. 18 : La promesse d'une récompense faite par affiches ou autrement à celui qui trouvera un objet perdu ou accomplira un autre fait déterminé est réputée acceptée par celui qui rapporte l'objet ou accomplit le fait, et oblige celui qui a fait la promesse.	Art. 20 : La promesse d'une récompense faite par affiches, ou autre moyen de publicité, à celui qui trouvera un objet perdu, ou accomplira un autre fait déterminé, est réputée acceptée par celui qui, même sans connaître l'avis, rapporte l'objet ou accomplit le fait, et elle oblige l'auteur de la promesse à accomplir, de son côté, la prestation promise.	الفصل 19 : الوعد بالجعل بإحدى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تالف أو يتم عملا آخر بعد مقبولا ممن يأتي بالشئ انتالف أو يتم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الوعد إنجاز وعده.
	Art. 21 : La promesse de récompense peut être révoquée tant que le fait prévu n'a pas été accompli, mais elle peut donner lieu à une indemnité équitable lorsque la révocation survient après l'exécution commencée. La révocation n'est	الفصل 20 : لا يقبل الرجوع في الوعد بالعمل بعد الشروع في العمل بمقتضاه فإن ضرب أجل عد على الوعد إسقاطا لحق رجوعه فيما وعد مدة لأجل.

	contrat comme parfait, malgré la réserve d'une ou plusieurs clauses, le dissentiment survenu entre elles sur l'une de ces clauses réservées n'annule pas la convention, s'il résulte des circonstances que les parties l'auraient également conclue, même à défaut d'accord sur la clause en discussion.	
	Art. 27 : Les réserves ou restrictions qui ne sont pas portées à la connaissance de l'autre partie ne peuvent ni infirmer ni restreindre les effets de la déclaration de volonté telle qu'elle résulte de son expression apparente.	الفصل 25 : الاستثناءات والقيود الواقعة من أحد المتعاقدين بغير أن يعلم بها الطرف الآخر لا تنقص الاتفاق ولا تقيد شيئاً من ظاهر لفظه.
	Art. 28 : La déclaration de volonté simulée, et dont la simulation est connue de l'autre partie, est nulle et non avenue. Cependant, lorsque la simulation couvre un autre rapport de droit valable et réellement voulu par les parties, on appliquera les principes qui régissent ce rapport de droit. La preuve de la simulation doit être faite par celui qui l'allègue.	الفصل 26 : الحجب الناقضة للعقد ونحوها من المكائيب 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 بعد كالأغير على معنى هذا الفصل.
Art. 26 : On peut contracter par	Art. 29 : L'offre faite à une personne présente,	الفصل 27 : إذا عرض شخص على شخص آخر

partie envers laquelle elles sont faites.	connaissance de la partie envers laquelle ils sont pris.	
	Art. 24 : La convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les autres clauses que les parties considèrent comme essentielles. Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention, aussitôt après sa conclusion, ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censées faire partie de la convention primitive, si le contraire n'est exprimé.	الفصل 23 : لا يتم الاتفاق إلا بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بنية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له وما عيراه في الاتفاق إثر العقد لا يعتبر عقداً جديداً بل يلحق بالاتفاق الأصلي إلا إذا صرح بخلافه
	Art. 25 : Dans le doute, le contrat n'est point parfait lorsque les parties ont expressément réservé certaines clauses comme devant former objet d'un accord ultérieur ; l'accord intervenu, dans ces conditions, sur une ou plusieurs clauses, ne constitue pas engagement, alors même que les préliminaires de la convention auraient été rédigés par écrit.	الفصل 24 : لا يعتبر العقد تاماً إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد تآلي فما وقع عليه الاتفاق والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة.
	Art. 26 : Lorsque les parties ont considéré le	

est révocable tant que le contrat n'est point parfait ; mais si la rétractation parvient à l'autre partie après qu'elle a entrepris l'exécution, le proposant peut être tenu des dommages-intérêts envers elle	est révocable tant que le contrat n'est point parfait ; mais si la rétractation parvient à l'autre partie après qu'elle a entrepris l'exécution, le proposant peut être tenu des dommages-intérêts envers elle	الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو بالشروع في العمل بمقتضاء من الطرف الآخر.
Art. 30 : Une réponse conditionnelle ou restrictive équivaut au refus de la proposition, accompagnée d'une proposition nouvelle.	Art. 33 : inchangé	الفصل 31 : الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر.
Art. 31 : L'acceptation est réputée conforme aux offres, lorsque celui qui l'a faite a dit simplement qu'il acceptait.	Art. 34 : La réponse est réputée conforme aux offres, lorsque celui qui répond dit simplement qu'il accepte ou lorsqu'il exécute le contrat sans faire aucune réserve.	الفصل 32 : يعتبر الجواب موافقا للإيجاب إن اكتفى المجيب بقوله قبلت أو أجزى العمل بالعقد بلا شرط.
Art. 32 : Celui qui a fait une offre en fixant un délai pour l'acceptation est engagé envers l'autre partie jusqu'à expiration du délai. Il est dégagé si une réponse d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé.	Art. 35 : inchangé	الفصل 33 : من صدر منه الإيجاب وعين أجل لقبوله فهو ملزم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأتيه الجواب بالقبول في الأجل المذكور انقضى التزامه.
Art. 33 : Celui qui fait une offre à un absent sans fixer un délai est engagé jusqu'au moment où une réponse expédiée dans un délai moral raisonnable devant lui parvenu régulièrement	Art. 36 : Celui qui fait une offre par correspondance sans fixer un délai est engagé jusqu'au moment où une réponse expédiée dans un délai moral raisonnable devant lui parvenu	الفصل 34 : من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزما إلى الوقت المناسب لو سئل الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في

correspondance aussi bien que de vive voix.	sans fixation de délai, est non avenue, si elle n'est acceptée sur-le-champ par l'autre partie. Cette règle s'applique aux offres faites au moyen du téléphone par une personne à une autre. L'acceptation d'une offre faite à une personne présente peut aussi être tacite.	حاضر بمجلسه عفا من العقود ولم يعين له أجلا لقبوله أو رفضه فلا ينز تب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة الهاتف.
Art. 27 : Le contrat entre absents est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant.	Art. 30 : Le contrat par correspondance est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant. Le contrat par le moyen d'un messenger ou intermédiaire est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond à l'intermédiaire qu'il accepte.	الفصل 28 : يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول.
Art. 28 : Lorsque le proposant exige l'exécution immédiate du contrat et qu'une réponse d'acceptation n'est pas exigée par le proposant ou par l'usage du commerce, le contrat est parfait dès que l'autre partie en a entrepris l'exécution	Art. 31 : Lorsqu'une réponse d'acceptation n'est pas exigée par le proposant ou par l'usage du commerce, le contrat est parfait dès que l'autre partie en a entrepris l'exécution, l'absence de réponse vaut aussi consentement lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties.	الفصل (29) : إذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد أو كان عرف التجارة لا يقتضيه تم العقد بمجرد شروع الطرف الآخر في العمل به وعدم الجواب يعتبر رضاء أيضا إذا كان الإيجاب متعلقا بمعاملة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين.
Art. 29 : La proposition	Art. 32 : La proposition	الفصل 30 : يسوغ

la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers ou son héritier a déclaré vouloir en profiter. Art. 22 : Dans le cas de l'article ci-dessus, le tiers peut accepter, même après la mort du donateur ou stipulant, si celui-ci est mort sans avoir révoqué la stipulation, et si ses héritiers n'ont pas usé de ce droit de révocation	indéterminé, lorsque telle est la clause d'une convention à titre onéreux que l'on fait soi-même ou d'une libéralité que l'on fait au promettant. Dans ce cas, la stipulation opère directement en faveur du tiers ; celui-ci, en son nom, en poursuit l'exécution contre le promettant, à moins que l'exercice de cette action n'ait été interdit par le contrat ou n'ait été subordonné à l'acceptation expresse du tiers, à l'accomplissement de certains faits, ou à d'autres conditions déterminées. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer ni la modifier, s'il ne résulte du contrat ou des circonstances qu'il s'est réservé cette faculté	منفعته على الغير وأن لم يعين الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين. وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير ويكون له القيام به على الملزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة وإذا اشترط شيء للغير فأعلم الذي اشترطه بعدم قبوله له فلا عمل على الشرط.
	Art. 41 : Celui qui a stipulé en faveur d'un tiers peut poursuivre, concurremment avec ce dernier, l'exécution de l'obligation, s'il ne résulte de celle-ci que l'exécution ne peut en être demandée que par le tiers en faveur duquel elle est faite. Art. 42 : Le débiteur peut opposer au tiers en faveur duquel la stipulation a été	الفصل 39 : يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئاً لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط إلا إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير.

Si la déclaration d'acceptation a été expédiée à temps, mais ne parvient au proposant qu'après l'expiration du délai fixé, le proposant n'est pas engagé, sauf le recours de la partie en dommages-intérêts contre qui de droit.	régulièrement, si le contraire ne résulte expressément de la proposition. Si la déclaration d'acceptation a été expédiée à temps, mais ne parvient au proposant qu'après l'expiration du délai fixé, le proposant n'est pas engagé, sauf le recours de la partie en dommages-intérêts contre qui de droit.	الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبب فيها.
	Art. 37 : La mort ou l'incapacité de celui qui a fait une offre, lorsqu'elle survient après le départ de la proposition, n'empêche point la perfection du contrat, lorsque celui auquel elle est adressée l'a acceptée avant de connaître la mort ou l'incapacité du proposant.	الفصل 35 : لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه.
	Art. 38 : La mise aux enchères est une offre de contrat ; elle est réputée acceptée par celui qui donne le dernier prix ; elle est révoquée, lorsque les enchères sont terminées, soit d'après l'usage, soit d'après la loi, sans qu'aucune offre ait été faite.	الفصل 36 : عرض الشيء للمزايدة يعتبر إيجاباً يقبله آخر مزايدة وبإذن آخر ثمن ملزم بالوفاء به إذا رضى البائع بالثمن المبذول.
Art. 21 : Néanmoins, on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est	Art. 40 : Néanmoins, on peut stipuler au profit d'un tiers, même	الفصل 38 : يسوغ استراط شرط تعود

peut donner ouverture à la rescision lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été le motif déterminant du contrat.	peut donner ouverture à la rescision : 1° lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement ; 2° lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir.	نفس الشيء يكون موجبا لفسخ الغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد.
Art. 38 : L'erreur portant sur la personne de l'un des contractants ou sur sa qualité n'est pas cause de résolution de la convention, sauf dans le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes de la convention.	Art. 51 : L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.	الفصل 46 : الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد.
Art. 39 : Les simples erreurs de calcul n'influent pas la convention : elles doivent être rectifiées.	Art. 52 : Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.	الفصل 47 : مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط.
Art. 40 : Dans l'appréciation de l'erreur, soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes, et aux circonstances de la cause.	Art. 53 : inchangé	الفصل 48 : إذا وقع اللط في الجهل والجهل الواقع في الحفرق أو في المتعاقد عليه فعلى القاضي أن يراعي ظروف الأحوال ومن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى.

	faite, toutes les exceptions qui résultent de l'obligation. La stipulation est non avenue, lorsque le tiers en faveur duquel elle est faite refuse de l'accepter en notifiant son refus au promettant.	
Art. 25 bis : La ratification peut résulter du silence, lorsque la partie, des biens de laquelle on dispose, est présente au contrat ou en est informée, et n'y contredit point, sans qu'aucun motif légitime justifie son silence.	Art. 46 : Le consentement ou la ratification peuvent résulter du silence, lorsque la partie, des droits de laquelle on dispose, est présente à l'acte ou en est dûment informée, et qu'elle n'y contredit point, sans qu'aucun motif légitime justifie son silence.	الفصل 40 : يعد السكوت رضاء أو تصديقا من شخص إذا وقع الصرف في حقوقه بمحضه أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر.
Art. 34 : Le consentement est nul lorsqu'il a été donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.	Art. 47 : Est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol, ou extorqué par violence.	الفصل 43 : الرضاء الصادر عن غلط أو عن تغيير أو عن إكراه يفيل الإبطال.
Art. 35 : L'erreur de droit peut donner lieu à la rescision du contrat, lorsqu'elle est la cause unique ou principale de la convention.	Art. 48 : L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation . 1° lorsqu'elle en est la cause unique ou principale , 2° lorsqu'elle est excusable.	الفصل 44 : العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحق يجوز فيه الفسخ في حالتين : أولا : إذا كان هو السبب الأصلي في التعاقد. ثانيا : إذا كان مما يعتز فيه بالجهل.
Art. 36 : Néanmoins, l'erreur de droit commune à toutes les parties, ne donne pas ouverture à la rescision.	Art. 49 : Néanmoins, l'erreur de droit commune à toutes les parties ne donne pas ouverture à la rescision.	
Art. 37 : L'erreur de fait	Art. 50 : L'erreur de fait	الفصل 45 : الغلط في

inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut être une cause de rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus.	inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus.	المبنى على التهديد بالتقاضي لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطرق القانونية لا يوجب الفسخ إلا إذا كان التهديد مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى سلبت منه منافع بغير حق أو كان التهديد مصحوبا بأمر تقتضي الإكراه على معنى الفصل فيه.
Art. 44 : La violence est cause de la rescision du contrat, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite.	Art. 58 : La violence donne ouverture à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite.	الفصل 53 : الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يعق من المعاهد الذي انجرت له منفعة العقد.
Art. 45 : La violence est une cause de rescision même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang ou par l'affection.	Art. 59 : La violence donne ouverture à la rescision, même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang ou par l'affection.	الفصل 54 : الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قوية مع المعاهد المكره على العقد.
Art. 46 : Dans le cas où l'obligation a été contractée par crainte révérencielle, il appartient au juge de prononcer selon les circonstances.	Art. 60 : Dans le cas où l'obligation a été contractée par crainte révérencielle, il appartient au juge de prononcer selon les circonstances. Cependant, la rescision sera de droit, lorsque des	الفصل 55 : الحوف المترتب على الحياة لا يقتضي الفسخ إلا إذا صحبه تهديد قوي أو ضرر.

	Art. 54 : Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans les cas des art. 50, 51 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute, et de l'art. 457 dans le cas spécial des télégrammes	الفصل 49 : إذا وقع الغلط من الواسطة التي اتخذها أحد الطرفين فله القيام لفسخ العقد في الصور المقررة بالفصلين 45 و 46 أعلاه وهذا لا ينافي إجراء حكم القواعد العامة المتعلقة بالتفسير وحكم الفصل 457 فيما يتعلق بالتلغراف خاصة.
Art. 41 : La violence est la contrainte injuste, c'est-à-dire exercée en dehors de la loi, et qui ôte à l'obligé la liberté de son consentement	Art. 55 : La violence est la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et qui ôte à l'obligé la liberté de son consentement	الفصل 50 : الإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه.
Art. 42 : La violence n'est une cause de rescision de la convention que lorsqu'elle a été la cause déterminante du contrat, et lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et courageuse, et à lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou ses biens à un préjudice notable en égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes.	Art. 56 : La violence ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que : 1° lorsqu'elle en a été la cause déterminante ; 2° lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et courageuse, et à lui inspirer, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur, ou ses biens à un préjudice notable, en égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes.	الفصل 51 : لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلا في الصور الآتية : - أولا : إذا كان الإكراه هو السبب الملجئ للعقد. - ثانيا : إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح بالنسبة لسه وكونه ذكرا أو أنثى ومعاملة بين الناس ودرجة تأثيره.
Art. 43 : La crainte	Art. 57 : La crainte	الفصل 52 : الحوف

de l'obligation, lorsqu'il existait au moment où la convention a été conclue	rescision de l'obligation, lorsqu'il existait au moment où elle a été constituée.	المغير للشعور وجب فسخه.
Art. 51 : Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et sur les infirmités naturelles, sont abandonnés à l'appréciation des juges, qui devront se décider en ayant égard à la nature de l'affaire et aux circonstances du fait.	Art. 64 : Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, sur les troubles passagers des facultés mentales, et sur les infirmités naturelles, sont abandonnés à l'appréciation des juges.	الفصل 59 : أسباب فسخ العقد المبنية على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر القاضي.
Art. 52 : La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ou de celui qui la représente, et sauf l'exception ci-après.	Art. 65 : inchangé	الفصل 60 : الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا نتج عن تغير التعاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد عدا ما استثنى بالفصل الآتي.
Art. 53 : La lésion donne lieu à rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable : est réputée lésion, dans ce cas, toute différence notable entre le prix auquel la chose a été vendue et la valeur effective	Art. 66 : La lésion donne lieu à rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi, et bien qu'il n'y ait pas dol de l'autre partie. Est réputée lésion, toute différence au-delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose.	الفصل 61 : العين يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيراً أو ليس له أهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه أو من هو أنظره على الصورة المرسومة قانوناً ولو لم يقع تغير من معاقده الآخر والعين في هذه الصورة هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثلث.
Art. 55 : Les choses et les droits incorporels qui sont	Art. 67 : Les choses, les faits et les droits	الفصل 62 : لا يسوغ

	menaces graves ou des voies de fait se seront ajoutées à la crainte révérencielle.	
Art. 47 : Le dol est une cause de rescision de l'obligation lorsque les manœuvres pratiquées par l'un des contractants ou par celui qui le représente ou qui est de complicité avec lui sont telles que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté, ou aurait contracté dans des conditions notablement différentes	Art. 61 : Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.	الفصل 56 : التغرير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطرفين أو من نائبه أو ممن كان متواطئاً معه مختلاتاً أو كنايةات حملت الطرف الآخر على العقد بحيث أنه لم يتم إلا بها وكذلك حكم التغرير الواقع من غير التعاقدين إذا علمه من انتفع به.
Art. 48 : Il y a dol toutes les fois qu'une partie dissimule sciemment une circonstance essentielle, ou fait croire sciemment à l'existence d'un fait, afin de surprendre ou de circonvenir le consentement de l'autre partie.		
Art. 49 : Le dol qui porte sur les accessoires du contrat et qui ne l'a pas déterminé, ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts : il appartient aux juges de déterminer les cas dans lesquels le dol n'est qu'incident.	Art. 62 : Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée, ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.	الفصل 57 : التغرير الواقع في أنواع العقد إذا لم يكن هو السبب الأصلي في التعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة.
Art. 50 : L'état d'ivresse est une cause de rescision	Art. 63 : L'état d'ivresse donne ouverture à la	الفصل 58 : إذا وقع العقد في حال السكر

	en vue de cette éventualité. 2° si le contrat est à terme ou sous condition suspensive, lorsque la chose ou le fait devient possible avant l'évènement de la condition ou l'échéance du terme.	
	Art. 70 : La partie qui savait ou devait savoir, au moment du contrat, que la prestation était impossible, est tenue à des dommages envers l'autre partie. Il n'y a pas lieu à indemnité lorsque l'autre partie savait, ou devait savoir, que l'objet de l'obligation était impossible. On doit appliquer la même règle : 1° au cas où, l'impossibilité étant partielle, la convention est valable en partie , 2° aux obligations alternatives, lorsque l'une des prestations promises est impossible.	الفصل 65 : من كان يعلم حين العقد عدم إمكان المعقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعليه تعويض الخسارة للطرف الآخر . ولا تلزمه الخسارة إذا كان هذا الأخير عالما بما ذكر أو كان من حقه أن يعلمه. وهذا الحكم يجري أيضا في صورتين الأتيتين : أولا : إذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي وحيث العقد في ذلك البعض. ثانيا : إذا كان بالعقد خيار التعيين وكان أحد الأشياء المعدة للخيار غير ممكن.
Art. 59 : Le contrat peut avoir pour objet une chose future, sauf les exceptions établies par la loi.	Art. 71 : L'obligation peut avoir pour objet une chose future, sauf les exceptions établies par la loi.	الفصل 66 : يجوز أن يكون المفسود من الالتزام شيئا مستقبلا وغير محقق عدا ما

dans le commerce peuvent seuls former objet de convention.	incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter.	العائد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه.
Art. 56 : La chose qui forme l'objet de la convention doit être déterminée au moins quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite.	Art. 68 : La chose qui forme l'objet de la convention doit être déterminée au moins quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite.	الفصل 63 : المعقود عليه يجب أن يكون معينا ولو بالنوع أما مقداره و عدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد.
Art. 57 : Lorsque la chose n'est déterminée que par son espèce, le stipulant est censé s'en rapporter au choix du débiteur.		
Art. 58 : Lorsque le contrat a un fait pour objet, il faut que ce fait soit déterminé.		
	Art. 69 : Est nulle l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi, lorsque cette impossibilité est absolue. Elle est toutefois valable dans les cas suivants : 1° lorsque l'impossibilité peut cesser et que l'obligation est constituée	الفصل 64 : يبطل العقد إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون.

	exprimée est démontrée fautive ou illicite, c'est à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite à le prouver.	السبب المصرح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز فعلى من يدعي أن للعقد سببا جائزا غيره أن يثبت ذلك.
Art. 64 : Celui qui, sciemment ou par erreur, reçoit ce qui ne lui était pas dû, est tenu à le restituer à celui dont il l'a reçu.	Art. 76 : Celui qui a reçu ou se trouve posséder une chose, une somme ou autre valeur appartenant à autrui, sans une cause qui justifie cet enrichissement, est tenu de la restituer à celui aux dépens duquel il s'est enrichi.	الفصل 71 : من اتصل بشيء أو غير ذلك من الأموال مما هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه رده لمصاحبه.
Art. 64 bis : Celui qui, de bonne foi, a consommé la chose d'autrui, est tenu envers le propriétaire dans la mesure où il en a profité	Art. 77 : Celui qui, de bonne foi, a retiré un profit du travail ou de la chose d'autrui, sans une cause qui justifie ce profit, est tenu d'indemniser celui aux dépens duquel il s'est enrichi dans la mesure où il a profité de son fait ou de sa chose.	الفصل 72 : من انتفع عن جهل بعمل غيره أو بشيء من ماله بلا وجه يبيح ذلك فعليه العوض لمصاحبه بقدر ما انتفع به.
Art. 65 : Celui qui se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait, a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition contre celui auquel il a payé. Mais celui-ci ne doit aucune restitution si, en conséquence de ce paiement, il a détruit ou	Art. 78 : Celui qui se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait, a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition contre celui auquel il a payé. Mais celui-ci ne doit aucune restitution si, de bonne foi et en conséquence de ce paiement, il a détruit ou	الفصل 73 : من دفع ما ليس عليه ظنا منه أنه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أداه ممن اتصل به لكن لا يلزم هذا بالرد إذا مزق رسم الدين أو أبطله أو سلم في وثيقة

Néanmoins, on ne peut renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.	Néanmoins, on ne peut, à peine de nullité absolue, renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, ou sur l'un des objets qui y sont compris, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. Cette règle n'a pas lieu dans les conventions intervenues entre des héritiers légitimes et ayant pour objet le règlement de la part qui est réservée par la loi à l'un d'eux.	استثنائي في القانون. لكن لا يمسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقا.
Art. 60 : L'obligation sans cause, ou fondée sur une cause illicite ou contraire à la loi, ne peut avoir aucun effet.	Art. 72 : L'obligation sans cause, ou fondée sur une cause illicite, est non avenue. La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.	الفصل 67 : الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والسبب غير الجائز عبارة عما يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العام.
Art. 61 : La cause est illicite, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.	Art. 73 : inchangé	الفصل 68 : كل التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرح به.
Art. 62 : Toute obligation est présumée avoir une cause certaine et licite, quoiqu'elle ne soit pas exprimée.	Art. 74 : inchangé	الفصل 69 : السبب المصرح به يحمل على الحقيقة على أن يثبت خلافه.
Art. 63 : La cause exprimée est présumée vraie jusqu'à preuve contraire.	Art. 75 : Lorsque la cause	الفصل 70 : إذا تبين أن

payement. Il n'y a pas lieu à répétition, lorsque la turpitude est de la part de celui qui a payé et de celui qui a reçu.		
Art. 68 : Si le paiement a été fait en exécution d'une dette prescrite ou d'une obligation morale, même non mentionnée par la loi, il n'y a pas lieu à répétition, si celui qui a payé avait la capacité d'aliéner.	Art. 83 : Si le paiement a été fait en exécution d'une dette prescrite ou d'une obligation morale, il n'y a pas lieu à répétition, lorsque celui qui a payé avait la capacité d'aliéner, encore qu'il eût cru par erreur qu'il était tenu de payer ou qu'il ignorait le fait de la prescription.	الفصل 78 : لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدافع ممن يملك التفويت مجاناً ولو دفع ظناً منه أنه يلزمه الأداء أو جهلاً بسقوط الدين.
Art. 69 : S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les fruits, du jour du paiement. Art. 70 : Celui qui a reçu indûment une chose est tenu de la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle a péri ou a été détériorée par sa faute ; il est même garant de la perte ou de la détérioration par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi. Le détenteur de mauvaise foi doit, en outre, restituer les fruits, accroissements et bénéfices qu'il a perçus à partir du jour du paiement ou de l'indue réception, et	Art. 85 : Celui qui s'est indûment enrichi au préjudice d'autrui est tenu de lui restituer identiquement ce qu'il a reçu, si cela existe encore, ou sa valeur au jour où il l'a reçu, si cela a péri ou a été détérioré par son fait ou sa faute ; il est même tenu de la perte ou de la détérioration par cas fortuit, depuis le moment où la chose lui est parvenue, s'il l'a reçue de mauvaise foi. Le détenteur de mauvaise foi doit, en outre, restituer les fruits, accroissements et bénéfices qu'il a perçus à partir du jour du paiement ou de l'indue réception, et	الفصل 80 : من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده بعينه إن كان موجوداً أو ترجيع قيمته حين توصله به إذا تلف أو تعيب بفعله أو بتقصيره. فإن نعد الاستيلاء على مال غيره ضمن التلف والتعيب ولو بأسر طارئ من وقت دخول ذلك في قبضته كما عليه أن يرد الغلة والروائد والأرباح الحاصلة له من يوم اتصاله بذلك مع ما كان من حقه أين يحصل له لو أحسن الإدارة. لكن إذا كان اتصاله بذلك عن

annulé le titre, ou s'est privé des garanties de sa créance. Dans ce cas, celui qui a payé n'a de recours que contre le véritable débiteur.	annulé le titre, s'est privé des garanties de sa créance, ou a laissé son action se prescrire contre le véritable débiteur. Dans ce cas, celui qui a payé n'a de recours que contre le véritable débiteur.	الدين أو ترك القيام على الدين الحقيقي حتى سقط حقه في القيام بمرور المدة جهلاً منه بحقيقة الأمر فلم يبق للدافع والحالة هذه إلا الرجوع على المدين الحقيقي.
	Art. 79 : Il n'y a pas lieu à répétition lorsqu'on a acquitté volontairement et en connaissance de cause ce qu'on savait ne pas être tenu de payer.	الفصل 74 : من دفع باختياره ما لا يلزمه عالماً بذلك فليس له أن يسترجع ما دفعه.
Art. 66 : On peut répéter ce qui a été payé sans cause, c'est-à-dire pour une cause future, qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister.	Art. 80 : On peut répéter ce qui a été payé pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister.	الفصل 75 : يجوز استرداد ما وقع دفعه لسبب مستقبل لم يقع أو لسبب موجود قد زال.
	Art. 81 : Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été payé pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, lorsque celui qui a payé savait déjà que la réalisation était impossible, ou lorsqu'il en a frauduleusement empêché la réalisation.	الفصل 76 : لا يسترد ما دفع لسبب مستقبل لم يقع إذا كان الدافع عالماً بأن حصول ذلك غير ممكن أو منع هو حصوله.
Art. 67 : Ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, peut être répété, lorsque la turpitude est de la part de celui qui a reçu le	Art. 82 : Ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, peut être répété.	الفصل 77 : يجوز استرداد ما دفع لسبب يخل بالقانون أو بالنظام العام أو بالأخلاق الحسنة.

valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi.		مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصور المقررة في القانون.
Art 203 : L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet.	Art. 372 : L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est nulle de plein droit: 1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation. 2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.	الفصل 325 : ليس للاتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب ذلك الالتزام. ويبطل الالتزام من أصله في صورتين الآتيتين : أولاً : إذا خلا عن ركن من أركانه. ثانياً : إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة.
Art 204 : La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité des obligations accessoires. Art. 205 : La nullité de l'obligation accessoire entraîne pour la nullité de l'obligation principale	Art. 373 : La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité des obligations accessoires, à moins que le contraire ne résulte de la loi ou de la nature de l'obligation accessoire. La nullité de l'obligation accessoire n'entraîne pour la nullité de l'obligation principale	الفصل 326 : إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك وبطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل.
	Art 374 : La nullité d'une partie de l'obligation annule l'obligation pour le tout, à moins que celle-ci	الفصل 327 : بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن

	ceux qu'il aurait dû percevoir s'il avait bien administré. Il ne répond que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, et à partir du jour de la demande s'il était de bonne foi.	جهل و عدم تعمد فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام عليه بالدعوى.
Art. 71 : Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il n'est tenu qu'à restituer le prix de la vente ou les actions qu'il a contre l'acheteur.	Art. 86 : Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il n'est tenu qu'à restituer le prix de la vente ou à céder les actions qu'il a contre l'acheteur, s'il était encore de bonne foi au moment de la vente.	الفصل 81 : من اتصل بشيء بغير حق جهلاً منه ثم باعه وهو على جهله فلا يلزمه إلا رد ما فبعه من الثمن أو إحالة حقوقه التي على المشتري.
Art. 100 : Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs et à la loi est nulle et non avenue, mais ne rend pas nulle l'obligation qui en dépend. Art 101 : La condition incompatible avec la nature de la convention à laquelle elle est ajoutée est nulle et rend nulle la convention qui en dépend	Art. 134 : Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, est nulle, et rend nulle l'obligation qui en dépend , l'obligation n'est pas validée, si la condition devient possible par la suite.	الفصل 117 : كل شرط تعلق بمحال أو بما يخالف الأخلاق الحميدة أو القانون فإنه باطل وبه يبطل العقد ولا يتقلب إلى الصحة لو صار ذلك الشرط ممكناً فيما بعد.
Art. 199 : Les obligations contractuelles	Art. 265 : inchangé	الفصل 242 : ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم

Art. 352 : Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée.	Art. 378 : Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité ; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès ; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat.	الفصل 331 : المدة المذكورة لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط أو التفرير إلا من وقت الإطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم رفع الحجر عنهم أو من يوم موتهم. أما فيما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات وهو تحت قيد الحجر والمغنون الرشيد فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه.
Art. 353 : La prescription d'un an dans les cas sus-énoncés s'applique également à l'Etat, aux Communes et aux autres personnes morales.	Art. 379 : La prescription d'un an s'applique également, dans les cas sus-énoncés, à l'Etat, aux communes et aux autres personnes morales, à partir du jour où l'acte susceptible d'être annulé est devenu définitif, d'après les lois et règlements administratifs.	الفصل 332 : سقوط الدعوى بمضي عام يسري حكمه في الصور المبينة أعلاه للدولة والإدارات البلدية وغيرها من الذات المعنوية والمدة المذكورة تحسب من يوم يصير العقد باتاً على مقتضى القوانين والتراتيب الإدارية.
Art. 354 : L'action en rescision se transmet aux héritiers, pour le temps qui restait à leur auteur,	Art. 380 : inchangé	الفصل 333 : طلب الفسخ ينتقل إلى الوارث في المدة التي بقيت

	puisse continuer à subsister à défaut de la partie atteinte de nullité	يقوم بدور الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص.
	Art. 375 : L'obligation qui est nulle comme telle, mais qui a les conditions de validité d'une obligation légitime, peut valoir sous cette forme, lorsqu'il résulte des circonstances que les parties l'auraient ainsi voulu si elles avaient connu la nullité de l'obligation primitive.	الفصل 328 : إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام.
	Art. 376 : La confirmation d'une obligation nulle de plein droit ne peut valoir que comme obligation nouvelle, et seulement à partir de la date de la confirmation, dans les cas où elle est permise par la loi	الفصل 329 : إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه.
Art. 351 : L'action en nullité ou en rescision d'un obligation se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique pas un délai différent.	Art. 377 : L'action en rescision a lieu dans les cas prévus aux articles 9, 47, 63, 65, 66 et dans tous les cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique pas un délai différent. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte	الفصل 330 : يجوز القيام بالفسخ في الصور المبينة بالفصول 8 و43 و58 و61 من هذا القانون وبمضي عام إذا صرح القانون بمدة أخرى وسقوط الدعوى بمرور المدة لا يجري حكمه إلا في حق من انعقد بينهم الالتزام.

confirmation ou ratification d'une obligation, contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à cette annulation	confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.	الالتزام القابل للفسخ قانوناً أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ.
Art. 338 : A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice des droits des tiers	Art. 385 : A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable, sans préjudice des droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou	الفصل 338 : إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختياراً في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح. وإمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختياراً على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانوناً وعن حسن نية قبل

sauf les dispositions relatives à l'interruption ou à la suspension de la prescription.		لمورثه مع مراعاة الأحكام الخاصة بانقطاع مرور مدة سقوط القيام بالدعوى أو توفيقها.
	Art. 381 : L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.	الفصل 334 : القيام بالفسخ يسقط على كل حال بمضي خمسة عشر عاماً من تاريخ العقد.
Art. 355 : L'exception de nullité ou de rescision peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention, dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en nullité ou en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par l'art. 351 ci-dessus.	Art. 382 : L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en rescision. Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 377 à 381 ci-dessus.	الفصل 335 : يجوز لمن طوّل بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة بالفصول 330 و 331 و 332 و 333 و 334.
Art. 356 : La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient avant que la convention fut conclue, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.	Art. 383 : La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.	الفصل 336 : إذا فسخ الالتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما أن يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جزائه وأما الحقوق التي اكتسبها الغير قانوناً عن حسن نية فتجري عليها الأحكام الخاصة المتعلقة بالمعقود الخاصة.
Art. 357 : L'acte de	Art. 384 : La	الفصل 337 : إمضاء

	établis aux articles 401 et 402, selon qu'elle est faite à un étranger ou à un successible. La femme mariée ne peut vendre qu'avec l'autorisation de son mari.	الفصل 354 : إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحايأة كان يبيع له بأقل من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد. وإذا كان البيع لغير وارث ينزل عنه حكم الفصل 355.
Art. 557 : La vente de la chose d'autrui est nulle. Elle peut toutefois devenir valable si le véritable propriétaire la ratifie, ou si le vendeur devient propriétaire de la chose, avant qu'on ait demandé la résolution du contrat. Art. 558 : La vente de la chose d'autrui peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acquéreur est de bonne foi. Mais il n'aura droit qu'à la restitution du prix qu'il a payé, s'il savait que la chose était à autrui.	Art. 673 : La vente de la chose d'autrui est valable. 1° si le maître la ratifie ou y consent. 2° si le vendeur acquiert ensuite la propriété de la chose Dans le cas où le maître refuse de ratifier, l'acquéreur peut demander la résolution de la vente ; le vendeur est tenu, en outre, des dommages-intérêts, lorsque l'acquéreur était de bonne foi. La nullité du contrat ne peut jamais être opposée par le vendeur.	الفصل 576 : يجوز بيع ملك الغير ; أولاً : إذا أجاز به المالك. ثانياً : أو صار المبيع ملكاً للبائع. فإن لم يجزه المالك جاز لمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أن البائع فضولي وليس لهذا البائع أن يعارض بطلان البيع بدعوى أنه فضولي.
Art. 1173 : Celui qui gère volontairement les affaires d'autrui est tenu de continuer la gestion, jusqu'au moment où le maître est en état de la continuer lui-même. Art. 1174 : Il doit	Art. 1358 : Lorsque, sans y être autorisé par le maître ou par la loi, on gère volontairement ou par nécessité les affaires d'autrui, en son absence ou à son insu, il se constitue un rapport de	الفصل 1179 : إذا باشر شخص مصالح غيره اختياراً أو ضرورة بدون إذن منه أو من القاضي في مغيبه أو بدون علمه فإنه يترتب على ذلك التحاق تصرفه بتصرف

	exécution.	التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336.
Art. 287 : Est nulle la remise faite par un malade, pendant sa dernière maladie, à l'un de ses héritiers, de tout ou partie de ce qui lui est dû par ce dernier.	Art. 401 : Est nulle la remise faite par un malade directement ou sous toute autre forme, pendant sa dernière maladie, à l'un de ses héritiers, de tout ou partie de ce qui lui est dû par ce dernier ; mais elle peut être validée : 1° si les autres héritiers la ratifient ; 2° lorsqu'elle a une cause exprimée et dont on justifie l'existence.	الفصل 354 : إذا أسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه.
Art. 288 : La remise accordée par un malade pendant sa dernière maladie est valable jusqu'à concurrence du tiers de ce qui reste dans la succession après le paiement des dettes.	Art. 402 : La remise accordée par un malade à un tiers pendant sa dernière maladie est valable jusqu'à concurrence du tiers de ce qui reste dans la succession après le paiement des dettes.	الفصل 355 : الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف جنازته.
	Art. 636 : Nul ne peut user des pouvoirs qu'il a pour autrui afin d'autoriser un acte dans lequel il est intéressé lui-même.	الفصل 549 : من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة.
	Art. 662 : La vente faite par un malade, pendant sa dernière maladie, est régie par les principes	الفصل 565 : بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم

فهرس أبجدي للمواضيع

(الأرقام تحيل إلى الفقرات)

- أ -

إثراء بلا سبب : 463

- أساسه : 468-469

- تطوّر مفهومه : 466-467

- نظامه (شروطه) : 440

إرادة : 77

- التصريح بها : 77

- التعبير عنها : 24-26

- منفردة : 24

- عوارضها : 30

- سلامتها : 125

- مدلولها : 279

. الثيارات الفقهية : 279-280-281-282

. فقه القضاء : 287

. المشرع : 278

. محاكم الأصل : 288-289-290-291-292-293

. محكمة التعقيب : 294-295-296

. مجلة الالتزامات والعقود : 283-284-285-286

استغلال : 170

- تمييزه عن الغبن : 182-183-184

apporter, dans sa gestion la diligence d'un bon père de famille, et il est tenu des mêmes obligations que le mandataire. Le tribunal pourra, cependant, tenir compte des circonstances spéciales de chaque cas pour atténuer la responsabilité de l'administrateur, ou pour l'aggraver.	droit analogue au mandat, qui est régi par les dispositions suivantes.	الوكيل ويجري حكمه على ما بالفصول الآتية :
---	--	---

- شروطه : 179-180-181

- نظريته : 177-178

- مجلة الالتزامات والعقود : 185

- اشتراط لمصلحة الغير : 420

- أساسه : 423-424-425-426-427-428

- 429-430-431

- مفهومه : 421

- مجلة الالتزامات والعقود : 432

- طابع مجرد : 434-435

- طابع منفرد : 433

- علاقة المشتراط والمستفيد : 443

- علاقة المشتراط والملتزم : 436-437-438-439

- علاقة الملتزم والمستفيد : 441-442

- إكراه : 159

- شروطه : 165

- مجلة الالتزامات والعقود : 163-164

- مشروعيته : 168-169

- مصدره : 166-167

- النظرية الذاتية : 160-161-162

- التزام : 1

- طبعي : 3-4

- مفهومه : 2-3-14-15

- مجلة الالتزامات والعقود : 19-20-21-22-23-24-25

- النظرية الذاتية : 5-6-7-8

- النظرية الموضوعية : 9-10-11-12-13

- أمان المعاملات : 84

- أهلية : 31

- تصرف : 34-35-36

- فقدانها : 52-53-54-55-56-57-58-59-60

- 61-62

- قيودها : 38-39-40-41-42-43-44-45-46

- 47-48-49-50-51

- وجوب : 32-33

- ب -

- بطلان : 300

- آثاره : 341

- استرداد الالتزامات : 348-349-350

- إجراءات دعوى البطلان : 327-328-329-330

- 331

- إجراءات دعوى القابلية للبطلان : 332-337-338

- 339

- إمضاء : 333-334-335-336

- إنقاذ التصرف القانوني : 322

- جزاء : 318-319-320-321

- جزئي : 344-345-346

- حالاته : 305-306-307

- الدّفع به : 340
- الصّبغة القضائيّة : 323-324-325-326
- مفهومه : 300-301-302-303-304
- نطاقه : 342-343
- نظامه : 323-324-325-326
- نظريّة البطلان : 300-301-302-303-304-305-306-307-308-309
- 310-311-312-313
- 314-315-316-317-318
- 319-320-321-322
- التّفرة بين البطلان والقابليّة للإبطال : 308-309-310-311-312-313
- 314
- التّشريعيّة : 317
- مجلّة الالتزامات والعقود : 315-316
- بيع ملك الغير : 225-226-227
- ت-
- تحفّظ ذهني : 114-115-116
- ترشيد : 45-46
- تركّات مستقبلية : 230
- تصرّف بديل : 347
- تصرّف قانوني : 297

- أثاره : 351
- أحادي : 416
- شروطه : 209
- صحّته : 297
- تعاقد الشّخص مع نفسه : 55-56-57
- تعبير عن إرادة : 24-26-79-82
- انتفاء النّية : 103
- إطلاّع : 372
- إلغاء : 378-379-380-381-382-383
- 384-385-386
- تسلّم : 361-371-373-377
- تصرّيح : 359-360
- تصدير : 363-364
- تلقّي : 369
- غير محدّد الوجهة : 374-375
- محدّد الوجهة : 371-372-373
- شكله : 83-89-90-91-92-93-94-95-96
- 97-98-99-100-101
- صدوره : 357-358-365
- قيامه : 102
- نفاذه : 356-362
- تغيير : 150
- مجلّة الالتزامات والعقود : 153-154-155-156
- 157-158

- النظرية الذاتية : 151- 152
توليح : 117- 118- 119- 120- 121- 122- 123- 124

- ث -

ثمن : 233- 234- 235- 236

- ح -

حجر لاختلال المدارك العقلية : 48

- جنون : 49

- سفه : 51

- ضعف العقل : 50

حجر للصغر : 41- 42- 43

- س -

سبب الالتزام : 260

- تطوّر نظرية السبب : 262- 263- 264- 265- 266- 267-

268- 269

- جوازه : 272- 273- 274

- قيامه : 261

- نظامه القانوني : 270

- وجوبه : 270- 271

سكر : 187- 188- 189
سكوت : 393- 394- 395

- ش -

شبه العقد : 445

- أساسه : 450- 451

- تطوّره : 447- 448- 449

شرط تغريمي : 244- 245- 246- 247- 248- 249- 250-

251- 252- 253- 254- 255- 256- 257-

258- 259

شكلنة : 85- 86

- ف -

فصول 566 إلى 570 : 58- 59- 60- 61- 62

فضالة : 452- 453

- أثارها : 456

- أنواعها : 457- 458- 459- 460- 461- 462

- طبيعتها القانونية : 454- 455

- ق -

قبول : 387

- انعقاد العقد : 411- 412- 413- 414- 415

- بسيط : 403

- تحقّقه : 406-407

- تصرّف إيجابي : 390

- تعبير عن إرادة منفردة : 408-409-410

- شروط أساسية : 404-405

- شكله : 389

- صريح : 391

- ضمني : 392

- محتواه : 396

- مضمونه : 402

- مفهومه : 388

- زمنه : 397-398

- ع -

عقد : 352

عيوب الرضا : 125-126-127-128

- التقليدية : 129

- تقديرها : 199-200-201-202-203-204-205

206-207-208

- غ -

غبن : 172

- على معنى الفصل 60 : 194-195-196-197-198

- موضوعي : 172-173-174-175-176

غلط : 130

- أنواعه : 137

. مانع : 147-148-149

. موضوعي : 139-140-141

. في الصفة : 142-143-144-145-146

- التيار الذاتي : 132-133

- مجلة الالتزامات والعقود : 134-135-136

- م -

مبدأ سلطان الإرادة : 9-15-16

محتوى التصرف القانوني : 212

- قيمته : 275

- نظريته : 212-213-214-215-216-217-218

محلّ (موضوع) الالتزام : 6-9-17-18-219

- استحالته : 239-240

- إمكانية : 238

- تحديده : 231

- تعريفه : 220-221

- جوازه : 237

- قيامه : 222

- مستقبل : 228-229

- مشروعيته : 241-242-243

- وجوده : 223-224

مدلول التصرف القانوني : 276

مرض : 190-191-192-193

مرض الموت : 54

موانع الزواج : 53

مزايده : 400-401

- ن -

نظام عام : 16-63

- أثره : 72-73-74-75-76

- اقتصادي واجتماعي : 68-69-70-71

- تقليدي : 66-67

- و -

وفاة الموجب : 366-367-368

وعد بيع : 104—105-106-107-108-109-110

فهرس عام

(الأرقام تحيل إلى الصفحات)

7..... مفهوم الالتزام

17..... مفهوم الالتزام في مجلة الالتزامات والعقود

الجزء الأول

25..... نشأة التصرف القانوني

العنوان الأول

29..... الشروط المتعلقة بأطراف التصرف

العنوان الفرعي الأول

29..... قيام الإرادة

33..... الباب الأول : عوارض الإرادة

33..... القسم الأول : الأهلية

34..... الفقرة الأولى : أهلية الوجوب

35..... الفقرة الثانية : أهلية التصرف

36..... أ - المبدأ

37..... ب - الاستثناء

37..... قيود الأهلية

46..... فقدان الأهلية

53..... القسم الثاني : النظام العام

55..... الفقرة الأولى : تطور مفهوم النظام العام

55..... أ - المفهوم التقليدي للنظام العام

57..... ب - النظام العام الاقتصادي والاجتماعي

59..... الفقرة الثانية : أثر النظام العام

60..... أ - أثر النظام العام التقليدي

العنوان الفرعي الثاني

- 95..... سلامة الإرادة
- 97 الباب الأول : عيوب الرضا التقليدية
- 97 القسم الأول : الغلط
- 98 الفقرة الأولى : مبدأ إقرار عيب الغلط
- 98 أ - الغلط في التيار الذاتي
- 100 ب - الغلط في مجلة الالتزامات والعقود
- 101 الفقرة الثانية : أنواع الغلط
- أ - صنف الغلط
- ب - عدم التمييز بين الغلط المانع والغلط
- 106 العيب
- 108 القسم الثاني : التغيرير
- 108 الفقرة الأولى : التغيرير في النظرية الذاتية
- الفقرة الثانية : التغيرير في مجلة الالتزامات والعقود
- 110 أ - مصدر التغيرير
- 111 ب - الكنايات
- 113 القسم الثالث : الإكراه
- 113 الفقرة الأولى : الإكراه في النظرية الذاتية
- الفقرة الثانية : الإكراه في مجلة الالتزامات والعقود
- 115 أ - الإكراه كعيب للرضا
- 117 ب - شروط الإكراه
- 121 الباب الثاني : عيب الاستغلال
- 122 القسم الأول : مبدأ إقصاء الغني الموضوعي

- 61 ب - أثر النظام العام الحديث
- 63 الباب الثاني : التصريح بالإرادة
- 63 القسم الأول : وجهة الإرادة
- 64 الفقرة الأولى : محتوى التفرقة
- 66 الفقرة الثانية : أهمية التفرقة
- 67 القسم الثاني : شكل التعبير عن الإرادة
- الفقرة الأولى : شكل التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة
- 69 أ - مقومات الإشهار
- 70 ب - آثار الإشهار
- 72 الفقرة الثانية : شكل التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة
- 73 أ - الطرف الآخر غائب
- 73 ب - الطرف الآخر حاضر
- 75 الباب الثالث : قيام التعبير عن الإرادة
- 79 القسم الأول : انتفاء النية في التعبير عن الإرادة
- 79 غير المحدد الوجهة
- 80 الفقرة الأولى : الجدل الفقهي
- 81 الفقرة الثانية : مدلول الفصل 18
- 81 أ - ميدان الفصل 18
- 81 ب - محتوى الفصل 18
- 83 القسم الثاني : انتفاء النية في التعبير عن الإرادة
- 85 المحدد الوجهة
- 85 الفقرة الأولى : التحفظ الذهني
- 88 الفقرة الثانية : التوليج (الصورية)
- 90 أ - الطابع الموضوعي للفصل 26
- 92 ب - مفهوم الغير

166	الفقرة الثانية : تحديد المحل
170	القسم الثاني : جواز المحل
170	الفقرة الأولى : إمكانية المحل
171	الفقرة الثانية : مشروعية المحل
174	الفقرة الثالثة : الشرط التغريمي
180	أ - الشرط التغريمي جزاء خاص
182	ب - الشرط التغريمي أداة تعويض

185	الباب الثاني : سبب الالتزام
185	القسم الأول : قيام السبب
186	الفقرة الأولى : تطور نظرية السبب
193	الفقرة الثانية : النظام القانوني للسبب
193	أ - وجوب السبب
195	ب - جواز السبب

العنوان الفرعي الثاني

199	قيمة محتوى التصرف القانوني
201	الباب الأول : مدلول التصرف القانوني
202	القسم الأول : المشرع ومدلول الإرادة
202	الفقرة الأولى : الاتجاهات الفقهية
203	أ - التيار الذاتي
204	ب - التيار الموضوعي
	الفقرة الثانية : مجلة الالتزامات والعقود ومدلول
205	الإرادة
206	أ - المبدأ
207	ب - الاستثناءات
208	ج - طرق التأويل

123	الفقرة الأولى : القانون الفرنسي
124	الفقرة الثانية : التشريع الإسلامي
125	الفقرة الثالثة : القانون الألماني
127	القسم الثاني : نظرية الاستغلال
128	الفقرة الأولى : عرض نظرية الاستغلال
129	أ - شروط عيب الاستغلال
	ب - التمييز بين الاستغلال والغبن
	الفقرة الثانية : نظرية الاستغلال في مجلة الالتزامات

131	والعقود
132	أ - السكر
134	ب - المرض
136	ج - الغبن على معنى الفصل 60
141	الباب الثالث : تقدير عيوب الرضا
142	القسم الأول : محتوى التفرفة
144	القسم الثاني : التقدير الظرفي لعيوب الرضا

العنوان الثاني

الشروط المتعلقة بالتصرف القانوني

	العنوان الفرعي الأول
151	محتوى التصرف القانوني
157	الباب الأول : موضوع الالتزام
159	القسم الأول : قيام المحل
159	الفقرة الأولى : وجود المحل
159	أ - المبدأ
163	ب - الاستثناءات

القسم الثاني : مدلول الإرادة وفقه القضاء	210
الفقرة الأولى : محاكم الأصل	210
أ - الحدّ السلبي لتدخل القاضي	210
ب - الحدود الإيجابية	212
الفقرة الثانية : محكمة التعقيب	213
أ - مراقبة حسن تطبيق القانون	214
ب - التحريف	215
الباب الثاني : صحة التصرف القانوني	217
القسم الأول : نظرية البطلان	218
الفقرة الأولى : مفهوم البطلان	218
الفقرة الثانية : حالات البطلان	222
أ - التفرقة بين البطلان والقابلية للإبطال	224
ب - النظرية التشريعية للبطلان	230
القسم الثاني : نظام البطلان	235
الفقرة الأولى : الصبغة القضائية للبطلان	235
الفقرة الثانية : إجراءات البطلان	238
أ - البطلان	238
ب - القابلية للبطلان	244
الفقرة الثالثة : آثار البطلان	253
أ - نطاق البطلان	254
ب - استرداد الالتزامات المتبادلة	258

الجزء الثاني

آثار التصرف القانوني

العنوان الأول

القعد

263
265

الباب الأول : نفاذ التعبير عن الإرادة	267
القسم الأول : صدور التعبير	267
الفقرة الأولى : التيارات القائمة	268
أ - نظرية التصريح	269
ب - نظرية التسلم	270
الفقرة الثانية : الحل التشريعي	270
أ - تصدير التعبير	271
ب - إثبات التصدير	272
الفقرة الثانية : آثار صدور التعبير	273
أ - موقف الفقه	273
ب - موقف المشرع	274
القسم الثاني : تلقي التعبير	276
الفقرة الأولى : تسلم التعبير	277
أ - التعبير المحدد الوجهة	277
ب - التعبير غير المحدد الوجهة	279
الفقرة الثانية : آثار تسلم التعبير	282
أ - إلغاء التعبير عن الإرادة المحدد الوجهة	282
ب - إلغاء التعبير عن الإرادة غير المحدد الوجهة	287
الباب الثاني : القبول	291
القسم الأول : مفهوم القبول	291
الفقرة الأولى : شكل القبول	292
أ - القبول تصرف إيجابي	292
ب - السكوت	293
الفقرة الثانية : محتوى القبول	295
أ - زمن القبول	295
ب - مضمون القبول	298
القسم الثاني : تحقق القبول	301

- 302 الفقرة الأولى : القبول تعبير عن إرادة منفردة
- 303 الفقرة الثانية : القبول وانعقاد العقد

العنوان الثاني

التصرفات الأحادية

- 307
- 311 الباب الأول : الاشتراط لمصلحة الغير
- 313 القسم الأول : المحاولات الفقهية
- 313 الفقرة الأولى : نظرية الإيجاب
- 313 أ - عرض نظرية الإيجاب
- 314 ب - تقدير نظرية الإيجاب
- 316 الفقرة الثانية : نظرية الفضالة
- 316 أ - عرض نظرية الفضالة
- 317 ب - تقدير نظرية الفضالة
- 318 الفقرة الثالثة : نظرية الإرادة المنفردة
- 318 أ - عرض نظرية الإرادة المنفردة
- 318 ب - تقدير نظرية الإرادة المنفردة
- القسم الثاني : الاشتراط لمصلحة الغير في مجلة
- 319 الالتزامات والعقود
- 321 الفقرة الأولى : العلاقة بين المشترط والملتزم
- 321 أ - العلاقة الاتفاقية
- 322 ب - العلاقة الناشئة عن الاشتراط
- 324 الفقرة الثانية : العلاقة بين الملتزم والمستفيد
- 325 أ - أساس حق المستفيد
- 326 ب - نطاق حق المستفيد
- 326 الفقرة الثالثة : العلاقة بين المشترط والمستفيد
- 329 الباب الثاني : شبه العقد
- 329 القسم الأول : مفهوم شبه العقد