الجزء الأول والثاني

شرح

مجلة الالتزامات والعقود التونسية

«(للاستاذ دوبلا)»

تعريب الحقوقي الضليع الاستاذ محمد المالقي

كبير رؤساء محكمة الوزارة

طبعة اولى

بمساعي ومجهودات جمعية قدماء وطلبة الحقوق التونسية سنة ١٣٦٧-١٩٤٨
وذلك على عهد مجلسها الاداري المتركب من السادة :

الرئيس : الحفناوي عريبة . كاهيته : عمر العياري :

الكاتب العام : عز الدين الزيتوني - امين المال : صالح بن الطاهر

والعضوين : الهادي الورتتاني و عبد القادر القدي

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم

تمهيد

الحق المبني على تعمير الذمة هو الحق الذي لشخص في اجبار اخر على اجراء امر او ترك امر تكون فائدته عائدة على الاول (راجع صحيفة ٤٤٦ من تاليف بيفنرار) . فاذا كان الحق بتحليل المعنى حقا في دين بالنسبة للمتعهد له كانه بالنسبة للمتعهد به التزام او دين ففي معني الالتزام ما يقضي بوجود صلة بين شخصين وهما الدائن والمدين .

وعليه فالالتزام عبارة عن واجب قانوني يصبح المدين بمقتضاه مجبورا شرعا بانجاز عمل او اعطاء شيء (اي احالة شيء) او ترك عمل لفائدة الدائن . والحاصل فان المراد من ذلك هو ايجاد منفعة للدائن بحصول امر او بعدمه . — وحيث كان هناك ما يقضي بوقوع الاجبار فكل التزام يكون اذا مقترنا بحق القيام لدى المحاكم هذا ولا وجود لواجب قانوني بمجرد الالتزام الادبي وعليه فمن وفى بهذا الالتزام يكون كمن اعطى شيئا تبرعا منه لا كمن باشر دفع دين بذمته فزيد مثلا الذي هو غني قد اعطى لابنة اخيه الفقير مبلغا من المال لتتزوج ففي هاته الصورة قد صدرت هبة من الدافع ولو كان هناك نوع التزام ادبي حقيقي قاض على زيد بالقيام بمثل هذا العمل . — قد يوجد بين الالتزامات المدنية المقترنة بحق القيام لدى المحاكم ومجرد الالتزامات الادبية المحضة التزامات اخرى تعرف بالطبيعية وهي التي يؤديها المتحمل بها انقيادا لصوت الشرف والضمير (مثال ذلك) الوارث الذي ينجز ما اوصى به مورثه للغير والحال ان رسم الوصية

باطل لسبب من الاسباب (مثال اخر .) زيد مدين لعمر بالف فرنك فيتغافل عمر عن طلب ماله الى ان يسقط بمرور المدة القانونية فيطالب زيد بعد ذلك فيعارضه بحصول سقوط الحق ثم يموت فابنه الذي اصبح وارثا له يرى ان هناك التزاما طبيعيا يتحتم عليه الوفاء به ويدفع المبلغ لعمر . ليس للدائن في الالتزام الطبيعي ما يسمح له بالقيام على المدين ليتمكن من جبره على الاداء وانما اذا وفى المدين بما عليه يكون قد باشر دفعا صحيحا ولا يكون قد قام بعمل تبرعي ولا يجوز عندئذ القيام باسترداد ما وقع دفعه بدعوى انه دفع بدون وجه . ولنلاحظ ان الفرق بين الالتزامات التي هي ادبية محضة والالتزامات الطبيعية لم يكن كثير الوضوح اذ ان جميعها صادر عن واجب ادبي حتى انه في بعض الصور قد يصعب عن الانسان ان يجزم هل هو امام التزام طبيعي خصوصا اذا كان الالتزام من شانه اجازة الغير بما قام به من الاعمال . وفي العمل قد وكل للحاكم ان يقدر حسب اجتهاده ونظرا للنوازل المعروضة عليه هل ان هناك عملا تبرعيا او دفعا حقيقيا فان كان الثاني فقد يمكن ان يقال عندئذ ان الالتزام طبيعي . ان لالتزام جزء من الكسب وان كان مفاده ايجاد صلة شخصية بين الدائن والمدين فهو اذاً ممكن الاحالة كسائر المقادير النقدية كما انه يمكن ان يؤول الى المطالبة بغرم الضرر اذا لم يقع انجازه . من الممكن ان يكون الالتزام ناشئا عن افعال مادية (جنح او شبه جنح مدنية) او عن القانون (الحائط المشترك والحوز وغيرهما) وفي هاته الصورة قد تكون ارادة المدين اجنبية كلا او بعضا عن تكوين الالتزام لكن من الجائز ان ينشا الالتزام . وقد ينشا فعلا عن اعمال قانونية اعني اعمالا تقع بقصد احداث نتائج قانونية وفي هاته الحالة يكون رضاء الاشخاص الذين ستتوجد بينهم الرابطة القانونية امرا لازما وذلك مما يدعو الى التساؤل هل ان ارادة واحدة تكفي لاحداث امر قانوني (كما في صورة الوصية والايجاب في البيع

والجعل وغير ذلك) ؟ ام ان الامر بعكس ذلك مفاده عملية قانونية غير تامة لكون الرابطة القانونية وفي صورة الوصية لا تتكون الا اذا قبل الموصى له الوصية وفي صورة الايجاب بالبيع اذا صدر القبول من المشتري وفي صورة الجعل اذا حضر المجاعل . كل شخص اهل اصالة للالتزام والالتزام ما لم يصب من القانون بما ينزع عنه اهلية التعاقد وسنرى فيما بعد مفصلة موانع الاهلية العامة والخاصة ولنقتصر الان على ذكر ان الاهلية هي الاصل وان من كانت له هذه الصفة يملك تمام حقوقه وله ان يجريها بكل حرية اما بنفسه او بواسطة نائب اتفاقي اي وكيل والامر بخلاف ذلك فيما يتعلق بعديم الاهلية فليس له حرية التصرف في حقوقه ولا يتسنى له مباشرتها بمقتضى القانون التونسي الا بواسطة وليه الشرعي او بمحضره . وان النواب سواء كانوا معينين اتفاقا واولياء شرعيين ليسوا الا وسائط دابهم العمل لحصوص الغير نيابة عنه بحيث ان كل عملية قانونية يباشرونها لا يترتب عليها التزامهم شخصيا اذا كان اجراؤها على الوجه المرغوب قانونا .

المقالة الاولى في مصادر الالتزامات

يمكن ان تتولد الالتزامات (١) عن الاتفاقات او العقود (٢) عن شبه العقود (٣) عن الجنح (٤) عن شبه الجنح (٥) عن القانون (وقد الغت المجلة التونسية هذا المورد الاخير) ففي الاربعة الاولى يتكون الالتزام بفعل الشخص وفي الخامس بارادة القانون وهنا يتوقف الانسان في معرفة هل ان هناك موردا سادسا للالتزامات وهو ارادة احد الطرفين المحضة (اي الارادة الفردية) . (ملاحظة) الاصل هو ان لا وجود لالتزام يوجبه القانون اذا لم يكن قد شارك الملتزم في تكوينه ويستثنى من ذلك (١) بعض التزامات صفتها التعلق بالعين كالالتزامات التي بين الاجوار فيما يتعلق بالجدار المشترك بالتحديد والسياج الجبري لكن هاته الصورة ليست في الحقيقة استثنائية حيث لم يكن فيها التزام شخصي ويكفي تخلي الملتزم عن

العين لينفك قيده (٢) الالتزامات القانونية التي تربط الاباء والمكلفين شرعا بادارة مكاسب القاصر وحتى المقدمين في الصورة التي ليس لهم فيها ان يمتنعوا من مباشرة أعمال التقديم بعد الزامهم بها (٣) الالتزامات الناشئة عن ديون النفقة .

الفقرة الاولى الاتفاقات والعقود

(مبدا) الاتفاق او العقد عبارة عن الوفاق الواقع بين ارادتين فاكثر لاحداث تاثير قانوني يترتب عليه (١) احداث التزام او حق ملكي (كحق الاستغلال وحق الارتفاق) (٢) احالة حق ملكي او دين . (ملاحظة) ينبغي اجتناب اللبس بين العقد الذي يتولد عنه حق القيام لدى المحاكم ومجرد الوعد لان الالتزام لا ينشا الا عن الايجاب الصادر ممن كانت له نية الالتزام اذا اقترن بقبول الطرف الاخر وهنا يحسن بنا ان نؤخر النظر في مسالة معرفة هل يمكن ان تنشا علاقة قانونية عن ارادة الالتزام الصادرة من طرف واحد ..

« في ترتيب العقود »

اولا ـ العقود التي الالتزام فيها من الطرفين والعقود التي الالتزام فيها من طرف احد. فالاولى هي التي تولد عنها التزامات متبادلة (كالبيع والكراء) فكل من الطرفين فيها دائن ومدين في آن واحد للطرف الاخر والثانية هي التي تتوجد قاضيه بالتزام من طرف واحد (كالهبة والرهن والعارية) واليك الفائدة من هذه التفرقة ١ في العقود الملزوم بها الجانبان الشرط الفسخي يكون دائما ضمنيا في حالة ما اذا لم يوف احد المتعاقدين بما التزم به فبهذه القاعدة جاء بها الفصل ١١٨٤ من القانون المدني الفرنساوي وتطبيقها نجده مقررا بالفصلين ٢٧٣، ٢٧٤ من القانون التونسي .

«تنبيه» ـ العقد الذي الالتزام فيه من طرف واحد يفيد وقوع اتفاق بين شخصين على الاقل لكن الالتزام الذي ينشا عنه يكون من جهة واحدة . اما الاعمال القانونية التي تتولد عن ارادة واحدة فانها ليست بعقود (مثال ذلك الوصية) .

٢ـ القانون الفرنساوي يقتضي وجود نتيجتين للتفرقة بين نوعي العقد المذكورين جاء بهما الفصلان ١٣٢٥ـ ١٣٢٦ من المجلة المدنية الفرنساوية وسنرى عند الكلام على اوجه الاثبات فيما يتعلق بالحجج التي بخط اليد . واما القانون التونسي فلم يات بمثل ذلك .. ٣ ـ التفرقة بين العقود الملزم بها الجانبان والعقود الملزم بها احد الطرفين تظهر جليا في مبحث المسؤولية الناتجة عن الامر الطارىء والقوة القاهرة وسنرى ما لهذا المبحث من الاهمية .

ثانيا ـ عقود المعاوضة والعقود التبرعية

فالاولى هي التي فيها كل من الطرفين يحصل على منفعة في مقابلة ما وفى به الاخر (وهي صورة جميع العقود الملزم بها الجانبان وبعض العقود اللازمة من جانب واحد كعقد القرض مع اشتراط الفائض) والثانية هي التي فيها احد الطرفين يحصل على منفعة بدون مقابل فصدورها هكذا يقع بنية فعل المعروف مع شخص معين كما في صورة الهبة والفائدة من التفرقة بين النوعين منجرة مما سياتي . ١ الغلط في شخص احد الطرفين لا يكون موجبا لابطال العقد الا في العقود التبرعية كما ذلك بالفصل ٤٦ من المجلة المدنية . ـ ٢ اذا تسبب الملتزم بتفريطه في عدم الوفاء بالالتزام فمسؤوليته اخف في العقود التبرعية (وهذا يستفاد من الفصلين ١٢٧٧ و١٢٧٨ من المجلة المدنية) كما يستفاد ذلك بالتنظير بين الفصل ١٠٠٥ في الوديعة التي بدون اجر والفصل ١٠٢١ في الوديعة المشترط فيها الاجر . ـ ٣ الضمان في الاولى غير الضمان في الثانية (راجع الفصل ٣٤٢) . ـ ٤ معاليم التسجيل تكون اوفر بالنسبة للنقل التبرعي . (ملاحظة) المعاملات التجارية لا تكون الا تعويضية

ثالثا ـ عقود التعاوض وعقود الصدفة

يسمى العقد عقد تعاوض اذا كان لكل من الطرفين في مقابلة ما يوفي به الطرف الآخر منفعة محققة ومعينة ومساوية للمقابل (كما في عقد البيع والكراء والمعاوض

وعقد الصدقة هو الذي فيه العوض بالنسبة لكل من الجانبين موكول امر نجاحه وعدمه للصدفة كعقد شركات السيكورتى على الحريق وعلى الحياة وعلى الجائحة ، وعقد العمرة وغير ذلك وتجتمع عقود التعاوض وعقود الصدفة في امر واحد وهو انه لا بد من المقابل في كل منهما ... والمصلحة من هاته التفرقة هي معرفة ان عقود الصدفة لا تفسخ لاجل الغبن ولا ينطبق عليها اذا الفصل ٦١

رابعا ـ العقود المسماة او المعينة والعقود التي لا اسم لها او عديمة الاسم

فالاولى هي المنصوص عليها بالخصوص بالمجلة (يراجع الفصل ٥٦٤ والفصول بعده والثانية هي الاتفاقات الاعتيادية والتي اختلاف انواعها لا ينحصر ولا يتوقف الى على ارادة المتعاقدين . والمصلحة من هذه التفرقة هي ان العقود العديمة الاسماء لا تنطبق عليها الا القواعد العامة المتعلقة بالعقود والالتزامات بخلاف المسماة فانها تدخل تحت القواعد المذكورة وكذلك تحت القواعد الخاصة بذاتها .

خامسا ـ العقود الاصلية والعقود الفرعية

فالاصلية هي المستقلة عن غيرها من العقود والتي تدير وحدها روابط قانونية معينة . واما العقود الفرعية فانها تتكون لتحقيق الوفاء بعقد آخر (كعقد الضمان وعقد رهن العقار) والمصلحة من هاته التفرقة هي معرفة ان صحة وجود العقود الفرعية تتوقف اصالة على صحة وجود الاصلية اذ هي فروع منها .

سادسا ـ العقود العينية والعقود الرضائية

وهي التي تتكون بمجرد تراضي الطرفين ـ فالاولى هي التي لا تتوجد الا بتسليم العين (كالوديعة ورهن المنقول والعارية والقرض بالفائض) والثانية وهي الاكثر عددا هي التي تتوجد نهائيا بمجرد الاتفاق بين المتعاقدين (كالوكالة) وبالنسبة للعينية التي يتولد عنها حق القيام بترجيع الشيء المسلم لا يتكون العقد اذا لم يقع التسليم بالفعل لكن يمكن وقوع الوعد بالعقد وفي هاته الصورة عدم الوفاء بهذا

الوعد ينجر عنه حق القيام بغرم الضرر .

سابعا ـ العقود ذات الشهرة ـ

وهي التي وجودها يتوقف على انمام بعض واجبات . والواجب الذي يلزم انمامه (وهو بصفة عامة الكتب الرسمي) ليس هو بوسيلة اثبات فقط بل هو ايضا شرط لازم لايجاد العقد وينبغي اجتناب اللبس بين خاصيات العقود ذات الشهرة وهاته الصورة التي يوجب فيها القانون الكتب (وهذا الكتب يكون اما حجة رسمية او خط يد) لتحقيق وقوع العملية واثباتها لاغير .

هذا وان مجلة الالتزامات التونسية تشترط تحرير الكتب في احوال اكثر عددا من التي تشترط فيها ذلك المجلة الفرنساوية خصوصا اذا كان القصد من العقد احداث او نقل او تغيير الحقوق العقارية وغيرها الا انه يلزم عدم اتخاذ الكتب في هاته الاحوال شرطا لايجاد العقد (انظر النتيجة التي استخرجناها من ذلك تحت عدد ٢٢) فلا تتضمن المجلة التونسية ولو صورة واحدة (حجة المغارسة) من صور العقود ذات الشهرة (فرهن العقار والحلول ليس فيهما قط ما تتكون منه العقود ذات الشهرة) وعلى مقتضى الفقه الاسلامي بالنسبة للمسائل الشرعية .

في شروط وجود الالتزامات التعاقدية وصحتها

تضمن الكتاب الاول من المجلة التونسية الكلام على المبحث العام المتعلق بالعقود والالتزامات فتارة تجدبه لفظة عقد واخرى لفظة اتفاق واونة لفظة التزام وقد تاتي التباس من كون اهم مصدر الالتزامات هو في الواقع الاتفاق او العقد ونفس هذا الالتباس يوجد بالمجلة الفرنساوية وصار متعارفا في التعبير الاعتيادي . وعليه فاستعمال لفظة من تلك الالفاظ مكان الاخرى لايترتب عليه اهمية كبرى .

هذا وقد اسلفنا تعريف العقد او الاتفاق وتعريف الالتزام فلفظتا عقد والتزام غير مترادفتين في المعنى لان الالتزام انما هو نتيجة العقد وسيمر علينا

بهذا الباب الكلام على الالتزامات التعاقدية اي الالتزامات التي مصدرها الاتفاق او العقد . فالموضوع يتعلق بالشروط الاصلية اي الشروط التي بفقدها يصير كل التزام عديم الوجود او قابلا للابطال

- ١٧ - نظريات عامة - جاء الفصل ٢ من المجلة التونسية باشتراط اربعة اركان ١ اهلية الالزام والالتزام ٢ التصريح بالرضاء بما ينبني عليه الالتزام تصريحا معتبرا ٣ موضوع الالتزام محقق وجائز ٤ سبب جائز

القانون التونسي مثل القانون الفرنساوي لم يفرق بهذا النص بين شروط وجود الالتزام وشروط صحته والحال انها ممتازة تماما عن بعضها فالالتزام المفقود منه شرط الوجود يكون باطلا من اصله ومنعدم الوجود بخلاف المفقود منه شرط الصحة فانه موجود لكنه قابل للابطال اي الفسخ فاهلية التعاقد لانشترط الا لصحة الالتزام ولايترتب عليها قط انعدامه (يراجع الفصل ١٤) واما اذا كان الرضاء مفقودا بسبب عدم وجود الميز فالالتزام باطل من اصله وعديم الوجود (الفصل ٥) ومما يلاحظ هنا هو ان هذا الفصل في غير محله في المقالة الاولى (المتعلقة بالاهلية) ويمكن ان يقال مبدئيا ان من الشروط الاربعة المبينة بالفصل ٢ ثلاثة وهي الاخيرة لازمة لايجاد الالتزام والشرط الاول لايتعلق الا بصحته .

فهناك مبحثان يلزم استخراجهما ١ مبحث الالتزامات او الاتفاقات العديمة الوجود او الباطلة من اصلها ٢ مبحث الالتزامات اوالاتفاقات القابلة للابطال فقط

في الكلام على المبحث الاول

اي في الالتزامات العديمة الوجود او الباطلة من اصلها

- ١٨ - نظريات عامة - تعريف الالتزام العديم الوجود هو الذي خلا عن شرط لازم لجوهره او نص القانون على بطلانه

فرع اول - كما في الصورة التي تكون فيها ارادة الطرفين معدومة تماما

وهي حالة ما اذا كان احد المتعاقدين لايملك اهلية التعاقد الطبيعية . فينبغي التحري من الالبس بين هذه الصورة والصورة التي فيها الرضاء معلول فقط بسبب فقدان اهلية التعاقد المدنية لان في هاته الصورة الاخيرة يكون الالتزام قابلا للابطال .

- ١٩ - وقد ذكرت المجلة التونسية بالفصل ٥ بعض صور في عدم الاهلية الطبيعية واليك هذه الصور

(١) القاصرون الذين سنهم دون الاثني عشر عاما كاملة محمولون على عدم الادراك فلا اعتبارا اذا لما يصدر منهم وقد جرى عمل المحاكم الفرنساوية بهاته القاعدة لعدم وجود النص وقد جوزها ايضا علماء الحقوق

(٢) الرشداء الفاقدون شعورهم بسبب ما اعتراهم من الخبال فهي صورة ايضا في فقدان الميز والادراك . هذا ويمكن ان يتقرر العته والبله عدليا بحكم بات في جعل من كان على هاته الحالة تحت الحجر العدلي وبتسمية ولي له وعندئذ تتوجد قرينة قانونية تزيل وجود كل ما تممه المعتوه من العقود لكن يمكن الادلاء دائما قبل الحجر او بعده بما يثبت ان الالتزام صدر في وقت عته وبعد هذا الثبوت يصير الالتزام كان لم يكن لا قابلا للابطال فقط

(٣) الذوات المعنوية فسبب عدم الاهلية الطبيعية هنا متأت من كون الذوات المعنوية انما هي ذوات صورية استنبطها القانون فلا يتيسر لها حسيا التصريح بنفسها بالرضاء ولذا كان عدم الاهلية في هاته الصورة طبيعيا (راجع الفصل - ٥ -) وقد ظهر للمقنن التونسي ان يقارب بين عدم اهلية الذوات المعنوية وعدم اهلية القاصرين الذين سنهم دون الاثني عشر عاما فعدم اهلية الصغير الذي سنه دون الاثني عشر عاما تاتي من فقدان هذا الصغير للميز وعدم اهلية الذوات المعنوية سببه فقدان الوجود الحسي واستحالة التصريح بالرضا . .

ملاحظة - لم يحصر القانون التونسي بالفصل - ٥ - صور عدم الاهلية بالعد وانما وضع قرائن قانونية لفائدة ثلاثة اصناف من الاشخاص لكن من المسلم انه يمكن دائما اثبات الصور التي يستحيل فيها تكوين الالتزام واعطاؤه صفة الوجود بسبب فقدان الرضاء (مثال اول) صورة السكر الذي يترتب عليه غياب الشعور وازالة حرية الرضاء وهي مسألة فعلية يستنتجها الحاكم من استيفاء شروط العقد ومخالفتها للمعتاد (الفصل - ٥٨ -) واليك نص هذا الفصل اذا وقع العقد في حال السكر المغير للشعور وجب فسخه . فالفسخ هنا لا يترتب دائما على عيب بالرضاء بل يترتب احيانا على فقدان الرضاء فهذا فرق لم يعتبره ايضا الفصل - ٣٣٠ - ويجدر بنا ان نلاحظ هنا ان التعبير على مقتضى المجلة يختلف باختلاف احوال الفسخ فاذا كان الغرض من القيام اسقاط عقد معدوم فالدعوى دعوى بطلان واذا كان الغرض اسقاط عقد معلول فالدعوى دعوى فسخ سواء كانت مبنية على الغبن او غيره من العلل التي يصير العقد بسببها قابلا للابطال (مثال ثان) حالة الهوس او اليقظة النومية او التنويم المغناطيسي اذا ترتب عليها فقدان الارادة وعلى كل حال الاثبات يكون في هذه الصور عسيرا واحيانا يكون مستحيلا . (مثال ثالث) صورة الضعف الذي يحصل بتقديم العمر او بالمرض بالحواس العقلية اذا ترتب عليها فقدان الميز (الفصل - ٥٩ -) (مثال رابع) صورة الغضب العنيف خصوصا اذا تزايد بتحريش الملتزم له حتى ازال عن الجانب الآخر حرية الاختيار فكل هاته الصور تتعلق بعدم اهلية المتعاقدين الطبيعية التي ينجر عنها انعدام وجود الالتزام .

خلاصة تطبيقية مستنتجة من هذا الفرع الاول

لا يقال في التزام الامي انه عديم الوجود اذا لم يحرر فيه كتب رسمي على معنى الفصل - ٤٥ ؛ ولا يعتبر الرضاء هنا مفقودا وانما الشيء الذي فقد هو امر اوجبه القانون لاثبات الالتزام فهذا الالتزام موجود حينئذ لكنه عديم الصحة . والامر كذلك

فيما يتعلق بذوي العاهات (كالاصم والابكم والاعمى) اذا كانوا قادرين على التصريح بالارادة بحرية وايضاح فعقودهم لا تكون معدومة الوجود وهذا الحكم لا يعارضه منطوق الفصل - ٥٩ - ولو كانت عبارته (هذه او ما شاكلها من الحالات) على غاية من الغموض . . .

- ٢٠ - (فرع ثان) لا وجود ايضا للالتزام اذا كان موضوعه مفقودا تماما لكونه مستحيلا حكما او حسا (كما في صورة اضمحلال الشيء قبل الالتزام) او لكونه غير ممكن قانونا (كما لو كان المتعهد به غير جائز) يراجع الفصل - ٦٤ - أمثلة - اولا - بعت لك عقارا من مخلف ظننا مني اني وارث ثم يظهر ان غيري يستحقه بموجب وصية عثر عليها فيما بعد - ثانيا - بعت لك في ١٠ افريل دارا وكنت اجهل انها حرقت بالامس - ثالثا - بعت لك ابني تستخدمه بصفة عبد مدة حياته فكل هذه الالتزامات لا وجود لها .

- ٢١ - (فرع ثالث) لا وجود ايضا للالتزام المبني على سبب مغلوط او على سبب غير جائز او غير موجود (الفصل - ٦٧ -) والسبب الغير جائز عبارة عما يخالف الاخلاق الحميدة او النظام العمومي او القانون واليك امثلة ذلك - ١ - اظن خطأ ان لك بذمتي مبلغا من المال بصفة كوني وارثا لمدينك فامضي لك في الالتزام (فالسبب هنا غير موجود) - ٢ - التزمت لك بفرنكات ١٠٠٠ على سبيل الغرم لما ذكرت لي ان اخي افسد زرعك ثم ثبت ان اخي لم يكن هو الفاعل (فالسبب هنا غير صحيح) - ٣ - اشترط مسلم على اخر مدينا له دفع الفائض (فالسبب هنا غير جائز وينافي نص المجلة التونسية الصريح .

- ٢٢ - (فرع رابع) وبالعكس اذا لم يحرر كتب في الالتزام في الصورة التي أوجب فيها القانون تحريره فهذا الالتزام ليس عديم الوجود اصالة وذلك لان القانون التونسي يوجب الكتب لاثبات المعاملة لا لايجاد الالتزام وللجانبين ان يثبتوا هذا

الالتزام بغير الكتب اذا كان ذلك ممكنا حكما واما اذا كان هذا الاثبات غير ممكن فالالتزام يبقى عاريا عن النفوذ القانوني لكنه موجود

١ - ٢٣ - في شروط وجود الاتفاقات اي في الكلام عليها على سبيل التفصيل

اولا ــ رضاء الطرفين وهو عبارة عن الوفاق الواقع بين ارادتين فاكثر لاحداث عمل واحد قانوني - الفصل ٢٣ - فهناك ايجاب مفروض على مقتضى هذا النص والرضاء معتبر بالنسبة للجانب المترقب منه القبول .

« نظرية تطبيقية اولى » يلزم لايجاد العقد وقوع الايجاب وتعلقه ببعض الاشياء ويلزم ايضا وقوع قبول ذلك الشيء والرضاء اما صريح او مفهوم واثبات ذلك يقع طبق قواعد الاثبات العامة وفي بعض الصور يلزم ان يكون اثبات الرضاء بالكتب خصوصا اذا كان لاحداث او تغيير حقوق ملكية او عقارية . .

في الايجاب

- ٢٤ - كل وعد يلزم صاحبه أصالة سواء كان هذا الوعد صريحا او شفاهيا او مكتوبا او مفهوما والايجاب يمكن وقوعه لعموم الناس او لشخص معين وعرفه الاستاذ بقوله (هو التصريح بالارادة التي ترمي لاحداث نتيجة قانونية) - اولا - وقوع الايجاب لشخص معين فاذا صدر من هذا الشخص القبول تم العقد وانتقل الالتزام للورثة بالرغم عنهم واما اذا لم يقع منه القبول فليس هناك سوى ايجاب لا قيمة قانونية له ولما لم يتم العقد بسبب ذلك فلا يمكن ان ينتقل الالتزام للورثة ولو كانوا مريدين لهذا الانتقال .

- ٢٥ - ثانيا - وقوع الايجاب للعموم (بطريق الاعلانات او وضع الاسعار على البضائع المعروضة للبيع) فالامر كما سبق ويمكن الرجوع في الايجاب ما دام القبول لم يحصل صراحة او مفهوما (كالشروع في التنفيذ) - الفصل ٣٠ - الا انه على الواعد ان يسلم السلعة بالسعر المعلن به لمن يطلب منه الشراء ولا يستثنى من ذلك الا صورة نفاذ السلعة مع الاحتراز على الشروط الضمنية التي جرت بها العادة كما

في هذين المثالين مثال القهوة المشهورة ومثال دار التشخيص فقد جرت العادة بان القهوة المشهورة تعلن للعموم اسعار المشروبات ومثال دار التشخيص تعلن ايضا للعموم اسعار الدخول لكن يمكن منع الراغب من الدخول لكل من المحلين اذا كانت ثيابه خلقة او قيافته غير مناسبة . (ملاحظة) - ٢٦ - قد تضمن - الفصل ١٨ - ان مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام لكن اذا يفهم من هذا الوعد نية الالتزام فانه يكون بمثابة ايجاب حقيقي ونتيجة ذلك هو ان قبوله صريحا كان او مفهوما يتولد عنه عقد وسنرى زيادة عن ذلك ان الوعد في بعض الصور التي عينها القانون له ما يكفي من النفوذ لاحداث الالتزامات بدون توقف على قبول الجانب الآخر .

ويعتبر الايجاب قد وقع فيه الرجوع وكانه لم يكن اذا مضى اجل مناسب ولم يقع القبول واجل هذا القبول يحسب بمقتضى ظروف الاحوال والنية التي ربما كانت للواعد - ٢٧ - « خاصية اولى » - لا عمل على الايجاب الذي يقع لشخص حاضر وبدون تحديد اجل اذا هو لم يقبله حالا (الفصل ٢٧) وهي بالاخص صورة الايجاب الواقع بطريق التليفون .

- « خاصية ثانيه » - من صدر منه الايجاب وعين اجلا لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر الى انقضاء الاجل ولا يتسنى له الرجوع قبل ذلك (الفصل ٣٣) والرجوع في الايجاب في مدة الاجل لا عمل عليه لان القانون يعتبر الاتفاق تاما واتحاد الارادات حاصلا فهو يعتبر ان القبول سيلحق الايجاب « خاصية ثالثة » ــ من صدر منه ايجاب بمراسلة بلا تحديد اجل بقي ملزوما الى الوقت المناسب لوصول الجواب اليه في مثل ذلك عادة « الفقرة ١ - من الفصل ٣٤ » « خاصية رابعة » ــ لا يمنع اتمام العقد وفاة من صدر منه الايجاب او تقييد تصرفه بعد صدور الايجاب منه اذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الايجاب أو تقييد تصرفه (الفصل ٣٥) وهاته القاعدة ايدت الفرق المحسوس الذي

بين المجلة التونسية والفرنساوية في هذا وقد يصعب نظريا اعتبار العقد في هذه الصورة متولدا عن اجتماع الارادتين والحال ان احداهما قد زالت لكن القانون اعطى هنا للقبول تاثيرا على الماضي (راجع العدد ١١٩ وما بعده لمعرفة المستند القانوني في ذلك) .

- « خاصية خامسة » - الوعد بالجعل باحدى وسائل الاشهار لمن ياتي بالشيء تلف او يتمم عملا معينا لا يمكن الرجوع فيه اذا وقع القبول بالاتيان بالشيء او باتمام العمل (الفصل ١٩) فالعقد تم في هذا الوقت وخلافا للاصول المقررة قد جاء هذا الفصل نفسه باعتبار العقد تاما نهائي باعتبار الجعل واجبا على الواعد ولوكان مستحق الجعل على جهل من وقوع الاعلان به وقد ذكر الفصل ٢٠ ان في هذه الصورة يكون القبول ضمنيا اذا وقع الشروع في العمل (راجع العدد ١١٩ وما بعده لمعرفة مبنى قاعدة الفصل ٢٠ من المجلة التونسية) والرجوع في الايجاب لا يمكن في مدة الاجل المعروض بالاعلان فبقاء الايجاب عاملا هكذا ليس الاصل فيه الاتفاق حيث ان هذا الاتفاق لم يتوجد وقتئذ بل انه مستنتج على مقتضى المجلة التونسية من نصوص قانونية صريحة

- ٢٨ - سؤال - اذا وقع عرض الشيء للمزايدة فمن صاحب الايجاب ومن صاحب القبول؟ الجواب عن ذلك تضمنه الفصل ٣٦ . فعرض الشيء للمزايدة عبارة عن سعي في تكوين عقد بالتحصيل على ايجابات متعددة ممن شارك في تلك المزايدة فالواقف عليه السوم هو الذي يعتبر صاحب الايجاب ويتم العقد عند ما يقبل البائع ذلك الايجاب لكن لم يتعرض الفصل ٣٦ الا لبيع الاختيار بالمزايدة التي تقع بدون تداخل الحاكم فمضمونه حينئذ مجرد تطبيق الاصول العامة فلا فائدة فيه والحالة هاته . واما البيع بالمزايدة بواسطة الحاكم فقد ضبط الفصل ١٨٠ من قانون المرافعات المدنية التونسية القواعد المتعلقة به حيث تضمن (ان الشيء المباع يقع

الايجاب ببيعه لمن بذل اوفر ثمن الخ .) فقبول البائع للثمن المبذول غير لازم

- ٢٩ - (في القبول)

وبما ان الايجاب يعتبر مستمرا ما دام الرجوع فيه لم يقع صراحة او مفهوما كما اسلفنا فالقبول الذي يقع في الوقت اللازم يترتب عليه اتمام العقد نهائيا فمقارنة الارادتين يتولد عنها ايجاد العقد اذا اتحدتا .

(فرع اول) - يجب ان يقع القبول على نفس معنى الايجاب ومن الفصل ٣١ الا تطبيق لهذا القول فالجواب الذي تحت شرط او قيد يعتبر كرفض الايجاب مصحوب بايجاب اخر فعلى صاحب الايجاب ان يحل محل صاحب القبول ويصرح هل يرضى بالايجاب الذي صدر له بدلا عن ايجابه واما العقد المبني على ايجابه الاول فانه لم يتم لفقدان القبول واذا كان القبول مجردا والايجاب شرطيا يعتبر الاول موافقا للثاني (الفصل ٣٢) ويعتبر الجواب موافقا للايجاب ان اكتفى المجيب بقوله قبلت أواجرى العمل بالعقد بلا شرط (الفصل ٣٢) ..

فرع ثان - لا يمكن الرجوع في القبول بعد حصوله وهذا الفرق بين القبول والايجاب معقول اذ العقد يكون تاما من وقت حصول القبول وليس معنى عدم امكان الرجوع في القبول ان هذا القبول لا يسوغ الرجوع فيه قبل بلوغه لصاحب الايجاب بل هذا الرجوع ممكن دائما في هاته الصورة ..

فرع ثالث - القبول اما صريح او ضمني وقد تضمن الفصل ٢٨ صورتين تطبيقيتين في القبول الضمني .

الاولى - اذا كان الجواب بالقبول غير مطلوب لعارض العقد قوله لعارض العقد اي للشخص العارض للعقد كالمحبس مثلا فتحبيسه يمضي من غير احتياج الى قبول فالقبول هنا حينئذ غير مطلوب للشخص العارض للعقد وهو المحبس عليه او كان عرف التجارة لا يقتضيه (تم العقد بمجرد شروع الطرف الآخر في

العمل به) .

الثانية ـ هي ان عدم الجواب يعتبر رضاء ايضا اذا كان الايجاب متعلقا بخلطة تجارية تقدم الشروع فيها بين الطرفين وفي غير هاته الحالة لا يعد السكوت قبولا و كثيرا ما تطبق هذه القاعدة في مسألة الاشتراكات في الجرائد فاذا ارسل اليك صاحب جريدة عدة اعداد متوالية وبعد اسبوع يوجه اليك توصيلا بقصد دفع معلوم الاشتراك لكونه اتخذ سكوتك قبولا لايجابه فلا تكون في هاته الصورة ملزوما بالاشتراك ويمكن لك ان تمتنع من الدفع لكن من المسلم انه اذا كنت مشتركا من قبل فتحمل على انك جددت الاشتراك اذا غفلت عن ترجيع الاعداد التي وردت اليك بعد انتهاء الاشتراك حيث كان هذا الترجيع وسيلة للبرهان على امتناعك من قبول الايجاب المتعلق بتجديد الاشتراك وعقد الايجاب قد برهن عليه صاحب الجريدة بتوجيه الاعداد الجديدة فبهذا المثال اتضح جليا كيفية حصول القبول الضمني وهناك صورة مستثناة من القاعدة القاضية بان السكوت لا يعد رضاء وهي التي فيها الايجاب لخصوص فائدة الجانب المترقب القبول منه كما في هذا المثال .

زيد الذي هو دائن لعمرو يبلغه على هذا الاخير ان حالته متعسرة وليس في قدرته الخلاص في الابان المتفق عليه فيكتب اليه بانه منحه على وجه الفضل اجلا آخر فسكوت عمرو في هذه الصورة يعد لا محالة رضاء ولا يسوغ لزيد بسبب ذلك الرجوع في ايجابه هذا بناء على عدم وقوع التصريح بالقبول وعلى حال فان مجرد عدم وقوع الخلاص من عمرو في الاجل المحدود في الصورة المتقدمة يعتبر قبولا ضمنيا للايجاب المتعلق بتمديد الاجل وقد تضمن ايضا (الفصل ٣٢) صورة اخرى تطبيقية وهي ان الجواب يعتبر موافقا للايجاب ان اجرى الجيب العمل بالعقد بدون شرط فهذا مبدا عام وضعه هذا النص وما الفقرة الاولى من الفصل

٢٩ الا صورة تطبيقية منه .

سؤال اول ـ متى يكون العقد تاما ؟ وفي اي وقت محدود يكون ذلك ؟ والحال ان المتعاقدين لم يكونا في مكان واحد .

المصلحة التطبيقية من هذا السؤال من وجوه (١) امكان الرجوع في الايجاب ما دام العقد غير تام . (٢) تاثير موت او عدم اهلية صاحب الايجاب عن تكوين العقد اي اذا علم (هذه الصورة تستفاد من فحوى الفصل ٣٥ ـ (٣) انتقال العهدة في صورة الامر الطاريء على المشتري كما سترى من وقت تكوين العقد واذا كان المتعاقد عليه شيئا معينا بذاته . (٤) ابتداء حساب مدة سقوط الطلب في

٥٦ ـ تعيين الدائنين الذين يمكن لهم الطعن في العقد بطريق القيام بالدعوى البليانية (وهؤلاء الدائنون هم الذين ديونهم اسبق تاريخا بالنسبة لتاريخ العقد المذكور)

اولا ـ اذا كانت المخابرة على طريق التاليفون فلا وجه للاشكال لان في هاته الصورة لا تتصور المسافة والقبول يمكن ان يقع حينا فتطبيق ذلك تجده بالفصل ٢٧

ثانيا ـ واذا كانت المخابرة على طريق الجرائد أو التلغراف فهناك طريقتان اما انه يتصور وجود العقد من يوم بلوغ القبول لصاحب الايجاب وهي طريقة القانون الفرنساوي التي جرى بها عمل المحاكم الفرنساوية او ان العقد يكون تاما بمجرد وقوع ارسال المكتوب او التلغراف . فالطريقة الثانية اكثر قربا للمعقول فما دام المكتوب او التلغراف بين يدي المترقب منه القبول يمكن الرجوع في هذا القبول ولا يكون العقد تاما لكن بمجرد وضع رسالته نهائيا بصندوق البريد يتم العقد ولو قبل بلوغها لصاحب الايجاب وذلك لاتحاد الارادتين في المرمى . وعلى كل حال فهي الطريقة التي توخاها القانون التونسي (راجع الفصل ٢٨) الذي استخرج منه صورتين تطبيقيتين تنطقان العقد بواسطة رسول ..

استثناء ـ هناك عويصة اخرى قابلة للاندماج في التي قبلها واليك البيان .
يظهر انه لابد من اعتبار العقد غير تام ما دام في امكان صاحب القبول الرجوع في قبوله كما في الصورة التي يرسل فيها صاحب القبول رسالة برقية تتضمن رجوعه في القبول الذي وجهه قبيل هاته الرسالة ضمن مكتوب لا زال في الطريق غير ان هذا الوجه في فصل المسالة يصيرنا على بعد محسوس من مبدأ المبحث المقرر بالقانون التونسي .

قد سبق القول بان العقد يتم بتوجيه الرسالة لكن قد يحدث ان الرسالة يتاخر بلوغها وقتا طويلا للموجهة اليه بتفريط من ادارة البريد بحيث انه اذا بلغت لصاحبها يكون الاجل المعين من صاحب الايجاب قد فات ففي هاته الصورة ينفك التزام الواعد الذي ربما تصرف في الشيء ولو ان العقد قد تم بصفة اعتبارية وليس لصاحب القبول الا الرجوع على ادارة البريد (الفقرة ٢ من الفصل ٣٤)

سؤال ثان ـ اين يتكون العقد ؟

المصلحة التطبيقية من معرفة ذلك عظيمة جدا من وجوه

١ ـ مرجع النظر الترابي بالنسبة للمجالس

٢ ـ اذا كانت هناك شروط مبهمة تتبع عادة المكان الذي وقع فيه التعاقد (راجع الفصل ١١٥٩ من القانون الفرنساوي والفصل ٥١٦ من القانون التونسي)

٣ ـ على مقتضى القانون الخاص المشترك بين الدول يجري العمل بالقانون المعمول به بالمكان الذي وقع فيه التعاقد عند اختلاف جنسية المتعاقدين (ومما يلاحظ هو ان هذا الوجه لا يهم المحاكم التونسية) ..

اما الجواب عن هذا السؤال الثاني فهو متحد مع الجواب عن الذي قبله فاذا كانت المخابرة على طريق البوسطة والتلغراف يتم العقد في المكان الذي يتلقى فيه القبول والايجاب اي في المكان الذي يقع فيه القبول لا في المكان الذي يتلقى فيه

القبول (راجع الفصل ٢٨) واذا كانت على طريق التليفون ففي المكان الذي يصدر منه القبول وهذه الصورة لم يتعرض لها الفصل ٢٧ وانما يؤخذ مما قرر بالقياس على ما بالفصل ٢٨ .

ـ ٣٢ ـ نظرة تطبيقية ثانية ـ لا يمكن حصول الرضاء الا اذا كان هناك ارتباط بين الايجاب والقبول لاكن يلزم ان يكون كل منهما معادلا تماما للاخر وقد تضمن الفصل ٢٣ ان الاتفاق لا يتم الا برضاء الطرفين على اركان العقد فلابد من اجتماع الارادتين على شيء واحد وقع التعاقد عليه وعلى نوع الاتفاق .

فرع اول ـ هناك اتحاد في الارادتين اذا اتفق الطرفان على الشروط الاصلية (يراجع الفصل ٢٣) .

فرع ثان ـ اذا اتفق المتعاقدان على تغيير بعض الشروط بعد اتمام العقد فما غيراه هكذا لا يتولد عنه عقد جديد (تراجع الفقرة الثانية من الفصل ٢٣)

فرع ثالث ـ لا يعتبر العقد تاما اذا صرح المتعاقدان بابقاء بعض الشروط الاصلية لعقد تال فما وقع عليه الاتفاق والحالة هاته لا يترتب عليه شيء (الفصل ٢٤) ولو وقع تحرير كتب .

فرع رابع ـ الاحترازات والقيود الواقعة من احد المتعاقدين بدون ان يعلم بها الطرف الاخر لاتاثير لها على العقد (الفصل ٢٥) بمعنى انه لا يعتبر الا ظاهر لفظ العقد ..

ـ ٣٣ ـ نظرة تطبيقية ثالثة ـ اذا كان احد الالتزامات مفقودا لفقدان الرضاء (كما اسلفنا شرحه) فالعقد لا يعتبر تاما بل يكون معدوما ايضا ..

ـ ٣٤ ـ ثانيا في موضوع الالتزامات

تعريف ـ المتعاقد عليه بتحقيق المعنى هو الحق المبني على تعمير الذمة اي التزام باحالة شيء او اجراء عمل او عدم اجراء عمل . وبالمعنى التطبيقي العام

المتعاقد عليه هو شيء مادي او فعل او امتناع وقد تضمن الفصل ٦٢ ان التعاقد لا يسوغ الا في الاشياء والاعمال والحقوق المجردة (وهذا صحيح) ومعنى اشياء هنا هو كل ما ينجر منه للانسان نفع او فائدة كالمنقول والعقار والاشياء المجردة والمادية والحقوق وغير ذلك ومعنى افعال هو الفعل الايجابي او السلبي . .

٣٥ مبدأ اول ـ اذا كان التعاقد على شيء يلزم ان يكون ذلك الشيء موجودا وقت التعاقد (الفصل ٥٧٤) وان يكون مما يصح فيه الاتجار (الفصل ٦٢) وان يكون معينا ولو بالنوع (الفصل ٦٣) ولنا خذ هذه الشروط واحد بعد اخر فنقول :

٣٦ ـ تضمن الفصل ٥٧٤ فيما يتعلق بالاول وهو وجوب وجود الشيء وقت التعاقد صورة تطبيقية ـ مثالها بعت لك فرسي الفلاني الذي مات الليلة الفارطة . او اني احلت لك شهادة اختراع مضى اجلها ففي هاتين الصورتين لا تكون الالتزام بسببها فقدان المتعهد به . .

استثناء ـ قد جوز الفصل ٦٦ التعاقد على شيء مستقبل الوجود وغير محقق وقت تكوين العقد (على شرط عدم وجود نص يمنع التعاقد عليه) غير ان هذا المبدا العام المضمن بالفصل ٦٦ ربما كان على مقتضى القانون التونسي نظريا لان في التطبيق النصوص المتعلقة بالمسائل الخاصة تضبط ضبطا قويا هذه الصورة لا سيما في المسائل الزراعية ففي البيع مثلا نرى الفصل ٥٧٤ يمنع بيع الزرع قبل بروزه من الارض وكذلك بيع الحمل في بطن امه وانما يجوز بيع الغلة المعلقة باصولها وغيرها من النتائج الطبيعية البارزة ولو قبل النضج ومما يلاحظ هنا هو ان هذا النص قصد منه تحجير بيع الغرر لكن لم يحصل هذا المقصود وذلك انه اذا بعت لك زرعا برز من الارض فالنضج يبقى محل غرر خصوصا بالبلاد التونسية وانما غاية ما يقال هو ان القانون لا يجوز الغرر الا اذا لم يتجاوز حدا معلوما وفي ذلك

تباين بين القانون التونسي وبين القانون الفرنساوي) ويوجد ايضا قيد يتعلق بهذه الصورة بالفصل ٨١٧ في مسالة اكرية الاراضي المعدة للفلاحة .

ملاحظة ـ بيع الاشياء المقبلة الوجود كثير الوقوع في التجارة كبيعي لك زيتا او حبوبا لم تكن عندي وقت البيع لان الصابة لم تجمع . .

استثناء من الاستثناء ـ نجد بالفقرة الثانية من الفصل ٦٦ انه لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه او على شيء من جزءياته ولو برضاء المورث وان التعاقد فيما ذكر باطل مطلقا (قد اعاد هذا الفصل مضمون الفصل ١١٣٠ من القانون الفرنساوي) لا وجود للعقود التي من هذا القبيل اي العقود في التركات التي لم تحل وليس التعاقد فقط ممنوعا بل حتى مجرد التسليم في التركة قبل حلولها . وما هي ياترى الاسباب التي دعت لذلك ؟ لهذه الاسباب صفتان صفة منافية للاخلاق الحميدة وهي التعامل على موت شخص وصفة مخطرة ربما يفضي الامر فيها بالشخص الى ارتكاب جريمة او على الاقل يحدث بين افراد عائلة مايمس بحقوق البعض دون البعض الاخر بسبب الافراط في النفوذ تلك هي الطريقة الحكمية المتبعة وان كانت اكثر شدة من وجه الحكم المنصوص عليه بالقانون الروماني .

ملاحظة ـ ينبغي اجتناب اللبس بين مثل هاته العقود ومجرد الديون التي اجلها يحل عند موت شخص فهذه الديون صحيحة فيصح ان يشترط مثلا دفع دين او مهر بعد وفاة انسان معين بالعقد .

٣٧ ـ الشرط الثاني ـ هو كون المتعاقد عليه يصح فيه الاتجار (الفصل ٦٢) يصح الاتجار في كل الاشياء التي لم يصرح القانون بمنع التعاقد عليها فما منعه القانون وقيده من ذلك ما تضمنه الفصول من ٥٧١ الى ٥٧٧ من المجلة التونسية قد تضمن الفصل ٦٢ تعريف المتعاقد عليه لكن هذا التعريف ضيق النطاق فيلزم ان يزاد فيه ان من الاشياء التي لا يصح

فيها الا تجار ما لا يملك كالهواء والبحر وغيرهما . وما حجر القانون الاتجار فيه يمكن ان يتعلق بثلاث صور ١ صورة الاشياء المعدة لصالح عمومي (كملك الدلة والطرقات والانهار) ٢ صورة الاشياء التي لا يسوغ التعامل فيها لاسباب مختلفة تتعلق بالامن العام او الصحة العامة كالصيد وقت المنع والمواد المسمومة والسلاح والحيوانات المصابة بامراض معدية وغير ذلك ٣ الوضائف العامة داخلة فيها بالبلاد التونسية وضيفة العدالة (بيع الوضيف باطل وكذلك الاشتراك لمباشرته)

تنبيه ـ قد جرى اخيرا عمل المحاكم الفرنساوية باعتبارا حالة الطبيب او المحامي لعملائه صحيحة . .

٣٨ ـ الشرط الثالث ـ هو كون المتعاقد عليه معينا بالذات او بالنوع . مبنى هذا الشرط هو ان يكون الشيء معينا لجنسه وصفته بكيفية يحصل بها التزام المدين التزاما معتبرا فيتحتم ان لا يكون الالتزام غير معتبر والا فهو ليس بعقد وانما التزام سخرية (مثل ذلك بيع حيوان بدون تعيين نوعه) راجع الفصل ٥٧٧

فرع اول ـ البيع في كذا هكتو ليتر زيتا بدون تعيين النوع صحيح فالمدين مطلوب بتسليم الزيت من النوع المتوسط (الفقرة الاولى من الفصل ٦٣)

فرع ثاني ـ لا يلزم تعيين مقدار المتعهد به وقت التعاقد بل يكفي ان يكون ممكنا للحاكم فيما بعد ويمكن ان يشترط في العقد ان خيار الشيء المعين بجنسه فقط يكون للدائن او يكون موكولا لشخص من غير المتعاقدين استنادا الى مقتضيات الاتفاق ومثال ذلك الالتزام بتموين معمل بما يكفيه من الفحم (راجع الفقرة الثانية من الفصل ٦٣) . .

٣٩ ـ مبدا ثالث ـ يمكن ان يكون الشيء موضوع التزام من اوجه ١ وجه اخالة تمام الملكية ٢ وجه احالة جزء من الحق كما في صورة الاستغلال ٣ وجه مسك الشيء كما في صورة الوديعة والرهن والحجز . .

٤٠ ـ مبدا ثالث ـ اذا كان موضوع الالتزام فعلا فيجب ان يكون هذا الفعل ممكنا فعلنا جائزا واليك تفصيل هذه الشروط .

٤١ ـ اولا الفعل ممكن ـ فاذا كان الالتزام بفعل لا يمكن لاحد اجراؤه فهذا الالتزام عديم الوجود (راجع الفصل ٦٤) وكلا مناهذا على عدم الامكان المطلق لا على عدم الامكان المتاتي من شخص معين لان في هذه الصورة الاخيرة يحكم بالخسارة عند عدم الوفاء لكن اذا كان الدائن ولو في هاته الصورة على علم من ان موضوع الالتزام غير ممكن فلا تلزم المدين الخساره (تراجع الفقرة الثانية من الفصل ٦٥) وقد تضمن هذا الفصل ان هذا الحكم يجري اذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي او اذا كان بالعقد خيار التعيين وكان احد الاشياء المعدة للخيار غير ممكن . .

ثانيا الفعل نافع ـ يلزم ان تكون للدائن مصلحة في جبر المدين على الوفاء والا فلا يعتبر هذا المدين مربوطا بالتزام اذ يمكن له ان يخالف مقتضى العقد بدون ان يناله عقاب عن ذلك . .

تنبيه ـ امامعرفة هل يلزم في الالتزامات التعاقدية ان تكون للدائن مصلحة مالية في تنفيذ الالتزام او هل يكفي مجرد وجود مصلحة اعتبارية ليكون للالتزام صفة النفع ضرورية لوجوده ؟ محل خلاف فقد اجمع الناس على اعتبار طريقة الحكم بالغرم في صورة عدم الوفاء بالالتزام كافية لجبر الضرر حيث انه لا يمكن تقدير الضرر الادبي بالمال لكنه لماذا لم تسلك هاته الطريقة ضرورة وانه لا وجود لطريقة احسن منها يحصل بها جبر ذلك الضرر ولنترك الخوض في هذا الخلاف ونصرح بما نختاره فنقول ان راينا هو اعتبار مجرد الضرر الادبي فيما يترتب عليه القيام بالغرم لما في ذلك من الانصاف ولكون القانون التونسي لم يتضمن نصا يخالف هذا المبدا ولان كان القانون الفرنساوي مضادا لفكرة تعويض الضرر الادبي

فقد اخذت المحاكم الفرنساوية في العمل بالطريقة التي اشرنا اليها واصدرت بعض احكام تفيد ما ذكر

٤٢ ـ ثالثا الفعل جائز ـ يقال في الفعل انه غير جائز اذا كان المتعاقد عليه غير ممكن قانونا (يراجع الفصل ٦٤) والفعل الغير الجائز هو الذي ينافي القوانين والاخلاق الحميدة والنظام العمومي واوجه تطبيق هذه الصورة متعددة وموكولة لاجتهاد الحاكم من حيث تاثيرها على الاداب العامة . فالعقود الآتي بيانها لا عمل عليها فيما جرى به العمل لدى المحاكم الفرنساوية (١) عقود الشركة لتعاطي ما حجرت القوانين الاتجار فيه (الكنترة) ـ (٢) عقود الشركة لتاسيس محل للقمار او للبغا ـ (٣) عقود الشركة لاحداث ما من شانه ان يعطل حرية التجارة او حرية الاشهار ـ (٤) عقود الشركة لمباشرة خطة مامور دولي ـ (٥) عقد الاجارة الصادر من امراة التزمت بالزنى مع شخص .

٤٣ ـ مبدا رابع ـ اذا كان موضوع الالتزام ترك فعل يلزم ان يكون هذا الترك نافعا وجائزا ومعنى جائز هنا ان يكون غير منافٍ للاخلاق الحميدة والنظام العمومي فغير جائز مثلا التزام شخص بعدم مباشرة الخدمة مطلقا او بعدم الاخبار بجناية او جنحة شاهد وقوعها وسياتينا ضبط هذا المعنى .

ثالثا في سبب الالتزام

ـ نظرية ـ السبب هو الغاية التي يقصدها احد الطرفين من الالتزام اولا وبالذات

ملاحظة اولى ـ ينبغي ان نفرق بين السبب والداعي وذلك لان الداعي اذا كان غير جائز لا يترتب عليه بطلان الالتزام وكذلك الغلط في الداعي ومثاله (التزم بشراء سيارة ظنا مني اني ورثت مالا فتخيب آمالي بظهور وصية قاضية باستحقاق غيري لذلك المال) فالتزامي بما ذكر يعد صحيحا بالرغم عن ذلك فبناء على ما تقدم يمكن لنا ان نقول ان السبب هو ما يقصد اولا وبالذات من التعاقد

بخلاف الداعي فهو غاية ثانية وبالعرض كانت الباعث لاحد الطرفين على التعاقد ففي جميع العقود التي من نوع واحد السبب دائما واحد ففي البيع مثلا السبب دائما هو الثمن بخلاف الداعي فانه يتغير الى ما لا نهاية له بحسب الاشخاص وليست له قيمة قانونية .

ملاحظة ثانية ـ اجتناب اللبس اسهل بين موضوع الالتزام وسببه فاذا تساءل الشخص لما ذا وقع الالتزام فجوابه هو السبب واذا تساءل بما ذا التزمت فجوابه هو المفسر لموضوع الالتزام .

قد ضمنا بايجاز بالملاحظتين المتقدمتين المبحث الاصلي المتعلق بالسبب استطرادا وها نحن نفصل لك ما اجملناه . فالسبب على مقتضى هذا المبحث هو الغرض الاصلي من التعاقد وهذا الغرض لا يتغير ففي صورة البيع مثلا لا يكون لي الا قصد واحد اذا بعت لك شيئا وهو قبض الثمن وهذا قصد كل بائع واما كيفية استعمال الثمن فلا التفات اليها وهو الداعي الذي يتغير الى ما لا نهاية له وعلية ففي العقود الملزوم بها الجانبان سبب التزام احد الطرفين هو التزام الطرف الاخر وفي العقود التبرعية السبب دائما هو نية التبرع ايا كان الداعي لهذا التبرع وفي عقود الوديعة يتاتى التزام المستودع من قبول الوديعة وهذا هو السبب لالتزامه ثم ان هذا المستودع لما يكون قبل الوديعة اما للتحصيل على مقابل او انه قبله على وجه الفضل فسبب العقد هو احد الامرين فاذا فعل ذلك على وجه الفضل ليبريء ذمته مع المودع الذي كانت له عليه مزايا فهذا القصد هو الداعي وهذا الداعي يختلف باختلاف الاشخاص اما سبب العقد والالتزام فلا يتغير قط .

هذا وان المبحث المذكور المتعلق بالسبب هو مبحث كل من المجلتين التونسية والفرنساوية وقد اتحدتا هاتان المجلتان في النتائج القانونية المترتبة سواء على فقدان السبب او على عدم صحته او عدم جوازه ومن المحقق انه عند تطبيق هذا

المبحث الصعب جدا تحت عدة اشكالات وكثيرا ما يتعذر على الحاكم في صور عديدة سلوك طريقة متينة ولذا وجه عليه كثير من المؤلفين العصريين انتقادات حادة ونخص بالذكر م . بلانيول الذي اجتهد في البرهان على عدم صلاحيته وعلى انه في بعض الاحوال قد يكون غير صحيح وقد طعن فيه المؤلف المذكور من حيث كونه في جل الصور يحصل منه اشتباه بين السبب والعقد نفسه (كصورة العقود العينية والعقود التبرعية) ونفى ذلك العالم ما قرر من ان في العقود الملزوم بها الجانبان سبب التزام احد الطرفين التزام الطرف الاخر وعلل قوله بان كلا من الالتزامين المذكورين يتولد عن الاخر فكيف يتصور اذا تولدهما في آن واحد لو كان كل منهما سبب للاخر ولما فرغ من ذلك اخذ يقرر ان المجلة في غنية عن مبحث السبب ولا يحتاج اليه لابطال العقد الذي سببه مفقود او غير صحيح او غير جائز ففي العقود الملزوم بها الجانبان تحصل عين هاته النتيجة وهي انعدام العقد بناء على فقدان المتعهد به او على عدم جوازه وفي العقود العينية فقدان السبب يندمج مع فقدان العقد نفسه والغلط في السبب يقوم مقامه عيب الرضاء مستندا لانعدام العقد وهلم جرا .

هذا ولا يسعنا ان نأتي في هذا المختصر بجميع الاحتجاجات الواردة في شان هذا الخلاف الذي هو من الاهمية بمكان ولنقتصر على ملاحظة ان المحاكم جرى عملها دائما بتطبيق ما قيل في السبب بالمبحث الموضوع من قديم والحقيقة هو ان هذا المبحث غير منتج فاذا اشتريت مثلا معدا للقمار فسبب التزامي القاضي بدفع الثمن هو التملك بذلك المحل وهذا الشراء اما اني باشرته بقصد الاستغلال من المحل بصفة متمرة وعندئذ يكون هناك سبب غير جائز او كانت مباشرتي له بقصد تصيير المحل المذكور مدرسة وعندئذ يكون هناك سبب جائز فلمعرفة الطريقة الموصلة لحقيقة الامر يلزم ان نبحث على شيء اخر غير مضمون بالتعريف الذي احتوى عليه

المبحث المذكور ففي امثال المتقدم لاحد للالتباس الموجود بين السبب والداعي فلا يسعنا والحالة هاته الا الاعتراف بعجزنا عن توضيح النظرية المتعلقة بالسبب التي خاض فيها باعتناء عدد وافر من نخبة المؤلفين فما على الحاكم الا ان يصرف الاكتشاف على معنى منطوق المجلة بكل اهتمامه لاستنتاج المرمى الحقيقي الذي قصده الطرفان وذلك لاستخراج ما احتوى عليه هذا المرمى من النتائج الدالة على العمليات القانونية المقصودة بدون التفات الى البواعث النفسانية التي لا تتولد عنها اصالة نتائج قانونية

ملاحظة ثالثة - ينبغي ان نفرق بين العقد التبرعي الذي يقصد منه الاحسان والعقد الذي بعوض فالاول (كعقد الهبة والضمان) فسببه نية التبرع والثاني (كالبيع) وسببه التحصيل على مقابل تنجر منه فائدة للملتزم .

ملاحظة رابعة - هذه الملاحظة تتعلق بالعقد الذي الالتزام فيه من طرف واحد والعقد الذي الالتزام فيه من الطرفين ففي الاول السبب هو بصفة عامة السعي في انقضاء التزام سابق او قبول شيء او انتظار قبول شيء وفي الثاني كل من الالتزامين سبب للاخر وعليه فاذا كان في هذه الصورة ما التزم به احد الطرفين غير جائز فسبب التزام الاخر غير جائز ايضا فالعقد اذا باطل لا وجود له وكل من الطرفين له ان يمتنع من الوفاء بالتزامه .

٤٥ - مبدأ - يعتبر العقد غير موجود اذا كان مبنيا على سبب غير صحيح او غير جائز او معدوم (راجع الفصل ٦٧) .

نظرية تطبيقية اولى - هذه النظرية تتعلق بالسبب المعدوم وهي صورة الالتزام الواقع وفاء بدين قضي من قبل او غير موجود وكذلك ايضا صورة الاتفاق الملزوم بها الجانبان فكل من الالتزامين فيها الذي هو سبب للاخر ينفذ شيئا فشيئا بتوالي الاعمال وقد يحدث ان السبب ينقضي بانقضاء الالتزام نفسه واليك مثل ذلك اسوغ لك دارا لمدة عشرة اعوام بكراء قدره فرنكات ١٠٠٠ للعام الواحد

فبعد مضي ثلاثة اعوام تتهدم الدار بامر طارىء او تنزع من مالكها وتهدم لمصلحة عامة فمن المحقق انك تكف عن دفع الكراء ابتداء من ذلك التاريخ لان سبب الالتزام قد زال من ذلك الوقت ايضا (قد تضمن الفصل ٧٥٥ صورة تطبيقية تتعلق بهذا المبدا) .

ملاحظة ـ مجرد ارادة الشخص قضاء دين طبيعي او قضاء واجب شرفي او واجب مبناه فكرة المجاملة او الانصاف تكفي ان تكون سببا للعقد .

٤٦ ـ نظرية تطبيقية ثانية ـ هذه النظرية تتعلق بالسبب الغير صحيح (لم يتعرض الفصل ٦٧ لهذا السبب لانه كالسبب المفقود) وهي الصورة التي يعتقد فيها الطرفان وجود سبب وهو في الحقيقة مفقود ومثال ذلك ان وارثا يحسب ان ما بالوصية راجع له والحال ان هذه الوصية ابطلت فيما بعد .

ملاحظة اولى ـ اشتراط سبب غير صحيح لايترتب عليه عدم صحة العقد اذا ثبت ان هذا العقد مبني على سبب حقيقي وجائز ففي هاته الصورة اثبات عدم صحة السبب يكون على المدين واثبات السبب الحقيقي الجائز على الدائن .

ملاحظة ثانية ـ يمكن ان يكون السبب موهوما اي مضمنا في العقد لاخفاء السبب الحقيقي فلا تنتفي صحة العقد اذا كان السبب الحقيقي جائزا (راجع ما سيقال في الاتفاقات السرية) .

٤٧ ـ نظرية تطبيقية ثالثة ـ هذه النظرية تتعلق بالسبب الغير الجائز (الفصل ٦٧) وهو السبب المنافي للاخلاق الحميدة والنظام العمومي او القانون . راجع الامثلة التي وقع ذكرها عند الكلام المتعاقد عليه الغير الجائز فهي تصلح ان تكون امثلة للسبب الغير الجائز حيث ان في العقود التي الالتزام فيها من الطرفين موضوع التزام احدهما يقوم سببا للالتزام الاخر . انظر عدد ٤٠ من هذا الشرح وما بعده .

في اثبات السبب

الكتائب التي تحرر في العقود تتضمن غالبا السبب وهناك كتائب لابد من ذكر السبب فيها ، لا بد من ذكر السبب في السند الذي تحت الاذن القابل للتحويل وفي الكمبيالات ولا لزوم لذلك في اوراق التحويل على البنوك) واما الكتائب المحررة في العقود التي الالتزام فيها من الطرفين فانها تتضمن السبب لكنه مستتر فاذا كان الحوالات او الكتائب غير مذكور بها السبب فهل على الدائن اثبات وجود سبب جائزا وعلى المدين اثبات عدم وجود هذا السبب ذلك هو السؤال الذي يلقى في مسألة الاثبات فاذا طبقنا المبدا العام نقول كما بالفصل ٤٢٠ ان هذا الاثبات على الدائن لان اثبات الالتزام يكون على من يقوم به .. لكن الفصل ٦٨ غير هذا المبدا بوضع قرينة قانونية مفادها ان الالتزام يعتبر له سبب حقيقي وجائز ولو لم يقع التصريح به وبذلك يكون المدين ملزوما باثبات ما يدعيه مما هو مناقض لهذه القرينة اي باثبات وجود غير جائز او مغلوط وبما ان المقنن جوز هذه القرينة فقد اوجب على نفسه بطريق المعقول جوازان السبب المصرح به يعتبر صحيحا الى ان يثبت خلافه وبموجب ذلك فاذا كان هذا السبب مفتعلا فالمدين هو الذي يثبت الافتعال (الفصل ٦٩) لكن من المسلم انه اذا اثبت المدين في هذين الصورتين افتعال السبب السبب او عدم صحته او عدم جوازه فيبقى الحق للدائن في اثبات العكس وهذا هو منطوق الفصل ٧٠ والقرينة المضمنة بالفصل ٦٨ مبنية على اعتراف ضمني من الملتزم بان هناك سببا صحيحا وهاته القرينة تنعدم كل ما استبان من ظروف الاحوال عدم امكان ابنائها على هذا الاعتراف الضمني كما في الصورة التي يشترط فيها القانون صراحة (كنص تجاري مثلا) ذكر السبب في الكتب لانه لا يرى الاعتراف الضمني لذلك كافيا ..

٤٩ ـ في الالتزامات والاتفاقات القابلة للابطال فقط

ـ نظرية ـ تكون الالتزامات قابلة للابطال فقط اذا خلت من ركن لازم لصحتها . .

في شروط صحة الالتزامات

هناك شرطان لازمان لصحة ما ذكر (١) الرضاء السالم من العيوب (الفصل ٤٣) فقد اشترط القانون ان تكون ارادة الملتزم تامة لا عيب فيها فلا يكفي في نظره ظاهر العقد . (٢) اهلية التعاقد القانونية (الفصل ٢) .

٥٠ ـ اولا ـ في الكلام على الشرط الاول وهو الرضاء السالم من العيوب اي من الغلط والاكراه والتدليس (الفصل ٤٣) والغبن في الصور التي عينها القانون بالفصل ٠٠ ومما يلزم الاهتمام به ههنا هو البحث عن اهمية تاثير هاته العيوب المفسدة للرضاء على صحة الالتزام ومعرفة كيف تخلص القانون لتحقيق امرين متضادين ولها النظر للجانب الواقع اكراهه على التعاقد او الواقع تغليطه وحفظ الحرية اللازمة لاجراء المعاملات المدنية .

اولا في الغلط

مبدا ـ الغلط هو اعتقاد خلاف الواقع اما انه يزيل الرضاء او يعيبه او لا يؤثر عليه وذلك بحسب الصور :

اولا ـ في الغلط الذي يزيل الرضاء ـ لا وجود للالتزام اذا كان الغلط (١) في نوع العقد (الفصل ٤٣) (٢) في ذات المتعاقد عليه (الفصل ٤٥) ويظهر من منطوق هذا الفصل ان في هذه الصورة لا يمكن الا فسخ العقد اي ابطاله لكن هذ بدون شك غلط لفظي (٣) في وجود السبب (الفصل ٦٧) يظن الشخص مثلا انه ملزوم بمقتضى وصية فيتضح فيما بعد ان هذه الوصية قد ابطلت . .

ثانيا ـ في الغلط الذي يعيب الرضاء ـ يترتب على الغلط صيرورة العقد قابلا للابطال اذا ثبت انه لولا ذلك الغلط لما وقع التعاقد وذلك يقع اذا كان الغلط في

شخص المتعاقد او في مادة الشيء لان الغلط في شخص المعاقد اذا كانت ذات المعاقد سببا موجبا للرضاء بالعقد كما في عقود التبرع (كالهبة وسلف الاحسان فيما بين المسلمين اي بدون اشتراط الفائض والضمان) او في عقود الشركات بين الاشخاص وحتى في بعض العقود التي هي بعوض كما في هذا المثال حصل لي غلط في شخص مصور لاشتباه اسمه علي فاستاجرته على جعل صورة لي وادفع له اجرا باهضا ظنا مني انه هو المصور المشهور الذي قصدته ومما يلاحظ هنا هو ان الغلط يلزم ان يكون قد وقع بدون فعل فاعل والا فهو تدليس فكل هذه البيانات تستخرج من المبدأ المضمن بالفصل ٤٦

تنبيه ـ قال القانون الغلط في الشخص ليس القصد منه خصوص الغلط في ذات الشخص الحسية فاذا سوغت مثلا دارا لامراة معينة وكان في اعتقادي انها عفيفة فلم يصدر غلط في ذات المراة الحسية اذا اتضح لي انها فاجرة واستبان من ظروف الاحوال ان قصدي عدم تسويغ داري لامراة عاهرة فهذا الغلط يقال فيه ايضا على معنى المجلة غلط في شخص المعاقد الذي يكون الالتزام بسببه عديم الوجود .

قد قلنا ان من الغلط الذي يعيب الرضاء الغلط في مادة الشيء اي في صفة الشيء الموجبة للتعاقد (الفصل ٤٥) فهذا الغلط غير الغلط في المتعاقد عليه الذي يكون الالتزام بسببه عديم الوجود ففي هاته الصورة فرضنا حصول الاتفاق في شان المتعهد به وعدم حصوله في شان صفاته الجوهرية . واما الغلط في صفاته الحادثة فلا يكون سببا في البطلان وانما قد يترتب عليه ابطال الالتزام في الاحوال التي ضبطها القانون .

ملاحظة ـ معرفة معنى الصفة الجوهرية محل خلاف فنحن نجوز ان المراد بالصفة المذكورة الصفة التي قصدها الطرفان اولا وبالذات ولولاها لما تعاقدا

فمن هنا يستنتج ان للشيء صفات لاتحصى تختلف بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان وللحاكم يرجع النظر في معرفة الصفة التي قصدها الطرفان فاذا اشتريت مثلا مسرحة فيكون قد دعاني لشرائها اما المادة المتركبة منها او موردها لكونها من صنع فلان الشهير او كانت على ملك رجل ذي شهرة تاريخية وكذلك الزمان الذي صنعت فيه فالداعي لشرائها هنا هو قدمها واما قيمتها فتختلف بحسب الاوصاف - مثال اخر اشتريت ارضا لبناء مدرسة فيتضح ان مساحتها دون ما تقتضيه التراتيب فالشراء باطل

٥١ - سؤال اول - ان الفصل ٤٥ ينطبق بدون شك على الصورة التي وقع فيها الغلط من الطرفين فهل ينطبق ايضا على الصورة التي وقع فيها الغلط من طرف واحد .

الجواب يقتضي ثلاث صور فاذا كان الغلط مقصودا من البائع فلا صعوبة اذ ما وقع منه يوصف بالتدليس واما اذا لم يصدر شيء من البائع ووقع من المشتري غلط لم يتسبب فيه احد فيجوز الفسخ بسبب ما تضمنه الفصل ٤٥ من العبارات العامة واما اذا تضرر البائع من غلطه الذي لم يتسبب له فيه احد فالامر كما سبق .

تنبيه - اثبات الغلط الواقع من جهة واحدة كاد ان يكون مستحيلا وفعلا فكيف يتصور اثباته مثلا اني ما اردت شراء مسرحة الا لما كانت عليه من الزخرفة لا لاجل المادة المتركبة منها فاثبات مثل ذلك لايكون ممكنا الا اذا كان قصد المشتري موضحا بالعقد اي اذا كان الغلط مشتركا بين الجانبين ولذا نرى ان في صورة حدوث الغلط من جانب يجتنب القيام لدى المحاكم على الجانب الاخر او لالتعذر الاثبات ثانيا الخوف مما عسى ان يدعيه المقوم عليه من حصول الضرر له شخصيا من ذلك الغلط للتحصيل على غرامة تعويضية .

٥٢ - سؤال ثان - اقتصرنا لحد الان على الكلام في الغلط المادي فهل يصح

ان يكون الغلط القانوني سببا في الفسخ؟ تضمن الفصل ٤٤ الجواب بالاثبات عن هذا السؤال لكن على شرطين (١) اذا كان هذا الغلط هو السبب الوحيدا والسبب الاصلي في التعاقد كما في المثال الاتي وقع تجنيد احد الاهالي فيظن انه يتيسر له شراء عوض بالمال ويمضي التزاما باداء مبلغ من الدراهم لكن هاته الصورة تندمج في التي فيها السبب مفقود والالتزام ايضا (٢) هو ان يكون الغلط مما يعذر فيه بالجهل ويلزم اثبات ان الغلط كان بسبب بعض ظروف يقبل الاعتذار بها وقد الهم علماء القانون الى اعتبار ذلك مراعاة لقاعدة العدالة والانصاف وراى بعضهم ان هذا الشرط نتيجة القاعدة القاضية بانه لايقبل من اي انسان الادعاء بجهله القانون وهذا خطا لانه جار على مقتضى ما يراه جمهور العلماء وماجرى به العمل لدى المحاكم من اعتبار هذا المثل السائر منطبقا على المواضيع العامة لا الخاصة فالمقام يقتضي اذا اتباع طرق السلوك المبينة بالفصل ٤٨ (انظر ما سيقال بالسؤال الاتي) وبالتالي فان هاته القاعدة لا تعتبر في - ق - م - ت - الا الى حد محدود

٥٣ سؤال ثالث - النظر في الغلط سواء كان ماديا او قانونيا مسالة فعلية هادية فهل هناك ايضا ركن اعتباري في النفس ؟ الجواب هو ان السهولة التي يرتكب بها الغلط تختلف درجاتها بحسب السن وكون مرتكب الغلط ذكرا او انثى وبحسب درجة جهله وعدة احوال اخرى تحف بالقضية وهذا ماشار اليه الفصل ٤٧ الذي خول للحاكم في ذلك النظر المطلق .

٥٤ سؤال رابع - اذا عقد احد الطرفين بواسطة فهل ما يرتكبه الواسطة من الغلط يصلح ان ينبني عليه حق القيام بالفسخ او بالبطلان ؟ الجواب عن ذلك بنعم بالنسبة للقيام بالفسخ كما في الفصل ٤٩ لكن هذا في صورة الغلط المادي واما في صورة الغلط القانوني فتطبق احكام الوكالة (اي ما على الموكل الامطالبة وكيله بما حصل له من الضرر) وبالنسبة للقيام بالبطلان فلا صعوبة في الجواب حيث ان

العقد عديم الوجود .

فائدة — في كل هاته الاحوال يجري طبيعة حكم القواعد العمومية المتعلقة بالتقصير وبالاخص حكم الفصل ٤٥٧ فيما يتعلق بالتلغراف كما ذلك بالفصل ٤٩ لكن هذه المسالة لا تعلق لها بابطال العقود بل تعلقها بالمسؤولية خاصة

تنبيه — ومما لا ريب فيه هو ان طلب فسخ العقد من قبل الجانب الصادر منه الغلط لا يمنع من الحكم بالغرم للجانب الاخر اذا تسبب له الغلط المذكور في ضررما وهذا الغرم يكون على نسبة الضرر

مثال — سوغت دارا لامراة فاجرة ظانا مني انها عفيفة لكن سيرة هاته المراة الرديئة كانت مشهورة عند الخاص والعام بحيث انه لو استخبرت عنها لامكن لي الاطلاع على الواقع ففي هاته الصورة يفسخ التسويغ لكن ذلك لا يكون مانعا من الحكم علي باداء ما صرفته المراة المذكورة لنقل ادباشها مرتين بسبب عدم تنبهي وللحاكم ايضا في هاته الحالة ان يعدل مقدار الغرم اذ ظهر له وقوع التفريط من كلا الجانبين ويلوح لنا ان القيام بهذا الضمان مبني على شبه جنحة (راجع ما سيقال في شبه الجنح) غير انه يمكن لنا بناء على ما تقرر اخيرا عند جمهور العلماء التساؤل هل هناك ضمان مبني على تفريط متقدم عن التعاقد (راجع مبحث التفريط)

٥٥ سؤال خامس — اذا طبقنا الاصول المتقدم شرحها نقول ان مجرد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وذلك لعدم تعلق الغلط بالاوصاف المختصة بجوهر الشيء غير انه يمكن التساؤل في معرفة هل ان الغلط يصلح ويبقى العقد موجودا ؟ فالفصل ٤٧ قد اجاب عن ذلك بالاثبات .

٥٦ ثالثا — في الغلط الذي لا تاثير له على الرضاء . اي الغلط الذي لا يؤثر على صحة الالتزام او العقد فالغلط تكون له هاته الصفة في الاحوال الآتية (١) اذا كان في الاوصاف الغير المتعلقة بجوهر الشيء ما لم يشترط المتعاقدان

صراحة جعل هذه الاوصاف ركنا للعقد لانه يجب ان لا ننسى ان في مسالة العقود ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون فيما بينهما (٢) اذا كان الداعي للالتزام (وهذا الداعي دائما شخصي) لكن على شرط ان لا يكون هناك تدليس وهذه الصورة غير صورة السبب (٣) اذا كان في ذات المتعاقدين ولم تكن ذات المتعاقد معه سببا موجبا لرضاه بالعقد الفصل ٤٦ (٤) اذا كان في قيمة الشيء ما عدى ما سيقال في الغبن .

٥٧ ثانيا في الاكراه

تعريفة — الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا لم يرتضه وذلك مهما كانت صفة الاكراه بدني او ادبي (اي بوسائل فعلية مادية او بوسائل مجرد الارهاب) .

مبدا — الاكراه يزيل الرضاء او يعيبه .

اولا — الاكراه الذي يزيل الرضاء هو الاكراه المادي المعبر عنه بالالجاء كما في صورة الانسان الذي يمسكك من يدك ويضطرك الى الامضاء بالعقد ففي هاته الصورة الرضاء مفقود والالتزام ايضا

ثانيا — واما فساد الرضاء فانه لا يحدث من الاكراه نفسه وانما من خشية وقوع الاكراه .

مبدا — يلزم ان تكون للاكراه بعض صفات لتترتب عليه فساد الرضاء .

اولا — انه من شانه احداث اضطراب معنوي في نفس المكره (الفقرة الثانية من الفصل ٥١) يصير بسببه خاشيا ضررا ذا بال .

فرع اول — تكون للاكراه هاته الصفة سواء في حالة احداث الم ببدن المكره او اضطراب معنوي له بال في نفسه او خوف على ذاته او عرضه او ماله (الفقرة الثانية من الفصل ٥١) فالحاكم له النظر في معرفة تاثير الاكراه ورائده في ذلك

سن المكره وكونه ذكرا او انثى ومقامه بين الناس ودرجة تاثيره (راجع الفقرة المذكورة من الفصل المذكور)

٥٨ - فرع ثان لا يلزم على مقتضى القانون التونسي ان يكون الخوف من ضرر في الحال او من ضرر ملم والامر بخلاف ذلك في القانون الفرنساوي (انظر الفصل ١١١٢) لكن على شرط ان لايكون ايضا الضرر المتوقع بعيدا لانه ربما كان في هاته الحالة غير مخيف

فرع ثالث - يمكن ان لا يقع الاكراه مباشرة بمعنى انه لا يلزم ان يتسلط الاكراه على المعاقد نفسه فاذا وقع اكراه شخص اجنبي على الاتفاق فهذا الاكراه يمكن ان يؤثر على المعاقد خصوصا اذا كانت بين المعاقد والمكره رابطة دموية متينة وهي الصورة التي نص عليها فصل ٥٤ ومما يلزم اعتباره هو ان هذا الفصل لم يحصر بالعد من يقبل لاجلهم عذر الاكراه وهو في ذلك شبيه بالفصل ١١١٢ من القانون المدني الفرنساوي وعلى كل حال فلا التفات لشخص المكره وانما يكفي ثبوت تسبب الاكراه فى رضاء احد الفريقين بالعقد وهذه صورة تطبيق الفقرة الثانية من الفصل ٥١ الاصلية والفائدة الوحيدة من الفصل ٥٤ هو تسهيل الاثبات بفضل القرينة المضمنة به فاذا ثبت الاكراه حسب الشروط المبينة بهذا النص حمل على الظن انه اثر على الملتزم بكيفية قطعية ولو كان هذا الاكراه غير واقع مباشرة على شخص العاقد .

فرع رابع - يمكن ايضا ان لا يقع الاكراه من المعاقد الذي انجرت له منفعة العقد وانما من انسان اجنبي عن الاتفاق (راجع الفصل ٥٣ وهذه القاعدة مفهومة وكل القوانين الاروباوية والقانون الروماني جوزت اتباعها فالعقد يكون دائما قابلا للفسخ لتأثير الاكراه على رضاء احد المتعاقدين ولا لمتفت للشخص الواقع منه الاكراه واما في مسألة التدليس فالامر بخلاف ذلك وهذا فرق مهم

بين الاكراه والتدليس (راجع العدد ٦٢)

تنبيه - الاكراه فعل غير جائز وعليه فيمكن اثباته بجميع الوسائل حتى بالقرائن ويكون بصفة عامة بمثابة جنحة مدنية .

نظرة تطبيقية تتعلق بالمبدا الاول

نظرة اولى - لابد من وجود الاكراه لينطبق المبدا المذكور وخارجة عن ذلك الصورة التي فيها وعد ذو بال من شخص مهدد بخطر عظيم (زوبعة او حريق) لمن ينجيه من الخطر ففي هاته الصورة لا وجود للاكراه والوعد المذكور غير قابل للابطال بسبب ذلك لكن قد يقع إبطال الوعد اذا تبين ان به شططا يفيد ان قرب الخطر ازال بعض شعور الواعد ففي هاته الصورة يرفض المجلس لهذا السبب مطلوب الموعود بالجائزة ويعين له مبلغا معقولا لمجازاته عن حسن صنيعه وقد تضمن الفصل ٥٠ ان الاكراه يلزم ان يكون وقوعه ظلما وخرقا للقوانين

٥٩ - نظرة ثانية - ليس باكراه على معنى الفقرة الثانية من الفصل ٥١ التهديد بالمرافعة لدى المحاكم او بغير ذلك من الطرق القانونية ولو ان هذا التهديد الجأ المهدد للتعاقد تحت حيز الخوف ولا ينبني على ذلك القيام بطلب الفسخ (الفصل ٥٢ لكن يمكن اعتبار التهديد اكراها حقيقيا موجبا للفسخ في الصورتين الاتيتين

١ - اذا كان مما يؤثر في الشخص المقصود به بالنسبة لحاله حتى اختطف منه منافع مشطة بغير حق

٢ - اذا كان مصحوبا بامور تكسبه صفة الاكراه . مثال اول التهديد بافشاء خبر جناية او جنحة لا يعتبر اكراها لكن ينبغي ان لا تنسى انه اذا وعد شخص غيره بمبلغ من المال خشية الاخبار بجريمة ارتكبها فالوعد يكون باطلا لانبنائه على سبب غير جائز هذا اذا لم يكن قابلا للابطال

مثال ثان ـ لا يعد اكراها تهديد مدين بالقيام لدى المحاكم ان لم يوف بالتزاماته

ـ ٦٠ ـ نظرية ثالثة

مجرد الخوف المترتب على الجفاء لا يعتبر نتيجة اكراه (الفصل ٥٥) والخوف المترتب على الجفاء هو الخوف الناشيء عن سلطة ادبية يظهرها الاقارب والاولياء ذووا السلطة الشرعية الذين يجب احترامهم ومحبتهم ففي هاته الصورة لا وجه للقيام بالفسخ ما لم يكن الخوف المذكور ناشئا عن اتخاذ وسائل شديدة او عن اعتداء بالضرب فاذا كانت هاته صفته فالامر يؤول الى تطبيق احكام الحق العام المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل ٥١

(مثال) ـ والد يهدد ابنه باحالة ثروته لعمرو ان امتنع الابن من الامضاء بعقد عرضه عليه فهذه الصورة ينطبق عليها الفصل ٥١ المتعلق بالاكراه والفسخ وينزل الاخ الاكبر منزلة الاب في العرف .

(ملاحظة اولى) ـ لا يوصف بخوف مترتب على الجفاء الخوف من الاخوة والاخوات والاحباب وغيرهم ..

(ملاحظة ثانية) ـ يستفاد من صريح الفصل ٥٥ ان التهديد القوي او الضرب ينجر عنهما الفسخ المبني على الاكراه ولو لم تكن لهما صفة الشدة التي اشترطها الفصل ٥١ بالفقرة الثانية منه فقد جاء هذا القانون بالنظر للمعتدى عليه وذلك بكيفية فعالة اكثر من غيرها فمن قبيل الاكراه الزام بنت بامضاء عقد في احالة حقوقها في ميراث وتهديدها بالطرد من عائلتها ان لم تفعل

(ملاحظة ثالثة) ـ ومن باب اولى واحرى ان مجرد الخوف التخجيلي الصادر من احنبي على العائلة او من شخص غير الاشخاص المذكورين بالفصل ٥٥ لا يكون له تاثير على صحة الالتزام .

ثانيا ـ ومنها ايضا اي من الصفات . ليكون الاكراه موجبا لفسخ العقد يلزم

ان يكون هو السبب الملجئ للرضاء به (كما بالفقرة الاولى من الفصل ٥١) فالقانون يشترط ان يكون الاكراه هو الحامل على التعاقد مباشرة (وهي مسألة مادية موكولة لاجتهاد الحاكم) وان يكون قد قصد منه حمل احد الفريقين على الرضاء فخرج بذلك الاكراه الطاريء على العقد .

(مثال) ـ فاضت المياه وغمرت زيدا فخشي على نفسه من الهلاك فوعد صاحب مركب وهو تحت فزع الاكراه بان يعطيه ثروته ان نجاه من الخطر .

والامثلة التي من هذا القبيل متعددة فمنها مثال الشخص الذي يعد باعطاء ثروته لمن ينجيه من هجوم قطاع الطريق ومثال ركاب سفينة على شفا الغرق . ففي كل هذه الاحوال يظهر ان الاكراه كان ماديا ولا يؤثر شيئا على صحة العقد سوى انه يقع تعديل المبالغ المشطة الموعود بها بناء على ان ارادة الملتزم لم تكن حرة وتامة عند وقوع العقد وبذلك جرى عمل المحاكم الفرنساوية لكن يمكن ايضا ان يقال ان العقد قابل للابطال بسبب الاكراه . نعم ان في هذه الصورة لم يكن الغرض من الاكراه حمل الشخص على الالتزام ولكنه تسبب عن ذلك الاكراه خوف وهو الذي كان الحامل على التعاقد وقد اسلفنا عند الكلام على مضمون الفصل ٥٣ ان الاكراه يفسد الرضاء بقطع النظر عن مصدره وعليه فمن الممكن ان تتصور ابطال الالتزام بموجب الاكراه وينبغي النظر في تقدير المال الذي يستحقه من نجى الشخص الذي اشرف على الهلاك . هذا وان هاتين الصورتين في التاويل تؤديان من الوجهة التطبيقية الى نتيجة واحدة .

٦١ ثالثا ـ في التدليس والتغرير

نظرية ـ التدليس هو كل ما يستعمل من المخاتلات والخزعبلات والحيل والكنايات لتغليط احد المتعاقدين والتحصيل بذلك على رضائه بالعقد (الفصل ٥٦) وقد تضمن ايضا هذا الفصل ان التدليس يفسخ به العقد اذا كانت المخاتلات

والكنايات هي الداعي الوحيد للتعاقد بحيث انه لو لاها لما تم الطرف الاخر العقد . وعليه فالغلط المتسبب عن التدليس هو عيب الرضاء .

مبدا اول ـ يلزم توفر شرطين ليعتبر التدليس مفسدا للرضاء وهما (١) ان يكون التدليس قد حصل باستعمال وسائل مخالفة حقيقية فليس هناك تدليس اذا صدر من البائع مجرد مبالغة في مدح سلعته لان العادة جرت بذلك وكذلك الكفايات فقل ان تقع على وجه التغرير وعلى كل حال فالحاكم ينظر بحسب اجتهاده هل قصد منه تغليط المعاقد . (٢) ان يكون قد وقع بنية احداث غلط بفكر المدلس عليه ولولاه لما وقع رضؤه بالعقد فاذا كان هذا الغلط سببا في الالتزام فلا يلتفت الى كونه خفيفا او الى انه تعلق بالداعي على التعاقد فقط فالتدليس يميز في خصوص وقت تكوين العقد .

فرع اول ـ فهذا التدليس يعبر عنه باصلي . والمقابل له هو التدليس الفرعي اوالعرضي وهو الذي يقع في توابع الاتفاق ولا يترتب عليه فسخ (الفصل ٥٧) كما في صورة التدليس العرضي الذي قصد منه رفع الثمن شيئا ما ـ ما لم تبلغ الزيادة في الثمن الثلث فيصير من باب الغبن ويفسخ به العقد ـ . والتدليس العرضي لا يوجب الا تعويض الخسارة وقد ايد القانون التونسي بالنص الصريح الفرق الموجود حسب القواعد الموضوعة من قديم بين التدليس الاصلي والتدليس العرضي على ان هذا الفرق محل خلاف على مقتضى ما يراه جمهور العلماء الفرنساويين وما جرى به العمل لدى المحاكم الفرنساوية .

مبدا ثان ـ التدليس لا يوجب الفسخ الا اذا وقع من الجانب الذي انتفع به او من نائبه أو من كان متواطئا معه (الفصل ٥٦) فلا يترتب عليه فسخ اذا وقع من الغير (وقد يترتب عليه تعويض الخسارة) الا اذا كان سببا في وقوع الغلط في صفات الشيء الجوهرية وعندئذ يبطل العقد بناء على الغلط .

استثناء ـ يمكن فسخ الاتفاق ولو في صورة وقوع التغرير من غير المتعاقدين اذا حصل العلم بالمخاتلات لمن انتفع بالتغرير (الفصل ٥٦) هذا الاستثنا لا وجود له في المجلة الفرنساوية .

فائدة ـ وهنا يظهر الفرق بين التغرير والاكراه فالاكراه يعمل على الاطلاق وسبب هذا الفرق هو انه يمكن بقليل من التفطن والمهارة اجتناب التغرير خصوصا اذا تداخل الغير لان هذا التداخل من شانه ان ينبه الغافل .

مبدا ثالث ـ اثبات التغرير على مدعيه فكل عقد يحمل على السلامة من هذا العيب الى ان يثبت خلاف ذلك واثبات ما ذكر يمكن وقوعه بالشهادة او بالقرائن لان هذا الفعل غير جائز وفي غالب الاحيان تكون هناك جنحة مدنية متقدمة على العقد .

ملاحظة اخيرة ـ الفرق بين نوعين الغلط هو ان كلا من الغلط الغير المتسبب فيه والغلط الحاصل بالتغرير ينبني عليه فسخ العقد (١) فالثاني وحده يوجب تعويض الخسارة (٢) وهو الذي ايضا يوجب الفسخ في احوال اكثر عددا من التي يوجب فيها الاول الفسخ وذلك لان التغرير عبارة عن غلط متسبب فيه ومن ذلك التغرير الواقع في الداعي والتغرير الواقع في صفات الشيء ولو الجوهرية وهي في هذا الحكم الاخير محل خلاف لان التغرير في هذه الصورة يكون غالبا عرضيا ومما ينطبق عليه الفصل ٥٧ لان الصفات الحاصل فيها ليست من صفات الشيء الجوهرية هذا وقد شاهدنا من المقنن ميلا لابطال العقد في صورة الغلط المجلوب للملتزم ضرورة وانه لا يرى وجها لترك الجانب المخطئ ينتفع بتخطئته

ـ ٦٤ ـ رابعا الغبن

الغبن على مقتضى المجلة التونسية هو الضرر المالي الذي يحصل لمن يجعل

مع ما اخر عقدا عوض في شيء لم تقدر قيمته طبق الواقع متى كان الفرق بين القيمتين الحقيقيه والمذكورة بالعقد اكثر من الثلث (فالغبن الى حد محدود مفسد للرضاء) فالغبن حينئذ يظهر لا في مظهر عيب مفسد للرضاء وانما في مظهر استثناء من المبدا الذي سبق وضعه في مبحث الغلط وهو المبدا القاضي بان الغلط في قيمة الشيء المالية لا يكون موجبا للبطلان (الفصل ٦١) والغبن في هاته الصورة هو ما كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد اكثر من الثلث .

مبدا ـ الغبن وان كان نتيجة غلط لا يوجب اصالة فسخ العقود والسر في ذلك هو ان كل عقد ملزوم به الجانبان لا بد من ان واحدا منهما ينتفع بالعقد اكثر من الاخر وهذا مبناه حرية التعامل .

ملاحظة ـ فعين هذا المبدا موجود بالقانون المدني الفرنساوي وليس فيه سوى بعض استثناءات .

اولا ـ استثناء يتعلق بالبيع (الفصل ١٣٧٤) فالغبن فيه اذا كان اكثر من سبعة اجزاء من اثني عشر جزءا في ثمن العقار ولو كان المغبون الذي هو البائع اهلا للتعاقد وقد الغى القانون التونسي هذه الصورة كما سترى (الفصل ٦١) .

ثانيا ـ استثناء يتعلق بالقسمة (الفصل ٨٨٧) الغبن فيه اكثر من الربع والمغبون احد الورثة ذوي الاهلية وقد الغى ايضا القانون التونسي هذه الصورة (الفصل ١٣٦٢) .

ثالثا ـ استثناء يتعلق بالغبن في كل العقود اذا كان المغبون صغيرا او عديم اهلية (الفصل ١٣٠٥) اعتبر القانون التونسي هذه الصورة لكن تحت شروط كما سترى (الفصل ٦١) .

تنبيه ـ لا وجود بالقانون التونسي لنص كنص الفصلين ٧٨٣ ـ ١٨٥٤ من المجلة الفرنساوية .

استثناء اول لمبدا القانون التونسي ـ الغبن باكثر من الثلث يفسخ العقد حتى لفائدة من له اهلية التصرف وذلك اذا تسبب فيه العاقد الآخر او نائبه او من نابه في العقد (الفصل ٦٠) وهي صورة التدليس العرضي .

ملاحظة ـ وهناك فائدة من التصريح بذلك لانه ربما يقال في التغرير المتحدث عنه انه مجرد تغرير عرضي لا يفسخ العقد على مقتضى الاصول العامة .

٦٥ استثناء ثان ـ الغبن باكثر من الثلث يفسخ العقد اذا كان المغبون عديم اهلية ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر وقد جاء بذلك الفصل ٦١ حيث قال ان الغبن يفسخ العقد اذا كان المغبون صغيرا او ليس له اهلية التصرف ولو كان العقد بحضرة وليه او من هو بنظره على الصورة المرغوبة قانونا فمن ذلك نستخرج الاستنتاجات الآتية :

اولا ـ اذا كان العقد زيادة عن الغبن على غير الصورة المرغوبة قانونا فيكون لعديم الاهلية حق القيام بالبطلان فلدعوى البطلان نتائج مغايرة لنتائج دعوى الفسخ المبنية على الغبن (راجع العدد ٤١٨ من هذا الشرح) .

ثانيا ـ ليتسنى لطالب القيام بالفسخ لاجل الغبن يلزم اثبات امرين وهما عدم اهليته وقت التعاقد وكون الغبن باكثر من الثلث .

ثالثا ـ لا يتسنى للصغير المرشد القيام بالفسخ الا بالنسبة للاتفاقات التي تجاوزت حدود اهليته وكذلك الصغير المأذون بالتجارة فلا تقبل منه دعوى الفسخ الا بالنسبة للالتزامات الخارجة عن حدوده ما اذن له به .

رابعا ـ لا يقبل القيام بفسخ العقود التي تممها نائب عديم الاهلية ولو على غير الصورة المرغوبة قانونا اذا كان هناك غبن وهذا يستفاد من عبارات الفصل ٦١ الذي تعرض بخصوص الصورة التي يعقد فيها عديم الاهلية بنفسه فالعقود التي يتممها الولي تعتبر صادرة من رشيد اذا كانت على الوجه القانوني (الفصل ١٦)

واذا كانت على غير الوجه القانوني فيكون لعديم الاهلية حق القيام بالبطلان وهذا الحق يغنيه عن دعوى الفسخ .

خامسا ـ يكون دائما لعديم الاهلية بناء على اتساع معنى الفصل ٦١ أن يقوم بدعوى الفسخ لاجل الغبن وذلك في الاحوال التي يتعذر عليه القيام فيها بالبطلان او التي يكون القيام فيها مشكوكا في قبوله كما ذلك في الصورة التي يتمم فيها الصغير عقدا من خصائص وليه اتمامه ولم تكن هناك واجبات اخرى يتوقف عليها تكوين هذا العقد (كعقد من قبيل ادارة مكاتب الصغير مثلا) نعم ان الفقرة الاولى من الفصل ٨ تخول بدون شك هاته الصورة حق القيام بالبطلان لكن هذا القيام يتعذر قبوله لو فرضنا وقوع المصادقة من الولي عملا بالفقرة الثانية من الفصل ٨ فيبقى حينئذ شيء واحد ممكن وهو القيام بالفسخ لاجل الغبن وقاعدة كهاته لا تخلو من الفائدة في هذا القطر التونسي اذ يجتنب بها ما عسى ان يقع من التواطيء بين الولي ومعاقد المولى عليه .

سادسا ـ قد جاء الفصل ٦١ من القانون التونسي خلافا لقاعدة القانون الفرنساوي (الفصل ١٣٠٦) بعدم حرمان عديم الاهلية من القيام بالفسخ في صورة حصول الغبن بامر طارىء (كرفع الائمان بوقوع حرب) فحتى في هاته الصورة تكون دعوى الفسخ مسموعة .

سابعا ـ وهناك فرق اخر بين المجلتين المذكورتين في كون الصغير يمنح على مقتضى الفصل ١٠ من المجلة التونسية القيام بدعوى فسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا وماذونا من وليه او انه تاجر ؟

ثامنا ـ يستفاد من عبارات الفصل ٦١ ان لعديم الاهلية حق القيام بالفسخ لاجل الغبن واو على عديم اهلية مثله (كما في صورة وقوع الاتفاق بين صغيرين)

ملاحظة ـ ليس لعديم الاهلية فسخ الالتزامات الناشئة عن ارادة القانون .

ثانيا ـ الشرط الثاني في صحة العقود : اهلية المتعاقدين القانونية

يوجد بين عدم الاهلية التعاقدي الذي سنجيل النظر فيه وعدم الاهلية الحادثي (صورة العته والسكر وهو الفصل ٥) تباين تام فالاول لا يوجب الا فسخ العقد (الفصل ٦) بحيث ان العقد يعتبر موجودا لكنه معلول بحالات فاسدة تتعلق بالسن او بالصحة البدنية او بصفة الشخص من حيث الذكورة والانوثة وسيكون كلامنا وجيزا فيما يتعلق بعدم الاهلية الطبيعي وهو عدم الاهلية المطلق المنصوص عليه بالفصل ٥ لاننا بسطنا القول في هذا الموضوع ولاحظنا بانه ليس هناك عدم اهلية يتعلق بصحة العقد بل هناك الارادة مفقودة تماما والاتفاق معدوم بسبب ذلك ولربما يجوز الانتقاد على وضع الفصل ٥ بالمكان الذي هو فيه بالمجلة التونسية لكن وضعه اين ذكر يجوز نوعا ما .

ملاحظة ـ ان القانون التونسي يستخرج احكام الفصل المذكور بصفة استثنائية بعض مستنتجات حكمية مبناها النظر لعديمي الاهلية وذلك بالرغم عن انبناء النص على المبدا القاضي ببطلان العقد (راجع الفقرتين عدد ٢ وعدد ٣ من الفصل ١٠)

مبدا عام ـ كل شخص اهل للالزام والالتزام ما لم يصرح القانون بخلافه (الفصل ٣) اي ان اهلية التعاقد المدنية لا تنتفي من الشخص الا بمقتضى نص قانوني والاهلية تفيد عند الانسان الحرية التامة لاتمام الالتزامات على شرط ان لا يصدر منه ما كان محجرا من العقود القانونية لغرض سام يتعلق بالصالح العام او بالحالة الاقتصادية او بالاداب العامة .

فرع اول ـ كل انسان ذكر تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيدا واهلا اصالة للتعاقد (الفقرة الاولى من الفصل ٧) فلم يعتبر المقنن بدون شك الحلم لتعيين هذا السن فمسالة عدم الاهلية لا يبحث عنها بالنسبة للذكور الا فيما دون

هذا السن وبالنسبة للاناث في كل العمر كما سترى الا بعد الزواج بعامين .

فرع ثان ـ لا يترتب على اختلاف الاديان فرق في اهلية التعاقد (الفصل ٤)

§1 ٦٧ ـ اولا في تعداد انواع عدم الاهلية

(A) ـ في عدم الاهلية بصفة عامة . المصلف ص ١٥ وما بعدها.

اولا ـ في عدم الاهلية المطلق ـ وهي الصورة التي يحتمل فيها قانونا فقدان الميز والرضاء (يراجع الفصل ٥ وشرحه بباب الرضاء) فمن ليست لهم اهلية مطلقا ليس لهم ان يتمموا بانفسهم اي عقد بل يعقد في حقهم من له النظر عليهم فقط على الشروط التي ضبطها القانون كما سترى .

(B) ثانيا ـ في عدم الاهلية النسبي ـ للاشخاص الاتي بيانهم اهلية مقيدة وهم :

١ ـ الصغير الذي عمره بين اثني عشرة سنة وثماني عشرة سنة (الفصل ٦)

٢ ـ الانثى قالى حد اثنتي عشرة سنة كاملة ليست لها اهلية مطلقا (الفصل ٥) ومن السنة الثانية عشرة الى مضي عامين من تاريخ تزويجها مهما كان سنها تكون اهليتها مقيدة (الفصلين ٦ و ٧) فبعد انقضاء هاته المدة عن المراة ولو المحصنة تصير اهلا للتعاقد ولا تكون اهليتها مقيدة الا في الصورة التي نص عليها القانون (الفصل ٦) .

٣ ـ المحجور عليهم لضعف عقولهم او لسفه تصرفهم بالنسبة للعقود التي يقتضي فيها القانون مشاركة من له النظر عليهم (الفصل ٦) .

٤ ـ المحجور عليهم لتفليسهم المصرح به حكما وذلك بالنسبة لجميع العقود (الفصل ٦) وعدم اهليتهم يكون على نسبة اهمية ما انتزع منهم بموجب التفليس

(C) ٦٨ ـ ثالثا ـ في عدم الاهلية الخاص ـ وهي صورة من حجر عليهم القانون بعض عقود نظرا لما امتازوا به من الاحوال الخاصة كما في صورة التقديم ومرض الموت (الفصلين ـ ٣٥٤ ـ ٣٥٥) وكذلك صورة بعض اصناف من المتوظفين في

بعض الاحوال فقط (الفصل ٥٦٦) الى غير ذلك من الصور .

§2 ٦٩ ـ ثانيا ـ في طبيعة عدم الاهلية العام

(A) اولا ـ في عدم الاهلية المطلق المنصوص عليه بالفصل ٥

مبدا ـ لا يجوز لمن كانوا من هذا القسم اي لمن ليست لهم اهلية مطلقا ان يتمموا عملا قانونيا حيث كانت ارادتهم مفقودة .

فرع ـ فنوابهم الشرعيون يعتمدون في حقهم تحت الشروط القانونية وهذه الشروط القانونية منبعها الفقه الاسلامي غير ان القانون التونسي سطر بعض قواعد مغيرة او متممة او مؤيدة لاحكام الفقه الاسلامي (انظر السؤالين الاولين الاتيين في مسالة الاهلية المقيدة) .

استثناء ـ اذا تمم الرشيد ما التزم به للصغير او القاصر فهما ملزومان بقدر ما انتفعا به من اجل ذلك فهذه القاعدة تضمنها الفصل ١٣ واما الفصل ١٠ فانه يتضمن بالفقرة الثانية قاعدة تطبيقية لهذا المبدا وقد قيد الفصل ١٣ ما هو المراد قانونا من المنفعة فالمنفعة على معنى هذا الفصل ١٣ هو كل ما انفق من المال في مصاريف نافعة او لازمة اي كل المصاريف التي نمت بسببها في الحال مكاسب من ذكر (خدمة الارض البور او بناءات) وتستثنى من ذلك مصاريف الترف اي التي استعملت للزخرفة وغير ذلك ويعتبر ايضا منفعة على معنى الفصل المذكور ما كان موجودا عند القاصر وقت القيام بدعوى الرد وليس على الطالب الا اثبات وجود المنفعة في وقت ما ولو كانت هاته المنفعة غير موجودة وقت تقديم الدعوى فالنص لم يشترط بقاء المنفعة الى وقت القيام .

(B) ٧٠ ـ ثانيا ـ في عدم الاهلية النسبي وهي حالات الفصل ٦

مبدا ـ لا يقال فيمن عينهم هذا الفصل ان الاهلية مفقودة تماما عندهم بل لهم اهلية مقيدة اي انهم لا تصح عقودهم الا عند توفر الشروط القانونية واما اذا

لم تتوفر هذه الشروط فعقودهم تكون قابلة للابطال اي من شانها ان تبطل بطريق القيام بالفسخ ..

سؤال اول ـ ماهي الشروط التي يلزم ان تتوفر عند الصغير او المحجور عليه ليعتبر التزامه صحيحا ؟ الجواب ينبغي التفرقة بين العقود الاتي بيانها .

اولا ـ العقود التي يمكن ان يتجر عديم الاهلية ولو بلا مشاركة وليه (الفصل ٩)

مبدا ـ لمن ليست لهم اهلية التعاقد المبينين بالفصل ٦ ان يتمموا بانفسهم كل العقود التي من شانها تحسين حالهم اي الزيادة في كسبهم بدون ان يترتب عليهم شيء من جراء ذلك كهبة واسقاط دين عليهم وغير ذلك .

ثانيا ـ العقود التي ليس لعديم الاهلية اتمامها وحده بل لابد من مشاركة الولي فيها بالفعل او بالحضور وحتى بالاذن فقط (الفصل ٨) قد اختصر المقنن بالفصل ١٥ مبحث هذه المسالة المهمة واقتصر على مجرد الالمام بقواعد الفقه الاسلامي فيما يعرض من الصور الخاصة في هذا الموضوع يبحث على حكمه بالفقه الاسلامي ومفاد الاصول العامة التي تضمنها الفصل ١٥ من ان نائب القاصر يجوز له ان يتمم بنفسه وتحت مسؤوليته الخاصة وبدون ان يطلب منه القيام بواجبات خصوصية جميع ما يؤول الى ادارة ما عهد اليه به والى حفظه وتنميته لكن ليس له ان يتصرف بالتفويت بدون اذن خاص من القاضي اذا كان القاصر مسلما او من له النظر بالنسبة لمن ليس بمسلم في مكاسب عديم الاهلية الذي تحت نظره وقد ضبط الفصل ١٥ انواع العقود التي يجريها النائب المذكور بالاذن المذكور وهي البيع والمعاوضة والكراء لمدة تتجاوز ثلاثة اعوام والانزال والشركة والمقاسمة والرهن وغير ذلك مما هو مصرح به في القانون (١) تنبيه ـ ينبغي ملاحظة ان المجلة اذا ذكرت مما هو مصرح بالقانون فالمرجع حينئذ الفقه الاسلامي واما اذا عبرت بهذا القانون كما ذلك بالفصل ١٠ فالمراد هي نفسها وهذا الاذن الخاص لا يعطى الا عند الضرورة او

المصلحة الواضحة .

ثالثا ـ العقود الممنوع اتمامها حتى على الولي في حق الصغير والمحجور عليه (١) هناك ما هو من قبيل التبرع المحض الفصل ١٦ اي ما من شانه ان ينقص بدون مقابل من مكاسب المولى عليه ويلزم للحكم على هاته العقود اعتبار اصل العقد لا ظاهره لان التبرع يكون غالبا تحت ظواهر ما ليس بتبرع (٢) وهناك ايضا الاقرار لدى المحاكم بامور لم تصدر من الولي نفسه كما هو منطوق الفصل ١٦ لكن عبارات الفصل ٤٣٣ في هذا الغرض احسن واضبط كما سترى عند الخوض في الاقرار (٣) ومما ليس للولي ان يجريه ايضا بل اصلا في حق الصغير او المحجور عليه تعاطي التجارة في حقه مالم يكن ماذونا في ذلك من الحاكم الذي له النظر ولا يصدر هذا الاذن الا لمصلحة واضحة للصغير او المحجور عليه الفصل ١٧ وهذا كثيرا ما يقع في صورة التاجر الذي يصير تحت الحجز ولا يتيسر له بسبب ذلك الاستمرار على تعاطي تجارته فوليه الشرعي محجر عليه بمقتضى الفصل ١٧ الاستمرار على ذلك .

سؤال ثان ـ ما هي قيمة ما يتممه عديم الاهلية من العقود طبق القانون (صورة الفصل ٩) وما يتممه نائبه الشرعي في حقه طبقا ايضا لما جاء به القانون مما تقدم ذكره ؟ فالمبدا الاول هو ان هذه العقود المتممة على الصورة المقررة بالقوانين لها قيمة التي تصدر من الرشيد المالك لحقوقه (الفصل ١٦) الا ان العقود التي تصدر من عديم الاهلية ولو على الصورة المرغوبة قانونا تكون قابلة للفسخ لاجل الغبن اذا كان الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة بالعقد يتجاوز الثلث (الفصل ٦١) والمبدا الثاني هو ان الولي لا يعتبر قط مسؤولا شخصيا بما تممه في حق منظوره او اذن به على الوجه القانوني بل كل تاثير لذلك يتسلط على مكاسب المولى عليه .

٧١ ـ ملحق في الصغير المأذون بالتجارة

مبدا ـ الصغير المأذون حكما بالتجارة اي على مقتضى احكام الفقه لان هذا القانون سكت عن الشروط اللازمة يعتبر رشيدا بالنسبة لمتعلقات تجارته ذلك هو مضمون الفصل ١١ من المجلة التونسية الذي تحرير دون تحرير الفصل ٤٨٧ من القانون المدني الفرنساوي بكثير .

فرع اول ـ لايسوغ له طلب فسخ ما التزم به من جراء تجارته اذا كان ذلك داخلا في حدود ما ابيح له من التصرفات وعليه فلا يطلب الفسخ بناء على وقوع الغبن في الصورة المنصوص عليها بالفصل ٦١ ما عدى صورة التدليس العرضي .

فرع ثان ـ عزل الصغير عن التجارة (هذا العزل يقع لاسباب قوية باجازة من المجلس بعد سماع مقال الصغير الفصل ١٢) لايؤثر الا على الاعمال الموالية للعزل فبعد هذا العزل يرجع الصغير المأذون بالتجارة عديم اهلية كما كان سابقا لكن الاعمال التجارية التي شرع فيها وقت العزل لاتبطل اذا كان ما التزم به لم يتجاوز حدود التجارة المأذون بتعاطيها .

§ 3 ـ ثالثا فيما يترتب عن عدم الاهلية العام

٧٢ اولا ـ عدم الاهلية المطلق المنصوص عليه بالفصل ٥

مبدا ـ الرضاء في هذه الصورة مفقود والعقد لاوجود له ايضا (يراجع لمعرفة نتائج هذا المبدا ما سبق شرحه فيما يتعلق بالرضاء المعتبر شرطا لوجود العقد) فرع ـ لا وجه هنا لتطبيق حكم الفصل ١٤

ثانيا ـ عدم الاهلية النسبي المنصوص عليه بالفصل ٦

مبدا اول ـ التزامات ذوي الاهلية المقيدة ليست باطلة وجوبا وانما تكون قابلة للفسخ اذا لم تكن في طريقها اي غير مطابقة لما امر به القانون وقد تضمنت الفقرة الاولى من الفصل ٨ تطبيق احكام هذا المبدا .

مبدا ثان ـ القيام بدعوى الفسخ اثبته القانون لفائدة عديم الاهلية خاصة (كما ذلك بالفقرة الاولى من الفصل ٨ والفصل ١٤) .

فروع من المبدا الاول ـ اولا ـ يمكن التصديق على العقد القابل للابطال بعد زوال عدم الاهلية (انظر مبحث فسخ الالتزامات الفصل ٣٣٠ والفصول بعده) ـ ثانيا ـ يصح العقد القابل للفسخ مدة الحجر اذا اجازه الولي على الصورة المرغوبة قانونا (الفصل ٨) ـ ثالثا ـ يمكن ان تسقط دعوى القيام بالفسخ بمرور الزمان الفصلان ٣٣٠ ـ ٣٣٤

٧٣ ـ فروع من المبدا الثاني ـ اولا ـ فسخ الالتزامات الصادرة على غير الوجه المطلوب من القاصر او نائبه الشرعي ينعدم به الاتفاق باعتبار الماضي وكل من الطرفين يرجع للاخر ما توصل به منه لكن المولى عليه لا يبقى عامر الذمة الا بقدر ما انتفع به من جراء ما التزم به معاقده (الفقرة الثانية من الفصل ١٠) قد سبق بيان حقيقة هذا ـ ثانيا ـ دعوى الفسخ لا يقوم بها القاصر او وليه ومن كان اهلا للتعاقد ليس له ان يحتج بعدم الاهلية من عاقده الفصل ١٤ ـ ثالثا ـ للولي او المولى عليه نفسه الذي صار رشيدا او بعبارة اخرى اعم لعديم الاهلية بعد زوال عدم اهليته القيام بفسخ عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا او ماذونا من وليه او انه تاجر (الفصل ١٠) وفي ذلك تباين محسوس بين القانون التونسي والفصل ١٣١٠ من القانون المدني الفرنساوي .

٧٤ ـ ملحق لما قيل في الرضاء المعتبر شرطا لوجود العقد

اولا ـ في الوعد في حق الغير ـ ثانيا ـ في اشتراط الشروط في حق الغير

اولا في الوعد في حق الغير

مبدا ـ لا يصح الالتزام بصفة عامة الا في حق الملتزم نفسه وباسمه الخاص

اي ليس للانسان ان يعمر ذمة غيره فوعد الدائن مثلا بالتزام الغير له لا عمل عليه (الفصل ٣٧) وسبب ذلك انه في هذه الصورة لا وجود لعقد والواعد لم يقصد التزاما في حق نفسه ولم يمكنه تعمير ذمة غيره ـ مثال في الوعد الذي لا عمل عليه ـ استاجرت خياطا لتخييط ثيابك فيطلب مني على سبيل الاسترشاد هل انت مما لا خطر في معاملته فاجبته بقولي لا تخشى على اجرتك لانه مثر وقادر على الدفع ـ مثال اخر ـ تخاطبني بقولك اكلف المقاول الفلاني ببناء داري لو كنت اتحقق ان اخاك يبيع لي الارض الفلانية فاجيبك بانه يمكن ان تتعاقد مع المقاول لاني اتحقق ان اخي يبيع لك الارض ـ والحاصل هو انه ليس لاحد ان يعد باسمه الخاص بفعل الغير .

صورة تطبيقية اولى ـ هذا التحجير لا ينسحب على الصورة التي يلزم فيها الشخص غيره بمقتضى توكيل او تصرف فضولي (الفصل ٣٧ والفصل ١١٧٩ والفصول الموالية له)

فرع اول ـ يجوز الوعد في حق الغير بمقتضى نيابة فما الواعد على مقتضى اصول النيابة الا مجرد واسطة مكلف من قبل المنوب الذي هو الملتزم الحقيقي (الفصل ١١٤٩) فاذا تجاوز الواسطة حدود وكالته فلا يخلو الامر من شيئين اما ان الوكيل يجري اعماله في حق ذاته ويتحمل نتائجها (الفصل ١١٢٢) او انه يجري ذلك في حق موكله لكن بما يخالف مضمون الوكالة فوعده في هذه الصورة في حق الغير لا عمل عليه (الفصل ٣٧) .

فرع ثان ـ في صورة تصرف الفضولي (الفصل ١١٧٤ والفصول بعده) اذا كان التصرف بما فيه منفعة لصاحب الحق جاز للمتصرف التعاقد في حقه ـ مثال ـ باشر زيد وقت الحرب مصالح عمرو بدون توكيل من هذا الاخير فبمقتضى ذلك تعاقد مع مقاول في حق عمرو على اصلاح دار لهذا الاخير متداعية للسقوط

فبدون شك ان زيدا لم يلتزم في حق نفسه ومن جهة اخرى فلا توكيل بيده على عمرو فاذا التزم مع المقاول « هذا قل وندر ان يقع بدون تعهد الفضولي كما سترى » فان عمرا يكون مطلوبا له بما التزم به لان مصالحه وقعت ادارتها على الوجه اللائق (الفصل ١١٨٥) .

٧٥ ـ صورة تطبيقية ثانية ـ ما تضمنه المبدا من تحجير تعمير ذمة الغير مفهوم جدا وذلك لان مجرد الوعد في حق الغير لا تتكون منه رابطة قانونية بين الواعد والموعود له والواقع في حقه الوعد فلا عقد اذن لكن الامر بخلاف ذلك اذا التزم الواعد شخصيا بالتحصيل على التزام الغير وهو المعبر عنه بالتعهد في حق الغير اي التعهد بقبول الغير للعقد واقراره ـ مثال ذلك ـ اتعهد بان اخي او حبيبي يحيل لك الارض التي انت محتاج اليها لاقامة بناء بها ففي هاته الصورة (التي لا يوجد فيها نص خاص حيث انها نتيجة طبيعية من اصول الالتزامات) المتعهد في حق الغير ملزوم شخصيا ومفاد التزامه هذا بذل ما في وسعه لتحصيل رضاء الغير بالعقد فوعد كهذا صحيح لتعلقه بفعل خاص بالواعد فكل ذلك يمكن حصره في هذه الجملة الوجيزة (يصح التعهد في حق الغير) .

سؤال ـ ما ذا يقع بعد التعهد بهذه الصفة ؟ يلزم للجواب عن ذلك افتراض صورتين

الصورة الاولى ـ هذه الصورة هي التي يمتنع فيها الغير من المصادقة على ما وعد به من تعهد في حقه ففيها يجبر هذا الاخير على احد امرين اما انه يوفي بنفسه بالالتزام اذا ثبت قانونا امكان ذلك ولو لم يكن هذا الالتزام خاصا به ومما تلزم ملاحظته هو ان هذه الطريقة محل جدال من الوجهة النظرية واما من الوجهة التطبيقية فلا اشكال لانه يحصل غالبا الاتفاق بين الخصوم . او انه يعوض الخسارة المتسببة عن عدم وفائه بما تعهد به .

مثال ـ هذا المثال غريب مقتبس من مجموعة احكام المجالس الفرنساوية ـ تعهد زيد لعمرو بان ابنه يبيع له ارضا معدة للفلاحة فمات زيد وامتنع الابن من التصديق على ما تعهد به والده فعارضه عمرو بقوله انك ملزوم بالتصديق حيث كنت وارث زيد وتتمة شخصيته القانونية فانت بسبب ذلك مطلوب شخصيا بالتزاماته ـ فحكم مجلس النقض والابرام بعدم سماع دعوى عمرو على الابن مستندا الى ان زيدا وعد عمرا بفعل غيره فالتزامه الوحيد هو جبر الضرر في صورة عدم وقوع التصديق . وعليه فان عين هذا الالتزام هو الذي ينتقل للوارث فالوارث اذن غير ملزوم بالتصديق اي ببيع الارض وانما مطلوب بغرم الضرر بسبب عدم رضائه بالبيع الا اذا ترك حقه من الميراث .

الصورة الثانية ـ هذه الصورة احدى الصورتين اللتين تضمنهما الجواب عن السؤال المذكور ايضا وهي ان الغير يصادق على الوعد الصادر ممن تعهد في حقه ففيها ينفك التزام المتعهد الذي يكون قد وفى بالتزامه القاضي بالتحصيل على التزام الغير الواقع به الوعد لكن اذا لم يقع الوفاء بالتزام الغير بعد التصديق فلا شيء على الواعد لانه لا يطالب شخصيا بتنفيذ التزام الغير الا اذا التزم ايضا بالضمان (ومن هنا يستفاد الفرق بين التعهد والضمان) .

ملاحظة اولى ـ تحصل في التطبيق من الوعد الصادر من المتعهد فائدة وهي ازالة بعض عوائق قانونية ـ مثلا ـ في صورة بيع عقار يستحق صغير منه جزءا على الشياع فالشريك في هذا العقار الذي هو رشيد يتعهد في حق الصغير الى ان يصير اهلا للتعاقد فبذلك تجتنب بعض واجبات مرتبكة وطويلة لا بد من اتمامها في بيع مكاسب الصغير كما ان ذلك يقع ايضا في صورة بيع مكاسب الغائب فالتعاهد في مثل ذلك ينتفع به للتحصل على البيع بدون توقف على رشد الصغير او رجوع الغائب ان لم يقبل القسمة

اذا كانت للاشتراط صفة شرط وضعه صاحبه نفسه في عقد بعوض او بعقد تبرع

ملاحظة ثانية ـ ينبغي التبصر لان لا نرى التزاما بالتعهد في ضمن كل وعد فالتعهد يلزم ان تثبتا قطعيا ممتازا عجرد كلام هوائي او عن مجرد الشارة لكن اذا لم يصرح بالاتفاق بلفظة التعاهد او بما يراه بها فالتبادر هو ان الجانبين لم يجعلا اتفاقا خاليا من المعنى والفائدة ولذا يحمل العقد الذي تمحاه على انه حقيقي وواقع بمنفعة وللحاكم على كل حال ان يلحق عما يتوصل به لمعرفة هل كان الاتفاق قاضيا بالتعهد ام لا وعند الشدة يطبق نص الفصل ٣٨ .

٧٦ ـ ثانيا في اشتراط الشروط في حق الغير

مبدا عام ـ الفصل ٣٧ . ليس لاحد قبول التزام لغيره اي ليس له ان يعقد لفائدة الغير بدون ان يتداخل هذا الغير وبعبارة احرى ليس له ان يصير هذا الغير دائنا بدون عماه ـ مثلا ـ اشترط عليك انك تبيع دارك لزيد او تقرضه مالا او ليس لي عليه توكيل فعقد كهذا لا وجود له . والسبب في ذلك هو ان زيدا اجنبي قانونا عن العقد فكيف يمكنه التحصيل على حق في دين هذا ومن جهة اخرى في المثال المذكور ليست لي فيه مصلحة مالية في الناولة فليس لي حينئذ حق القيام لدى المحاكم بجبرك على الوفاء بالشرط فالتزامك اذن خال عما يتوصل به قانونا لانجازه فهو بعبارة اخرى عديم الوجود لكن اذا زال احد المانعين المذكورين يصح الاشتراط في حق الغير كما يستفاد ذلك من الاستثناءات الآتي بيانها تنبيه ـ قد ثبت اليوم ان هذا التحجير اصبح غير معمول به في التطبيق نظرا لما للصور المستثناة من المبدا المذكور من الاهمية وسعة النطاق .

استثناء اول من المبدا العام

اشرط الشروط في حق الغير يعتبر صحيا اذا كان للمشترط مصلحة قانونية شخصية اي اذا كان حق القيام بخير الواعد على اتمام وعده . (وهي الصورة التي تعرض)

ـ مثال ـ ابيع داري لزيد بثمن قدره فرنكات ١٠٠٠٠ معجلة واشترط جراية لبكر مبلغها الف فرنك . مثل اخر . اهب لزيد حيازة زيتون على ملكي في مقابلة جراية سنوية لخادمي قدرها فرنكات ٢٠٠ ففي كلا الصورتين اذا لم يوف زيد بما هو مطلوب به يكون لي حق القيام عليه مباشرة او حق حل العقد ..

٧٧ سؤال ـ ما هي الحالة القانونية في هذه الصورة التي للغير الواقع الاشتراط لمنفعته ؟ الجواب يتضمن المبدا الآتي .

مبدا ـ قد وضع الفصل ٣٨ قاعدتين فالاولى هي ان الاشتراط يعمل مباشرة لفائدة الغير والثانية هو ان للغير حق القيام مباشرة على الواعد لا لزامه بالوفاء (الفصل ٣٨) .

٧٨ ملاحظة اولى ـ اذا بحثنا في المسالة على مقتضى الاصول نرى انه يلزم ان يكون الغير اجنبيا على العقد فهناك ايجاب صادر له بواسطة المشترط مفاده حلول هذا الغير محل المشترط للاستفادة من الاشتراط ونتيجة ذلك هو ان يبحث لمعرفة هل يسقط الايجاب حكما عند موت المشترط او المشترط له او صيرورة احدهما عديم اهلية قبل وقوع القبول ؟ وهل ان الشيء المتعهد به انتقل موقتا على الاقل الى ملكية المشترط حتى صار ادائيه بعض حقوق عليه ؟ لا محل لهذا الاشكال بالقانون التونسي حيث يوجد نص صريح وهو الفصل ٣٨ القاضي بتعويض قاعدة الحق العام بقاعدة خصوصية محدثة لعلاقة التزامية بين الغير والواعد مباشرة الا اذا وقع الاتفاق صراحة او مفهوما على خلاف ذلك كما جوز الفصل ٣٨ للغير المشترط له حق القيام مباشرة على الواعد مهما بذلك على معنى ما جرى به العمل الآن لدى المحاكم الفرنساوية الخلاف المهم الذي حدث في شان صفة الاشتراط القانونية ولم يبلغ هذا النص مبحث الايجاب الاصلي فقط كما تقدم شرحه بل الغى ايضا المباحث الاخرى الحديثة خصوصا المبحث الذي يرى فيه الاشتراط ايجابا من

الواعد . فسبب ذلك لا يكون للمشترط له حق ما دام العقد لم يتم كما في مثال السيكورتي على الحياة فالشركة وهي الصادر منها الوعد لم يطلب منها دفع ما تعهدت به الا بعد وفاة المشترط وعليه فلا يكون المشترط له حق القيام عليها قبل موت من ذكر . وقد الغي ايضا بالنص المذكور المبحث الذي يرى ان اشتراط الشروط في حق الغير تصرف فضولي بتمام معناه وسنرى عدم صحة ذلك عند درس هذا الموضوع لان تصرف الفضولي يفيد التداخل في مصالح الغير زيادة عن كون المشترط لا يخطر بباله قط ان اعماله من قبيل التصرف المذكور فلو كانت له هاته الصفة لكان يقوم على من استفاد منها بترجيع ما صرفه وخصوصا بترجيع معاليم السيكورتي ولا يتسنى له بحال الرجوع فيما اشترطه قبل تصديق المشترط له .

فما هو يا ترى المعنى الحقيقي الذي للمبحث المتعلق بما اباحه القانون التونسي للمشترط له من القيام مباشرة على الواعد ؟ الجواب عن هذا السؤال بسيط وهو ان اشتراط الشروط في حق الغير مفاده استثناء مهم للقاعدة القاضية بان الاتفاقات لا تؤثر الا فيما بين الجانبين ولقد كان من المناسب للطريقة المعتادة ان يضم القانون التونسي هذه المادة بالباب الذي عنوانه (فيما يترتب على الاتفاقات) وقد جاء هذا الاستثناء المذكور من حيث ان المشترط له وان كان اجنبيا عن العقد يكتسب حقا يخوله القيام مباشرة على الواعد كما لو كان متعاقدا شخصيا معه وله ان يمتنع من قبول المتعهد به مثلما ذلك للوارث بالنسبة للارث او للموصى له بالنسبة للوصية غير انه يكتسب الحق الذي له بمجرد ما يتكون العقد .

هذا ومن الصعب على مقتضى القانون الفرنساوي تفسير كيف يصير هكذا المشترط له دائنا والحال انه لم يعرب عن ارادته . واما على مقتضى القانون التونسي فهناك نص صريح يزيل كل خلاف في هذا الشان وهنا يجدر بنا ان نلاحظ

لتسهيل مامورية الحكام والمحامين بان هذا فائدة في مراجعة الاحكام الفرنساوية للاستعانة بها على معرفة وجه فصل القضايا التي تعرض في هذا الموضوع على المحاكم التونسية وذلك لانه جرى الآن عمل المحاكم الفرنساوية باتباع المبحث المذكور واليك المستندات العامة المبني عليها عملها هذا .

٧٩ ـ وهي فلما توفي للمشترط له مباشرة حق القيام على الواعد فهذا الحق ينتقل لورثته اذا مات قبل ان تصدر منه المصادقة. نعم ان للمشترط في حق الغير حق الرجوع فيما اشترطه الى وقت المصادقة لكنه اذا مات قبل حصولها ولم يصدر منه رجوع في الاشتراط فلا يسقط حق الغير بمجرد وفاة المشترط ويسوغ لهذا الغير اعلام ورثة المشترط بالمصادقة والامر كذلك اذا صار المشترط محجورا عليه قبل حصول المصادقة ومن جهة اخرى فما اكتسبه الغير المشترط له من الحق يعتبر كانه لم يدخل قط في ملكية المشترط وعليه فارباب الديون التي على هذا الاخير لا يمكنهم القيام بادنى دعوى فيما يتعلق بهذا الحق واذا صار المشترط مفلسا فلا يحاصصون المشترط له تلك هي الطريقة العملية التي جوزتها المحاكم الفرنساوية والمجلة التونسية .

فكيف تفسر نظريا ؟ ان حل مسالة عويصة كهاته لم يدخل في برنامج هذا الكتاب فلا يلوح لنا فيها عند التحليل وجود رابطة تعاقدية بين المشترط والواعد والغير المشترط له وذلك بالنسبة للالتزام الناشيء عن وقوع الاشتراط لفائدة هذا الغير فهل يؤدي بنا هذا اعتبار هذا الاعتبار متولدا عن ارادة طرف واحد وهو الواعد فهذا معقول جدا على مقتضى القانون التونسي (راجع العدد ١١٩ وما بعده من هذا الشرح) الذي تضمن نصا صريحا كان هو المصدر للالتزام المذكور وقد اعطى هذا النص لارادة الواعد التاثير اللازم ليكون للغير المشترط له حق القيام عليه مباشرة .

(ملاحظة ثانية) ـ لا وجود لعلاقة الالتزام بين الغير والمشترط حيث ان هذا الاخير لم يقصد بدون شك تعمير ذمته للغير غير انه توجد رابطة قانونية بينهما لان الاشتراط تبرع حقيقي لكنه مميز بخاصية تفيد ان المتعهد به بموجب الاشتراط لم يدخل قط في كسب المشترط فهناك هبة من نوع مخصوص وقد يصعب تطبيق بعض قواعد اصولية عليها تتعلق بعقود الهبة وبالاخص جواز تخفيض الهبة الى حد النصاب لفائدة الورثة وقد جرى عمل المحاكم الفرنساوية في مسالة السيكورتي على الحياة بجواز تخفيض معلومها في صورة ما اذا كان راس المال المؤمن (اي المسوقر) موهوبا لاحد الورثة .

فرع اول ـ اذا مات الغير قبل التصديق او التنفيذ فحق القيام المختص به ينتقل لورثته (الفصل ٣٨) واما موت المشترط قبل التصديق او التنفيذ فلا يؤثر شيئا لان الغير له حق القيام مباشرة على الواعد من يوم تكوين العقد .

فرع ثان ـ اذا امتنع الغير من التصديق فانه يتجرد عن حق موجود في الحال وعليه فيمكن حينئذ لدائنيه ان يعارضوا لدى المحاكم في ذلك الامتناع بدعوى انه وقع من مدينهم تدليس عليهم وذلك عملا بقاعدة الدعوى البوليانية (وسنرى فيما بعد هل هذه القاعدة توجد بالقانون التونسي) .

فرع ثالث ـ يستفاد من منح القانون التونسي للغير بفصله ٣٨ حق القيام مباشرة على الواعد ان الغير اكتسب الحق المتعهد له به من وقت تكوين العقد وعليه فموت الواعد قبل حصول المصادقة وكذلك صيرورته محجورا عليه لا يكون له تاثير على ذلك الحق .

فرع رابع ـ للواعد ان يحتج على الغير المشترط له بجميع الاوجه التي يحتج بها على المشترط كعدم الاهلية وفساد الرضاء وفسخ العقد بسبب اهمال المشترط الوفاء بالالتزام وهذه الصورة الاخيرة كثيرة الوقوع في مسالة السيكورتي لما يتاخر

المشترط عن دفع المعلوم .

فرع خامس - اذا حصل المشترط على فسخ العقد او حله بسبب عدم الوفاء بشرط غير داخل في الاشتراط الواقع لفائدة الغير فهذا الغير يبقى على حقه في القيام على الواعد ليطلب المتعهد به .

٨٠ - ضابطة - وبالرغم عن كون القانون التونسي منح الغير حق القيام مباشرة على الواعد فحق القيام الذي للمشترط على الواعد ايضا يبقى طبيعة على حاله ويسوغ لهذا المشترط طلب تنفيذ الاتفاق ما لم يوجد به ما يفيد ان التنفيذ لا يطلبه الا الغير ويمكنه في كل الاحوال طلب غرم الخسارة .

٨١ - في الكلام على تصديق الغير او امتناعه من ذلك

تصديق الغير يكون صريحا او ضمنيا (انظر التنبيه اسفله)

في التصديق الصريح - يمكن طبيعة للواعد ان يطلب من الغير هل يرفض الاشتراط فالتصديق او الرفض يلزم وقوعه في ظرف اجل معقول فبطريق القياس على ما بالفصل ٤٠ تضمن لصورة شبيهة بصورة الحال يمكن جواز ان القبول لا بد من حصوله في اجل نهايته خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلام بالاشتراط .

في التصديق الضمني - قد نص المقنن بالفصلين ٤١-٤٢ على حالتين يكون فيها التصديق ضمنيا فالاولى هي التي ينفذ فيها الغير العقد الواقع في حقه والثانية هي التي لا يعارض فيها الغير بشيء والحال انه وقع اعلامه بالاتفاق بصفة قانونية او كان حاضرا لاتمامه لكن على شرط ان لا يكون سكوته لعذر مقبول فبمجرد ما

(تنبيه) فالكلام هنا على التصديق بتمام معناه وهذا التصديق يكون صحيحا اذا صدر من الغير المشترط له على شرط ان يكون هذا الغير اهلا للتعاقد وقت صدور ذلك منه بدون التفات الى انه كان عديم اهلية مثلا وقت وقوع الاشتراط

يحصل التصديق يحل الغير بصفة باتة محل المشترط ويعتبر كانه هو الذي إشترط لنفسه بنفسه وقت انعقاد الاتفاق وتنطبق على ذلك احكام الوكالة (الفصل ٤١ والفصل ١١٧٩) لكن استثناء لاحكام الوكالة لا يكون للتصديق تاثير بالنسبة للغير الا من يوم صدوره (الفصل ٤١) ويوجد مثل هذا الاستثناء بالفصل ٣٣٨ والفصل ١١٩٤

٨٢ - في الرجوع في الايجاب

مبدا - للمشترط ان يرجع فيما اشترطه للغير ما دام هذا الغير لم يصادق عليه وهذا الحق في الرجوع ربما كان غير ملائم تماما للبحث المتعلق بقيام الغير مباشرة على الواعد لكنه من جهة اخرى لا يقبل الجدال لمطابقته لارادة المشترط الثابتة فلذلك استحسن الالتفات لمقاصد الطرفين وترك الاستنتاجات النظرية .

فرع اول - للمشترط ايضا ان يرجع في اشتراطه لينتفع به شخصيا او لينفع به شخصا آخر ؟

فرع ثان - وهذا الحق نفسه ينتقل لورثته اذا مات قبل ان يصدر القبول من المشترط له (انظر التنبيه اسفله) .

تنبيه - وهذه النتيجة مستخرجة من الاصول العامة لان ما للمشترط وما عليه من الحقوق ينتقل لورثته ثم ان النتيجة المذكورة خطرة لان اول ما يبادر به الورثة عادة هو الرجوع فيما تبرع به مورثهم وكانت مصاريفه عليهم وقد وقع البحث من الوجهة النظرية في مسالة هل ان حق الرجوع حق شخصي بحت اولا ؟ لكن جرى عمل المحاكم الفرنسازية بعدم اعطاء هذا الحق الصفة التي تقتضي اعتباره شخصيا لا ينتقل للوارث ولذا فقد يصيب المشترط له لما يبادر بالاعلام بانه مصادق على الاشتراط .

فرع ثالث ـ ليس للواعد حق الرجوع في الاشتراط .

استثناء من المبدا ـ قد ذكرنا ان اشتراط الشروط لمنفعة الغير يحتوي على فكرة تبرعية وعليه فاذا وجدت نية التبرع في حين واحد عند المشترط والواعد فلا يتسنى للمشترط ان يرجع وحده في الاشتراط بل لا بد من موافقة الواعد كما في هذا المثال . ابيع لاخي حقوقي في ميراث حل بفرنكات ١٠٠٠٠ لكن على شرط ان يقيم لاختنا جراية عمرية قدرها فرنكات ١٠٠٠ ففي هاته الصورة لا يتيسر لي ان استقل بحق الرجوع في الاشتراط بدعوى ان اختي لم تقبل العمرى لذلك الوقت بل لا بد من موافقة اخي .

٨٣ ـ في امتناع الغير من القبول

مبدا ـ اذا امتنع الغير من قبول الاشتراط الواقع لمنفعته فهذه المنفعة ترجع للمشترط اذ لا يهم الواعد ان يوفي بالتزامه لزيد او عمرو .

ملاحظة ـ غير ان الفقرة الاخيرة من الفصل ٣٨ تضمنت انه اذا اشترط شيء للغير تعرف الذي اشترط لمنفعته ذلك الشيء بعدم قبوله له فلا عمل على الشروط (يلزم حمل هذا على المشترط له لا على المشترط والا فيكون هناك تناقض بين ما تقدم من ان صاحب المنفعة اذا رفض المنفعة تستحيل تلك المنفعة للمشترط وبين اخر الفصل ٣٨ الذي به فلا عمل على الشروط) .

فتحرير كهذا لم يصب فيه المقنن وذلك لانه يظهر من عبارات القانون ان في صورة عدم قبول الغير تسقط الشروط بحيث ان الملتزم يبقى لفائدته اتفاق خال عن الشروط التثقيلية وهذا من قبيل التعدي على حقوق المشترط اذا الواعد يكون قد اضاف لكسبه بدون وجه ما هو راجع للمشترط والحال ان هذا الاخير لم يصدر منه خطا ينبني عليه هذا الحكم الصارم .

ورأينا هو ان الفصل ٣٨ لم يقصد سواء ان الاشتراط في هذه الصورة لا

عمل عليه بالنسبة للغير الذي لم يقبل ومستندنا هو وضع المقنن لما سبق ذكره بالفقرة الاخيرة من الفصل ٣٨ فالفقرة التي قبلها منحت الغير حق القيام مباشرة على الملتزم اي انها احدثت عن غير مستند قانوني رابطة قانونية بين الغير والملتزم لذلك راي المقنن من اللازم اضافة الفقرة الثالثة المتضمنة ان في صورة عدم قبول الغير تنعدم تلك الرابطة ويعتبر الاشتراط في حقه معدوما . ففي صورة الرفض رأينا هذا التطبيق صريح الفصل ٣٨ ـ كيف يمكن قانونا منح المشترط حق القيام بحل العقد ضرورة ان الفصل المذكورة مصرح به (بان لا عمل على الشرط) هذا من جهة ومن اخرى فان الفصل ٣٨ يظهر منه انه حصر صيغة رفض الاشتراط في اعلام الواعد به لكن قال لا كهذا لا يتمسك به ومن المسلم ان هذا الرفض ليست له صيغة خاصة وعمله واحد سواء كان موجها للمشترط أو للواعد .

استثناء من المبدا ـ اذا كانت المنفعة من الاشتراط راجعة لخصوص شخص الغير ولا تنتقل لاحد سواه فالمبدا المتقدم يلغى تطبيقه . مثال ـ ارضى بان ابيع سيارة على ملكي للحكيم الفلاني بثمن قدره كذا على شرط ان يعالج عمي فيمتنع عمي من تسليم نفسه لذلك الطبيب ففي مثل هذه الصورة يلزم البحث بحسب اهمية الشروط هل يوجد سبب قاض بطلب حل العقدة وعند عدم وجود ذلك تبرا ذمة الواعد .

ضابطة للمبدا ـ يترتب على الاشتراط اذا عادت منفعته للمشترط بسبب رفض الغير له عين ما يترتب عليه في صورة قبول الغير له فلا يزاد شيء في شروطه . مثال ـ اذا تعلق الاشتراط بعمرى فالملتزم يجري العمري للمشترط مدة تساوي التي عاش فيها الغير الذي امتنع من القبول لكن اذا مات المشترط قبل الغير فالعمرى تجري لورثته الى وفاة ذلك الغير .

٨٤ ـ عويصة ـ قد منح القانون التونسي للغير الواقع الاشتراط لمنفعته حق القيام مباشرة على الواعد كما لو كان الاشتراط صادرا منه فهل له ان يتمسك شخصيا عند عدم الوفاء بالشروط بالضمانات التنفيذية التي حفظها المشترط لنفسه مراعاة لمصلحة ذلك الغير ؟ « من هذه الضمانات امتياز البائع والرجوع في الهبة

بسبب عدم وفاء الموهوب له بالشروط التي عليه والرهن الاتفاقي والتامينات الشخصية » فالجواب هو ان المحاكم الفرنساوي قد جرى عملها بصفة عملها بصفة عامة بعدم منح التمسك بما ذكر للغير وحجتها هو ان هذا الغير كيف يتصور منه القيام بفسخ الالتزام او حله والحال انه لم يعط شيئا في مقابلة الالتزام وعليه فلما فقدت المصلحة فقد حق القيام . ثم انه لا يتسنى لمن ذكر ان يحل محل المشترط ليقوم بحقوقه ودعاويه وذلك لان المشترط لم يكن مدينا له شخصيا . تلك هي مستندات المحاكم الفرنساوية لكن هذا الراي عندنا هو ان الغير يمكنه التمسك بالضمانات المذكورة التي يتحقق بها الوفاء بالمنفعة الاصلية المنجرة له من الاشتراط او انه على الاقل يتمسك بها عند ما تكون خاصة بما اشترط لمنفعته وذلك لانه اسعف بحق القيام مباشرة على الواعد وحل قانونا محل المشترط بالنسبة لحقوق هذا الاخير وفعلا فكيف يعقل ان يمنح القانون الغير حق القيام مباشرة بدون ان يسعف بوسيلة صالحة لتحقيق الوفاء بما وقع التعهد به لخصوص فائدته .

صورة تطبيقية ـ تتعلق باشتراط الشروط في حق الغير ـ

قد تضمنت الفقرة الاولى من الفصل ٣٨ صورة تطبيقية معتبرة وهي السيكورتي على الحياة اذا اشترط المال للغير

مثال ـ التزم زيد بدفع كذا مدة سنوات معلومة لشركة السيكورتي واشترط على صاحب الشركة ان يدفع لشخص عينه له او يمكن تعيينه مبلغا قدره كذا عند وفاته ففي الظاهر ربما يظن الانسان ان زيدا لا مصلحة له في هاته العملية وان الالتزام الذي حصل عليه من الشركة لم يكن شرطا لعقد حقيقي تم بينه وبين الشركة لكن الواقع خلاف ذلك لان لزيد مصلحة ادبية وحتى مصلحة مالية فيما تعمه اذ حقق به لورثته صراحة او مفهوما التمتع بالمتعهد به في صورة عدم قبول الغير له فهناك اشتراط في حق الغير بجميع نتائجه وليس الامر كذلك في صورة

جعل المشترط منفعة التامين راجعة له او لورثته فالمال الذي تعهدت له به الشركة بمقتضى هذا العقد الاعتيادي يعتبر جزءا من مكاسبه وضمانا مشتركا بين دائنيه وسند التامين يمكن رهنه وتسليمه على وجه التوثقة واستبداله واحالته مجانا او بعوض واجراء العقلة عليه الخ .

فرع اول ـ للمشترط ان يرجع في الاشتراط صراحة او بتوقف دفع معاليم السيكورتي الى ان يحصل التصديق من الغير المتعهد له بمال التامين في الوقت الذي يحل فيه دفع هذا المال وله ايضا ان يمنح التمتع بهذا المال لشخص اخر غير الذي منحه اولا .

فرع ثان ـ عمل التصديق ينسحب على الماضي ابتداء من تاريخ العقد (راجع الفقرة الثانية من الفصل ٤١) والغير الواقع منه القبول يعتبر كانه تمم بنفسه العقدة مع شركة السيكورتي وعليه فمنفعة التامين لا تنجر له من ارث المشترط ولا يمكن لارباب الديون التي على التركة التسلط على تلك المنفعة وهذا صحيح حتى في الصورة التي عوض فيها المشترط له الاول بشخص اخر (انظر التنبيه اسفلة).

ملاحظة ـ لعقد السيكورتي على الحياة الذي ينبني عليه الاشتراط صفة عقد صدفة وشروط صحته هي الشروط المعتادة الا انه توجد بفرنسا قوانين خاصة قاضية بتطبيق بعض احكام خصوصية منها ما يتعلق بالاخص بسن المؤمن وبتشكيل وادارة شركات التامين وبغير ذلك .

واما في البلاد التونسية فلا وجود لمثل ذلك وبما انه لم تتشكل الى يومنا هذا شركات من هذا النوع تونسية بحتة فالنزاعات التي تحدث مع شركات

تنبيه ـ ليس لارباب الديون التي على المشترط الا حق القيام بالدعوى البوليانية للطعن في دفع معاليم التامين الواقع من مدينهم ان صح وقوع هذا الدفع تدليسا وثبت تجاوزه .

السيكورتة الموجودة الآن لا تنظر فيها المحاكم التونسية فاذا تشكلت في المستقبل شركات اهلية فتطبق على النزاعات التي تحدث بينها وبين التونسيين القواعد الاعتيادية المتعلقة بوقوع اشتراط الشروط في حق الغير وبموضوع الشركات الى ان يصدر المشرع التونسي قوانين خاصة بها .

٨٦ - استثناء ثان من المبدا العام

يصح التعاقد في حق الغير على شرط تصديقه (الفصل ٤٠) يفسر هذا الاستثناء قانونا كما يفسر تصرف الفضولي (١١٧٩) وحالة المتعاقدين القانونية في كلا المبحثين واحدة .

ملاحظة - هناك خاصية واحدة ينبغي التنبيه اليها وهي ان الفصل ٤٠ ضبط شرط التصديق الصريح وهذا التصديق يازم وقوعه في ظرف اجل نهايته خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلام بالاتفاق اي يستنتج من ذلك ان القانون لا يجوز في هاته الصورة التصديق الضمني ؟ الجواب على مقتضى ما نرى هو انه لا وجود لما يمنع جواز هذا التصديق فالحكم بعدم جوازه يكون في غير محله الا اذا كان هناك نص صريح .

٨٧ - استثناء ثالث من المبدا العام

اشتراط الشروط في حق الغير جائز ونافذ اذا كان مقترنا بشرط تغريمي .

يعبر بالشرط التغريمي على الشرط الذي يلتزم الشخص بمقتضاه تحقيقا لتنفيذ اتفاق بانه اذا اهمل الوفاء بما تعهد به يؤدي شيئا معلوما وهذا الشيء يكون في الغالب مبلغا من المال فهذا التعريف تضمنه الفصل ١٢٣٦ من القانون المدني الفرنساوي . فلاسباب نجهلها الغى القانون التونسي التكلم على الالتزامات المتضمنة للشروط التغريمية فهذا النقص يمكن جبره على الاقل في مسالة الحال بتطبيق الاصول العامة .

لما كان اشتراط الشروط في حق الغير باطلا في هاته الحالة لفقدان مصلحة

المشترط فانه ينقلب الى الصحة كلما ظهرت هذه المصلحة وعلى كل حال فان هذا الاستثناء الثالث جوزه القانون الفرنساوي ولو كان غير مؤيد بالنص الصريح ولا نص ايضا بالقانون التونسي في هذا الموضوع . مثلا - اشترط عليك انك تهدم الحائط الفلاني لانه يمنع الكشف على محل حبيبي زيد وترضى بانك ان لم تفعل تدفع لي مبلغا معينا على سبيل الغرم فهذا العقد صحيح حيث كانت لي وسيلة يمكن لي بها ارغامك بالطرق الحكمية على انجاز الالتزام فالشرط التغريمي ينقلب به الالتزام المجرد الى التزام شرطي .

ملاحظة - في صورة عدم انجاز الالتزام المشترط يستحق الغرامة جبرا للضرر

٨٨ - استثناء رابع من المبدا العام

يصح ايضا اشتراط في حق الغير للسبب القانوني المذكور اذا كانت للمشترط مصلحة فعلية في طلب انجازه الالتزام تقدر بالمال وهذه الصورة تعرض في موضوع تصرف الفضولي الذي سندرسه فالامر متحصر في معرفة هل هناك عقد تصرف صحيح لان في هذه الصورة توجد عهدة مالية على المشترط

امثلة - باشرت تدبير مصلحة فلاحة زيد وبعد ان جمعت صابته تنبهت الى لزوم اجراء اصلاحات متاكدة بالمحل المعد لخزن الحبوب خشية فسادها ففي هاته الصورة يجوز لي ان التزام مع مقاول في حق زيد باصلاح المحل لان لدي وسيلة شخصية تسمح لي بجبره على الوفاء بالالتزام وهي العهدة المالية التي علي لكن الامر بخلاف ذلك اذا ظهر لي حال مباشرة تدبير مصالح زيد لزوم افادته بفرصة مهمة وهي فرصة شراء ساعة فتنفيذا لهذا الغرض اجمل عقدا مضمونه ان الساعة تباع لزيد بثمن قدره كذا فمسالة كهذه لاعلاقة لها بالتصرف في مصلحة من ذكر ولا وجود لمصلحة مالية تحملني على اجراء ماذكر بنفسي فالعقد المتضمن لاشتراط ماذكر باطل .

والخلاصة - هو ان كل اشتراط في حق الغير لايؤول بالتحليل الى تصرف الفضولي لكن ما هذا التصرف الا نوع خصوصي من الاشتراط في حق الغير ولـه احكام خاصة به .

٨٩ - سؤال - في حق من يمكن وقوع الاشتراط ؟ الجواب يلزم ان يكون لفائدة شخص ممكن تعيينه وبقيد الحياة - ١ - في قابلية الشخص للتعيين يصح الاشتراط على مقتضى ماجرى به العمل لدى المحاكم الفرنساوية على شرط ان يكون حق شخص قابل للتعيين وقت تنفيذ الشروط فلذلك يقع الاشتراط بكثرة لفائدة فقراء بلدة وكثيرا ايضا ما يضمن بكراسة الشروط الاشتراط لفائدة قسم من اقسام العملة او الخدمة مختصين بشيء معين او بجنسية معينة وهذا يشاهد غالبا وقوعه عند ما تستاجر الادارة العامة بالبلاد التونسية بطريق المزايدة عملة لمباشرة بعض اشغال (انظر التنبيه اسفله) - ٢ - في كون الشخص بقيد الحياة - فعلى مقتضى الاصول القانونية لابد ان يكون المشترط له على الاقل ببطن امه وقت وقوع الاشتراط . فالاشتراط يكون باطلا اذا كان المشترط له غير موجود فاشتراطي مثلا على شركة التامين منفعة لفائدة الابناء الذين سيولدون لاخي اذا تزوج لاعمل عليه وقد جرى العمل بان المشترط في هذه الصورة يستبقي لنفسه بالعقد حق تعيين من سيمنحه الانتفاع بما تعهدت له به الشركة من المال لكن هذا يترتب عليه امر ذو خطارة وهو ان المشترط يكون قد اشترط ماذكر لنفسه وما اشترط يعد من كسبه ويصبح على الاقل موقتا بمثابة ضمان مشترك بين دائنيه

تنبيه - فهكذا يمكن وقوع التعاقد مع شركة السيكورتي على الحياة وجعل المنفعة من التامين راجعة لشخص مذكور بوصية معاقد الشركة فهذا الشخص غير معين والحال ان تعيينه ممكن فيما بعد . اه

ومن المسلم ان في صورة الاشتراط لمنفعة جماعة كفقراء بلدة اوسكان جهة او عملة مصلحة ربما كان بعض من سيصبحون مستحقين المنفعة غير موجودين وقت وقوع الاشتراط لكن جرى عمل المحاكم باعتبار هذا الاشتراط صحيحا بالرغم عن وجود ذلك ولايلزم ان يكون المشترط له موجود او على الاقل ببطن امه الا اذا كان الاشتراط لمنفعة شخص معين وهذا الفرق لايظهر له سبب واضح من الوجهة النظرية بالنسبة لمذهب من يرى ان الاشتراط التزام متولد عن ارادة فردية وهي ارادة المشترط يجوز بسهولة اعتبار الاشتراط ممكن الوقوع لفائدة اشخاص غير موجودين في الحال اي لفائدة اشخاص ليسوا بقيد الحياة ومهما يكن من الامر فان عمل المحاكم الفرنساوية قد جرى بابطال اشتراط السيكورتي على الحياة للابناء الذين لم يبرزوا لعالم الوجود او لم يكونوا على الاقل ببطن امهاتهم . وعلى كل حال فلا نرى فائدة في زيادة بسط هذا الموضوع الذي لايصير ابدا فيما يظهر من مشمولات انظار المحاكم التونسية لان جميع شركات السيكورتي على الحياة المتعاطية اعمال التامين بالبلاد التونسية راجعة كلها بالنظر للمحاكم الفرنساوية في النزاعات التي تحدث بينها وبين الاهالي وهاته المحاكم هي التي تتولى فصلها طبقا لاحكام القانون الفرنساوي

المصدر الثاني للالتزامات وهو شبه العقود

٩٠ - مبدا - اذا تولد الالتزام عن امور جائزة واختيارية صادرة من ارادة واحدة لاعن اتفاق وهو اجتماع ارادتين فيقال فيه انه تولد عن شبه عقد . واذا كانت الامور المذكورة غير جائزة فتحصل التزامات ناتجة عن جنح مدنية او شبه جنح (راجع ماسياتي) واما اذا كانت غير اختيارية فتخرج عن مبحث شبه العقود وتكون امام التزامات ناتجة عن خصوص النفوذ القانوني كالالتزامات التي تنشا عن جوار

عقارين فيما يتعلق باشتراك الجدران او بحقوق الارتفاق القانوني . الا انه في شبه العقد المتعلق بدفع ما لايلزم لايظهر الفعل الاختياري في مظهر جلي كما في مثال الشخص الذي هو ليس مدينا ويدفع جهلا منه بحقوقه وخوفا من شخص اخر امره بالدفع بدعوى انه دائن له وهدده فالدفع هنا ليس اختياريا تماما ومع ذلك فان هناك شبه عقد لكن هنا استثناء وحيد تقريبا .

فبذلك يظهر ان مبحث شبه العقود مبحث دقيق وقد تاتت الصعوبة من كون التعبير بشبه عقد الذي استعمله المقنن لايفي بالمعنى القانوني الحقيقي حيث ان اتحاد الارادات الذي هو ركن لازم للعقود لاوجود له هنا بتاتا فلو كان اتحاد ماذكر موجودا ولو ضمنا لكان هناك عقد لا شبه عقد

ولقد كان اقرب للفهم تخصيص التعبير بشبه عقد على الصور التي يتولد فيها عن الارادة الفردية وهي ارادة احد الجانبين التزام قاض بتعمير ذمة هذا الجانب شخصيا لكن هاته جهة من جهات المسالة واذا وجب علينا تحليل مورد الالتزام الذي يسلط عن الجانب الاخر نرى جليا ان هذا المورد ليس اصله ارادة من احدث العملية القانونية وانما الاصل فيه ما اناطه القانون بهذه العملية من التاثير

وبالجملة فان مصدر الالتزام الذي تكون على شبه العقد اصله مبدئيا مبني على ارادة هذا الطرف الفردية واما التزام الطرف الاخر فانه متولد بدون شك عن ارادة القانون (وهو المصدر الخامس للالتزامات راجع العدد ٧)

وهذا التاويل يدنينا بكيفية محسوسة من المبحث الذي اورده م بلانيول في هذا الموضوع (راجع ترتيب مصادر الالتزامات بصحيفة عدد ٢٢٦ من المجلة) فلا سبيل فيما يظهر لاعطاء صبغة قانونية واحدة لنوعين من الالتزامات بينهما تباين قوي لاتتضمن المجلة التونسية تعريفا لشبه العقد

حقيقته - يعبر بشبه عقد عن امر جائز واختياري صادر من شخص وقاض بالتزام هذا الشخص طبق الشروط التي عينها القانون لشخص اخر وبالزام الثاني للاول والحال انه لم يكن هناك اتفاق بينما .

٩١ - ملاحظة - بمجرد ما يقع اتحاد الارادات فيما بعد ينقلب شبه العقد اتفاقا او عقدا وتطبق عليه المبادي الواردة في الاتفاقات والعقود فتصرف الفضولي مثلا ينقلب عقدا في وكالة .

فرع - قد عين القانون التونسي العمليات القانونية الآتي ذكرها بصفة شبه عقود .

(١) - الاثراء بدون سبب (في صور الفصلين ٧١ - ٧٢) . (٢) - دفع ما لا يلزم (الفصل ٧٣ والفصول بعده) . (وقد تضمنت المجلة شبه عقود اخرى اهمها تصرف الفضولي (الفصل ١١٧٩ والفصول بعده) الذي سياتي الكلام عليه .

٩٢ - اولا - الاثراء بدون سبب

مبداء - اذا نمت مكاسب انسان بدون سبب بما هو لغيره فهذه الزيادة في الكسب يتولد عنها حق القيام بالرد وقد اراد القانون التونسي ان يضع بالفصلين ٧١ - ٧٢ قواعد لهذا الموضوع الذي لم يشتغل به القانون الفرنساوي فقال - اولا - من حاز شيئا او مالا لغيره بدون سبب موجب لاكتسابه فعليه رده - ثانيا - من انتفع عن حسن نية بشيء لغيره او بعمل غيره بلا وجه يبيح له ذلك فعليه العوض لصاحبه بقدر ما انتفع به (اذا كان عن سوء نية فالمسألة من باب الجنح وشبهها) وقوله بلا وجه يبيح له ذلك معناه بدون سبب قانوني .

فرع اول - يلزم ان لا يكون هناك سبب قانوني للاثراء .

فرع ثان - يلزم حصول الاثراء مباشرة احترازا مما اذا كان الانتفاع

بواسطة فلا يتكون منه اثراء بدون سبب .

يعتبر الانتفاع بمال الغير من يوم القيام بالدعوى فاذا زال الانتفاع المذكور في ذلك الوقت بسبب امر طاريء فليس على المنتفع رد ما اخذه وذلك لزوال الداعي الذي حجر عليه بمقتضاه البقاء متمتعا بمال الغير بدون وجه .

فرع ثالث ـ واهم شيء هو وقوع اكتساب مال الغير بدون سبب ولا التفات لوجود علاقة قانونية بين صاحب المال ومن اكتسب هذا المال بالصفة المذكورة من عدمه . فالقانون التونسي يمنح حق القيام بدون اهتمام بوجود هذه الرابطة القانونية وغاية ما يمكن ان نلاحظه في هذا الشان هو انه اذا لم تظهر هذه الرابطة فاننا نخرج من مادة شبه العقد وندخل في مادة الالتزامات الناشئة عن النفوذ القانوني . وهناك صور تطبيقية متعددة يمكن استخراجها من الاصول المتقدم ذكرها واليك بعض هذه الصور :

الاولى ـ اذا فعل الحائز ولو كان غاصبا بالمنقول الذي للغير ما غير حاله وزاد في قيمته زيادة معتبرة بالنسبة لجوهره فان صاحب هذا المنقول الاصلي لا يتسنى له الاسترداد الا بعد ان يؤدي للحائز ما زاد في القيمة بعمله (الفصل ١١٣)

الثانية ـ في التزامات عديم الاهلية الباطلة من اصلها والقابلة للابطال يبقى عديم الاهلية ملزوما بقدر ما انتفع به من جراء ما تممه المعاقد الآخر وفاء بالتزامه . (الفصل ١٣) .

الثالثة ـ على البائع بالثنيا قبل ان يحوز ما استرده ترجيع ما زيد في قيمة المبيع مما صرفه المشتري من المصاريف النافعة (الفصل ٦٩٥) اما صرفه في مجرد التحسين فلا حق للمشتري في استرداده انما له ازالة ما احدثه من ذلك (هذه صورة تطبيقية لقاعدة الفصل ٧١) .

الرابعة ـ اذا سلم من كان اهلا للتعاقد شيئا على وجه الوديعة لعديم اهلية

فليس للمودع الا ان يطالبه بالوديعة ما دامت موجودة بيده والا طالبه برد ما انتفع به (الفصل ٩٩٩)

الخامسة ـ في مسألة الشركة اذا تجاوز شريك الحد الذي حد له وعقد مع غيره ما عاد بنفعه على الشركة فانها ملزومة لذلك الغير بقدر ما دخل في مالها من جراء ذلك العقد (الفصل ١٣١٢) .

السادسة ـ في مسألة تصرف الفضولي اذا ادار انسان مصلحة غيره ظنا منه انه ادار مصلحته الخاصة فالعلائق القانونية التي تتكون بموجب ذلك بينه وبين صاحب المصلحة تنسحب عليها الاحكام المتعلقة باكتساب مال الغير بدون سبب (الفصل ٧١ والفصول بعده)

السابعة ـ صورة الفصل ٨٠ الواردة في الحائز بشبهة وفي الغاصب (راجع العدد ١٥١ وما بعده) .

الثامنة ـ هناك صورة اخرى تطبيقية نجوزها ولو لم توجد فيها نصوص خاصة واليك هذه الصورة . اذا رد الحائز بشبهة عملا بالفصل ١١٢ الغلة الموجودة لمستحقها فالفصل ٧٢ يخول له استرداد مصاريف الزرع من حراثة واعمال وثمن البذر ونص على ذلك القانون الفرنساوي بالفصل ١١٠ .

التاسعة ـ والامر بالمثل اذا كان الحائز غاصبا لكن الرد لا يتجاوز قيمة الغلة المذكورة (نص خاص جاء بالفصل ١١٠)

العاشرة ـ اذا سلم الغير سلعا لاحد اعضاء شركة وادخلت هذه السلع في مال الشركة فيجوز له القيام على الشركة بقدر ما انتفعت به من ذلك . ومما يلاحظ هو انه في هذه الصورة لا وجود لرابطة قانونية بين الغير والشركة وانما نطبق حكم الفصل ٧٢

فائدة ـ الاحكام المتعلقة بدفع ما لا يلزم تنسحب على الرد من حيث شروطه

٩٣ ـ ثانيا ـ دفع ما لا يلزم

تعريف ـ دفع ما لا يلزم هو عبارة عن كون انسان يدفع غلطا لغيره مبلغا من المال او شيئا اخر لا يلزمه . (الفصل ٧٣ وما بعده)

فالانصاف يقضي بلزوم رد ما دفع بغير وجه لصاحبه فهذا الرد يحصل بالقيام بدعوى يقال لها دعوى استرداد ما دفع وهو غير واجب .

اولا ـ في الشروط اللازمة للقيام بدعوى استرداد ما لا يلزم دفعه

مبدا اول ـ يلزم ان يكون الدفع قد وقع بدون وجه وهذا يكون في الصور الاتية :

٩٤ ـ الصورة الاولى ـ لا وجود لاي دين . امثلة ـ وارث دفع بدون موجب دينا اعتقد وجوده بذمة مورثه واعتقاد هذا اما انه لم يتسبب فيه احد وكان بسبب عرض اوراق مدلسة عليه . ـ انسان كانت ذمته عامرة بدين ثم دفعه غير انه دفع غلطا اكثر مما كان بذمته فله القيام بطلب استرداد الزائد . ـ انسان مدين بكمية معينة من الزيت المصري فسلم غلطا لدائنه تلك الكمية لكن الزيت كان من النوع لاول فقد تسلم هذا شيئا غير الشيء الملتزم به لانه لم يكن هناك دين في زيت من النوع الاول فللمدين القيام بالاسترداد . ـ التزم انسان لآخر بدين معلق على شرط ووفى له قبل حصول ذلك الشرط ثم ان هذا الشرط لم يحصل فله القيام بالاسترداد تحت الشروط التي سيقع الكلام عليها عند الحاجة في الفصل ٧٦

صورة تطبيقية ـ اذا وقع الوفاء بالتزام طبيعي كدين سقط بطول المدة او التزام ادبي فلا سبيل للقيام بدعوى الاسترداد بالدين ودفعه صحيح في الصورتين (الفصل ٧٨) ولو كان في اعتقاد الدافع أن الاداء كان واجبا عليه قانونا او كان يجهل سقوط الدين بمرور الزمان لكن في هذه الصورة يلزم ان تكون للدافع

اهلية التفويت مجانا والا فالدفع يقع الطعن فيه استنادا على عدم اهلية الدفع النسبي

٩٥ ـ الصورة الثانية ـ الدين موجود لكن الدفع وقع غلطا لغير الدائن الحقيقي يقع القيام بالاسترداد عملا بالفصل ٨٠

٩٦ الصورة الثالثة ـ الدين موجود لكن الدائن قبض غلطا من غير مدينه الحقيقي (الفصل ٧٣)

ملاحظة ـ ينبغي افراز الصورة التي دفع فيها الغير للدائن باسم المدين الحقيقي وبراءة ذمته او بصفة وكيل عنه

استثناء ـ الفصل ٧٣ . لا سبيل في هذه الصورة الثالثة للقيام باسترداد المدفوع على الصفة المذكورة اذا مزق الدائن بناءا على وقوع الخلاص رسم الدين او ابطله او سلم وثيقة الدين او ترك القيام على المدين الحقيقي حتى سقط حقه بمرور الزمان فليس للدافع والحالة هذه القيام على الدائن لكن بما ان المدين الحقيقي هو الذي انتفع بالغلط فعليه يقع القيام بالاسترداد عملا بالاحكام التي بالفصل ٧٢ المتعلقة بالاثراء بدون سبب .

٩٧ ـ الصورة الرابعة ـ كان الدين موجودا حقيقة لكن سبب الالتزام كان غير جائز ومنافيا للاخلاق الحميدة (الفصل ٧٧) فالعقد في هاته الصور غير موجود

٩٨ ـ مبدا ثان ـ يلزم ان يكون الدفع قد وقع غلطا (الفصل ٧٣) والا فلا قيام بالاسترداد

صورة تطبيقية ـ من دفع ما لا يلزمه عالما بذلك فانه ليس له ان يسترجع ما دفعه (الفصل ٧٤) في هذه الصورة يعتبر الدفع واقعا بنية التبرع ..

ملاحظة ـ لا يلزم في القبض ان يكون عن غلط . تغلط من قبض الدين او علمه لا يصلح الا لتعيين اهمية الترجيع كما سترى .

٩٩ ـ ضابطة ـ ما هو الاداء ؟ اجاب الفصل ٧٩ بان الاداء لا يفهم منه الا

الحقيقي فقط بل ايضا التصيير اي اعطاء شيء في مقابلته او اعطاء توثقة فيه او اعطاء رسم به اعتراف او حجة اخرى تقتضي اثبات وجود الالتزام او الابراء منه

١٠٠ ـ ملاحظة ـ على من يقوم باسترداد ما دفعه بدون وجه ، يثبت بالامور الآتية : ـ ١ ـ انه دفع ـ ٢ ـ انه كان غير ملزوم بالدفع اما لعدم وجود دين او لوقوع الخلاص في دين كان موجودا ـ ٣ ـ انه صدر منه غلط وهذا الغلط اما مادي او قانوني (الفصل ٧٣) فاذا حصل ثبوت ما ذكر يسترجع القائم جميع ما دفعه ما لم يكن قيامه على عديم اهلية . (استثناء اسفله)

١٠١ ـ ثانيا ـ في ترجيع ما وقع دفعه بدون موجب

نظريات ـ يرجع ما قبض بدون وجه واهمية الترجيع بحسب نية من قبض من كونها حسنة او سيئة

مبدا اول ـ يلزم دائما ترجيع الشيء الذي وقع التوصل به سواء كان مبلغا من المال او شيئا معينا بذاته واذا كان من المثليات يرجع مثله قدرا وصفة

فالشيء المعين بذاته يرد بعينه واذا كان غير موجود ترجع قيمته المناسبة لوقت التوصل به (الفصل ٨٠) واذا بيع للغير قبل القيام بالترجيع فلا يلزم البائع اذا كان عن حسن نية الا بترجيع ما قبضه من الثمن او احالة حقوقه في مطالبة المشتري بالثمن (الفصل ٨١) واما اذا كان عن سوء نية فيلزمه ترجيع قيمة المبيع الحقيقية ولو كان ما قبضه من الثمن دون تلك القيمة

ـ استثناء ـ لا يرجع عديم الاهلية ما توصل به بدون وجه الا بقدر ما انتفع به (راجع العدد ٩ ـ المتقدم)

ملاحظة : مسالة حسن النية ينظر فيها بالنسبة ليوم التفويت ولو كانت عبارات الفصل ٨١ غير ناضية بذلك صراحة وينسحب هذا الفصل بطريق القياس على كل

التفويتات .

عويصة ـ هل يلزم الغير الذي اتصل بطريق الشراء بالشيء المعين بذاته بترجيعه لمن قام عليه باستحقاقه على فرض عدم سقوط حق هذا القائم بمرور الزمن بدعوى طلب ترجيع ما خرج من يده بدون موجب ؟

فالجواب على مقتضى ما جرى به عمل المحاكم الفرنساوية هو انه يلزم بما ذكر . ونحن ايضا نجيب بمثل ذلك لان نصوصنا بالموضوع كنصوص المحاكم الفرنساوية لكن اذا وقع القيام بالضمان على من باع الشيء بعد اتصاله به وهو عن حسن نية لاستحقاق ذلك الشيء من يد مشتريه الاخير وحكم عليه بالغرم فيمكنه عملا بالفصل ٨١ ان يطالب بمبلغ الغرامة من استحق الشيء لان هذا الاخير فرط لما غفل قبل الدفع عن البحث عن حقيقة الدائن . واما اذا كان البائع عن سوء نية فيحمل عليه الغرم

١٠٢ ـ مبدا ثان ـ فيمن يتحمل بالجائحة ؟ اذا هلك او تعيب الشيء المقبوض المتسلم بدون وجه فالاصل هو ان في صورة التفريط او المماطلة مسؤولية التلف او التعيب تكون دائما على من توصل بالشيء واما اذا لم يكن هناك تفريط او مماطلة فلا تحمل عليه نتائج الامر السماوي او القوة القاهرة الا اذا توصل بالشيء وهو عن سوء نية وعليه مسؤولية العيوب الطارئة والتعيب (الفصل ٢٨٠)

فرع اول ـ تضمن الفصل ٨٠ ان من تعمد الاستيلاء على مال الغير ضمن التلف او التعيب الناتج عن الامر السماوي . فلا ضمان عليه حينئذ اذا صار الشيء في قبضته وهو عن حسن نية ثم بعد ذلك ساءت نيته (النص صريح في الرفق به) .

فرع ثان ـ ضمان ورثة من اتصل بالشيء وهو عن سوء نية كضمان مورثهم ولو كانوا هم عن حسن نية

١٠٣ ـ مبدا ثالث ـ في غلة الشيء المتسلم بدون حق

اولا ـ اذا كان من في قبضته الشيء عن سوء نية اي من الوقت الذي كان فيه من اتصل بالشيء عن سوء نية . يلزمه ان يرد الغلة والزوائد والارباح الحاصلة له مع ما كان من حقه ان يحصل له لو احسن الادارة وذلك من يوم ثبوت سوء نيته فاذا كان سوء النية من وقت اتصاله بالشيء فالرد من يوم التسليم واما اذا صار فيما بعد عن سوء نية فمن يوم اتصاله بالغلة بدون وجه

ان عبارات الفصل ٨٠ تفيد ان الرد يكون من يوم الاستيلاء . فالمظنون ان ذلك محض غلط لان المقام يقتضي تطبيق الاصول العامة المتعلقة بالموضوع وهي التي جاء بها الفصل ١١٠ والفصول بعده

س ـ ما هي المصاريف التي يمكن له استرجاعها من القائم بالاسترداد ؟

الجواب عن ذلك بالفصل ١١٠ المتضمن للاصول العامة المقررة في الموضوع (راجع العدد ١٥١ وما بعده من هذا الشرح)

ثانيا ـ اذا كان الحائز عن حسن نية فليس عليه ان يرد الغلة الا من يوم القيام عليه بالدعوى فمن ذلك الوقت فقط يعتبر عن سوء نية اذا ماطل في الرد (الفصل ٨٠) وقد زاد هذا الفصل بان الحائز بشبهة لا يرد من الغلة الا بقدر ما انتفع به . فما هو يا ترى المراد من هذا التعبير ؟ نرى انه يلزم الالتجاء الى الاصول العامة المتعلقة بالموضوع (يراجع الفصل ١١٢) والتعبير المذكور لا نسبة له من حيث المعنى بينه وبين تعبير مثله يوجد بالمبحث المتعلق بعدم الاهلية (الفصل ١٣) فمعناه هنا هو ان الحائز بشبهة يرجع قيمة ما دخل في كسبه مما حازه

ثالثا تصرف الفضولي

نظرية ـ تصرف الفضولي هو عبارة عن تطوع الشخص باجراء معاملة قانونية تتعلق بادارة مصلحة الغير بدون ان يكون بيده توكيل في ذلك

اذا وقع تصرف الفضولي بما فيه منفعة لصاحب الحق فالمتصرف يعتبر كالوكيل المفوض لصاحب المصلحة ويجب على مالك هاته المصلحة ان يجبر خسارة الفضولي في جميع مصاريف (الفصل ١١٧٩) فمن وقعت ادارة مصلحة هكذا يسمى مالك المصلحة او المدارة شؤونه

مثال ـ سافر انسان او وقع تجنيده بفرنسا وترك ماله بالبلاد التونسية من المصالح في حالة اهمال فبادر لى قريب او حبيب او جار له ادارتها وبجري في شانها امورا رآها متاكدة كتصقف بيت ازيل صقفه او تجديد حائط تهدم او جمع صابة الي غير ذلك فيكون قد فعل مزية على صاحب المصلحة وقد التزم بحفظ ذلك بواجبات مشبهة بالالتزامات التعاقدية . لذلك جاء القانون بانه ان كان التصرف على وجه لائق ومفيد فرب المصلحة يتحمل بجميع الالتزامات الصادرة في حقه من المتصرف الفضولي ويرجع له ما سبقه (الف ١١٨٤ ـ ١١٨٥)

قرر القانون ذلك لاسباب مختلفة :

اولا ـ منفعة مالك المصلحة .

ثانيا ـ توقع هلاك مكاسب الغائب وهي مصلحة اجتماعية .

ثالثا ـ منفعة المتصرف الفضولي وهذا سبب مبني على قواعد العدل والانصاف

١٠٥ « اولا في شروط تصرف الفضولي »

مبدا اول ـ يلزم أن يتعلق التصرف بمكاسب الغير ليكون هناك تداخل فضولي من المتصرف في تلك المكاسب

فرع ـ فما ليس فيه صبغة الفضولي من اعمال التصرف القانونية لا يترتب عليه التزام صاحب المصلحة ولا تعتبر تلك الاعمال من قبيل تصرف الفضولي فليس هناك تصرف فضولي اذا اشترى مثلا عمرو لزيد الذي سافر منذ قليل ارضا قريبة من هنشيره راى في شرائها مصلحة لزيد

١٠٦ مبدأ ثان ـ لا يوصف بتصرف فضولي التصرف الواقع بمقتضى توكيل ولو ضمنيا وهناك توكيل ضمني اذا كان مالك المصلحة على علم من التصرف وصدر منه تفويض سكوتي في ذلك ، وقد تضمن الفصل ١١٧٩ انه يلزم في تصرف الفضولي ان يكون تدبير المصالح للغير بدون اذن منه او من الحاكم (فقد حسم هذا الفصل خلافا ناتجا عن الفصل ١٣٧٢ من القانون القرنساوي) ومن المسلم انه اذا ثبت ان مالك المصلحة كان عالما بالتصرف وغير مريد له لظروف اقتضت ذلك فان من تولى تدبير تلك المصلحة الذي باشر اعماله غير جاهل بان المالك لم يرتض ما ذكر فاحكام الفصل ١١٨٣ هي التي تطبق

مبدأ ثالث ـ يلزم ان لا يقع التصرف رغما عن ارادة مالك المصلحة الثابتة (الفصل ١١٨٣) وهذه الارادة تكون معلومة بمقتضى مكاتيب سابقة او مقارنة للتصرف او محتملة بموجب عداوة قديمة مثلا ، ارادة مالك المصلحة تكون مضادة اما لكامل تصرف شخص معين او لبعضه ، مثال ، فزيد داره اصبحت في خطر بسبب وجود حائط متداع لسقوط لكن كثير ما صرح زيد بامتناعه التام من هدم ذلك الحائط فالغير اذا هدمه يكون قد تداخل في امر غيره رغما على معنه الصريح فيضمن بسبب ذلك سائر الخسائر الناشئة عن تصرفه ولو لم يكن في ذلك تفريط منه (فكل ذلك يستنتج من الفصل ١١٨٣)

اولا ـ فاذا كان ما استبد الفضولي باجرائه في طريقة ولا يترتب عليه ادنى نتيجة مضادة فلا صعوبة في الامر

ثانيا ـ واما اذا كان ما اجراه فاسدا او على غير دراية حتى ترتبت عليه مضرة فمالك المصلحة يكون له حق في مطالبة المتصرف

سؤال ـ هل للمتصرف الفضولي في كل حال القيام المنصوص عليه بالفصل ٧٢ لاسترجاع مصاريفه عملا بقاعدة عدم جواز الاثراء بدون سبب ؟ الجواب هو انه

على مقتضى الاصول العامة يجبر صاحب المصلحة بدون شك على ترجيع ما نفقه المتصرف الى حد ما انتفع به . فاعتبار هذا الترجيع من يوم القيام بالدعوى لكن هناك نص صريح يقتضي خلاف ذلك وهو نص الفصل ١١٩٠ المتضمن لقرينة قانونية مفادها ان مالك المصلحة لا يرجع شيئا اذا وقع التصرف رغم ارادته (ما لم تكن هناك صورة الفصل ١١٨٤ الآتي شرحها) وذلك لان المتصرف يحمل على انه باشر ادارة المصلحة بدون ان تكون له نية في الرجوع بما سبقه اي يحمل على انه باشر ماذكر على سبيل التبرع فهذه قرينة قانونية مخطرة واحيانا اعتباطية

مثال ـ تغيب زيد فباشر عمرو الذي كانت له معه عداوة شخصية مصالحه لغرض ما في صورة متاكدة فمن البين انه في هذه الصورة تحمل ارادة زيد على انها مضادة لوقوع التصرف من عمرو (الفصل ١١٨٣) فاذا قيل ان ما قام به عمرو ليس من قبيل التصرف الفضولي يكون الامر مفهوما غير ان احتمال صد ورهبة من عمرو والتبرع عليه بما سبقه لزيد هو الذي يستبعد لكن ماذا يفيد ذلك وهناك نص صريح . وقد نرى جواز معارضة القرينة المذكورة بالفصل ١١٩٠ بالحجة المضادة اي اثبات ان عمرا لم تكن له نية التبرع وهذا ما تقتضيه طبيعة الاشياء وفعلا لا يجوز العقل احتمال ان القانون اراد بذلك وضع جزاء عقابي فالفصل ١١٨٣ يصير غير مفهوم لو كان الامر بخلاف ما اسلفنا

استثناءان ـ من المبدأ الثالث ـ الفصل ١١٨٤

هناك صورتان التصرف فيهما فضولي ولو بالرغم عن ارادة مالك المصلحة وهما الصورتان اللتان اضطر فيهما الفضولي للقيام بانجاز عمل ما

اولا ـ التزام على صاحب المصلحة كالحائط المشترك مثلا (مورده القانون واقتضت المصلحة العمومية اتمامه)

ثانيا ـ التزام قانوني باداء نفقة او تجهيز ميت ونحو ذلك من الالتزامات

القانونية ففي هذين الاستثناءين يرى القانون لزوم مباشرة التصرف بدون جدال في احقيته وفائدته .

١٠٧ ـ مبدأ رابع ـ لابد ان تكون للمتصرف نية ادارة شؤون الغير . فليس هذاك تصرف فضولي في الصورة التي يدير فيها الشخص مصلحة تركة مدة بعض اسابيع ظنا منه انه وارث ثم ان الوارث الحقيقي يظهر فيما بعد فاعمال من كان تصرفه بهذه الكيفية ليست من قبيل تصرف الفضولي وذلك لانه كان يظن ان تصرفه في حق نفسه لا في حق غيره لكن عملا بالفصل ١١٩٢ يكون له حق الرجوع المنصوص عليه بالفصل ٧٢ .

فرع ـ ولا يلتفت الى كون المتصرف غالط في شخص الغير فان ظن ان المصلحة لزيد والحال انها في الحقيقة لعمر وبل اهم ما يلتفت اليه هو ان التصرف كان حق الغير بقطع النظر عن شخص هذا الاخير وتكون هناك علاقة منشؤها تصرف الفضولي بين الوكيل المتطوع ومالك المصلحة (الفصل ١١٩١) ـ مثال ذلك تصرف زيد في تركة مدة غياب عمر ظنا منه ان عمرا هو الوارث فتبين ان الوارث بكر فما لزيد وعليه يجري بينه وبين بكر

١٠٨ ـ مبدأ خامس ـ يلزم ان لا تكون للفضولي نية التبرع على مالك المصلحة لانه تكون هناك هبة لا تصرف فضولي (الفصل ١١٩٠) ومثال ذلك صاحب الثروة الطائلة الذي يدبر شؤون قريبه الفقير جدا حال مغيبه . وقد يقع ان هذا المثري لا يقصد التبرع بادارته لمكاسب قريبه المذكور فيستعان بظروف الاحوال على معرفة الحقيقة فاذا حرر قائمة مثلا مسطرا بها جميع ما صرفه فان ذلك يقوم قرينة على انه حصر هذه المصاريف بقصد استرجاعها فالنص في ذلك صريح اذ ان الفصل ١١٩٠ تضمن بفقرته الثانية انه يلزم ان يظهر جليا ان المتصرف لم يقصد القيام بما صرفه .

ملاحظة نية التبرع تحمل على الظن في صورة سبق الكلام عليها وهي التي وقع فيها التصرف بالرغم عن ارادة مالك المصلحة وذلك على مقتضى مبحث الفصلين ١١٨٣ - ١١٨٤ (راجع الفقرة الاولى من الفصل ١١٩٠)

١٠٩ ـ ثانيا ـ فيما يترتب على تصرف الفضولي

هذا التصرف يتولد عنه التزامات على المتصرف واخرى على مالك المصلحة .

١١٠ ـ اولا ـ في الالتزامات التي على المتصرف الفضولي

قد ضبط هذه الالتزامات المبحث القانوني المتعلق بالموضوع (راجع الفصل ١١٨٠ والذي بعده) وعند عدم توفر شروط التصرف المذكور تراجع هذه الالتزامات في مبحث الوكالة فعلى الفضولي ما ياتي :

اولا ـ الاستمرار على تصرفه الى ان يمكن لصاحب الحق ان يباشر مصلحته بنفسه اذا لم يكن في رفع يده مضرة على صاحب الحق (الفصل ١١٨٠)

ضابطة اولى ـ يستفاد من عبارات الفصل ١١٨٠ ان هذا الالتزام ينقضي اذا احتمل فقدان مالك المصلحة وصار وجوده غير محقق .

ضابطة ثانية ـ تصرف الفضولي ينقضي بوفاته (الفصل ١١٩٣) وقد بين هذا الفصل في الوكالة ما على ورثته من الالتزامات عند موته .

ثانيا ـ وعليه ايضا ان يصرف الهمة في ادارة المصلحة وتدبيرها كما يدير الحازم مصلحة نفسه وعياله (هذه مسألة فعلية موكولة لاجتهاد الحاكم) واعماله في هذا الشان تكون مطابقة لمقاصد صاحب المصلحة سواء كانت معلومة او محمولة على الظن (الفصل ١١٨١)

١١١ فرع ـ ويضمن كل تفريط في ذلك وان كان يسيرا (راجع الفصل ١١٣١ في الوكالة) الا ان هناك صورتان لا يضمن فيهما الا اذا صدر منه تغرير او تفريط فاحش « فهو كالاستثناء من المبالغة المذكورة بالفرع » ١ اذا كان تداخله

لدفع مضرة معتبرة متوقعة لمالك المصلحة ٢ او لاتمام واجبات وكالة كانت لمورثه (الاصل هو انه بصفة وارث ليس عليه الا القيام بالاعمال الضرورية المتأكدة) .

ثالثا ـ يكون على الفضولي ان يقدم حساب جميع ما قبضه وما صرفه بموجب التصرف (الفصل ١١٨٢) واما بداية حساب فوائض ما على الفضولي ترجيعه فمن يوم المماطلة حسب قواعد الحق العام . وقواعد الحق العام على مقتضى القانون التونسي هي نفس قواعد الوكالة في الموضوع .

رابعا ـ وعليه ايضا ان يجري الحساب مع مالك المصلحة فيما يتعلق بالتصرف ومثل ذلك على ورثته عند وفاته (الفصل ١١٨٢)

خامسا ـ وفي الصور التي لم ينص عليها القانون يكون عليه ما على الوكيل (الفصل ١١٨٢)

١١٢ ثانيا في الالتزامات التي على مالك المصلحة

الاصل هو ان عليه من الالتزامات ما يتولد عن النفع المنجر له من التصرف اعتبارا من يوم مباشرة العمل .

افتراض اول

اذا صرفت الهمة في ادارة المصلحة بما فيه منفعة لصاحب الحق اي انه اذا كان الشروع فيها كما قال المقنن بالفصل ١١٨٥ على وجه لائق يقتضيه الحال وحسن الادارة فصاحب المصلحة عليه اصالة للمتصرف والغير ما على الموكل في باب الوكالة .

ـ ١ ـ فعليه ان يرجع للمتصرف ما انفقه من تسبقة ومصاريف وخسائر (ولو ان التصرف كان في البداية ذا منفعة ثم اصبحت تلك المنفعة منعدمة منه) كما في صورة بناء سد فقلعه الوادي فيما بعد (الفصل ١١٨٥) وفوائض ما لزم ترجيعه تحسب من يوم المماطلة

ـ ٢ ـ وعليه ان يوفي له جميع ما التزم به الفضولي في حقه وبرئه من كامل

الالتزام الذي صدر منه في حق نفسه بصفته متصرفا او في حق مالك المنفعة (الفصل ١١٨٥) ويمكن لصاحب المصلحة اما ان يخاص الغير او ان يجعل تجديدا يكون قد عوض فيه المدين بمدين اخر ولتطبيق هذه الاحكام قرر الفصل ١١٨٥ مراجعة الفصل ١١٤٢ المتعلق بالوكالة

سؤال اول ـ كيف يكون العمل اذا كانت المصلحة مشتركة بين اشخاص ؟ الفصل ١١٨٦ تضمن الجواب عن هذا السؤال حيث قال ان كلا منهم لا يكون مطلوبا للمتصرف الاعلى قدر نصيبه في الحق ولا تضامن بينهم في ذلك غير انه قد يكون الالتزام غير قابل طبيعة للقسمة (راجع باب عدم قابلية القسمة)

سؤال ثان ـ هل بيد الفضولي ضمان يكفل له استرجاع ما له على صاحب المصلحة ؟ الجواب هو ان الفصل ١١٨٧ يمنحه حق حبس ما لمالك المصلحة (قابل مع الفصل ١١٤٧ في الوكالة) وهذا الحق تنسحب عليه احكام الحبس العامة (راجع الفصل ٩٠٢ والفصول بعده) وزيادة على ذلك فان القيام به يقتضي توفر شرطين خصوصيين :

ـ ١ ـ هو ان حق الحبس لا يجري الا لاسترجاع الدين المخول استرداده طبق الفصل ١١٨٤ لا كل المصاريف التي صرفها الفضولي بمناسبة ادارة المصلحة

ـ ٢ ـ هو ان الحق المذكور ليس للفضولي اجراؤه اذا تداخل في امر صاحب الحق كرها عليه الفصل ١١٨٧

١١٣ سؤال ثالث ـ نعلم انه اذا امضى صاحب المصلحة فعلى الفضولي امضاءه صريحا او ضمنيا فهذا الفعل يعتبر بناء على حكم الوكالة كانه صادر من مالك المصلحة نفسه من ابتداء التصرف وهذا يترتب على المصادقة فيما بين الجانبين لكن بالنسبة للغير فمن اي وقت يبتدي تاثير المصادقة ؟ الجواب عن هذا السؤال تضمنه الفصل ١١٩٤ حيث قال ان امضاء من ذكر لا يعتبر الا من تاريخه

١١٤ سؤال رابع ـ هل ان تصرف الفضولي عمل تبرعي او بعوض ؟ سبق لنا العلم بانه عمل بعوض وذلك لانه على مقتضى الفصل ١١٩٠ لو كانت للفضولي نية التبرع لكانت هناك هبة لا تصرف فضولي وفعلا فان لما يسبقه الفضولي وما يصرفه مقابل وهو التزام مالك المصلحه بالترجيع ورد خسائر المتصرف وينبغي اجتناب البس بين هذا السؤال والسؤال الذي مفاده هل يستحق المتصرف اجرا ؟ قد تضمن الفصل ١١٨٩ الجواب عن السؤال الاخير حيث قد تصرف الفضولي من شانه ان لا يستحق عليه اجرا فاجتنات اللبس جدير باهتمام .

ومما يلاحظ هو ان النص المتعلق بعدم اداء الاجر في الوديعة (الفصل ١٠٠٤) لا يفيد ان عدم تقاضي الاجر شرط لازم للعقد فلفظة لا زم مستعملة بمعنى طبيعي وعلى كل حال فكيف يتصور اشتراط الاجر في صورة تصرف الفضولي والحال انه شبه عقد يتم بدون وقوع التراضي من الطرفين ضرورة ان هذا التصرف من شانه ان يقع بدية من طرف واحد لكنه جري العمل بالمحاكم الفرنساوية بمقتضى نصوص كالتي جاء بها القانون التونسي ان في بعض الصور يجوز للمتصرف وقت اجراء الحساب طلب الاجر عن ادارته لمصلحة حصل له من تدبيرها أتعاب كثيرة ـ

١١٥ سؤال خامس ـ هل يتسير لمالك المصلحة تقسيم اعمال التصرف بحيث انه لا يكون مطلوبا المتصرف الا بما خسره فيما عاد عليه بالنفع دون غيره من اعمال التصرف التي لم يحصل منها نفع . يتيسر ذلك اذا كانت الاعمال الممتازة عن بعضها ومتتابعة ومتعلقة بمصالح متعلقة مختلفة واما اذا كانت المصلحة واحدة تستدعي اعمالا متعددة فانه لا يتيسر تقسيمها للغرض المذكور كما في صورة ادارة مصلحة فلاحية

١١٦ ـ افتراض ثان

اذا لم تقع ادارة المصلحة بما فيه منفعة لصاحب الحق (اي اذا كان الشروع فيها على وجه غير لائق) فلا تتكون علاقة قانونية بين صاحب المصلحة وكل من الفضولي والغير الذي تعاقد معه الفضولي ما لم يكن هناك ما يدعو الى القيام على مقتضى الفصل ٧٢ المتعلق بالاثراء بدون سبب . وبالتالي اذا تعاقد الفضولي مع الغير في حق صاحب المصلحة لا في حق نفسه فلا قيام لهذا الغير لا على مالك المصلحة ولا على الفضولي ولذا يشترط في التطبيق ان يلتزم الفضولي شخصيا ولو بالتعهد فقط بالتحصيل على موافقة صاحب الحق واما الروابط التي بين المتصرف ومالك المصلحة فلا وجود لها في هاته الصورة وعليه فلا قيام بموجب تصرف الفضولي غير ان المتصرف يجوز له ان يزيل ما احدثه من التحسينات على شرط ان ازالة ما ذكر لا تنشا منه مضرة لصاحب المصلحة وان يتسلم ما اشتراه له اذا لم يقبله (الف ١١٨٨)

١١٧ ـ ثالثا في الاهلية اللازمة في مسالة تصرف الفضولي

مبدا اول ـ يجب ان تكون للفضولي اهلية الالتزام فهنا ينطبق المبحث العام المتعلق بفقدان الاهلية التعاقدية .

فرع ـ اذا تداخل عديم الاهلية في مصالح غيره في تدبيرها فقيام مالك هذه المصالح عليه بموجب الخسائر التي تسبب له فيها لسوء تصرفه ربما كان عديم الفائدة اولا ـ غير انه عملا بالفصل ١٠٥ يؤاخذ القاصر بما صدر منه من الجنح او شبهها لكن ليست هاته مؤاخذة بضمان العقد ـ ثانيا ـ وعملا بالفصل ١٣ يكون هذا القاصر دائما ملزوما بقدر ما انتفع به من المصلحة التي ادارها .

مبدا ثان ـ لا يحتاج مالك المصلحة ان تكون له اهلية التعاقد اذ الدور الذي هو قائم به لا يقتضي مباشرة عمل ومطالبته لا تقع الا بموجب حكم الاثراء بدون سبب المبني على اصل تقتضيه العدالة والانصاف فعديم الاهلية المدارة مصلحته يكون

ملزوما لمن ادارها اذا انتفع من عمله هذا .

١١٨ - تابع للباب الاول

في الكلام على مصدر اخر الالتزامات وهو التصريح بالادارة الفردية

قد بحث علماء الحقوق لمعرفة هل ان التصريح بالادارة من جانب واحد يكون اعتباره على مقتضى القانون الفرنساوي مصدر للالتزامات مميزا عن المصادر الاخرى او لا ؟ تماكان هذا المبحث حديث الوضع بالقانون الفرنساوي ظهر لنا لزوم تفسيره هنا على التفصيل لانه ربما لاتوجد تفاصيله في كل التآليف القديمة .

١١٩ - ماهو ياترى مفاد المبحث الوارد في التصريح بالارادة الفردية ؟ الجواب هو انه لايتصور عادة تولد الالتزام عن غير اجتماع ارادتي الجانبين فاذا وعدتك مثلا بالف قرنك على شرط ان تفعل كذا . اوعرضت عليك بيع السلعة الفلانية بثمن قدره كذا فيظهر بادي بدء اني لااكون ملتزما لك حقيقة الا اذا رضيت بالعمل بمقتضى شرط الوعد او قبلت المبيع الذي عرضته عليك وقد سبق لنا عند الكلام على الاصول الواردة في الاتفاقات انه يسوغ لي الرجوع فيما اوجبته على نفسي الى الوقت الذي يصدر فيه القبول امنك لاني في هذا الوقت اصبح مقيدا بايجابي لكن اذا تسببت لك في ضرر برجوعي في الايجاب هل اكون ملزوما بالغرم او لا ؟ فاذا كنت ملزوما به فالتزامي هذا لم يتولد الا عن ايجابي اي ارادتي الفردية حيث لم يقع التعاقد بيننا ولنفرض بعد هذا ان القانون يوجب علي عدم الرجوع في الايجاب الى وقت معين او الى حصول حادثة معينة . فاذا رجعت مثلا بالرغم عن التحجير القانوني فيتولد عن ذلك صيرورتي مضطرا الى تعويض الخسارة المتسببة عن عدم وفائي بالتزامي فقد تولد هكذا الالتزام لكن ما هو مصدره ؟ اذا قلت ان مصدره القانون فقد اصبت لكن يلزم البحث قبل كل شيء عن المبحث القانوني المرتكز عليه النص القاضي باعتبار الارادة الفردية المستقلة عن غيرها مكونة للالتزامات فلا يتسنى لك بغير

ذلك فهم مقصد المشرع ومرمى نصه وحل المسائل التي لها ارتباط بهذا المبدا فالتزامي بعدم الرجوع في الايجاب في الصورة المفترضة انفا لم يكن مصدره تعاقديا اذ العقد لم يتكون لذلك الوقت بسبب عدم حصول القبول لكن بالرغم عن ذلك اكون ملزوما بالرغم في صورة عدم الوفاء اي في صورة رجوعي في الايجاب قبل الابان .

أتوجد هكذا التزامات شبيهة بالالتزامات الناشئة عن العقود من حيث التاثير ومواردها ارادة الواعد الفردية ؟ تلك هي المسألة التي ينبغي حلها فاذا اجبنا عن هذا السؤال بالاثبات نكون قد صرحنا بانه توجد وعود وايجابات محدثة وحدها وقبل قبول الجانب الآخر للالتزامات على من صدرت منه ولربما كان لهذه الالتزامات نفوذ مستمر بالرغم عن ارادة الملتزم وحتى بعد وفاته كما لو اتحدت الارادات ووقع التعاقد مع الملتزم لهم .

١٢٠ - « في وجه فصل المسألة في القانون التونسي »

قد لاحظ المقنن التونسي هذا المبحث . خلافا للقانون الفرنساوي . وما ذلك الا نتيجة تاثير القانون الروماني على الاعمال التحضيرية التونسية اذ تضمن هذا القانون ان بعض مظاهر الارادة الفردية تكون لها صفة التزامات مدنية (كوعد من انتخب للقيام بوضيفة بلدية بالتبرع على البلد والنذر الذي كان يقع من الرومانيين لآلهتهم الخ » لكن هذا المبحث الذي غفل عنه كما قلنا المشرع الفرنساوي اخذ اليوم في الظهور في القوانين العصرية (فالمجلة الالمانية تضمنت الكلام عليه)

اجل ان المشرع التونسي قد لاحظ ذلك المبحث لكنه وضع في اول الامر نصا صريحا في الغائه وهو نص الفصل ١٨ الذي هذا مضمونه (مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام) ثم انه بعد ذلك جوزه بصفة وجه استثنائي في باب ذي اهمية وهو باب الايجاب وقرر العمل به حسب الشروط المنصوص عليها بالفصل ١٩ والفصول

بعده . ولذا قال بالفصل ١ الاول ان الالتزامات تترتب عن الاتساقات وغيرها من التصريحات القصدية .

مبدا اول ـ لا يتولد عن الارادة الفردية التزامات في غير الصور التي نص عليها القانون .

مبدا ثان ـ يترتب عن الالتزام الذي ينشأ بمقتضى القانون على مجرد وعد عين ما يترتب على الالتزام المتولد عن العقد حتى انه يتسلط على الورثة عند موت صاحب الايجاب مثلا .

خلاصة تطبيقية اولى ـ كلما لزم ابقاء الايجاب عاملا مدة معينة او مدة معقولة لا بد منها للطرف الاخر التصريح بقبوله ـ يتولد الالتزام عن الارادة الفردية وهو الالتزام بعدم الرجوع في الايجاب قبل انقضاء تلك المدة كما ذلك في صورة الفقرة الاولى من الفصل ٣٤ القاضية بان من صدر منه ايجاب بمراسلة بدون تحديد اجل يبقى ملزوما الى الوقت المناسب لوصول الجواب اليه في مثل ذلك عادة وكما ذلك ايضا في صورة الفصل ٣٥ الذي هذا مضمونه . لا يمنع اتمام العقد وفاة من صدر منه الايجاب او تقييد تصرفه بعد صدور الايجاب منه اذا حصل القبول من الطرف الاخر قبل علمه بوفاة صاحب الايجاب او تقييد تصرفه . وكما ذلك ايضا في صورة الفصل ٣٣ وصورة الفقرة الثانية من الفصل ٢٠ وغيرهما .

خلاصة تطبيقية ثانية ـ اذا كان الالتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له ذلك هو منطوق الفصل ٢٢ ولهذا النص اهمية كبرى حيث قرر ان في العقود الملزوم بها جانب واحد تكون الارادة الفردية مصدرا للالتزام ونتيجة ذلك هو ان الواعد لا يمكن له ان يتخلص من رابطة الالتزام الا بحصول امتناع الملتزم له من القبول :

خلاصة تطبيقية ثالثة ـ قد تضمن الفصل ١٩ ان الواعد بالجعل باحدى وسائل

الاشهار لمن ياتي بشيء متلف او يتمم عملا آخر يعد مقبولا لمن ياتي بالشيء المتلف او يتمم العمل ولو مع الجهل بالوعد فهناك حقيقة التزام متولد عن ارادة فردية . كما ذلك ايضا في صورة الفقرة الاولى من الفصل ٢٠ التي هذا نصها (لا يقبل الرجوع في الوعد بالجعل بعد الشروع في العمل بمقتضاه) :

فرع اول ما يصدر من الديار التجارية المشهورة من الايجابات بطريق الاعلانات او النشريات او بعرض البضائع للعموم وغير ذلك من طريق الاشهار فيها التزام بتسليم السلع للمشتري بالاثمان المعلن بها مالم تنفذ هذه السلع والرجوع في الايجابات المذكورة يتحتم وقوعه بنفس طرق الاشهار المذكورة :

فرع ثان ـ اصدار شركة لرقاع ماذون بدفع ما بها للحامل يتكون منه في الحين التزام بالدفع للشخص الذي يقدم لها تلك الرقاع وهذا الالتزام مورده ارادة فردية ويمكن للشركة المذكورة حتى اعطاء الضمانات (يمكنها مثلا جعل رهون على املاكها لفائدة من سيشتري منها الرقاع المذكورة) .

فما احتوى عليه هذان الفرعان مستنتج بطريق القياس مما استنبطه المشرع التونسي في موضوع الايجاب اذ يتكون في هذين الصورتين الالتزام قبل حصول القبول .

١٢١ ـ ملاحظة ـ ويجدر بنا ان نلاحظ هنا وان الفقه الاسلامي الذي هو مرتكز على السند المأثورة يجوز في مسالة الحبس التي هي من الاهمية بمكان اعتبار الارادة الفردية محدثة للالتزام . ولنفرض على سبيل المثال ان زيدا حبس وابد دخل عقار على مشروع خيري ولنعتبر لزيادة الايضاح ان هذا المشروع لم يكن موجودا وقت التحبيس كما لو كان تحبيس قاضيا باستعمال الدخل المذكور لاحداث بئر بطريق موصل الى مقام ولي معين وحفظها فالحبس في هذا المثال لا يتسنى له الرجوع في التحبيس مع انه لا يلزم فيه قبول . فاذا ابقى المحبس لنفسه

حق الاستغلال من العقار المذكور مدة حياته فلا يتيسر له تفويته . واذا كان الاستغلال كما هو المتعارف بالبلاد التونسية لذوية المحبس من ذكور واناث او للذكور منها فقط فالمرجع الذي هو صاحب الرقبة لا يعتبر له الوجود الا في الوقت الذي تنقرض له فيه الذوية ويؤول اليه الانتفاع بالوقف ولربما يقع ذلك بعد مرور قرون من تاريخ التحبيس . لكن تتسلط هذه العطية بجميع ما احتوت عليه من الالتزامات لا على الورثة المالكين للاستغلال فقط بل ايضا على من حرم من الارث بالنسبة للعقار المذكور وقد يقع ان المحبس اراد بهذا التحبيس حرمان ورثته من الارث وبالاخص الاناث وان نية التبرع على المشروع كانت عنده ثانية وبالعرض او مفقودة تماما . لكن هذا كله لا يؤثر شيئا على الالتزامات الناتجة عن التحبيس والتي مصدرها ارادة واحدة وهي ارادة المحبس . وهذه الالتزامات تكون عاملة ما لم يستصدر من يهمهم الامر (الورثة او المحبس نفسه) حكما شرعيا في ابطال الحبس لاجل فساد الرضاء او عدم اهلية المحبس عليه او لكونه غير معين

اما المشرع الفرنساوي فانه لا يتصور ولا يجوز مثل هذه التاثيرات القانونية لانه لا يريد الابتعاد عن المبحث الوارد في لزوم اجتماع الارادات لتكوين الالتزامات فاذا وقعت هبة بين احياء وغير مشترط فيها بقاء حق الاستغلال للواهب مدة حياته فانه يتولد عنه التزام بتسليم الموهوب حالا وليس للوقف كيان قانوني ومع ذلك فانه يصير في الحين مالكا للموهوب وفي التطبيق تتداخل جمعية الاوقاف لكن بصفة هيأة ادارية مكلفة باحداث الاوقاف وتنظيمها فاذا حللنا المسالة من الوجهة القانونية المحضة نرى ان الالتزام المحبس لا يمكن ان يتولد عن غير ارادته الفردية (وهذا مطابق للقانون الالماني) .

واقوى دليل على ان ادارة الوقف بعد كيانها (وذلك بتسمية مقدم) لا دخل لها في بقاء الالتزام الذي على المحبس او ورثته الذين ليس لهم حق القيام باستحقاق

العقار المحبس هو انه اذا كان الدخل في المثال السابق او فر من مصاريف احداث وحفظ بئر فالزائد على مقتضى الشريعة الاسلامية تصرفه جمعية الاوقاف على احباس اخرى عامة بدون ان يكون لورثة المحبس حق المعارضة في ذلك . وكذلك اذا تعذر احداث الموقوف عليه وانعدم فالمنفعة تنتقل لوقف اخر ولا يرجع الحبس ابدا للمحبس ولا لورثته .

وبخلاف هذا جاء القانون الفرنساوي اذ الاهمية فيه للمبحث الوارد في اجتماع الارادات لتكوين الالتزامات . وهذا احسن تطبيق للمبحث القاضي باعتبار الارادة الفردية موردا للالتزامات (وهو مطابق لما بالفصل ٨٠ ومابعده من القانون المدني الالماني) .

١٢٢ - تابع للباب الاول - المصدر الثالث والرابع للالتزامات وهما الجنح وشبهها

نظريات عامة تتعلق بالمسؤولية في القانون التونسي

اذا حصل ضرر لشخص ولم يكن هو المتسبب فيه وحده فمن يجبر هذا الضرر وعلى من يحمل الغرم ؟ ذلك هو المشكل الذي ينبغي حله وهو مشكل اثار من المباحثة بين علماء الحقوق مالم يثره سواه ومن المستحيل ان تاتي في هذا المختصر ولو بصفة موجزة بجميع الخلافات التي اشتد فيها الجدال بين علماء الحقوق الفرنساويين من مؤلفين ومشرعين . فيكفي لحصول المقصود ان نبين بايجاز الوجه الذي اعتمد عليه المشرع التونسي عند وضعه لاحكام المسؤولية . ويلوح ان ما استنبطه هذا المشرع في الموضوع قد فاق حسنا ما اورده المشرع الفرنساوي ما عدى مسالة المسؤولية التي تحمل على الانسان بسبب فعل غيره (راجع العدد ١٦٠ من هذا الشرح) وفعلا قد جاء الفصلان ٩٦ - ١٠٣ من المجلة التونسية باحكام موسعة لنطاق المسؤولية بما تقتضيه الحاجيات العصرية يمكن ان يتسبب الضرر الذي يلحق الغير عن امور مختلفة .

١٢٣ ـ اولا : عن فعل غير جائز ارتكب بقصد الاذاية ومعاقب عليه بمقتضى القانون الجنائي مراعاة للصالح الاجتماعي والنظام العمومي . ومن المسلم ان من لحقه الضرر يكون له حق طلب جبر هذا الضرر بالمال والقانون الجنائي يسعفه ايضا بتضامن المشتركين في الجرم . وقد وضع المشرع التونسي الفصل ٨٢ من مجلة العقود والالتزامات في منح المعتدى عليه حق طلب تعويض الخسارة

ثانيا : عن فعل غير جائز ارتكب بقصد الاذاية لكنه غير معاقب عليه بمقتضى القانون الجنائي لكونه لا يهم النظام العام . وفي هذه الصورة ايضا يحق للمعتدى عليه طلب جبر الضرر ممن تسبب له فيه . وهذا الحق نص عليه الفصل ٨٢ المتقدم ذكره وتحقيقا لجبر الضرر قرر المشرع بالفصلين ١٠٨ ـ ١٠٩ فان على المشاركين والمتواطئين ضمان الخيار عند تعذر تعيين مسؤولية كل منهم .

ثالثا : عن فعل غير جائز يفيد صدور الخطا من مرتكبه (عند تعدد الفاعلين يطبق الفـ ١٠٨ ـ ١٠٩) ولو كان قصد الاذاية مفقودا (الفـ ٨٣) ففي هاته الصورة مسؤولية الفاعل اخف من مسؤوليته في الصورتين المتقدمتين

ملاحظة ـ ولان لم نر الى حد الآن الا مطابقة محسوسة بين طريقتي القانون التونسي والفرنساوي في هذا الموضوع فهناك مباينة من حيث التعبير اذ خصصت المجلة الفرنساوية لفظة (تقصير وخطا) لصورة الجنحة المدنية التي فيها قصد الاذاية (الفـ ١٣٨٢) وقابلتها في صورة شبه الجنحة المفقودة فيها نية الاذاية بلفظة (غفلة او عدم احتياط) (الفـ ١٣٨٣) بخلاف المشرع التونسي . فانه جعل لفظة خطا التي خصصها بشبه الجنح مقابلة للفظتي نية الاذاية المختصتين بالجنح كما يستفاد ذلك من جملة (عمدا واختيارا) التي تضمنها الفصل ٨٢ وقد ضمن بالفصل ٨٣ هذا التعريف للخطا : الخطا هو ترك ما وجب فعله او فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر . فلا يسعنا حينئذ الا اتباع هذا الاصطلاح في

شرحنا وسناتي عن الكلام على شبه الجنح بمبحث الخطا ولو انه مضمن بالاحرونية في مبحث الجنح

رابعا : عن فعل جائز الا انه فيه ما يقتضي تجاوز مرتكبه ما له من الحق فقصد الاذاية هنا ربما يكون دائما موجودا بيد انه غير لازم وقد تضمن الفـ ١٠٣ من مجلة الالتزامات الكلام على هذا المبحث الجدير بالاهتمام والذي هو حديث في القانون واليك نص هذا الفصل : من فعل ما يقتضيه حقه بدون قصد الاضرار بالغير فلا عهدة مالية عليه ـ فاذا كان هناك ضرر فادح ممكن اجتنابه وازالته بلاخسارة على صاحب الحق ولم يفعل فعليه العهدة المالية . : (راجع العدد ١٧٦)

خامسا : عن فعل مضر بالغير صادر من اشخاص غير مكلفين لكن مسؤوليتهم عائدة تحت قيود على من تعهد بمراقبتهم (الفـ ٩٣) لكن سنرى ان للقنن التونسي اختصر غاية الاختصار غاية الاختصار الكلام على المسؤولية التي تترتب بموجب افعال الغير (وهي مسؤولية القريب والمخدوم وغيرهما) التي تضمن الفـ ١٣٨٤ من المجلة المدنية الفرنساوية الكلام عليها

سادسا : عن فعل مضر بالغير صادر من حيوان وقد جعل الفـ ٩٤ مسؤولية ما ينشا عن ضرر هذا الحيوان على الاشخاص المكلفين بحفظه لكن تحت بعض قيود وهذا النص يقابله نص الفـ ١٣٨٥ من المجلة الفرنساوية

سابعا : عن الاشياء التي في حفظ الانسان على الشروط المبينة بالفـ ٩٦ والفصول بعده (الفـ ١٣٨٦ من القانون الفرنساوي وقد اتبع هنا المشرع التونسي طريقة فسيحة المجال يحصل بها جبر الضرر .

ففي الصور السبع التي مرت علينا فكرة الخطا موجودة بلا جدال ما عدى فيما يتعلق بتجاوز الحق وذلك لان القانون التونسي يعتبر الغفلة وعدم التنبه

وغيرهما كالخطا

١٢٤ ـ ثامنا : عن حادثة تسبب فيها شخص لا ينسب اليه تقصير ولا غفلة ولا عدم احتياط ولا نية اذاية ولا تجاوز حق .

المشرع التونسي مثل المشرع الفرنساوي سكت عن هذه الصورة لان وقوع ذلك قليل جدا . والمسائل التي من هذا النوع يمكن دائما الحاقها بالصور المتقدمة الذكر وبالاخص صورة الفصل ٩٦ لكن من الوجهة النظرية لا يتحمل نتائج الضرر الا الشخص الذي نالته الخسارة بسبب الحادثة المذكورة

هذا وان سلوك المحاكم الفرنساوية في احكامها دائما يرمي الى تسديد النقص الذي بالقانون وذلك بتاويلها للمسائل التي من هذا الباب بصورة أرفق للانصاف معتبرة فيها نطاقا شاسعا بجواز فكرة الخطا لكن يعتبر طبيعة في تقدير الغرامة ما ينسب من المسؤولية لمن لحقه الضرر بناء على غفلته وعلى عدم اخذه ما يلزم من الاحتياط . فاذا داست سيارة مثلا احد المارين في الوقت الذي التفت فيه ليسلم على حبيب له مارا ايضا بالطريق وكانت السيارة المذكورة تسير سيرها المعتاد فمن المسؤول ؟ لا يمكن توجيه المسؤولية على الحبيب كما انه ليس هناك خطا ينسب لمن حصل له الضرر ولا شيء ايضا فيما يظهر على السائق . وكذلك اذا انفجرت عجلة سيارة بسبب شدة الحر مثلا وجرحت عدة مارين . فلربما كان هناك خطا على معنى الفصل ٨٣ ينسبه اما للسائق او لمالك السيارة الذي اباح استعمالها والحال ان بها سقوطا . لكن كيف يقع اثباته ؟ وعلى من ؟ وكذلك اذا سقطت اشجار كانت على حافة ممشى عمومي وقتلت عدة مارين فكيف يمكن اثبات انها لم تغرس كما ينبغي ؟ او لم يقع الاهتمام بخدمتها ؟ .

قد جرى عمل المحاكم الفرنساوية في هذه الصورة باعتبار المجالس البلدية مسؤولة . وايضا اذا طارت شرارة نار من بخارية رتل حرقت كوما من التبن

كان بالقرب من خط السكة الحديدية . اجل ان في هاته الصورة ينسب لمن تضرر من الحريق عدم اخذ الاحتياط بوضعه الكوم المذكور اين ذكر لكن هنا يغرم للمتضرر المذكور بعض الخسارة ؟ يرى بعض المؤلفين ان القوة القاهرة لها دخل في هذه الصور يسمح بحمل بعض الخسارة على المتسبب في الحادثة ولو لم يصدر منه خطا .

هذا وان البحث في مسألة الخسارة الناشئة عن القوة القاهرة والامر السماوي ربما يبعدنا عن الغرض المقصود من هذا التاليف ولا نظن ان المشرع التونسي وضع بالمجلة مسألة الضرر الناتج عن القوة القاهرة بجميع الفروع التي استخرجها علماء الحقوق منها بل انه جعل فكرة الخطا مبنى للمسؤولية الجناحية ما عدى صورة الفصل ١٠٣ التي ربما كانت الفكرة مفقودة منها . وهناك بعض صور في الخطا الغيت من الفقرة الثانية من الفصل ٩٦ بحيث انه لم يبق الا صورة واحدة تتعلق بخطا من لحقه الضرر وعلى كل حال فانه يستنتج من هذا النص ومن النصوص المتشربة من الفكرة المذكورة (من الف ٩٤ الى الف ١٠٠) ان قرينة الخطا ليست في هاته الاحوال مرتبطة لزوما بتملك الاشياء المتسببة في الضرر بل تحمل المسؤولية على من ينسب اليه الخطا ولو لم يكن مالكا للاشياء المحدثة للضرر فهذا يبعدنا عن مبحث ضمان الضرر الناشيء عن الامر السماوي والقوة القاهرة هذا ومما يلزمنا التنبيه اليه هو ان المصلحة الحقيقية من كل هاته الخلافات تحوم حول شيء وهو معرفة على من يكون عبء الاثبات فالمبحث الوارد في مسالة الضرر الذي ينشأ عن الامر الطاريء والقوة القاهرة يرمي الى حمل هذا العبء خلافا للقاعدة على كاهل المدعى عليه فقد جاء حينئذ هذا المبحث بالنظر لمن لحقه الضرر حيث يرفع من على كاهله عبء الاثبات ليضعه على كاهل خصمه لكن هذه النتيجة نفسها تحصل بتطبيق الفصل ٩٦ الذي اثبت قرينة خطا ضد المدعى عليه فهذا النص لا غنى عنه في موضوع

المسؤولية لانه ينطبق بدون شك على كل الصور التي سلف ذكرها وعلى ما يشبهها من بقية الصور . بيد انه يلزم ضبط ان مالك الشيء الذي تسبب عنه الضرر لا يكون دائما المسؤول وانه على المخدومين والاصيليين من جراء ما يتسبب فيه خدمتهم وعملتهم من الضرر بتفريطهم فكثيرا ما يحدث بسبب ذلك ان من لحقه الضرر لا ينتفع من قيامه لكون المتسبب في الضرر والمسؤول به عديم كسب .

تاسعا ـ عن فعل ناتج عن تفريط من لحقه الضرر خاصة كما في صورة من يرمي نفسه تحت رتل بقصد الانتحار .

عاشرا ـ عن فعل ناتج عن خصوص القوة القاهرة (كفيضان المياه او الزلزال او غير ذلك) .

ففي هذين الصورتين الآخيرتين مسألة المسؤولية لا يتصورها العقل لكن اذا لم يكن الزلزال مثلا يحدث وحده الضرر بل ان هذا الضرر تسبب فيه ايضا سقوط دار كانت على حالة فاسدة حتى انها انهدمت بمجرد الارتجاج . فالصورة التي تكون فيها هي احدى الصور المتقدمة وبالأخص السابعة منها .

١٢٥ ـ اولا ـ في الكلام على الجنح

تعريف ـ الجنحة هو كل فعل غير جائز ومسند يتسبب به الشخص في ضرر غيره عمدا واختيارا (الفـ ٨٢) . فهذا تطبيق لمبدا عادل جلي . تكون الجنحة جزائية اذا استوجبت عقوبات قانونية وتكون مدنية اذا استوجبت الغرم المدني فقط . والجنحة الجزائية تترتب عليها دائما دعوى مدنية في جبر الضرر .

قد تضمن التعريف المذكور اربع صفات يليق بنا تحليلها .

اولا ـ فعل غير جائز

يوصف الفعل هكذا اذا كان فيه ما ينافي القانون او فيه تجاوز حق اي اجراء حق بصفة منافية للمعتاد وللقانون فبمجرد تعاطي ما يقتضيه الحق لا تتولد

عنه جنحة ولو نتج عن ذلك كدر وضرر فلا يسمع للجار قول اذا طلب ازالة اضرار اوجبتها طبيعة المجاورة اي التي الجار ملزوم عادة بتحملها كدخان المداخن وما اشبه من المضار التي لا محيص عنها لكن على شرط ان لا تتجاوز الحد الاعتيادي (الفـ ١٠٠) وقد قرر المشرع التونسي بالفصل ١٠٣ ان تجاوز الحق تتولد عنه المسؤولية المدنية في الاحوال التي سنمعن فيها النظر . واللائق بشرحنا ان نتكلم هنا على هذا المبحث وان كان الاحسن ان يوضع عقب الكلام على شبه الجنح .

١٢٦ ـ في الكلام على تجاوز الحق

قد ضمن المشرع هذا المبحث بالفصل ١٠٣ وبعد ان وضع به المبدا القاضي بان من فعل ما يقتضيه حقه فلا عهدة مالية عليه . استثنى الصورة التي اجراء الحق فيها يتسبب عنه ضرر فادح كان اجتنابه ممكنا بلا خسارة على صاحب الحق ولم يفعل هذا الاخير ما يلزم لمنع هذا الضرر او لازالته ولهذا المبحث نطاق متسع مع وجود قيدين يفيدان انه يلزم .

اولا ـ ان لا يكون في اجتناب الضرر خسارة ذات بال .

ثانيا ـ ثبوت ان صاحب الحق لم يقم بما يلزم لمنع وقوع تجاوز الحق او لازالته . فهناك نوع ما من الخطا في كون اجراء الحق لم يقع طبقا للغرض الاجتماعي المألوف وهناك ايضا ما يفيد فكرة التضامن الاجتماعي الذي بين ارباب الحقوق والقاضي بان حق الشخص مقيد بحق غيره .

وقد جرى عمل المحاكم الفرنساوية باعتبار تجاوز الحق موردا للمسؤولية لكنها تبحث بصفة عامة في المسائل التي تعرض عليها لمن الركن الاعتباري وهو القصد لتعتبر ايضا فكرة التقصير (ولفظة تقصير ماخوذة هنا بالمعنى الذي جاء به الفصل ١٣٨٢ من القانون الفرنساوي) ويلوح ان هذا الركن الاعتباري موجود في القيد الثاني الذي سبق الكلام عليه لكنه غير لازم فيما يظهر لنا . وعليه فيمكن

ان يكون هناك تجاوز حق بدون وجود قصد الضرر . فالحاكم له النظر المطلق لا فيما يتعلق بجبر الضرر المتسبب عن اجراء الحق فحسب بل ايضا في ازالته باعدام السبب .

هذا ويظهر ان القانون التونسي ادخل شيئا جديدا بالنسبة للقانون الفرنساوي الذي لم يتعرض لمسألة تجاوز الحق لكن المحاكم الفرنساوية اعتمدت هذا المبحث في عدة صور داخلة في تعريف الفصل ١٠٣ وغاية ما يقال هو ان هذا الفصل يستفاد منه ان المشرع التونسي يميل اكثر من غيره الى اعتبار تجاوز الحق . وبالتالي فهو يجوز باكثر سهولة مسألة المسؤولية المترتبة عن الجنحة .

وهنا نذكر باختصار بعض صور تطبيقية تتعلق بهذا المبحث .

اولا ـ هددت نقابة عملة صاحب محل صناعة بمقاطعته اذا استخدم عاملا غير منخرط في النقابة او اذا لم يطرد عاملا غير داخل فيها او انها هددت بمثل ذلك صاحب محل مشروبات اذا ناول الشرب لعلة غير منخرطين بالنقابة .

ثانيا ـ منع انسان باستعمال الحيل من جعل وصية او من الرجوع في وصية (بدون ارتكاب جنحة جزائية)

ثالثا ـ اقام زيد تنكيلا على جاره عمرو شقة حائط بحد من حدود عقاره الخاص لاينتفع بها . ومنع هكذا عمرا من التمتع بالضوء والهواء .

رابعا ـ هناك صور تطبيقية عديدة في مسألة التنكيل باستعمال اجراءات عدلية في غير محلها كما في صورة تسليط الدعاوي بقصد التنكيل وكذلك صورة الافراط في استعمال طرق التنفيذ او في استصدار العقل وغير ذلك .

خامسا ـ امتنع صاحب معمل من استخدام عامل لكونه منخرطا في احدى النقابات لاغير .

سادسا ـ التنليط بالاعلانات التجارية وبالاخص صورة التاجر الذي يعلن

كذبا بان لديه سلعا ستباع بابخس ثمن لوقوع تصفية البضائع بمحل تجارته .

سابعا ـ توجد صور عديدة في تطبيق المبحث الوارد في تجاوز الحق وذلك في مسألة الضرر الذي ينشأ عن الاشغال العامة التي تباشرها الادارات العامة والشركات الكبرى . وفي مسألة الضرر الذي ينشأ عن الجوار او عن الاماكن المتعفنة وغيرها .

ففي كل هاته الاحوال المتقدمة التي استخرجناها من الاحكام الفرنساوية ليس على من لحقه الضرر اثبات قصد الاذاية .

١٢٧ ـ ومع تجاوز الحق المقصود بالذات قد توجد ايضا الافعال الغير الجائزة التي يمكن ان تتكون منها الجنحة المدنية وسنذكر امثلة عديدة فيها عند الكلام على الاركان الاخرى المكونة للجنحة المذكورة فعلى مقتضى ماجرى به العمل لدى المحاكم الفرنساوية تعتبر افعالا غير جائزة .

اولا ـ القذف الذي يقع التفوه به بمحل خاص او بمكتوب موجه لغير الشخص المقصود بالقذف لكن بدون ان تكون هناك جنحة جزائية بسبب فقدان الاشهار الذي هو احد اركانها .

ثانيا ـ ابعاد زبناء وكيل او عدل بالتكلم في سمعتهما ولو لم تكن هناك جنحة جزائية وبالعكس ليس هناك تجاوز حق او فعل غير جائز بالاخبار بمخالفة ارتكبت ضد مصلحة الدولة ولو كانت للمخبر نته الاذاية وذلك لانه من حقوق هذا المخبر ومن بمصلحته بصفته فردا من الافراد الموظفة عليهم الضرائب ان يسعى في وقوع استخلاص مالدولة على الصفة المرغوبة وقد اقتصر المخبر هنا على اعانة الدولة في العثور على المطلوبين لها .

١٢٨ ثانيا فعل مسند . اي ينسب لفاعله

قد تضمن الفصل ٨٢ لفظة (عمدا) التي تفيد وجود الميز عند مرتكب

الجنحة لانه اذا كان الميز مفقودا فلا جنحة مدنية لفقدنية الاضرار لكن سنرى فيما بعد انه يمكن ان يوجد في هذه الصورة شبه جنحة مدنية قاضية بضمان من كان تحت حفظه انسان غير مكلف ولم يقم بما يلزم لحراسته وقد ذكر القانون التونسي بعض صور تطبيقية تتعلق بالمبدا القاضي بان عدم الميز ظرف ينتفي به التقصير وبالتبعية المسؤولية الجناحية .

صور تطبيقية تتعلق باسناد الفعل

اولا - في السكر الغير الاختياري (الفصل ١٠٢) اذا كان السكر اختياريا فهناك فعل مسند وجنحة مدنية فالسكر يحمل على الظن انه اختياري الى ان يثبت خلاف ذلك :

ثانيا - لا جنحة مدنية على من صدر منه فعل مضربا لغيروهو في حالة الدفاع الشرعي (الفصل ١٠٤) ان مبحث الدفاع الشرعي المضمن بهذا الفصل مختص بالمادة المدنية وواسع النطاق فيلزم ان لا يلتبس بمبحث الدفاع الشرعي المنصوص عليه بالقانون الجنائي وقد عرف الفصل المذكور الدفاع الشرعي بقوله « هو حالة من التجا الى دفع صولة صائل اراد التعدي على النفس او المال سواء كان ذلك للمدافع او لغيره » .

ثالثا - لا جنحة مدنية ايضا اذا كانت المضرة بامر طارئ او قوة قاهرة ولم يقع خطا ينسب للمدعى عليه قبل الحادثة او في اثنائها (الفـ ١٠٤) .

رابعا - كما لا جنحة مدنية اذا كان المتسبب في المضرة في حيز الاكراه سواء كان الاكراه بدنيا ومعنويا .

خامسا - لا جنحة ايضا اذا كان المتسبب في المضرة فاقد الشعور عاجزا عن ادراك عواقب فعلة (كاصحاب العاهات الفصل ١٠٦) والمجانيس حال جنونهم (الفـ ١٠٥) وللاحظ ان نوبة المجنون اذا كانت في الحقيقة نوبة سكر اختياري فالعمل يجري

بمقتضى احكام الفصل ١٠٢ وكذلك الصغير لا لكونه صغيرا وانما لكونه عديم الميز بسبب صغر سنه (الفـ ١٠٥)

١٢٨ ضابطة - يؤاخذ الصغير وبصفة عامة القاصر بما يرتكبه من الجنح المدنية (الفـ ١٠٥) على شرط ان يكون مميزا الآن لا يؤاخذ الا اذا بلغ اعوام ١٨ حسب امر عام ١٩٣٧ فيؤاخذ مثلا الصغير الذي سنه عشرة اعوام اذا جرح احد رفقائه جرحا بليغا برمي الحجارة عليه خبثا منه .

سؤال - كيف يكون الامر فيما يتعلق بالمحجور عليهم المذكورين بالفصل ٦ ؟

الجواب هو ان الفصل ١٠٥ لم يتعرض لذلك لكن الاصول التي تقدم وضعها قاضية بحل هذا المشكل ويكفي مجرد البحث لمعرفة هل القاصر المتسبب في الضرر كان وقت صدور ذلك منه قادرا على الميز والادراك او لا فاذا كان فاقدا لهما فلا ضمان عليه فعدم الاهلية المدنية لا تنتفي بها وجدها الجنحة المدنية ولا المسؤولية

١٣٠ - ثالثا - فعل مضر بالغير

تضمن الفصل ٨٢ ان الضرر يكون سببه موجودا في الحال ومحققا .

ثم ان الفصل المذكور اشترط ان يكون بين الخطا والضرر النسبة التي بين السبب والمسبب اي ان يكون الضرر نتيجة الخطا . فاذا قام مثلا زيد الذي صدر له الحكم من المجلس الابتدائي في نازلة ضد عمرو على وكيل مطالبا له بغرم ما حصل له من الضرر بسبب ما ارتكبه هذا الوكيل من جلب شخص قريب لعمرو وكتابة المحكمة بقصد طلب الاستئناف باسم قريبه المتغيب فبدون شك ان مجرد وقوع الاستئناف ولو كان في طريقه مضر بمصالح زيد حيث انه يطول بسببه فصل النازلة نهائيا مدة عام وتنشا عنه مصاريف اخرى يتممها زيد لكن لا ضمان على الوكيل المذكور المنسوب له الخطا الذي سببه في الظاهر هو الاستئناف اذا ثبت بالبحث في النازلة ان عمرا قبل غيابه وفي الوقت اللازم لصدور الحكم الابتدائي

سلم للوكيل المذكور توكيلا قاضيا باستئناف ذلك الحكم في حقه وباختصار فانه يثبت ان تداخل الوكيل لم يكن هو السبب في الاستئناف بل هذا الاستئناف كان نتيجة اجراء حق مخول من القانون لا نتيجة خطا من الوكيل . ففي هاته الصورة لا وجود للنسبة التي بين السبب والمسبب المشترطة بالفصل ٨٢ ولا يمكن ان يتعلق الغرم بضرر لا علاقة له بالخطا الصادر من المدعى عليه بل لا بد من ان يكون الضرر نتيجة هذا الخطا غير انه يمكن ان يتعلق بالضرر الذي لا ينشا راسا عن فعل الغير وانما حدوثه كان له نوع ارتباط باحدى نتائج الخطا المنسوب المطلوب بالغرم . وعليه فهذا السبب يجوز ان يقال انه يدخل تحت احكام الفصل ٨٢ الضرر الذي لم يكن مباشرة نتيجة الفعل وانما كان له نوع ارتباط بالفعل

ضابطة اولى - لا يكفي مجرد وجود الضرر لتكون هناك جنحة مدنية بل يلزم ايضا ان يكون في الفعل المتسبب عنه ذلك الضرر خرق لحق حاصل للمدعي ومتعلق بشخصه .

١٣١ - ضابطة ثانية - يلزم ان لا يكون الضرر متسببا عن خطا من لحقه . وقد جرى العمل دائما في مسألة حوادث الرتل والعربات بهذه القاعدة وهي انه لا يحكم بجبر الضرر الناشيء عن خصوص عدم احتياط المتضرر لكن اذا لم يكن عدم احتياط المتضرر هو السبب الوحيد في الضرر فعلا تنتفي المسؤولية تماما على من شارك ايضا بتقصيره في احداث ذلك الضرر او في ازديادة وانما يخفض من مقدار الغرم واليك هذا المثال الواضح . زاد سائق الترامواي قصدا في سرعة السير واذاك اراد احد الركاب النزول في ذلك الوقت فسقط ومات فالتفريط هنا يكون مشتركا بين السائق والهالك فالمسؤولية مشتركة ايضا .

مثال آخر - ظهر لسائقي عربتين ان يتسابقا داخل البلد نحثا في السير وكانت سيارة مقبلة من الامام سائرة مثلهما سيرا حثيثا داخل البلد ايضا فتصادمت

العربات وحدثت بسبب ذلك مضار فالمسؤولية هنا مشتركة .

مثال آخر - اجتمع صبيان عمرهما نحو الخمسة عشر عاما يلعبان برمي الحجارة على بعضهما حتى جرحا بعضهما فالمسؤولية هنا مشتركة ايضا . ولربما كان اشتراك المسؤولية سببا في عدم قبول القيام بالضمان من كليهما . والحاكم له النظر في ذلك . وقد تعرض في بعض الاحوال قضايا دقيقة من هذا القبيل فيلزم التبصر منها لان التفريط ولو كان خفيفا يترتب عليه جبر الضرر في مسألة الجنح وشبهها .

١٣٢ - ضابطة ثالثة - هذه الضابطة تتعلق بالضرر المعنوي (الف ٨٢) .

هذا الضرر الذي يتسلط خصوصا على الاحساس ويصعب غالبا تقديره بالمال فليس المقصود منه جعل قيمة مالية للام او لعاطفة الولاء بل يلزم ان يكون ضررا حقيقيا مبنيا على اسباب معنوية كما في صورة العائلة التي اصبحت بدون كفيل والابناء الذين ساء مستقبلهم بسبب فقدان ابيهم بفعل فاعل . والبنت التي اصبحت بحادث من الرتل الذي افسد وجهها غير مرغوب فيها للزواج الى غير ذلك من الصور وقولنا الضرر الحقيقي : الضرر الذي يمكن تقديره بالمال .

هذا ويستفاد مما هو مقرر بالفصل ٨٢ ان كل ضرر معنوي ينبغي ان يترتب عليه ضرر ما لي قابل للتقدير والتعويض وبالمثال يتضح الفرق بين الضررين (اي المادي والمعنوي) . انسان اقام بجوار عقار وافر الدخل محلا في وجوده خطر فانحطت بسبب ذلك قيمة الاول فهذا هو الضرر المادي ومبارحة السكان للمحل الاول او انعدام الرغبة في سكناه ذلك هو الضرر المعنوي الناتج عن سبب معنوي فما الفصل ٨٧ من م . ت الا تطبيق للمبدا القاضي بان الضرر المعنوي يتولد عنه ضمان الجنحة فهذا النص يخول حق القيام بالغرم المدني بدون ان يمنع حق القيام جناحيا كمن تضرر من قذف او شتم او اذاعة ثلب على طريق صحف الاخبار .

والضرر المعنوي هو الذي يلحق الشخص فيما له من الاعتبار والجاه بين الناس وقد يحصل معه ضرر مالي بسبب تاثير ضياع الاعتبار والجاه على مصالح المعتدى عليه المادية وقد جاء الفصل ٩٩ بان للمجاورين حق القيام على اصحاب الاماكن المضرة بالصحة او المكدره لراحتهم بطلب ازالتها او اتخاذ الوسائل اللازمة لرفع سبب المضرة . والاجازة المعطاة لاصحاب تلك الاماكن من السلطة الادارية لا تسقط حق المجاورين في القيام . فيستفاد من هذا النص ان الضرر المادي هو الذي يبني عليه الحاكم رايه ففي صورة قتل صبي صغير جدا مثلا او قتل اب طاعن في السن وعاجز كان في كفالة ابنه القائم بالدعوى يجب على الحاكم ان لا يرتكب الشطط في اعتباره الضرر المادي الناشيء عن قتل من ذكر للقائم بالدعوى وان لا يتشدد حينئذ في القيمة التعويضية لكن ذلك لا يمنع من ان ينبني الحكم على وجود الضرر المالي الذي هو في مسألة الحال ضياع كفيل للمستقبل او حرمانا من نصائح من دربته حوادث الدهر وكذلك انحراف بدني او ارتباك بعض مصالح بسبب قتل من ذكر الخ . وعليه فان قتل كبير عائلة يعتبر الحاكم لتقدير الغرامة التي تستحقها العائلة الحالة التي كان عليه الهالك من الوجهة الصحية وما كانت له من المقدرة على ادارة شؤن عائلته .

١٣٣ ـ ضابطة رابعة ـ تتعلق بالضرر المتوقع

فعبارات الفصل ٨٢ هاته (فعلية جبر الضرر الناشيء عن فعله) تؤيد المبدا القاضي بانه لا بد لتولد الضمان من ضرر ممكن تقديره بالمال ومحقق . فاذا قتل مثلا تاجر مفلس فبانوءه يطلبون تعويض الخسارة الناشئة عما سبق شرحه بالتحرير الذي قبل هذا لكن ليس لغرمائه طلب اداني تعويض استنادا على شيء موهوم وهو ان مدينهم القتيل كانت ترجح له حقوقه لو بقي بقيد الحياة وفي هذه الصورة يحكم بالتعويض لاولياء القتيل الذين كان الهالك ملزوما لهم بالنفقة ولا يعطى شيء

لغيرهم من الاقارب .

مثال آخر ـ ليس لجاري زيد القيام على الغرم بدعوى ان ما باشرته من الاشغال بملكي ربما يضر في المستقبل شيئا فشيئا بمتانة احد عقاراته وذلك لان الضرر احتمالي وتخميني .

هذا ويجب عدم التباس الضرر المتحقق الوقوع لكونه ناتجا عن امور موجودة في الحال تنتاج بمعرفة نتائج الضرر حالا كما في المثال الذي اسلفناه وهو مثال اقامة المحل الذي في وجوده خطر على محل قريب منه . ولكن ولو في هذه الصورة يلزم ان يتوفر لدى الحاكم ما يتوصل به لثبوت الضرر .

١٣٤ ـ رابعا ـ قصد الاضرار

فاذا فقد هذا الركن فليس هناك سوى شبه جنحة وسياتي تفصيل ذلك وفعلا فان الفصل ٨٢ تضمن لفظة (اختيارا) يترتب عما تقدم ما سياتي من النتائج .

اولا ـ لا جنحة مدنية في الجرائم جنحا كانت او مخالفات اذا كانت نية الاذاية مفقودة منها ففي مقدمة الجرائم التي من هذا النوع جريمة قتل الخطا وهناك بعض جرائم اخرى لا تنكون منها جنحة مدنية ولا ما يشبهها اذا لم تتسبب في ضرر لاحد كما في صورة المحاولة في الجنايات او الجنح .

ثانيا ـ يمكن ان توجد جنحة مدنية لا جريمة فيها سبب واحد وهو ان القانون الجنائي لم ينص على اعتبارها جريمة . راجع الامثلة التي سبق ذكرها بمناسبة المبحث فيما يتعلق بالفعل الغير الجائز الذي هو احد اركان الجنحة المدنية .

ثالثا ـ كل الجرائم التي فيها قصد الاذاية تنكون منها الجنحة المدنية لكن على شرط حدوث الضرر بالفعل او المتوقع الوقوع .

١٣٥ ـ ملاحظة : من المفيد ان نبين المصلحة من هاته التفرقة .

اولا : تتولد عن الجنحة المدنية الحقيقية دعوى مدنية ترفع للمجالس الابتدائية

التي نظرها مدني واما الدعوى المدنية المتولدة عن جريمة فترفع اما للمجلس المدني او للمجلس الجزائي الذي له النظر في الجريمة وفي هذه الصورة الاخيرة تكون الدعوى المدنية ملحقة بدعوى الحق العام .

قد قلنا ان في كل الاحوال يمكن عرض دعوى الغرم راسا على المحكمة المدنية فهاته القاعدة يعمل بها حتى في صورة صدور الحكم من المجلس الجزائي بترك سبيل المتهم او في صورة انقراض الدعوى الجنائية بسبب وفاة المتهم او صدور عفو عام .

ثانيا : مصلحة التفرقة المذكورة من حيث تضامن من تواطؤوا على الجنحة في تعويض الخسارة فاذا كانت الجنحة حقيقة مدنية فانه يجري العمل بالفـ ١٠٨ - ١٠٩ اللذين هذا مضمونهما - اذا حدث ضرر من اشخاص متعددين معا فعليهم ضمانه بالخيار في خصوص الصورة التي يتعذر فيها تعيين الفاعل لذلك او قدر ما ينسب لكل منهم في الضرر .

واما اذا كانت الجنحة جزائية ومدنية في آن واحد فيطبق الفـ ٢١ من القانون الجنائي الذي هذا مضمونه (كل الاشخاص المحكوم عليهم بحكم واحد بموجب افعال شملتها محاكمة واحدة متضامنون حتما في دفع العوض وقيمة الضرر)

ثالثا : مصلحة التفرقة المذكورة من حيث الاجبار البدني فاذا كانت الجنحة جزائية ومدنية في آن واحد جاز على مقتضى الفـ ١٧ من القانون الجنائي الاجبار بالسجن تنفيذا لما حكم به المجلس الجزائي من الترجيع والغرم واما اذا كانت الجنحة مدنية محضة فالتعويض بالسجن تنسحب عليه احكام الفـ ٢١٤ - ٢١٦ من قانون المرافعات المدنية . فالجبر بالسجن في هذه الصورة لا يمكن تسليطه الا ان ظهرت من المحكوم عليه سوء نية او محاولة اخفاء مكاسب ولا يمكن ان تتجاوز مدة ستة اشهر لتنفيذ حكم واحد .

١٣٦ - : ذيل لمبحث الجنحة المدنية
في الغرامة التعويضية

اذ توفرت في الجنحة المدنية او شبهها الصفات التي عينها القانون جاز القيام بالغرم للتحصيل على تعويض الخسارة . فالغرامة التعويضية اذن هي جبر الضرر المتسبب عن تقصير الغير او فعله غير الجائز

اولا : لمن يمكن القيام بطلب تعويض الخسارة

مبدا - لكل شخص لحقه ضرر متسبب عن جنحة او شبه جنحة ان يقوم بطلب جبر ذلك الضرر

فرع اول ؛ يكون هذا القيام لمن ذكر ولو لم يلحقه الضرر مباشرة وانما هذا الضرر تاتي راسا من فعل المقوم عليه فمن سوغ محلا للغير يقوم بالخسارة على من شاغب ذلك الغير في التصرف في العقار . وكذلك شركة التامين عن الحريق تقوم راسا على من احدث حريقا بمحل مشتركيها . وفي صورة القتل يجوز لجميع اعضاء عائلة القتيل الذين كان لهم الهالك سندا والذين لحقهم ضرر مهما كانت صفته بسبب فقده ان يقوموا مباشرة على القاتل بالغرم ويجوز القيام حتى في صورة عدم وفاة المعتدى عليه واذا لحق الضرر اولياءه جاز لهم القيام ايضا . وللزوج والاب ان يقوما ايضا بطلب الغرم المالي بسبب الشتم او القذف الموجه للزوجة او الابناء كما لا يخفى من ان شرف العائلة واعتبارها موكول لرئيسها وهو الذي يتولى الذب عنها كما انه يجوز للمحامي ان يقوم بالغرم على من يزاحمه بدون حق في خطته ممن ليست له الصفة القانونية وهذا القيام يمكن وقوعه ايضا من هيأة المحامين واذا وقع ارتكاب جنحة ضد جمعية من الجمعيات ذات الصفة القانونية تسبب لها عنه ضرر يتسنى لها القيام على الفاعل والغرامة يشترك فيها جميع الاعضاء .

فرع ثان : يقوم ايضا بطلب الغرم من لهم ولاية شرعية على المتضرر كما في صورة القاصر والذات المعنوية الخ .

فرع ثالث : وكذلك ورثة المتضرر او من ينجر لهم منه حق بوجه عام

١٣٧ ـ ثانيا : في اثبات الجنحة او شبهها

مبدا اول : اثبات تقصير المتسبب في الضرر على مدعي الضرر وعليه ايضا اثبات قصد الاذاية اذا كانت الجنحة مدنية .

ملاحظة : ومما يلزم التنبيه اليه هو ان قاعدة المسؤولية الناشئة عن الجنحة مغايرة لقاعدة المسؤولية التعاقدية وسنرى ان اثبات عدم التقصير المتسبب عنه عدم الوفاء بالالتزام على المطلوب بالوفاء بذلك الالتزام لان من لم يوف بالتزامه يحمل على التقصير واما الخصم المتضرر فلا يطلب منه اثبات لان حجته الالتزام نفسه .

مبدا ثان : الاثبات يقع في صورة الجنحة او شبهها حتى بالقرائن (الف ٤٨٧)

فرع اول : يمكن للمحكمه المدنية ولو في صورة الحكم بترك السبيل ان تستجلب اوراق النازلة الجناحية للاطلاع عليها او اخذ ما يمكن الاعتماد عليه منها للحكم بالغرم والحكم بترك السبيل لا يمنع المتضرر من التحصيل على جبر الخسارة ولا يمنعه ايضا مما ذكر اقضاء الدعوى الجزائية بسبب موت المتهم او اسعافه بالعفو العام او بالعفو الخاص (الف ١٠١)

فرع ثان : يمكن اعتماد الاعتراف الضمني الذي يستنتج من حالة المطلوب.

احتراز : يجب ان لا ننسى ان الف ٤٨٨ مقتصر فيه على تعداد الصور التي قامت فيها القرينة القانونية على ان الدائن لم يمكنه ان يحفظ لنفسه وسيلة اثبات وهذا النص الخاص لا يغني عن الادلاء بالكتب في العقود المشترط اثباتها بالكتب والتي لزم التعرض لها في مسالة تعويض الخسارة ما لم تكن تلك العقود نفسها مخدوشا فيها بما يخل بصحتها ومثال ذلك التفويت في وديعة قيمتها فرنكات ٣٥٠٠٠

فعلى مدعي التفويت اثبات عقد الوديعة بالكتب ثم يمكنه بعد ذلك اثبات التفويت بجميع الوسائل .

١٣٨ ـ ثالثا : في اشتراط عدم الضمان

مبدا : لا عمل على كل شرط يقتضي اعفاء شخص من الضمان المترتب على الجنحة او ما يشبهها (الف ٨٢ ـ ٨٣) فهذا الضمان يتعلق بالنظام العام مثل الواجبات القانونية التي جاء الضمان المذكور مؤيدا لها بطريق الجزاء (انظر التنبيه اسفله عدد ١) .

ملاحظة ينبغي اجتناب اللبس بين اشتراط عدم الضمان الذي هو ممنوع واشتراط التامين من نتائج هذا الضمان (انظر التنبيه عدد ٢ اسفله) فيجوز مثلا ان يتعاقد صاحب معمل مع شركة تامين على ان يدفع مبلغا سنويا لهذه الشركة في مقابلة تحملها باداء ما يستحقه من يصاب من عملته بحادث في الخدمة جبرا

تنبيه ١ ـ جاء القانون التجاري الفرنساوي (قانون في ١٧ مارس ١٩٠٧) بتحجير اشتراط عدم الضمان في مسائل النقل على الطريق البري اذا كان الغرض منه اعفاء الناقل حتى من ضمان الامر السماوي وقد وضع هذا النص لقطع ما ترتكبه شركات الارتال من التعديات . اهـ

تنبيه عدد ٢ ـ التامين من الحوادث في النفس عدم الاكتراث بالتفريط وفعلا فهل ترى من سائق العربة اهتزازا اذا داس احد المارين في الطريق وجرحه ؟ اليس عنده وسيلة يتفصى بها من المسؤولية الا وهي العقدة التي حصل بمقتضاها من شركة التامين على التحمل بالضمان الذي عليه وذلك في مقابلة ما يدفعه لها من المعاليم ! لكن هذه الفكرة تقضي على وجود شركات التامين اذا عمت لان تعميمها يصعب بسببه التعاقد مع تلك الشركات وهكذا يقع الرجوع الى الاكتراث بالضمان ـ اهـ

للضرر . فلا يقال هنا ان صاحب المعمل اشترط عدم الضمان وعدم تحمله بالغرم لمن يصاب من عمله بحادث في الخدمة بل تعاقده مع الشركة يؤيد ذلك الضمان اذ المقصود من جبر الضرر المتوقع واما الشرط الممنوع فهو القاضي باسقاط المتضرر حقه في الضمان كما في الصورة التي لا يرضى فيها رب المعمل باستخدام عامل الا بشرط ان يدفع من اجرته الخاصة المبلغ المتفق عليه مع شركة التامين في مقابلة تحملها باخطار الشغل . فشرط كهذا يترتب عليه بالفعل اعفاء صاحب المعمل من المسؤولية المدنيه التي تتولد عما عسى ان يقع من التقصير في صنعته

١٣٩ رابعا تقدير الخسارة الناشئة عن جنحة او ما ينزل منزلتها

مبدا اول ـ الاصل هو ان الخسارة لا بد ان تشتمل على ما ياتي ـ ١ ـ ما صرفه طالبها او لا بد ان يصرفه لتدارك عواقب الفعل المضربه ـ ٢ ـ ما تلف حقيقة لطالبها ـ ٣ ـ الارباح المعتادة التي حرم منها من ذكر بسبب ذلك الفعل (الف ١٠٧) تلزم مراعاة المتضرر من جنحة اكثر من مراعاة الذي عقد شروطا مع غيره اختيارا ولم يوف بما تعهد به تفريطا منه لذلك كان المبدا قاضيا بان الغرم تعوض به كامل الخسارة .

ضابطة ـ على المجلس ان لا يقدر الخسارة في صورة تسبب الضرر عن التغرير كما يقدرها في صورة تسببه عن مجرد الخطابل يلزم ان يكون حكمه اشد في الصورة الاولى (الف ١٠٧) .

مبدا ثان ـ خلافا للقاعدة العامة تستحق الخسارة الناشئة عن جنحة او ما ينزل منزلتها بمجرد وقوع الفعل المتسبب في الضرر بمعنى انه لا يتوقف على حصول المماطلة من المطلوب والعوائق يمكن الحكم فيها اعتبارا من يوم وقوع الضرر لا من يوم القيام اذ انها دائما تعويضية هنا .

مبدا ثالث ـ للحاكم النظر المطلق في تعيين الكيفية التي يقع بها جبر الضرر

اذ لا يوجد بالقانون التونسي نص خاص في هذا الموضوع فالحاكم له مطلق النظر في مطلبه المتضرر ويحكم بحسب الحال اما بالترجيم او بالامر باجراء فعل او بالنهي عنه او بابطال الكتائب المتظمنة للقذف او باعلان نسخة الحكم (الف ٨٢) واذا حكم بجبر الضرر بالمال فاما انه يحكم بدفع مبلغ من المال دفعة واحدة او بعمرى ترجع لغير المتضرر عند وفاة الطالب او بغرامة وقتية (شهرية او سنوية) تجري ما دام الضرر موجودا فمن كان مثلا مجاور المحل مخطر او مضر بالصحة يقاضى غرامة سنوية تدوم مدة دوام الاستغلال من المحل المذكور .

كما ان للحاكم ان يجعل تقريرا وقتيا مع ابقاء الحق له في رفع ذلك المقدار والحط منه بحسب ما تؤول اليه في المستقبل عواقب الجنحة وهذه الصورة تحدث بكثرة في مسألة الفواجع لانه في غالب الاحيان تتعذر معرفة هل ان المتضرر يشفى او يبقى ببدنه سقوط مستمر والراي عندنا هو ان الغرامة اليومية ما هي في الحقيقة الا تقدير وقتي لمبلغ الخسارة .

مبدا رابع ـ الفصلان ١٠٨ ـ ١٠٩ ـ الخسارة يتحملها المتسبب في الضرر اي نسبة لمن تمكن مؤاخذته به يلزم فيها الاثبات وهذا الاثبات يستدعي غالبا اهتماما خاصا لان الفعل يكون في بعض الاحيان غير مسند الا من قامت عليه شبهة التسبب في الضرر فاذا اسقطت اللوحة مثلا التي فوق باب حانوت تجارة وجرحت احد المارين فهل يمكن لصاحب الدكان ان يجيب عن الدعوى بان المسؤولية على المقاول الذي لم يحسن تعليق اللوحة المذكورة اين ذكر . وكذلك اذا سقط عمود انار سلك كهربائي واحدث اضرارا للمارين فهل لشركة الكهرباء ان تجيب عن الدعوى بالقاء مسؤولية ذلك عن عانق المقاول الذي وضع العمود او على من باع لها الاسلاك بدعوى ان هاته الاسلاك من النوع الرديء

مثال اخر : احدث زيد قناة بملكه فتداعت دار كانت مجاورة له

فاروع لتدارك الخطر ببناء حائط لتدعيم داري المذكورة ترتكز على دار عمرو وان كان لاحق لي في ذلك فيندفع الحائط وتنخرم دار عمرو فلم يصدر مني هكذا تقصير وانما المسؤول هو زيد فهل تمكن لي القيام على عمرو بجبر الضرر ؟

ففي كل ذلك اصعب شيء هو معرفة على من يكون الاثبات فعند قيام المتضرر على من كان في الظاهر هو المتسبب في الضرر هل يطالب هذا الاخير باثبات المسؤولية على غيره ؟ او ان هذا الاثبات الصعب يلزم به المتضرر ؟

فعلى مقتضى مبحث الخطا الذي اورده المشرع الفرنساوي يظهر ان المتضرر هو الذي يلزم بالاثبات المذكور هذا من الوجهة النظرية واما من الوجهة التطبيقية فقد جرى عمل المحاكم بعدم اتباع ذلك وجاز عندها في الصور المتقدمة ان يستنتج من مجموع قرائن الاحوال احتمال صدور الخطا من صاحب الدكان ومن شركة الكهرباء الخ فعلى هؤلاء حينئذ ان يثبتوا ما يناقض هذا الاحتمال ان اراد والتخلص من المسؤولية وزبدة القول هو ان الفعل المحدث مباشرة للضرر تولد عند قرينة دالة على تقصير ينتقل بها عبء الاثبات من كاهل الى اخر والراي عندنا هو ان سلوك المحاكم الفرنساويه هذا يؤيده حتى من الوجهة النظرية الوصول غالبا في هاته الحالة الى اكتشاف التقصير عند المنسوب اليه في الظاهر الفعل المحدث للضرر وذلك مهما كانت درجة حقارة هذا التقصير . ففي المثالين الاولين ينسب لصاحب الدكان وشركة الكهرباء التقصير لانهما غفلا عن اجراء الاحتياطات اللازمة وفي المثال الثالث ينسب الى التقصير لاني لم اوقف في الوقت اللازم الاشغال التي حصل لي منها ضرر كان في استطاعتي منعه حتى نتج عن ذلك الضرر الذي يشتكي منه عمرو . وعليه فيوجد لفائدة من لحقه الضرر نوع تضامن بين الاشخاص المنسوبة لهم هذا التقصير الذي اهميته تتفاوت بحسب كل شخص منهم فقرينة وجود هذا التضامن هي التي تأيد بها قلب الاثبات .

واما على مقتضى القانون التونسي ففصل المسالة بالوجه المذكور يستخرج من مبدا كنا افضنا القول فيه (راجع العدد ١٢١ وما بعده والعدد ١٦٨ وما بعده من هذا الشرح) وهو الموضوع بالفصلين ١٠٨ ـ ١٠٩ اذا احدث الضرر من اشخاص متعددين معا فعليهم ضمانه بالخيار ولا فرق بين المباشر للفعل والشريك مالم يمكن تقدير ما ينسب لكل منهم في احداث الضرر . فهذا التضامن تابي من كون المحاكم ربما يتعذر عليه بسبب عدم امكان تجزئة الافعال الناشيء عنها الضرر وحصر مسؤولية كل واحد من المجرمين وضبطها .

تنبيه ـ هذه القاعدة تنطبق طبيعة على شبه الجنحة وهذا يستفاد من وضع الفصلين ١٠٨ ـ ١٠٩ بالمقالة الاولى من المجلة : وهو امر معقول وقد جرى ايضا عمل المحاكم الفرنساوية بجواز هذا التعميم لعدم وجود النص وهنا صورة تطبيقية مفيدة تضمنتها مجموعة دلوز وهي هاته : اذا تسابق سائقا عربتين وجرح احدهما انسانا مارا بالطريق فالمسؤولية تحمل على الاثنين بتضامن بعضهما .

سؤال ـ ليس التضامن المنصوص عليه بالفصل ١٠٨ الا نتيجة عدم قابلية الفعل المتسبب عنه الضرر للتجزئة فهل يترتب عنه اذا حكم به الحاكم ما يترتب على التضامن التام يستفاد من عبارات الفصل هاته (فعليهم ضمانه بالخيار) ان الجواب عن هذا السؤال يكون بالاثبات فلا يترتب حينئذ عن هذا التضامن حق تتبع كل من المطالبين الخسارة فقط بل يترتب عليه ايضا جميع ما يترتب على مبحث التضامن العام (راجع العدد ٢١٨ وما بعده من هذا الشرح)

١٤٠ ـ خامسا ـ في سقوط حق القيام بالخسارة

ينبغي ان نطبق هنا الاصول العامة ، لكن قد زاد عليها القانون التونسي نصوصا اخرى خاصة تتعلق بالموضوع فبعض هاته النصوص لا فائدة فيها لانها تتضمن الاشارة الى المبادي العامة لا غير .

اولا ـ اذا مات من تسبب في الضرر كان على ورثته من الالتزامات مثل ما كان عليه (الف ١١٤)

ثانيا ـ يسقط القيام مبدئيا بغرم الخسارة الناشئة عن جنحة او ما ينزل منزلتها بمضي خمسة عشر عاما من وقت حصول الضرر (الف ١١٥) غير انه اذا امكن للمتسبب في الضرر اثبات حصول العلم للمدعي بالضرر وبمن تسبب فيه فالدعوى المذكورة تسقط بعد انقضاء ثلاثة اعوام من وقت حصول العلم لمن ذكر بما ذكر (الف ١١٥)

فلنذكر ايضا السقوط الخاص الذي تعرض له الفصل ٣٧ فهذا الفصل بعد ان وضع المبدا القاضي بان القذف والشتم وما ينشر بصحف الاخبار للقيام بطلب جبر الضرر عين مدة وجيزة ينقضي بها هذا القيام وهي مدة خمسة اشهر كاملة فبدايتها اما من تاريخ آخر اعمال المطالبة ان كانت هناك مطالبة جزائية او من اليوم الذي حصل فيه العلم للمعتدي عليه بالضرر اذا لم يقع نشر . وقد ضاف عن ذلك الفصل ٣٧ ان سقوط القيام يبتديء ايضا من يوم وقوع الفعل لكن لم نهتد لمعرفة ما فرضه هذا الفصل لما عين هذا التاريخ الاخير لابتداء مدة سقوط القيام ولا فائدة من ذلك . فبدون شك ان قصد المقنن هو الاشارة بذلك الى الصورة التي وقع فيها نشر واشهار الامور المتكونة منها الجنحة او شبهها .

١٤١ ـ ثانيا ـ شبه الجنح

تعريف .. شبه الجنحة هو كل فعل مسند وغير جائز تسبب به شخص في اضرر غيره عن غير قصد (الف ٨٣)

ملاحظة مهمة ـ الفرق الوحيد بين الجنحة المدنية وشبهها هو كون شبه الجنحة ليست فيها نية الاذاية فهي اذا دائما نتيجة خطا او غفلة وعليه فكل ما قيل في الجنحة ينطبق تمام الانطباق على شبهها الا فيما يتعلق بنية الاذاية . فما على القارىء حينئذ

الا مراجعة ذلك .

هذا ومن حيث النتيجة التطبيقية يكون الغرم في شبه الجنحة اخف من الغرم في الجنحة ففي شبه الجنحة نية الاذاية مفقودة كما اسلفنا لكن ذلك لا ينفي وجود الخطا وعليه فمن باب اولى واحرى ان فكرة الخطا مندمجة في نية الاذاية التي هي ركن ضروري يرتكز عليه مبحث الجنحة فما سنقرره حينئذ في الخطا من حيث كونه مبني لشبه الجنحة ينطبق بالاحروية على مسالة الجنح .

١٤٢ ـ في الخطا الجناحي

مبدا اول ـ الخطا دائماهو اساس المسؤولية الناشئة عن شبه الجنحة (الف ٨٣) ولو في صورة عدم وجود نية الاذاية .

تنبيه ـ للتمييز من الوجهة الاعتبارية بين الخطا الذي تنبني عليه شبه الجنحة ونية الاضرار التي هي من خصائص الجنحة لا يخلو من الدقة وفعلا فان فكرة الخطا كثير ما ترتبط بالركن الادبي وهو النية لذلك لم يكن عمل المحاكم الفرنساوية على غاية من الجلاء حتى انه في بعض الاحوال التي يمكن فيها اكتشاف نية الاضرار تجوز المحاكم المذكورة اعتبار المسألة من قبيل شبه الجنحة . هذا وعلى كل حال فان التفرقة بين الجنح المدنية وشبهها ليست فيها مصلحة تطبيقية معتبرة ولا تظهر لها اهمية الا من حيث تعيين مقدار الغرم فالحكم يقرر هذا الغرم بحسب ما يتراى له فاذا كان الخطا قائما بذاته ومستقلا عن ارادة المتسبب في الضرر (وهي صورة شبه الجنحة) فيخفف الغرامة واما اذا كان نتيجة قصد الاضرار (وهي صورة الجنحة) فيجعل الغرامة اثقل .

مبدا ثان ـ الخطا ولو كان خفيفا جدا تتولد عنه المسؤولية الناشئة عن شبه الجنحة وفعلا فان المتضرر لا يلوم نفسه على شيء ولم يكن ليتوقع ادنى شيء فلا سبيل هنا حينئذ لتطبيق الفروق التي بين الخطا الفاحش والخطا الخفيف في

المسؤولية التعاقدية وفي مبحثنا هذا يعتبر خطا حتى مجرد جهل الشخص للحرفة او الفن الذي هو متعاطيه (وهناك عدة صور تطبيقية تتعلق بالاطباء) وهي من قبيل الخطا الجناحي .

١٤٣ ـ مبدا ثالث ـ الخطا هو فعل ما وجب تركه او ترك ما وجب فعله (الف ٨٣) وعليه فالغفلة وعدم التبصر وقلة الدراية وحتى مجرد السهو تتولد عنها المسؤولية التي موردها شبه الجنحة والصور التطبيقية المتعلقة بهذا الموضوع لا تحصى ولنقتصر على ذكر بعض الامثلة فنقول .

اولا ـ ان الامور الاتية تتكون منها شبه جنح ناشئة عن عدم التبصر واما اذا وجدت نية الاذاية فهناك جنحة مدنية

اولا ـ تسيير عربة بسرعة مفرطة .

ثانيا ـ السير بالعربة بغير الجهة اليمنى بالطريق العام .

ثالثا ـ اشارة خلاص الترامواي على السائق باستئناف السير قبل ان يتحقق طلوع الركاب .

رابعا ـ جعل صاحب حانوت ستارة على واجهة حانوته تتجاوز مادة الطريق حتى يتسبب عن ذلك وقوع حادث لاحد المارين .

خامسا ـ التسبب في حريق عن خطا . فالحريق الذي تترتب عليه دائما مسؤولية مالية عظمى قل وندر ان يقع بامر سماوي بل في غالب الاحيان يكون نتيجة خطا ما شيء عن عدم التبصر او عن عدم اتخاذ الوسائل البسيطة التي يلزم التنبه لها

سادسا ـ عدم التبصر الذي يؤدي الانسان الى الوصاية بخادم غير اهل لما قيل في شأنه مما يشعر بلياقته او الى وصاية بمدين عديم كسب فاذا كان وقوع ذلك عن عمد فهناك جنحة وذلك ان الانسان اما انه اوصى بمن ذكر بقصد المجاملة او عن طيش . وهذا يكفي لتمييز شبه الجنحة اذا كان هناك ضرر كما

ان عدم التبصر يكون بالاخبار بما لا وجود له مما من شانه ان يشين المتعلق به الخبر وفي التطبيق لا تعتبر مثل هاته الامور شبه جنحة على معنى القانون التونسي الا اذا كان عدم التبصر فادحا او التقصير فاحشا اي في خصوص الاخبار (الف ٨٨)

ويعفى المخبر بما لا اصل له من المسؤولية على الشرطين الاتيين .

اولا ـ اذا كان الاخبار عن حسن نية وبدون تقصير فاحش او تهور فادح

ثانيا ـ اذا كانت للمخبر خلطة تجارية او واجب حكمي او اذا كانت له مصلحة جائزة في الاخبار (الف ٨٨) .

ملاحظة ـ شبه الجنحة كثير ما ينسب ارتكابها للمنتصبين لاعطاء الارشادات للناس وكثيرا ما وقعت بفرنسا محاكمتهم لاجل ذلك .

سابعا ـ وتضاف للصور المذكورة الصورة التي يقع فيها اعطاء اشارات كاذبة نشأ منها ضرر لمن اعطيت له لكن في خصوص الاحوال الثلاث الاتية لان في غير هاته الاحوال لا تترتب عنها عهدة على من حدثت منه (الف ٨٩)

الحالة الاولى ـ اذا قصد بالاشارة خديعة الجانب الاخر .

الحالة الثانية ـ اذا تداخل المستشار في نازلة بمقتضى خطة واخطا خطا ثقيلا والخطا الثقيل حسب عبارات المجلة هو الذي لا يصدر من مثله اي من مثل من تداخل بمقتضى خطته .

الحالة الثالثة ـ اذا ضمن المستشار نتيجة النازلة (الف ٨٩)

١٤٥ ـ ثانيا ـ ثم ان الامور الاتية الناشئة عن الغفلة او السهو (والسهو هنا هو ترك ما وجب فعله بمقتضى القانون او العقد) تتولد عنه ايضا المسؤولية التي موردها شبه الجنحة او الجنحة اذا كان هناك نية الاذاية . امثلة :

اولا ـ عدم قيام الشخص باطراد الطيور من ملكه التي اضرت كثرتها جيرانه . وكذلك عدم اطراد الحيوانات الضارئة (الف ١٦٥) (راجع العدد

١٦٥ من هذا الشرح)

ثانيا ـ تركه لبناءاته تتهدم وتضر بملك جاره .

ثالثا ـ جعل حفرة لوضع القذورات غير محكمة البناء حتى ان ما بها سرى الى الى بئر مجاورة للمكان على ملك الغير وافسد ماءها .

رابعا ـ عدم انارة الانهج المظلمة سهوا من القسم المكلف بذلك حتى تسبب عنه حادث وكذلك عدم اخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية من انارة وغيرها بجهة الطريق العام الواقع به الاصلاح .

خامسا ـ عيوب البناء التي تنسب للمقاول او لرب المحل اذا تسبب عنها ضرر للغير

سادسا ـ على بائعي الاسلحة والمفرقعات ضمان ما ينشا من الحوادث عن الاسلحة والمواد التي غفلا عن اختبارها قبل بيعها .

ملاحظة ـ للنظر في بعض صور تتعلق بالسهو الموجب للضمان تلزم احيانا الاستعانة بما جرت به العوائد المحلية فاذا سهى مثلا انسان عن برقية وتسبب عن ذلك عدم وصولها للشخص المعين بها فلا مسؤولية على المرسل لان العادة الجاري بها العمل لا تلزمه باتخاذ تلك الوسيلة لكن ادارة البريد يمكن ان تكون مسؤولة بمقتضى تراتيبها .

١٤٦ ـ ثالثا ـ نظريات تطبيقية خاصة تتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الجنحة او ما تنزل منزلتها

اولا ـ في مسؤولية الدولة والمجالس البلدية والادارات العامة (الفصل ٨٤)

لا فائدة في دراسة هذا الفصل ٨٤ حيث وقع نقضه بالامر العلي المؤرخ في ٣٠ جوان سنة ١٩٠٧ القاضي باجراء العمل بالقانون الموضوع قبل مجلة العقود والالتزامات فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات الخاصة بالدولة والمجالس البلدية

والاقامات العامة وسائر الذوات المعنوية التي تحت ولاية الدولة او لنظرها .

١٤٧ ـ ثانيا ـ في مسؤولية المتوظفين والمستخدمين العموميين (الفصلان ٧٦ و ٨٠

ان مبحث مسؤولية المتوظفين مرتكز في جل الشرائع على مبدإين .

المبدا الاول ـ هو ان الدولة تتحمل بقسم من الخطا يعبر عنه بالخطا الاداري ولاجل الخلل الذي لابد من وجوده بالدواليب الادارية تتعهد الدولة بما يترتب على بعض الغلطات التي تصدر عادة من المتوظفين . هذا وان درس رهانه المسؤولية من خصائص القانون الاداري .

المبدا الثاني ـ اذا كان التقصير الصادر من المتوظف من شانه ان يؤاخذ به شخصيا فهو الذي يتحمل مسؤولية ما يتولد عن ذلك التقصير من الجنح او شبهها بصفة فرد من افراد الناس وهذه المسؤولية هي موضوع بحثنا في القانون المدني .

سؤال ـ ما هو مصداق ذلك في القانون التونسي ؟ المسألة بسيطة على مقتضى ق ـ ف فاذا صدر من المتوظف خطا فمسؤوليته على الدولة اذا كان بسيطا او خفيفا واما اذا كان ثقيلا فعهدته على المتوظف وعليه فلا يكونان مسؤولين معا في آن واحد .

ويظهر ان هذه الطريقة هي التي اتبعها ق ـ ت فعلى مقتضى الفصل ٨٥ يؤاخذ المتوظف والمستخدم بادارة عمومية بخطئه الفاحش او بالتدليس . فالمسألة كما ترى واضحة لانحصارها في الخطا الفاحش دون الخطا البسيط سواء كان فعليا او قانونيا فمن الخطا الفاحش التلبس بسلطة خارجة عن وظيفته وتذرعه بسلطة بصفة تنافي الواجب القانوني او ارتكاب الافراط في السلطة او اختلاسه لنفوذ بقصد التوصل لاغراضه الشخصية الى غير ذلك وعلى كل حال فمعرفة اهمية الخطا موكلة لاجتهاد الحاكم فهو الذي يستمد من الظروف الحافة بالقضية ما يتوصل به للحكم فان فحش الخطا بنسبته لشخص المتوظف لا لخطته .

لكن من سوء الحظ ان الفصل ٨٥ المذكور بعد ان سن هذه الطريقة الجلية زاد هاته الجملة غامضه المعنى « لكن اذا كان الخطا غير فاحش فلا قيام لمن حصلت له المضرة على المتوظف الا اذا لم تكن له وسيلة اخرى للتوصل الى حقه » فماذا قصد المشرع بهاته العبارات ؟ المتوظف اما مسؤول عن خطئه البسيط او غير مسؤول فالقانون هو الذي يرشدنا لذلك لكن حكم الفصل ٨٥ كان غريبا في هذا المعنى وفعلا اذا حمل على التوظف ضمان خطئه البسيط فلماذا تكون الدعوى مقيدة وكذلك اذا لم يحمل عليه ما ذكر فلا نرى وجها في القيام عليه ولو بصفة مقيدة واما في صورة اتخاذ طريقة القيام عليه ولو بصفة وسيلة ثانية تسد مسد طريقة اخرى فالدولة هي التي تكون مسؤولة اصالة وهي قادرة على الوفاء ولا تحتاج لضمان موظفها

وعليه فهل كانت المشرع التونسي لما قرر مما ذكر ان الطريقة الذي يتميز به الخطا الثقيل من الخطا البسيط تكون احيانا عسيرة الادراك ؟ وهل يتسب له انه اراد وجوب جبر الضرر في كل الاحوال وجعل قاعدة قاضية بمنح المتضرر القيام على المتوظف كلما حكم بعدم سماع الدعوى التي اقامها على الدولة وهو معتقد بساطة الخطا الناشيء له منه الضرر ؟ فعلى فرض جواز ذلك لابد ان يكون الخطا قد اعتبر ثقيلا . فالتجرير اذا فاسد ويكون اكثر غموضا لو ينسب للمشرع انه قصد صورة وقوع القيام من الغير .

١٤٨ ـ خاصية اولى ـ تضمن الفصل ٨٥ ان العدول المنتصبين للاشهاد لم يقع اعتبارهم بصفة متوظفين وان المرجع فيما لهم وعليهم تنسحب عليه احكام اجارة العمل ومعنى ذلك هو انه تحمل عليهم مسؤولية تعاقدية فيما اذ اصدر منهم خطا حال مباشرتهم لخطتهم لكنه من المسلم انهم يؤاخذون في غير هاته الحالة بما يصدر منهم من الجنح اوشبهها لابصفة متوظفين وانما بصفة شخصية فيستنتج من ذلك ما سياتي :

نتيجة اولى ـ على العدل المنتصب للاشهاد (لمن استجره على اتمام عمل من متعلقات خطته) ما على اجير الخدمة من الضمان . ومسؤولية الخطا هنا تنطبق عليه احكام الفصل ٨٤٣ وما بعده

نتيجة ثانية ـ على العدل ما على الوكيل والمتصرف الفضولي من الضمان التعاقدي (الف ١١٣١ وما بعده) في صورة ارتكابه لسهو أو لخلل في مباشرته لما تعهد بادارته في حق احد زبنائه مما هو خارج عادة عن متعلقات خطة الاشهاد

نتيجة ثالثة ـ لايكون الضمان تعاقديا بل يكون ناشئا عن جنحة او ما ينزل منزلتها . ويعتبر فيه الخطا الخفيف جدا اذا كانت الامور التي صدرت من العدل واحدثت الضرر للغير لاتعلق لها برابطة اشهاد بينهما

سؤال ـ ما هي مسؤولية العدول بالنسبة لما يصدر منهم من الاشارات لزبنائهم ؟ الجواب هو ان الامر في ذلك بحسب الاصول التي سبقت لنا معرفتها ـ فاذا كانت الاشارات من التي يجب على العدل الارشاد اليها كالاشارات التي تتعلق بما يلزم اجراؤه في بيع مكاسب القاصر او عقدة حبس فليس عليه الا الضمان التعاقدي المنصوص عليه بالفصل ٨٤٣ والفصول بعده .

واما اذا كانت الاشارات المغلوطه مما لايجب على العدل اعطاؤها كأن تتعلق بطبيعتها بخطة الاشهاد فلا عهدة على العدل إلا في صورة الخطا الفاحش ومجرد السهو عن اعطائها لا يوجب الضمان .

واما الاشارات المبنية على غلط والتي لامساس لها بالخطة فمبحث الفصل ٨٩ هو الذي ينسحب عليها . والعدل لايكون مسؤولا الا اذا ابدى اشارة بقصد التغليط او ضمن نتائج الاشارات التي صدرت منه

١٤٩ خاصية ثانية ـ في المتوظفين العدليين على هؤلاء ما على غيرهم من المتوظفين من المسؤولية الناشئة عن التدليس والخطا الفاحش اذ قاعدة الفصل ٨٥

عامة وهم ايضا مسؤولون من الوجهة المدنية بكل خطا يصدر منهم ولوكان بسيطا وذلك مهما اقتضت الاحكام الجنائية مؤاخذتهم (راجع الفصل ٨٦ من المجلة المدنية والفصل ٨٣ وما بعده من القانون الجنائي) .

١٥٠ ثالثا - في المسؤولية المترتبة عن الاعتداء عن حقوق الملكية الصناعية وعن المزاحمة المبنية على المكر والخديعة (الف ٩٠ والفصول بعده) .

قد تضمن الفصلان ٩٠ - ٩١ بعض صور في الضمان المترتب عن الاعتداء على الحقوق الناشئة عن الملكية الصناعية واخرى تضمنها الفصل ٤٢ فيما يتعلق بالمزاحمة المبنية على المكر والخديعة .

وما هذه الصور الا امثلة عددها قليل بالنسبة لعدد الامثلة التي تنطبق على هذا الموضوع فالفصول المذكورة لم تحص بالعد صور الاعتداء بما ذكر فما بالفصلين ٩٠ - ٩١ لايتعلق الا بما يوضع من العلامات او العناوين الغير الجائز وضعها على المواد المصنوعة ولم يقع التعرض فيهما لعدة صور في التقليد الغير الجائز وغير ذلك من التغييرات غير الجائزة فلا فائدة في اعادة هذين الفصلين هنا حيث كان تحريرهما على غاية من الايضاح فلنقتصر على بعض اصول منهما .

اولا - يجوز للمتضرر القيام بالخسارة كما هو مذكور بالنصين المذكورين بدون ان يمنع ذلك من المطالبة لدى المحاكم الجنائية او من القيام بدعاوي اخرى تتعلق بالحق العام (كدعوى الاسترجاع والدعوى المقصود منها ازالة ما احدث وغيرهما) .

ثانيا - لم يقع التعرض بالامثلة المضمنة بالفصلين المذكورين الى مسالة الغش او سوء النية ففيهما تكون المسؤولية جناحية عملا بالقانون العام (ومبناها قصد الاذاية او الخطا او تجاوز الحق) .

ثالثا - الامور المكونة للاعتداء على الملكية الصناعية او المزاحمة المبنية على المكر

الخديعة متعددة والنظر فيها يقع طبق اصول واحدة فان ثبتت تولدت عنها مسؤولية مدنية واحدة وفيما يتعلق بخصوص مسالة الملكية الصناعية كتصاوير معمل الصنع او علاماته او عناوينه وغير ذلك . فقد يترتب عن الاعتداء على الحقوق المعترف بها للصانع من التتبع وجبر الضرر المنصوص عليهما بالقوانين الخاصة او لقانون الحق العام (الفصلان ٨٢ - ٨٣) .

ملاحظة - ينبغي ملاحظة ما اقتضاه الفصل ٩١ من ان من عرض للبيع او روج امتعة موسومة باسماء مخترعة او مغيرة وكان على علم من ذلك ليس له الرجوع على من باع له تلك الامتعة او كلفه ببيعها (فهاته فكرة جزائية من الاهمية بمكان ولو ان المقام يتبع المادة المدنية

١٥١ رابعا - في المسؤولية التي على الحائز بشبهة والغاصب . هذا الحوز هو عبارة عن مسك الشيء بدون حق واستعماله بدون وجه يخول الملكية . فاذا كان الحائز عن سوء نية اي غاصب فحوزه له صفات الجنحة واما اذا كان حوزه للشيء بشبهة فلا ينسب له خطا ولو في صورة حصول ضرر للمالك الحقيقي ويتسنى لهذا الاخير استرجاع حوزه بطريق القيام بالدعوى الحوزية وهي فرصة تخول له التحصيل على اصدار حكم من المجلس في جبر الغاصب على تعويض الخسارة والمجلس النظر المطلق في تقدير الغرامة التعويضية لكن القانون التونسي مثل القانون الفرنساوي لم يترك للحاكم اطلاق النظر فيما يتعلق بامرين من الامور التي تترتب على المسؤولية الناشئه عن شبهة الجنحة وهما .

اولا - ترجيع الغلة .

ثانيا - ضمان تلف الشيء او تعيبه بامر سماوي

وهذان الامران بحسب ان يختلفان بحسب صفة الحوز من كونه بشبهة او مغصوبا اي بحسب ما اذا كان هناك تقصير او ليس هناك تقصير فصل (من ١١٠ الى ١١٣)

تضمنت ما يلزم اتباعه من القواعد التي هي مبنية على اصول ثابتة لا تتغير مهما كانت ظروف الاحوال .

١٥٢ سؤال افتتاحي ـ من هو الحائز بشبهة ؟ ومن هو الغاصب ؟

اولا ـ الحائز بشبهة . هو الحائز بوجه لا يعلم عيبه . ومتى اطلع على العيب انتفت منه صفة حائز بشبهة فيلزم حينئذ ان يكون معتقدا بسبب غلط مادي اوغلط قانوني انه المالك الحقيقي

ملاحظة ـ قوله (بوجه لا يعلم عيبه) معناه بوجه صحيح كبيع اوهبة او قسمة او ميراث . فاذا كان مثلا من بيده الشيء بموجب شراء من عديم اهلية عالما بعدم اهلية البائع اي فان شراءه قابل للابطال فلا يعتبر حائزا بشبهة لعدم صحة وجه الحوز واما اذا كان لا يعلم ذلك فانه يعتبر حائزا بشبهة والامر كذلك مهما كان عيب الشراء اذا كان هناك غبن او اكراه او غلط الى غير ذلك

ثانيا ـ الغاصب هو الحائز للشيء بصفة مالك مع علمه بان يده مبطلة فهو تارة يعتبر غاصبا من اول الامر واخرى بعد حوزه للشيء مدة بشبهة واطلاعه بسبب ظروف من الظروف على عيب الحوز او بسبب قيام المالك الحقيقي وقد جاء الفصل ١١٢ بما تطبق به هذه المسألة حيث قرر ان الحائز بشبهة يعتبر غاصبا من الوقت الذي وقع فيه القيام عليه باسترداد الشيء لان من ذلك الوقت يزول الغلط (فنتيجة ذلك تكون بالنسبة لضمان تالف الشيء او تعيبه بامر سماوي وبالنسبة لرد الغلة)

ملاحظة ـ شبهة الحوز تحمل دائما على الظن . ويكون على مدعي خلافه اثبات الغصب وهذا الاثبات يمكن وقوعه بكل الطرق ولا تستثنى من ذلك الا الصورة التي يكون فيها الوجه الواقع بموجبه الحوز باطلا لكونه منافيا للاخلاق الحميدة او النظام العام كما في صورة الشراء المبني على رسم حبس فلا شبهة حوز هنا

١٥٣ اولا ـ في ضمان التلف

الاصل في القانون التونسي كما بالفصل ٢٨٠ هو ان المدين اذا ما طل في تسليم الشيء او في ردة يكون عليه ضمان تلفه او تعيبه بسبب امر طاري او قوة قاهرة وقد اقتصر الفصل ١١١ على ان الحائز يعتبر بديهة مماطلا بمجرد كونه غاصبا فيكون عليه حينئذ ضمان التلف من الوقت الذي صار فيه غاصبا . والامر بخلاف ذلك اذا كان الحائز حائزا بشبهة

ويظهر من هذا النص ان الغاصب عليه قيمة الشيء اذا تلف ولو بسبب امر سماوي او قوة قاهرة واما اذا تعيب الشيء فقط فانه يجبر النقص ويكون عليه كامل القيمة اذا انعدم الفرق بينه نظرا لما اعد له ففي هذه الصورة تقدر قيمة الشيء بالنسبة ليوم اتصال الغاصب به (الف ١١١)

والراي عندنا هو ان القيمة المذكورة يكون تقديرها بالنسبة ليوم صيرورة الحائز غاصبا اذا كان الحوز في بداية الامر بشبهة اي تعتبر قيمة الشيء بالنسبة للتاريخ الذي انتقل فيه ضمان التلف للحائز

١٥٤ ملاحظة ـ مسالة ضمان التلف لا تعرض الا فيما يتعلق بالاشياء المعينة بذاتها واما اذا كانت الاشياء معينة بالنوع فقط فلا ينقضي الالتزام الا بتسليمها لان النوع غير قابل للاضمحلال وضمان التلف يكون ضرورة على الحائز ـ ذلك هو قصد المشرع من اضافة القول الآتي لما بالفصل ١١١ (فاذا كان المغصوب من المثليات رد بمقداره) الا انه يجد ربنا ان نلاحظ ان الامر كذلك في صورة اليد المحقة (اي الحائز بشبهة) :

١٥٥ ثانيا . في الغلة . من ثمارا ودخل

اولا ـ الحائز بشبهة يتنفع بالغلة وعليه في مقابلة ذلك مصروف حفظها واجتناؤها (الف ١١٢) فهذه قاعدة مطابقة للانصاف

ثانيا ـ اما الغاصب فانه يرد الاصل مع جميع ما اتصل به من الغلة والدخل

وحتى ما كان يمكنه ان يحصل عليه لو ادار المغصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء (الف ١١٠ - ١١١) او من اليوم الذي صار فيه غاصبا اذا كان حوزه في بدء الامر بشبهة وليس له في مقابل ذلك الا القيام بالمصاريف اللازمة بحفظ الشيء واجتناء غلته كمصاريف الحرث والخدمة والبذر . لكن على شرط ان لا تتجاوز تلك المصاريف قيمة الشيء (الف ١١٠) .

لا حق للحائز بشبهة في الغلة من وقت القيام عليه برد الاصل فيطالب بترجيع ما اتصل به من الغلة من ذلك التاريخ او ما كان موجودا منها وقت القيام (الف ١١٢) ويرد حتى ما كان يمكنه ان يحصل عليه من التاريخ المذكور لو ادار الشيء بالوجه المعتاد وبناء على ذلك نرى ان الحائز سواء كان بشبهة او غاصبا يلزم ان يترك المستحق الاصل الغلة التي لا زالت معلقة بالاصل وعلى المستحق مصروف الحرث والبذر والخدمة على مقتضى الفصل ٧٢ لان هاته المصاريف لا بد من ترجيعها مهما كان الحال

ضابطة اولى ـ على الغاصب ايضا فوائض الغلة المطلوب بردها وعليه ذلك وجوبا من تاريخ الانذار الحكمي ويمكن ان يحكم عليه باداءها من يوم اتصاله شيئا فشيئا بالغلة . لكن هذه الفوائض تدفع بصفة غرم يقدرها المجلس ومع ذلك فلا مانع من ان يقال ان الفوائض تستحق وجوبا من تاريخ اجتناء الغلة جزءا بعد اخر لان الغاصب يعتبر مماطلا بمجرد كونه غاصبا (راجع المبحث الخاص المتعلق بمماطلة المدين في القانون التونسي) هذا ومن جهة اخرى فالراي عندنا هو ان هاته الفوائض تكون جائزة بين المسلمين بالرغم عن قاعدة الف ١٠٩٥ لانها تعويضية قبل كل شيء لكنها تكون جائزة بين من ذكر اذا كانت لاجل تاخير الوفاء .

١٥٧ ـ ضابطة ثانية ـ ضمان الغاصب يعتبر ناشئا عن شبه جنحة فهو حينئذ ضمان شخصي وعليه فاذا توفى الغاصب وترك وارثا وحاز هذا الوارث الشيء بشبهة مالك فلا يرد الغلة التي حصل عليها من تاريخ وفاة مورثه وانما

تكون عليه بصفة وارثا رد الغلة السابقة المطلوب بها الهالك واما اذا كان هذا الوارث عالما بعيوب الوجه الذي حاز به مورثه فانه يعتبر غاصبا ويكون عليه ضمان التلف ورد الغلة اي ما على مورثه (راجع الفقرة ٢ من الف ١١٤) .

ضابطة ثالثة ـ وزيادة عما تقدم فلا يجوز للغاصب الاحتجاج بطول المدة المنصوص عليها بالف ٤٠٨ للامتناع من رد الغلة التي اتصل بها منذ مدة تربو عن الخمسة اعوام . وفعلا فليس هناك دين ناشيء عن عقد حتى يحتج فيه بطول المدة

ضابطة رابعة ـ وبالاحرى فانه يستفاد من عين ذلك المبدا ان ما يستنتجه شخصيا الغاصب مما لا يتوقع استنتاجه من مستحق الشيء لو كان الشيء بيده لا يعتبر من الغلة اللازم ردها فاذا استفاد مثلا غاصب بستان نزهة من مجرى ماء بذلك البستان لاقامة معمل لتنشير اللوح واستعمل المجرى لاستخدام آلات المعمل فالدخل الحاصل في مدة الحوز من هذا المعمل يكون بلا نزاع للغاصب

ضابطة خامسة ـ لا تكون الغلة للحائز الا اذا كان حوزه بشبهة وقت اتصاله بها فاذا اتصل بها بالفعل صارت من حقوقه سواء كانت غلة طبيعية او صناعية او مدنية

١٥٨ ـ ملاحظة ـ الغلة هو كل ما ينتجه الشيء في اوقات دورية بحسب طبيعته وما اعد له . فالغلة الطبيعية هي كالحبوب والثمار . والمدنية هي كدخل العقارات والانزالات والاكرية والفوائض بين غير المسلمين . وعليه فليس بغلة ما يستنتج من الشيء في غير اوقات دورية والحائز ولو كان حائزا بشبهة لا حق له فيه كالحطب والمقطع

ملحق

١٥٩ ـ فيما يترتب عن تغيير حالة المنقول (الف ١١٣)

الحائز ولو كان غاصبا اذا فعل بالمنقول ما غير حاله كأن صنع تحفة بقطعة

من ذهب او فضة او يصنع باخشاب ادوات سكنى وزاد في قيمته زيادة معتبرة بالنسبة لجوهره حبس الشيء الى ان يدفع لمستحق الاصل (١) قيمة المادة الاصلية (٢) غرامة يوكل تقديرها لاجتهاد المجلس وعلى المجلس والحالة هاته ان يعتبر ما لصاحبه الاول من المصالح المعتبرة ولو كانت معنوية لكن لا يكون له ذلك الا اذا لم يطلب صاحب المادة الاصلية الترجيح وفعلا فلهذا الاخير حق استرداد الشيء على الحالة التي صار عليها بعد العمل بشرط ان يؤدي للحائز ما زاد في القيمة بعمله (الف ١١٣) ويقدم مالك المادة الاصلية على كل دائن (الف ١١٣)

ملاحظة ـ قد تبع القانون التونسي في ذلك احكام القانون الرومماني وحاد عن احكام الف ٥٧١ من ـ ق ف ـ .

خامسا في المسؤولية المدنية المترتبة عن فعل الغير

نظرية ـ جعل القانون التونسي اي مجلة العقود والالتزامات والاوامر العلية على اختلافها على بعض اشخاص ضمان الضرر الذي يتسبب فيه غيرهم ممن تحت مسؤوليتهم (الف ٩٣) فهناك قرينة قانونية على وجود تقصير شخص منشؤه عدم مراقبة من احدث الضرر وهذه القرينة لا تنسحب بطريق القياس على غير الصور التي نص عليها القانون .

فرع او ـ لما كان الضرر غير ناشيء راسا عن تقصير شخصي فهذا الضمان ليست له اصالة صفة جنائية واقصى ما يترتب عليه هو جبر الضرر مدنيا غير انه يوجد في المسائل التي تتعلق بالقمرق وادارة الادارات المختلفة وغيرهما بعض قوانين خاصة قاضية بالضمان المالي بصفة خطية والخطية هي في الحقيقة عقاب .

فرع ثان ـ قد قلنا انهنا مجرد قرينة وعليه فليس الامر كما في صورة الجنحة او شبهها فيما يتعلق باثبات المسؤولية المدنية اي اثبات ما ذكر ليس على المدعي وذلك لان المسؤولية المشار اليها تحمولة دائما على الظن ما لم يثبت خلاف ذلك

هو معنى الفصل ٩٣

١٦١ ـ في الصور التي فيها الضمان المالي
على مقتضى مجلة الالتزامات التونسية

قد جاء القانون الفرنساوي بالف ١٣٨٤ بعدة صور في الضمان المالي فالاب على مقتضاه يضمن الخسارة التي تنشأ عن عمل اولاده القاصرين الساكنين معه وكذلك الام عند فقد الاب . وكذلك يضمن المخدوم او الموكل الخسارة الناشئة من خادمه او وكيله في الوضيفة التي اقامه فيها . ويضمن المعلمون على اختلاف اصنافهم الخسارة التي تترتب على عمل تلامذتهم وصبيانهم ما داموا تحت رعايتهم

يتبع القانون التونسي الطريقة التي توخاها ـ ق ف ـ والنص الوحيد الذي جعل في المسالة هو الف ٩٣ فعلى مقتضى هذا النص يترتب الضمان على خصوص الخسارة الناشئة من المجانين وغيرهم من المصابين في عقولهم فاذا طبقنا هذه القاعدة على فاقدي الميز على الاطلاق وبالاخص على الاطفال الصغار السن فاكثر داع لذلك هو اتحاد الصور لا استعمال طريقة القياس .

مبدا اول ـ وعليه فكل انسان فاقد للميز او الشعور ولو كان رشيدا يمكن ان يتسبب بما يحدثه من الضرر في مسؤولية الذين لهم النظر عليه فاذا فهمنا الطريقة التي سنتها المجلة تسنى لنا ان نقول :

اولا ـ ان كل مميز (الآن الى الرشد يعني اعوام ١٨) يضمن شخصيا حسب امر ١٧ ـ ٩ ـ عام ١٩٣٧ وطبق احكام الف ٨٢ ـ ٨٣ وعلى فرض ثبوت صدور تقصير منهم له علاقة بالامر المحدث للضرر والمتكونة منه الجنحة او شبهها كما في صورة ثبوت ترك من ذكر لصغير يلعب بسلاح ناري حتى جرح به شخصا او ثبوت تربيتهم للصغير تربية مهملة يتوقع منها كل خطر لكن اثبات ذلك يعسر في بعض الاحيان ولربما خرجنا عن مسألة القرينة

القانونية التي تفيد ضمان من عينهم الفـ ٩٣

ثانيا ـ كما يتسنى لنا القول بان كل عديم ميز ولو كان رشيدا لا يضمن من ماله الخاص ما يصدر منه من الضرر الناشيء عن جنحة او ما ينزل منزلتها (راجع الفـ ١٠٥ ـ ١٠٦) ولكن ضمان ما ذكر على من هـو مكلف بحفظه (الفـ ٩٣) وهو امر مطابق للمعقول ولا يتعجب من ان ذوي المسؤولية المدنية تحمل عليهم شبهة ضمان الخسارة المتسبب فيها من هم تحت بعضهم ممن بعقولهم خبال والحال ان الخسارة المذكورة لا تتكون منها جنحة تنسب لاولائك المعتوهين . واما السبب في مؤاخذتهم هو التقصير المترتب عن عدم مراقبتهم لمن ذكر وقد كان يمكن قانونا اعتبار المعتوه ملزوما بجبر الضرر من ماله الخاص لكن القانون التونسي اشترط ان تكون المسؤولية الجناحية متولدة عن التقصير

مبدا ثان ـ المسؤولون مدنيا على مقتضى الفصل ٩٣ هم المطلوبون بمراقبة وحفظ فاقدي الشعور وغيرهم من المصابين في عقولهم فهؤلاء المسؤولون هم الاب وعند فقدانه الام وعند فقدانهما الاقارب اولا جوار الساكنون معهم ثم كل من تكلف في عقد صراحة او مفهوما بمراقبة من ذكر وحفظهم كالاطباء المرضين والاعراف والمعلمين ومديري المئاوي وغيرها من اماكن السكنى .

تنبيه اول ـ فيعرف من عليه المسؤولية المدنية بالجواب عن هـذا السؤال : ممن يظن اهمال المراقبة وقت حدوث الضرر .

تنبيه ثان ـ هاته الجملة (الساكن معهم) المضمنة بالفصل ٩٢ تفيد ان عدم السكنى مع الاقارب بمثابة حجة على ان هؤلاء الاقارب لم يمكنهم رد الضرر لكنه يتسنى للمتضرر طبق الفصلين ٨٢ ـ ٨٣ اثبات ان هناك تقصيرا ينسب شخصيا للاقارب كاثبات مثلا ان اولائك الاقارب صدر منهم تقصير من اول الامر وهـو اناطة مراقبة المصاب في عقله بعهدة من ليست له دراية ولاقدرة على ذلك .

تنبيه ثالث ـ لم يتعرض القانون للولي والنائب الشرعي وقد جرى العمل بالمحاكم الفرنساوية باعتبار ما ذكر مشبها بالاب غير ان المسالة محل خلاف . اما نحن فلا توقف عندنا في ذلك اي في اعتبار الولي من حيث المسؤولية كالاب لان القانون التونسي لم يجعل فرقا بين ما لكل منهما وعليه .

١٦٢ مبدا ثالث ـ قد جوز الفصل ٩٣ بصفة مبنى لضمان الاشخاص المذكورين ان مجرد قرينة تمكن معارضتها باثبات خلاف ماتقتضيه فالمسؤول مدنيا له اصالة ان يثبت ان الضرر كان لامرد له بناء على جملة الاحوال التي حفت بالجنحة اي ان الضرر كان وقوعه لامفر منه ولو كان هو حاضرا بنفسه ومراقبا لمحدث الضرر . لذلك جاء الفصل ٩٣ بذكر صور تطبيقية لهذا المبدا تفيد امكان التقصير من المسؤوليه باثبات احد الامور الاتية .

اولا ـ انه كان يجهل الحالة المخطرة من مرض المصاب في عقله .

ثانيا ـ ان المطالب بالضمان راقب المصاب في عقله كل المراقبة اللازمة .

ثالثا ـ ان الضرر تسبب عن فعل من لحقه .

١٦٤ سادسا ـ في الضمان الذي على من في حفظه حيوان من حيث الضرر الذي تسبب فيه هذا الحيوان

نظريات ـ هذا الضمان هو كالذي قبله من حيث الصفات القانونية فمبناه هو قرينة وجود التقصير بسبب عدم حفظ الحيوانات وهذه القرينة تمكن معارضتها بما يثبت خلاف ما تقتضيه (وهذا فرق اول في المسالة بين القانونين التونسي والفرنساوي) وقد حادت مجلة الالتزامات بكيفية محسوسة عن الطريقة التي جاء بها القانون الفرنساوي بالفصل ١٣٨٥ فعوض ان تجعل المسؤولية على مالك الحيوان او مالك منفعته (وهذا نتجت عنه خلافات عديدة) جعلتها على من في حفظه الحيوان ولو ان الحيوان احدث الضرر بعد ان انفلت اوضل وفعلا فان كل الحالات تفيد اهمال الحراسة .

مبدا اول ـ المسؤولية المذكورة ليست على مسخر الحيوان فقط (كمالك منفعته ومستعيره ومكتريه وبالاحروية المالك) بل ايضا على من كان ذلك الحيوان تحت حراسته موقتا (كالصفايحي وحارس السوق وصاحب الفندق وصاحب الخان الذي نزل به المسافر بحيواناته وغيرهم) وحتى في هذه الصورة الاخيرة تمكن مؤاخذة مالك الحيوان بتقصيره الشخصي لكونه لم يعلم الموضوع تحت يده الحيوان بالصفة المذكورة بخيث ذلك الحيوان حتى يتخذ مايلزم من الوسائل الخصوصية بحفظه لكن يلزم الاثبات المنصوص عليه بالفصلين ٨٢ ـ ٨٣ وقد خرجنا بذلك عن مسالة القرينة التي جاء بها الف ٩٣

ملاحظة ـ ان معرفة من في حفظه الحيوان مسالة فعلية ولا عمل على العقد القاضي بان المسؤولية التي على المكلف بالحفظ تجاه الغير تحمل على مالك الحيوان وذلك لان شرطا كهذا لم يصدر من المضمون له وهو ذلك الغير فتصيره الالغاء وايضا لانه شرط يؤدي الى نفي المسؤولية الف ٨٣

١٦٥ مبدا ثان ـ الحيوانات المتحدث عنها هي الاتية .

اولا ـ الحيوانات الداجنة كالخيل والبقر والضان والطيور والكلاب وغيرها .

ثانيا ـ الحيوانات الضارئة التي تحت حفظ الشخص وعلى ملكه الخاص كالضواري الموجودة بالمعرض المعبر عنه (بناجري) .

ثالثا ـ الحيوانات المربات بماوى خاص او غابة او بيوت نحل او زريبة المعدة للتجارة او الصيد او الاكل كالحمام والنحل والارانب والطيور المصادة وغيرها الف ٩٥

لم يقصد القنن سوى تلك الانواع فليست داخلة في هذا القسم الحيوانات الهائمة من ضواري وطيور الا اذا كان من وجدت عنده في ارضه قد سعى في جلبها او في بقائها بالمكان او كانت ارضه معدة للصيد خاصة الف ٩٥ وفعلا فان مثل

اوهاته الحيوانات لايكون تحت الحفظ فلامسؤولية على من وجدت بارضه الا اذا صدر منه تقصير الفصلان ٨٢ ـ ٨٣ وهناك قرينة على التقصير اذا كانت الارض معدة للصيد كما ذلك ايضا في الصور الاخرى الاستثنائية التي نص عليها الفصل ٩٥

ملاحظة ـ الضرر الذي يحدثه حيوان لحيوان اخر اي الحاصل في الحقيقة لرب هذا الحيوان الاخير تنطبق عليه الاحكام المتقدمة لو حصل الضرر من الحيوان للشخص مباشرة لكن في هذه الصورة كثيرا ما يكون التقصير مشتركا بين صاحبي الحيوانين فالمسؤولية تكون اذا مشتركة ايضا بينهما فما احتوت عليه هذه الملاحظة كثير التطبيق في صورة المسؤولية الناشئة من ترك مالك حيوانات مصابة بامراض معدية لحيواناته مع اخرى سالمة من المرض وذلك بالرغم عن نهي السلطة

١٦٦ مبدا ثالث ـ قرينة الخطا المنصوص عليها بالفصل ٩٤ تمكن معارضتها بالحجة المضادة فمن كان في حفظه حيوان ترفع عنه المسؤولية اذا اثبت احد الامرين كما ذلك بالفصل ٩٤ اما انه اتخذ الوسائل اللازمة لحراسة الحيوان اولتدارك ضرره او ان الضرر حصل بسبب امر طارى او قوة قاهرة او بسبب فعل من لحقه الضرر .

١٦٧ سابعا ـ في المسؤولية المدنية المترتبة عن الضرر الناشىء من الاشياء التي في حفظ الانسان (الف ٩٦)

نظريات عامة ـ جاء الفصل ٩٦ بمبدا وتضمن الفصل ٩٧ أهم صورة تطبيقية تتعلق بذلك المبدا فاعتبار الشخص ضامنا لما ينشا من الضرر من الاشياء التي تحت حفظه من اهم اركان المسؤولية التي موردها الجنحة فهناك ايضا توجد قرينة لكن يجب على المدعي قبل كل شيء اثبات ان الضرر تسبب راسا من تلك الاشياء الفصل ٩٦ وعندئذ يكون حافظ الاشياء مسؤولا ما لم يثبت من جهته

هذين الامرين معا .

اولا ـ انه فعل ما يلزمه لمنع الضرر .

ثانيا ـ وان الضرر نشا بسبب امر طارئي او قوة قاهرة او بسبب من لحقه

ضابطة اولى ـ لا يضمن الشخص الا ما كان قانونا تحت حفظه فالمكتري لالة صناعية او لالة فلاحية هو الضامن لما ينشا من الضرر من تلك الآلة او من السيارة والمكتري لارض هو الضامن لما ينشا من الضرر من سقوط شجر بتلك الارض الفصل ٩٧ كل ذلك ما لم يكن اثبات التقصير ينسب لشخص المكري مثلا كما في صورة ما اذا كان بالآلة المذكورة عيب صار بسبب استعمالها مخطرا او كان غرس الشجر بكيفية لا تنفي عن صاحب الارض مشؤولية عدم التقصير

ضابطة ثانية ـ الاشياء المتحدث عنها عبارة عن كل شيء قابل للحفظ والتعهد واللوذ وبصفة عامة كل شيء صانعه الانسان .

اكثر تطبيق حكم الفصل ٩٦ هو ما في صورة الحوادث التي تنشا عن المعامل والسيارات وغيرها . وكذلك في صورة الضرر الذي يتسبب عن الاشياء التي يقع رميها من سقوطها من دار .

فليس من الاشياء المذكورة الصخور وغيرها من اجزاء الارض فسقوط ما ذكر باسباب طبيعية محضه لا يضمنه المالك بل يعد من قبيل القوة القاهرة فمن كان على ملكه جبل لا عهدة عليه اذا انفجر الجبل وقذف النار وهو مثال اقتبسناه من تاليف الحقوقي بلانيول :

١٦٨ تطبيق الفصل ٩٧ . ـ تعرض هذا الفصل للضرر الذي ينشا عن سقوط بناء او تهدمه بسبب من الاسباب الآتية .

اولا ـ لقدمه ـ ثانيا ـ لعدم القيام بحفظه ـ ثالثا ـ لخلل في بنائه .

فاذا اثبت مدعي الضرر احد تلك الامور الثلاثة تكونت ضد المدعى عليه

كاقرينة قانونية تقتضي حمل المسؤولية عليه بدون ان يلزم القائم باثبات ان المالك كان عالما بالعيب الذي بالعقار وان هذا العيب حصل بسبب تقصيره ويجب ان لا نغفل على ان موضوع الفصل ٩٧ ما هو الا صورة تطبيقية للمبدا العام الذي جاء به الفصل ٩٦ وعليه فالمالك يمكن له التفصي من المسؤولية باثبات ما جوز له الفصل ٩٦ اثباته وقد يعسر ذلك خصوصا اذا اثبت المدعي التقصير في الحفظ وعلى كل حال فالنظر للحاكم .

ملاحظة اولى ـ الف ٩٧ يتعلق ايضا بسقوط او تهديم ما كان تابعا للبناء كالاشجار والباتريات اللاحقة بالابنية وغيرها مما يلحق بالاصل بحكم التبعية واما المنقولات الاخرى فالف ٩٦ هو الذي ينطبق عليها لكن من المفيد التمييز بين الف ٩٦ ـ ٩٧ حيث الاثبات الذي على المدعي على مقتضى احدهما غير الاثبات الذي عليه على مقتضى الاخر .

ملاحظة ثانية ـ وعلى مقتضى الف ٩٧ المسؤولون مدنيا هم .

اولا ـ مالك الارض الموجود فيها البناء .

ثانيا ـ مالك الانقاض اذا كانت الارض لمالك والانقاض لغيره .

ثالثا ـ من بيده البناء في الحال ان كان في الملك نزاع .

رابعا ـ من التزم بحفظ البناء بموجب حق استغلال او غيره من الحقوق العينية كالانزال او بموجب عقد كالمقاول بشرط وجود كتب على المقاول ومسجل

ملاحظة ثالثة ـ القيام بتعويض الضرر لا يقبل في صورة وجود خطر ظاهر الا بعد انذار مالك العقار وخطابه على مقتضى العوائد التونسية (الف ٩٧)

ملاحظة رابعة ـ اذا توقع صاحب محل انهدام بناء مجاور له او سقوط بعضه وكان تخوفه مبنيا على اسباب معتبرة فله ان يلزم من عليه ضمان ما عسى ان ينشا من الضرر من ذلك البناء باجراء الوسائط اللازمة لمنع الضرر (الف ٩٨) .

ومما يلاحظ هنا هو ان الحكم يمكن ربطه بمبحث تجاوز الحق فمتوقع الضرر في صورتنا هاته يحتاط لنفسه ويقيد شيئا ما من حقوق الغير الملكية .

١٧٠ ـ المصدر الخامس للالتزامات وهو القانون

ارادة القانون الخاصة هي خاتمة موارد الالتزامات .

ومثاله الالتزام المنحتم بمقتضى نص قانوني صريح ليس فيه للانسان دخل وحتى بالرغم عن ارادته كالتزامات النواب الشرعيين المجعولين للقاصرين والالتزامات الناشئة عن اشتراط الحد الفاصل بين عقارين متجاورين دعوى الشفعة وغير ذلك .

وقد ضبطنا ان هذا المورد الخامس مرتكز على ارادة القانون الخاصة لكنه من المسلم ان مصادر الالتزامات ترجع في النهاية للقانون ولو كانت تعاقدية وليس للالتزامات التعاقدية من النفوذ الا ما اناطه بها القانون لما صرح به من ان ما يتفق عليه المتعاقد ان يقوم مقام القانون فيما بينهما .

المقالة الثانية

في احوال الالتزامات الفصل ١١٦ والفصول بعده

الاحوال التي نصت عليها مجلة الالتزامات هي الاتية :

اولا ـ الشرط ـ ثانيا الاجل ـ ثالثا . خيار التعين . رابعا التضامن ـ خامسا عدم قابلية القسمة

اولا ـ في الشرط الفصل ١١٦

تعريف ـ الشرط هو عبارة عن حادثة مستقبلة غير محققة الوقوع تعلق عليها ارادة الطرفين او القانون وجود حق او انقضاءه الفصل ١١٦

فالشرط شرط تعليق اذا كان وجود الالتزام موقوفا عن وقوع حادثة مستقبلة . وشرط فسخ اذا كان انقضاء الالتزام هو الموقوف عن الحادثة .

مثال اول ـ أهبك عشرة الاف فرنك ان تزوجت في هاته السنة فهو شرط تعليقي منشؤه ارادة المتعاقدين

مثال ثان ـ بعتك تجارتي لما صرت بسبب المرض عاجزا عن مباشرتها واشترطنا في العقد على انه اذا تعافيت في مدة عامين من تاريخ البيع يمكن لي فسخ الاحالة فهذا شرط فسخي منشوءه ارادة المتعاقدين وبيع الثنيا مثال ثان في الشرط الفسخي

مثال ثالث ـ في الشرط التعليقي الذي منشؤه القانون وهو مثال الوصية فانه يحتوي على شرط تعليقي .

وهناك امثلة اخرى في الشرط الفسخي الذي منشؤه القانون فالعقد التي الالتزام فيها من الطرفين تفسخ اذا لم يوف كل من المتعاقدين بما عليه وفي الهبة التي هي من العقود التي يلزم فيها طرف واحد مفاده الشرط الفسخي عدم تجاوز حد النصاب

في الاحوال التي يظهر فيها الشرط

اولا ـ الشرط يكون صريحا او مفهوما بحسب ما اذا وقع التصريح بالحادثة غير المحققة او لم يقع

مثال الشرط المفهوم : اشتري منك غلة زيتونك بالسعر الذي سيروج وقت التسليم مع مراعاة احكام الف ٥٧٤ فهناك شرط تعليقي مفهوم مفاده ان البيع يتم على شرط ان لاتهلك الغلة بسبب امر طاري كمرض بالاشجار او جراد اوقلة امطار .

مثال اخر ـ ابيعك دارا بفرنكات ١٠٠٠٠ تدفعها لي في وقت حوزك فهناك ايضا شرط فسخي مفهوم مفاده ان البيع يفسخ عند عدم دفعك للثمن .

ملاحظة ـ لكن ارادة الطرفين ينبغي ان تكون واضحة في صورة الشرط المفهوم وبما انها تكون شروط التعليق بانواعها فعلى الاقل يلزم ان تكون ثابتة وهذا ماقصده المقننون بقولهم ان الشروط لا تحمل على الظن فالحاكم اذا يجب عليه عدم التوسع في التاويل اي انه ملزوم باتباع اخبط تاويل .

ثانيا ـ الشرط يكون ايجابيا او سلبيا بحسب ما اذا كان حصوله بحصول الحادثة او بعدمها كما اذا التزمت لك بكذا على شرط انك تفعل كذا او على شرط انك تفعل كذا

ثالثا ـ الشرط يكون ايضا شرط صدفة او امكانيا اي معلقا على مشيئة احد الطرفين او مشيئة الجانب الملزوم او مختلطا .

فالشرط شرط صدفة اذا كان معلقا على مجرد المصادفة ومشيئة الله تعالى مما يقع من غير ان يكون للمتعاقدين فيه سبب ولا اختيار كما في هذا المثال ـ سوغت لك المخزن الفلاني على شرط ان ياتي المركب الفلاني بالشعير .

والشرط الامكاني هو الشرط المعلق على حادثة يكون وقوعها وعدم وقوعها موكولا لارادة احد الطرفين ـ مثال ـ الشرط المعلق على مشيئة الملتزم له ابيع لك الدار اذا تحيل لي جنانك ـ ومثال ـ الشرط المعلق على مشيئة الملتزم ابيع لك الشيء

الفلاني ان بارحت الحاضرة .

واما الشرط المعلق على محض مشيئة الجانب الملزوم فهو الموكول لمجرد تشهي الملتزم ومثاله ابيع لك فرسي ان شئت فالتزام كهذا باطل كما ذلك بالف ١٢٧

ملاحظة ـ من البديهي ان الالتزام يكون صحيحا اذا كانت الحادثة في امكان الملتزم له ايقاعها كالتزامي لك بتسويغ ارض بفرنكات ١٠٠٠٠٠ ان اردت تسويغها

ويكون الشرط مختلطا اذا كان وجوده معلقا في آن واحد على مشيئة احد المتعاقدين ومشيئة اجنبي خارج عن العقد . مثال ذلك اتسوغ منك مخزنك اذا صرت نائب الدار الفلانية او اعطيك هذا المصوغ ان تزوجت حفيدتي .

رابعا ـ الشرط يكون ممكن النفوذ او مستحيل النفوذ بحسب ما اذا كان يتعلق بامر في قدرة الانسان انجازه او ليس في قدرته انجازه . مثال الشرط المستحيل النفوذ ابيع لك صابتي ان امطرت السماء لؤلؤا

خامسا ـ الشرط يكون جائزا او غير جائز بحسب ما اذا كان يتعلق باجراء امر او ترك امر موافق ومخالف للاخلاق او القانون او الاداب ـ مثال ـ الشرط الغير الجائز المتعلق باجراء امر اهبك فرنكات ١٠٠ ان راودت المرأة الفلانية عن نفسها . ومثال الشرط الغير الجائز المتعلق بترك امر اهبك داري على شرط ان تمتنع من اداء الضرائب .

١٧٤ ـ نظريات عامة تتعلق بالشرط

مبدا اول ـ ليكون الشرط صحيحا يلزم ان يكون معلقا على حادثة مستقبلة وغير معلومة الوقوع والا فلا تاثير له على الالتزام الف ١١٦

ملاحظة ـ فالالتزام المعلق على شرط لا يتوجد اذا لم تحصل الحادثة المستقبلة والغير المعلومة الوقوع بل يضمحل ويعتبر كأن لم يكن واما الالتزام المشروط بشرط فسخي فانه يستمر وقوعه في هاته الصورة .

فرع اول ـ اذا تعلق الشرط بامر مضى غير معلوم عند المتعاقدين فهو ليس بشرط والالتزام المشروط به يعتبر التزاما مجردا (الفـ ١١٦) . مثال ذلك قولي لك اني اهبك جناني اذا حمل المتحزبون على الانتصار في سنة ١٩١٩ (نظر بين هذا الفصل والفصل ١١٨١ من ق م ف)

فرع ثان ـ والامر كذلك اذا تعلق الشرط بامر متحقق الوجود في الحال لكن يجهله المتعاقدان (الفـ ١١٦) . مثاله اهبك هذ الحايم اذا كانت السماء ماطرة الآن بباجه ففي هذا المثال كما في الذي قبله لا وجود للشرط بل هناك مجرد سبب اوداع قابل للتحقيق وعليه فالالتزام يكون معتبرا مجردا عن الشرط وتثبت احكامه من وقت التعاقد (نتائج ذلك في التطبيق هو ان ضمان التالف يكون على الدائن وزيادة على ذلك فان حق الموهوب له ينتقل لورثته ان مات قبل تنفيذ الالتزام) .

فرع ثالث ـ إذا تعلق الشرط بحادثة مقبلة لكنها محققة الوقوع فهناك اجل لا شرط (انظر ما سيقال في الاجل) وينتج عنه في التطبيق ما ينتج عن السابق من حيث ضمان التلف والانتقال . مثال اول . داري تكون لك عند ما اموت مثال ثان ـ التزم بزالة حق المرور بالمكان الفلاني عند ما يموت جاري الفلاني .

ملاحظة اولى ـ يلزم امعان النظر (وهذا سيدعي التثبت التام من الحاكم لا بداء رايه) لمعرفة هل ان المتعاقدين قصدا تضمين شرط بالاتفاق او تضمين التزام تنقيلي فقط فعبارات الاتفاق ربما لا تكون مؤدية للواقع وعلى كل حال فان العبرة بما يظهر من قصد المتعاقدين لا بالتعبير ـ مثال ذلك ـ ابيع لك ارضا لي بثمن معين واشترط عليك انك تدفع كيذا الفلان الذي هو اجنبي عن العقد وانك تجعل لفلان حق مرور بملكك اواني اهبك كذا على شرط ان تلوذ بي عند مرض موتي وان تقف على الدفن فذلك ليس من قبيل الشرط المتحدث عنه

وانما من قبيل الالتزام التنقيلي (وهناك مصلحة تطبيقية في التفريق بين الامرين) نعم عدم انجاز الالتزام التنقيلي كعدم انجاز الشرط يفسخ الاتفاق لكن في صورة الالتزام التنقيلي يمكن للدائن ان يطالب مع الوفاء بالالتزام الاصلي انجاز الالتزام التنقيلي ان راى عدم طلب الفسخ بخلاف الشرط فان الدائن لا يطلب انجازه وعلاوة على ذلك فان في صورة الالتزام التنقيلي يحصل الحق بدون لزوم التوقف على انجاز المتعهد به اي التزام التنقيلي .

ملاحظة ثانية ـ ليس هنالك اصالة شرط او التزام تنقيلي اذا وجد في الظاهر التزام تنقيلي لفائدة الموظف عليه هذا التزام بل هناك التزام مجرد وماله صفة شرط تنقيلي في الظاهر انما هو في الحقيقة سبب دعى للالتزام كقولي لك اهبك المبلغ الفلاني لاستكمال تعليمك

مبدا ثان ـ الشروط الاتي بيانها باطلة ويبطل بها الالتزام .

اولا ـ الشروط المتعلقة بالمحال (الفـ ١١٧) فالالتزام المعلق على شرط مستحيل لا ينقلب الى الصحة اذا صار الشرط فيما بعد ممكن التفوذ ومن البديهي ان التعليق على عدم فعل المستحيل لا يبطل العقود المشروط فيها تلك عبارات (الفـ ١١٧٣) من ق م ف واما القانون التونسي فقد راى عدم الفائدة في اعادة حقيقة بينة كهاته وهو مصيب في هذا الراي .

ثانيا ـ الشروط الغير الجائزة اي الشروط المخلة بالاداب والحياء والمخالفة للعوائد الحسنة وللقانون (الفـ ١١٧) فقياسا على الصورة المتقدمة وتطبيقا للاصول القانونية يجب القول بان الالتزام المعلق على شرط من هذا النوع لا ينقلب الى الصحة لو صار الشرط فيما بعد جائزا

ثالثا ـ الشروط التي من شانها ان تقيدا وتمنع على الانسان تعاطي ماله من لحقوق البشرية (الفـ ١١٨) مثال ـ اهبك داري ان التزمت بعدم

التزوج او اشتري منك تجارتك ان التزمت لي بعدم تعاطى التجارة قط بأي مكان غير انه يجوز للانسان ان يتعهد بعدم تعاطي تجارة او صناعة معلومة في جهة او مدة معينة (الفـ ١١٨) ففي هاته الصورة ليس هنالك اعتداء على حرية المتعهد بل تكون قد ظهرت هاته الحرية طبق العادة والمعقول ـ مثال ذلك اشتري منك تجارتك على شرط انك تلتزم لي بعدم تعاطي مثلها خمسة اعوام بتونس ..

رابعا ـ الشروط المنافية لطبيعة العقد المضمنة به (الفـ ١١٩) مثال ذلك ابيع لك داري على شرط ان تبقي لي حق التصرف فيها وتفويتها للغير وقد اضاف ذلك (الفـ ١١٩) هذا القول . قد يصح هذا العقد اذا رضي الخصم رضاء صريحا بترك القيام بهذا الشرط .

خامسا ـ الشروط الموقوف انجازها على خصوص مشيئة الملتزم (الفـ ١٢١)

١٧٧ مبدا ثالث ـ الشروط الاتي ذكرها باطلة لكنها لا تبطل العقد فهذا العقد لا يعتبر مشروطا بل يعتبر مجردا عن الشرط) فهذه الشروط هي التي لا فائدة فيها لمشترطها او لغيره (راجع التعريف والامثلة التي سبق ذكرها تحت عنوان (في الاحوال التي يظهر فيها الشرط) وبالنسبة لموضوع العقد (الفـ ١٢٠) مثلا ابيع لك كذا على شرط ان سيرتك تبقى حسنة او انك تواضب على القيام واجباتك الدينية او اني ابيع لك بستاني على شرط ان تعتني بصفة خاصة بخدمة اشجار اللوز المغروسة بها

١٧٨ ـ ملاحظة اولى ـ الشرط الموقوف انجازه على خصوص مشيئة الملتزم وبالتبعية للعقد المضمن به هذا الشرط يكونان صحيحين اذا كان ظاهر ارادة الملتزم لا يزيل الاتفاق وانما ينقص من مفعوله او يغيره وذلك لانه توجد الى حد محدود رابطة قانونية مكونة للالتزام كما في صورة بيع الخيار فالمشتري له ان يستقيل بدفع معلوم يساوي مقدار الربح الذي كان لمعاقده لو تم البيع وكذلك في صورة

التي يشترط فيها صاحب المعمل على نفسه ان اجيره يتقاضى سنويا زيادة على اجرته مبلغا معقولا على وجه الاحسان (للمجلس النظر في ذلك هل هو اجر او محض تبرع فان ظهر له انه اجرا جرى عليه حكمه والا فحكمه التبرع)

ملاحظة ثانية ـ ينبغي اجتناب اللبس بين الشرط الموقوف انجازه على خصوص ارادة الملتزم والحق الذي للملزم في ان يبقى بنفسه حق فسخ العقد بعد مدة يقضيها في التجربة كما يقع ذلك بكثرة في جل التزامات المثليين

ملاحظة ثالثة ـ يصح الشرط الموقوف انجازه على مشيئة الملتزم له (راجع الحقائق المتقدمة)

١٧٩ استثناء من المبدا ـ القانون التونسي يعتبر الشرط الموقوف على مشيئة الملتزم صحيحا في صورة معينة . فقد جاء (الفـ ١٢١) بان . لكل من المتعاقدين او هما معا « ان يبقي لنفسه الخيار في امضاء العقد او فسخه في مدة معينة » فهذه المدة نوع اجل التروي ينظر فيه الملتزم هل يرجع في الالتزامات اولا وقد سبق لنا العلم بان مثل ذلك يجوز للملتزم له لكن جوازه بالنسبة للملتزم يكون غير ممكن أولا وجود النص القانوني فهذا الخيار جعلته المجلة من حيث الصحة تحت الضمانات الاتية ايا كان المتعاقد :

اولا ـ لا يصح شرط الخيار في بعض عقود ضبطها (الفـ ١٢١) بفقرتيه الثانيه وهي (الهبة والاقرار بالدين والابراء منه وبيع السلم) والسبب في ذلك هو انه بالتحليل يظهر ان هذه العقود لا يمكن ان تتضمن الا الالتزامات البائنة لا رجوع فيها

ثانيا ـ يلزم ان يقع التصريح بارادة الفسخ في مدة معقولة اذا المرعين اجل لذلك الاتفاق (الفـ ١٢٢)

ثالثا ـ اذا انقضى الاجل ولم يصرح العاقد بانه يريد الفسخ صار العقد باتا من

تاريخه (راجع الفقرة الاولى من الف ١٢٣) وبعكس ذلك اذا صرح العاقد بالفسخ فالعقد يصير كأن لم يكن (الف ١٣٣)

رابعا ـ اذا توفى من له الخيار بالفسخ قبل انقضاء الاجل انتقل الخيار للوارث وفي صورة تعدد الورثة تلزم موافقة جميعهم على امضاء العقد وان اختلفوا فليس لمن اراد الامضاء أن يجبر بقية الورثة عليه لكن له قبوله كله خاصة لنفسه (الف ١٢٤)

خامسا ـ اذا ابقى العاقد لنفسه الخيار في الفسخ ثم انه قبل انقضاء الاجل والتعريف بما استقر عليه رأيه صار مفلسا او اصابه جنون او غيره من الاسباب الموجبة للتحجير فالعمل يجري طبق احكام الف ١٢٥ ففي صورة اصابته بالجنون او غيره من الاسباب المزيلة لاهليته يعين المجلس مقدما خصوصا اذا طلب ذلك منه العاقد او غيره ممن له مصلحة وللمقدم حينئذ الامضاء او الفسخ بمشاركة المجلس حسبما تقتضيه مصلحة المحجور عليه واما في صورة التفليس فمقدم التفليس او غيره ممن له نيابة عن جملة الغرماء هو الذي يقدم قانونا على الامضاء والفسخ .

١٨٠ ـ في الكيفيات التي يحصل بها الشرط . اي تنفيذه .

مبدأ اول ـ لابد من حصول الشرط على الكيفية الاكثر مطابقة مما يظهر من ارادة التعاقدين وعلى الحاكم ان يبحث عن الغرض الذي قصده الطرفان وان لا يقتصر على منطوق العقد لكن بدون ان يسهو عن شيء وهو ان ارادة الطرفين لا يحيد عن اتباعها ولا يمكن له بحال تغييرها خصوصا اذا كانت الشروط المضمنة بالعقد شروط صدقة .

مبدأ ثان ـ العقد يبقى معلقا الى ان يحصل الشرط فاذا لم يحصل في الاجل المعين سقط العقد وجوبا بدون احتياج الى انذار المدين .

مبدأ ثالث ـ الشرط ينفسخ اذا انتهى الاجل المضروب ولم يحصل (راجع الفصلين ١٢٦ ـ ١٢٧) مثال ذلك اهبك فرسي على شرط انك في ظرف ثمانية

ايام تحيل لي جملك فياتي اليوم التاسع ولم تقع منك احالة الجمل فينعدم الشرط وبانعدامه يسقط التزامي لك بتسليم الفرس .

ملاحظة ـ ليس للمجلس ان يمد في الاجل المعين لوقوع الحادثة الموقوف عليها الشرط (الف ١٢٦) (يراجع العدد ٣٢٠ من هذا الشرح)

١٨١ ـ سؤال اول ـ الى متى يبقى نفوذ الشرط معلقا اذا لم يقع من الطرفين تعيين اجل ؟ الشرط على مقتضى القانون التونسي اما انه ايجابي او سلبي اي معلق على حصول حادثة او على عدم حصولها فاذا كان العقد معلقا على شرط كون حادثة كذا لا تقع صح ذلك الشرط اذا حدث ما يفيد ان الحادثة لا تحصل ابدا . مثال ذلك اعد زيدا بان ادفع له مائة فرنك ان شارك في سباق الخيل المعين وقوعه في ١٥ مايه واعد عمرا بمثل ذلك ان لم يشارك فيما ذكر فلا يشارك زيد ولا عمر في سباق الخيل المشار اليه ففي السادس عشر من الشهر المذكور يكون الشرط الايجابي المتعلق بزيد معدوما والشرط السلبي المتعلق بعمرو حاصلا فهذا هو ما نص عليه الفصلان ١٢٦ ـ ١٢٧ .

١٨٢ ـ سؤال ثان ـ متى يعتبر الشرط الموقوف حصوله على مشاركة الغير او على اجراء عمل من الملتزم له منعدما ؟ تضمن الف ١٢٨ الجواب عن ذلك حيث ذكر ان انعدام ما ذكر يحصل عند امتناع الغير من المشاركة او عدم حصول اجراء العمل من الملتزم له ولو كان ذلك لعائق لا قدرة له على دفعه .

ملاحظة ـ هذه القواعد نفسها تطبق في صورة الشرط السلبي (يتم الشرط بمجرد انقضاء الاجل المعين او بمجرد حصول اليقين بان الحادثة لا تقع ابدا)

عويصة اولى ـ كيف يكون الامر اذا لم يحصل الشرط بفعل الملتزم او بتفريط منه مثال ذلك قولي لك انني اشتري منك فرسك بعشرة آلاف فرنك اذا فاز في سباق الخيل المعين وقوعه يوم الاحد ثم اندم عما صدر مني من

الالتزام فاسقي سما لفرسك لألا يشارك في السباق المذكور .

فعلى مقتضى الاصول العامة يلزم فسخ العقد والحكم على الملتزم بتعويض الضرر لكن قد خالف الفصل ١٣١ هذه الاصول وقرر ان الشرط يعتبر حاصلا اذا منع الملتزم حصوله تعديا منه الخ وعلى كل حال فان للملتزم ان يثبت ان الشرط كان حصوله غير ممكن الوقوع ولو لم يقع منه شيء يمنعه كما له ايضا ان يثبت احيانا ان ما صدر منه كان بموجب قيامه بحق من حقوقه (مثل ذلك كان يجد الانسان الفرس في المثال المذكور فيحبسها او وجدها عند اناس يسرقون محلي وفروا وتركوا الفرس في محله فيحبسها ايضا)

١٨٣ ملاحظة - لم يتكلم الف ١٣١ الا على خصوص الملتزم بالشرط لكن الامر سواء اذا كان الملتزم له هو الذي منع تعديا منه حصول الشرط فالشرط يعتبر حاصلا في هذه الصورة فاذا اشترط مثلا في عقد تسويغ ان العقد ينفسخ عند عدم دفع الكراء فهذا الفسخ لا سبيل لوقوعه اذا تسبب المسوغ في عدم الدفع . وكذلك اذا التزمت لك باحالة عقار وقف علي سومه مؤقتا على شرط ان لا ياتيني راغب اخر فاذا تحيلت بايجاد راغب صوري لاني ندمت على ما التزمت لك به فانه يمكنك جبري على الوفاء بما تعهدت به وهو احالة العقار بالثمن المتفق عليه وفعلا فان الف ١٣٢ جاء في هذا الموضوع بان حصول الشرط لا يترتب عليه شيء اذا كان ذلك بتغرير ممن له مصلحة في حصول الشرط . ففي المثال الاول لا يكون هناك تغرير بل في الغالب مجرد عدم تنبه لكن هذا لا يمنع فيما نرى من ان يكون وجه الحكم واحدا لانه في كلا الحالين فكرة الخطا موجودة .

فيما يترتب على الشرط التعليقي

(راجع الف ١٣٣ والفصول بعده)

هناك صور الصورة الاولى - وهي التي فيها الشرط لازال موقوفا

مبدا اول - الالتزام في هاته الصورة لازال غير موجود .

فرع اول - فالمدين حينئذ لازال غير ملزوم نهائيا بحيث انه اذا وقع منه الدفع يمكنه القيام باسترجاع مادفعه بدون موجب طبق احكام الفصل ٧٣

فرع ثان - ضمان التالف يكون على المدين (الف ١٢٩) وقد تضمن هذا الفصل ان المعقود عليه اذا هلك كله بدون فعل المدين او تفريطه فحصول الشرط لايترتب عليه شيء ويصير الالتزام كان لم يكن .

ومما يلاحظ هنا هو ان تلف المتعهد به معتبر بصفة عائق لوجود الالتزام اكثر من كونه سببا في انقضاء الالتزام .

ملاحظة اولى - من المعلوم ان ما كنا بصدد تحريره بهذا الفرع الثاني لا يتعلق الا بالاشياء المعينة بذاتها -

ملاحظة ثانية - قد اضاف الف ١٢٩ لما ذكر هذا القول (الشيء اذا هلك بتمامه بفعل المدين او بتقصيره فللغريم مطالبته بالخسارة) وهو امر بين يتعلق بمبحث الخطا .

فرع ثالث - مايحدث للشيء بذاته من العيوب بامر سماوي او قوة قاهر يتحمله الملتزم اذا انعدم الانتفاع بالشيء كما لو تلف ذلك الشيء .

استثناء - واما اذا كان التعيب في هذه الصورة في جزء من المعقود عليه فعلى الملتزم له قبوله على ما هو عليه بدون حط من الثمن الفصل ١٢٩ هذا ولو كان التعيب حاصلا في جوهر الشيء وقد جاء القانون التونسي في هذه المسالة بما بالقانون الفرنساوي (راجع الف ١١٨٢ ممن المجلة المدنية الفرنساوية) حيث جعل ضمان التعيب على الملتزم له تاويلا لارادة المتعاقدين لكن خلافا للمبدا الاول

فرع رابع - لاتجري مدة سقوط الحق ضد الملتزم له تحت شرط وذلك لان جريان مدة سقوط الحق مبني على اهمال الدائن للمطالبة وهذا الدائن مضطر

لترك وسائل القيام حيث كان له حق احتمالي فقط :

ملاحظة اولى - اذا تعيب المعقود عليه بفعل المدين او بتفريطه فالدائن مخير ان شاء اخذ الشيء على ما هو عليه وان شاء فسخ العقد مع بقاء الحق في طلب الخسارة في الصورتين وفي الحط من الثمن .

ملاحظة ثانية - وقد اضاف لذلك الفـ ١٢٩ المقرر به الاصول التي يجري بها العمل في مبحث ضمان التلف (راجع الفرعين الثاني والثالث) هذا القول (كل ذلك مالم يكن في العقد ما يخالفه)

١٨٥ مبدا ثان - ولو ان وجود الالتزام لازال معلقا فهناك حق متوقع حصوله للدائن .

فرع اول - وهذا الحق يقبل الانتقال للورثة ويطالبون به ايضا ماعدى الوصية فانها تسقط اذا مات الموصى له قبل حصول الشرط .

يسوغ للدائن التسليم في هذا الحق او عقد صلح فيه او احالته للغير او تجديد الالتزام به الى غير ذلك لكن وجوده يبقى دائما متوقفا على حصول الشرط .

فرع ثان - بما ان هذا الحق غير مكتسب بصفة باتة فليس للملتزم له ان يقوم بغير الاعمال الضرورية الكافلة لمصالحه وقد اباح له الفـ ١٢٥ اتخاذ كل الوسائل التحفظية حتى طلب حجز ما للمدين لدى الغير اذا كان هناك خطر ملم (الراي الحكم الفرنساوي يعمل بطريقة مخالفة لهاته) - التنبيه اسفله -

ليس للدائن ان يتداخل عملا بالفـ ٣٠٦ في قضية تهم مدينه بقصد حفظ

تنبيه - على مقتضى القانون الفرنساوي يجوز للداخل على شرط في صورة عقلة مكاسب المدين ان يدخل في زمرة بقية الدائنين للتحصيل على درجة بينهم ولتكون له رتبة عند توزيع المتحصل من بيع المعقول (وعلى كل حال فدخله في التوزيع احتمالي لتوقفه على حصول الشرط)

حقوقه وذلك لان ماخوله الفـ ٣٠٦ للدائن يعوق الوسيلة التحفظية بشيء ما وعلى كل حال فالدائن هنا ليس له حق موجود في الحال (بهذا حكمة المحاكم الفرنساوية على الاجماع)

هذا ومن جهة اخرى ليس المدين ان يجري اي عمل فيه تجاوز حق او اضرار بمصالح غريمه الفـ ١٣٤

١٨٦ - الصورة الثانية وهي التي انعدم فيها الشرط

مبدا اول - الالتزام في هذه الصورة لم يتوجد والواعد لم تنزع منه صفة صفة مالك للموعود به -

فرع اول - اذا حاز الطرف الاخر الشيء يكون للواعد المذكور الحق في استرجاع الغلة والتوابع -

فرع ثان - الامتيازات والرهون والضمانات تسقط وجوبا في هاته الصورة.

١٨٧ - الصورة الثالثة وهي التي حصل فيها الشرط

مبدا - الالتزام يحمل على انه توجد في الماضي بصفة التزام مجرد من يوم التعاقد (الفـ ١٣٣)

والعقد لايكون عماله بالنسبة للمستقبل فقط بل ايضا بالنسبة للماضي فالنتيجة المعقولة لذلك هو ان كل ما اجراه المدين قبل حصول الشرط يبطل ويصح جميع ما اجراه الملتزم له .

الا ان القانون التونسي لم يجوز حكما شديدا كهذا بل اباح مع التصريح بان ما يجري بالكيفية المذكورة باطل ابقاؤه في بعض صور (راجع الفـ ١٣٤) .

فيبطل ما يجريه الملتزم مما من شانه ان يضر بالغريم وذلك بدون اخلال بالحقوق الحاصلة بطريقها للغير عن حسن قصد (الفـ ١٣٤) فداخل فيما يجريه الملتزم خصوصا الاعمال التي هي من قبيل الادارة (كراء وغيره) والدائن يبقى

على حقه في القيام على الملتزم بالغرم (كما سترى في السؤال الاول)

سؤال اول ـ كيف العمل اذا قام الملتزم بعد ان توقع حصول الشرط باعمال فيها اخلال بحقوق الغريم ومضرة به ؟

الفـ ١٣٤ يخول في هذه الصورة القيام بالفسخ وقد حجر فعلا هذا الفصل على الملتزم ان يجري قبل حصول الشرط اي عمل يمنع الغريم من اجراء حقوقه او يصعب عليه اجراؤها عند اتمام الشرط فللغريم كما ذلك بالفصل المتقدم الذكر ان يحتاط باتخاذ الوسائل التحفظية .

سؤال ثان ـ لمن تكون الغلة الواقع الاتصال بها قبل حصول الشرط ؟

يمكن ان يكون ذلك محل خلاف بسبب اسناد تاثير الالتزام للماضي غير اننا نرى من المستحيل عدم اعتبار المدين حائزا بشبهة الى حصول الشرط فالغلة اذا تكون له (الفـ ١١٢) . هذا الحكم يكون مطابقا للانصاف في صورة العقد الملزوم به طرف واحد لان الدائن لا يطلب منه مقابل ويكون ايضا كذلك في صورة العقود الملزوم بها الجانبان لان الدائن لا يسلم ما تعهد به الا بعد حصول الشرط فهو اذا لا ينتفع بالغلة الى ذلك الوقت (قابل ذلك مع مضمون الفـ ١٣٠ فيما يتعلق بالشرط الفسخي) . صورة تطبيقية الفـ ٧٠٥ المتعلق ببيع الخيار

١٨٨ ـ فيما يترتب على الشرط الفسخي .

مبدا ـ الالتزام المعلق على شرط فسخي يعتبر من تاريخ العقد موجودا تاما بصفة التزام مجرد لكنه التزام وقتي غير محقق الدوام ويمكن ان ينفسخ بحصول الشرط الفسخي وفي ذلك صور .

١٨٩ ـ الصورة الاولى ـ وهي التي يكون فيها الشرط لا زال موقوفا ففي هذه الصورة تترتب على العقد النتائج الاعتيادية كما لو كان الالتزام مجردا . ففي بيع الثنيا الذي يتشخص فيه تماما الشرط الفسخي يجوز للمشترط طلب تسليم

المبيع ويطالب هو بالثمن وله ان يقوم بالدعاوي الحوزية والاستحقاقية المتعلقة بالمبيع وان يحتج بطول المدة عند القيام عليه بطلب الثمن وان يجري كل الاعمال التي هي من قبيل الادارة كالتصرف بالتسويغ وغيره .

١٩٠ ـ الصورة الثانية ـ وهي التي انعدم فيها الشرط . فالالتزام يتايد وتتحقق مدته ويعتبر كانه وجد من اوله مجردا عن الشرط .

١٩١ ـ الصورة الثالثة ـ وهي التي حصل فيها الشرط .

افتراض اول ـ الشرط الفسخي صريح .

فاذا كان كذلك يفسخ العقد اصالة (راجع الفـ ١٣٠ والفـ ٢٧٤ فيما يتعلق بالعقود التي الالتزام فيها من الطرفين .

فرع اول ـ الملتزم له يرجع الاشياء الى ما كانت عليه بدون ترافع او نزاع لدى المحاكم واذا تداخل الحاكم فلا يكون تداخله الا في خصوص صورة وقوع نزاع في حصول الشرط وليس له الا مشاهدة الامر فقط بدون ان يغير شيئا مما يترتب على الشرط الاتفاقي . وعليه فالدائن يرد ما قبضه ففي صورة بيع الثنيا مثلا يقع من المشتري رد العين وان عجز عن ذلك لسبب ينسب اليه يطالب بتعويض الخسارة .

فرع ثان ـ يقوم بالفسخ كل من يهمه العقد وبالاخص الدائن لا الطرفان فقط وذلك لان الفسخ في هاته الصورة يقع وجوبا .

١٩٢ ـ فرع ثالث ـ يعتبر الفسخ من يوم الالتزام كما يستفاد ذلك من صريح عبارات الفـ ١٣٣ وما يجريه الملتزم له او المشتري من الاعمال قبل حصول الشرط يفسخ ايضا وذلك بدون اخلال بالحقوق الحاصلة للغير عن حسن قصد .

استثناء اول ـ لا يلزم الدائن برد غلة الشيء وزوائده حسبما ذلك بالفـ ١٣٠ ومصرح بهذا الفصل ايضا ان اشتراط الرد المذكور باطل لا عمل عليه .

والسبب في ذلك هو ان كلا من الطرفين الملتزمين بموجب العقد المتضمن للشرط الفسخي، وفي من جهته بما تعسر به فواحد تسلم المتعاقد عليه والاخر قبض الثمن فحصل بذلك التوازن من الاستغلال الصار من الصعب تصفية الحساب بينهما فالرد اذا لا يتعلق الا بالاصل (راجع الف ٦٨٧ في باب الثنيا) .

استثناءان ـ يلزم اعتبار ما يجريه الملتزم له من الاعمال التي هي من قبيل الادارة باقية تحت الشروط التي اوردها المشرع في الشرط التعليقي بالف ١٣٤ وهذا معقول ومطابق للانصاف ونفس هاته الطريقة معمول بها لدى المحاكم الفرنساوية لعدم وجود قص منضبط (راجع الف ٦٩٧ في بيع الثنيا) .

١٩٣ ـ سؤال اول ـ على من ضمان تلف الشيء بامر سماوي او قوة قاهرة ؟ على مقتضى القانون الفرنساوي ضمان التلف على المشتري اي المدين بالشيء وذلك لانه لما كان عاجزا عن ترجيع الشيء فلا ينسنى له استرداد الثمن وهذا معقول حيث ان المشتري مالك للشيء ولو تحت شرط فسخي .

وعلى مقتضى القانون التونسي يلزم الدائن بتعويض الخسارة ان عجز عن رد ما قضبه بسبب وجب ضمانه (الف ١٣٠) .

لاستخراج قاعدة من ذلك يلزم ضبط معنى لفظة دائن وبيان الاسباب الموجبة لضمانه .

فعلى مقتضى الف ١٣٠ الدائن هو الذي توصل بالشيء المعين بذاته منذ تكوين العقد (المشتري بثنيا مثلا) لكن من المسلم انه يرجع مدينا بالشيء عند حصول الشرط الفسخي حيث يجب عليه رده .

وفي المبحث العام المتعلق بضمان التلف عبر الف ١٣٠ بدائن عمن هو في الحقيقة مدين ومطلوب بالرد .

اما الاسباب الموجبة لضمانة فقد ضبطها الف ـ ٦٩٦ في بيع الثنيا وهو الذي

يتشخص به البيع الواقع تحت شرط فسخي فعلى مقتضى هذا النص لاضمان على المشتري بالثنيا اذا هلك المبيع بامر سماوي او قوة قاهرة ولايسال الا بخطئه واذا اردت معرفة اهمية هذا الخطا فراجع المبحث الوارد تحت العدد ٣٣٩ من هذا الشرح .

سؤال ثان ـ ماهو وجه الحكم في صورة تعيب الشيء ؟

الجواب عن ذلك نص عليه ايضا الف ٦٩٦ حيث تضمن ان المشتري بالثنيا (وهو المدين على مقتضى مبحث ضمان التلف) لايضمن الا التعيب الحاصل للشيء بفعله او بتفريطه اوبتفريط من عهدته عليه وليس عليه ضمان التعيب الناشيء عن امر سماوي اوقوة قاهر ولاضمان التغيير الذي لابال له والبائع (وهو الدائن على مقتضى مبحث ضمان التلف) في هذه الحالات ليس له ان يطلب تنقيص الثمن .

سؤال ثالث ـ كيف العمل فيما صرفه المشتري المتحمل بالشرط الفسخي لتحسين المبيع ؟

قرر الف ٦٩٥ ان البائع بالثنيا عليه رد قدر ما زاد في قيمة المبيع مما صرفه المشتري ولا حق للمشتري في استرداد المصاريف اللازمة لحفظ المبيع واستغلاله كما لا حق له في استرداد مصاريف الترف وانما له ازالة ما احدثه من التحسين ان امكن بلا ضرر .

افتراض ثان ـ الشرط الفسخي ضمني . (او الفسخ الحكمي) .

وهي صورة العقد الملزوم به الجانبين فيما اذا لم يوف احدهما بما تعهد به ولو عن غير سوء نية فالجانب الاخر يكون له الحق في طلب الفسخ لكن هذا الفسخ يلزم ان يحكم به الحاكم وقد نص الف ٢٧٣ على هذا المبدا (راجع العدد ٣٣٢ من هذا الشرح فيما يتعلق بمماطلة المدين .

ملاحظة ـ اذا صدر تقصير من الطرف الذي اهمل الوفاء بالتزامه جاز القيام عليه بغرم الضرر ايضا .

مثل ـ ابيع لك داري بثمن قدره فرنكات ٣٠٠٠ يحل دفعها بعد مضي ثلاثة اشهر فتكون انت معتبرا مالكا للدار من تاريخ التعاقد غير انه على شرط دفع الامن والا يفسخ البيع فاذا لم توف بالشرط اي لم تدفع المال اقوم لدى المحاكم بطلب الفسخ

نتيجة اولى ـ يجوز للمدين الى صدور الحكم النهائي اجتناب الفسخ وذلك وذلك باجراء العمل بالالتزام .

نتيجة ثانية ـ صدر الحكم بالفسخ انسحب عمله على الماضي (راجع ما قيل في شان ما يترتب على الفسخي) .

ملاحظة ـ فللحاكم النظر المطلق وتعيين مقدار الخسارة موكول لاجتهاده غير انه قد جرى العمل بان المجلس ليس له ان يقيد الفسخ بان يجعله خاصا بالشرط الذي لم يقم انجازه كما انه ليس له ان يحكم بابقاء الاتفاق مع ادخال بعض تغييرات عليه فغاية ما يتسنى له هو ابقاء كامل العقد او فسخه بتمامه ايضا الا اذا كان جزء الالتزام الذي لم يقم الوفاء به عديم الاهمية بالنسبة لقيمة كامل الالتزام ففي هذه الصورة الاخيرة يمكن الحكم بابقاء العقد مع غرامة يؤديها الملتزم للملتزم له .

عويصة ـ ما هو وجه الحكم اذا اشترط الطرفان صراحة الفسخ واقتصرا في ذلك على ذكر مضمون الفد ٢٧٣ بالعقد بدون تنصيص على شروط اخرى او تغييرات خصوصية فهل نحن في صورة الافتراض الاول ام في صورة الافتراض الثاني؟

الجواب هو انه بما ان الطرفين لم يضيفا شيئا للشرط الفسخي القانوني فلا يسعنا الا تطبيق قاعدة الفصل ٢٧٣ القاضية بان فسخ العقد لا يكون الا بحكم (وهذا مطابق لما جرى به العمل لدى المحاكم الفرنساوية) .

لكن الامر ليس كذلك اذا عين الطرفان اجلا يفسخ بمضيه العقد في صورة عدم الوفاء بالالتزام فتعيين الاجل يصيرنا في صورة الافتراض الاول لكن الفسخ وان كان وقوعه لا يتوقف على حكم فانه يوجب في هذه الصورة انذار المدين

طبق الاصول العامة (راجع مايتعلق بمماطلة المدين تحت العدد ٣٣٢ من هذا الشرح)

١٩٦ ـ ثانيا في الاجل الفصل ١٣٦ والفصول بعده

تعريف ـ الاجل عبارة عن حادثة مستقبلة ومتحققة الوقوع يتوقف عليها اما تنفيذ الالتزام (وهو الاجل التعليقي) وانقضاؤه) وهو اوجل الفسخي) .

وبعبارة اخرى الاجل حالة بمقتضاها يتاخر تنفيذ التزام موجود مدة من الزمان متفق عليها وينقضي التزام موجود عند حصول حادثة مستقبلة ومتحققة الوقوع ففي الصورة الاولى الاجل تعليقي وفي الثانية فسخي .

مثال اول ـ هو اني اسوغ لك داري واعين المصيف المقبل اجلا لتحويزك بها او اقرضك الف فرنك ترجعها إلى في غرة شهر جوان الاتي .

مثال ثان ـ هو اني اعيرك فرسي الى تاريخ رشد .

والقصد دائما من الاجل هو تحديد مدة العقد :

ملاحظة اولى ـ يوجد بين الشرط والاجل فرق محسوس فالاول اي الشرط عبارة عن حادثة مستقبلة وغير محققة الوقوع تهم وجود الالتزام بخلاف الاجل التعليقي فانه لا يهم الا تنفيذ الالتزام والاجل الفسخي ينقضي بوجود ذلك الالتزام فالالتزام كان موجودا قبل حلول الاجل الفسخي .

واما الشرط الفسخي فحصوله ينفي وجود الالتزام بالنسبة للماضي والمستقبل بحيث ان هذا الالتزام يعتبر كان لم يكن .

لاصعوبة في التمييز بين النوعين . فهناك شرط لا اجل اذا كانت الحادثة غير محققة الوقوع وهناك اجل اذا كان وقوع الحادثة محقق .

مثال الشرط . اعطيك الف فرنك عند ما اتزوج فليس من المحقق اني اتزوج

مثال الاجل . اعطيك الف فرنك عند بلوغك سن الرشد او عند موت مدين زيد فكل من الامرين محقق وقوعه

ملاحظة ثانية ـ اذا حل الاجل صار الدين مجردا ومجرد حلول الاجل يصير به المدين مماطلا (راجع مبحث مماطلة المدين تحت العدد ٣٤٢)

١٩٧ ـ في انواع الاجال على اختلافها

اولا ـ يكون الاجل متحققا او غير متحقق بحسب ما اذا كان حلوله (الذي هو محقق) يقع اولا يقع في مدة يعلمها الطرفان من قبل.

ثانيا ـ يكون الاجل صريحا لومفهوما فالصريح يلزم تنفيذه في الوقت المتفق عليه بدون احتياج الى انذار المدين والمفهوم يستخرج من طبيعة الالتزام او من محله او من كيفية اجرائه فاذا اشتريت منك دالة موردها انقليزا فكاني اعطيتك الوقت اللازم لجلبها من اين ذكر فهذا الاجل يسمى اجلا اعتباريا .

ذلك هو مضمون (الفـ ١٣٦) . فاذا وقع نزاع في الاجل الضمني فالنظر للمجلس .

ثالثا ـ يكون الاجل اتفاقيا سواء كان صريحا اومفهوما . اوقانونيا ـ (الفـ١٣٧) فبمناسبة الحرب وقعت عدة صور في مداجل بعض الالتزامات مداقانونيا خصوصا في مسالة الاكرية ففي هذه الصورة عوض الاجل الاتفاقي باجل قانوني

ملاحظة ـ لا يفوض الاجل لاختيار المدين (راجع الفـ ١٣٨) فاذا وقع يكون الالتزام باطلا .

مثال ذلك ـ قولي لك تدفع لي الف فرنك متى شئت فهناك في الواقع شرط متعلق بخصوص ارادة الملتزم لكن اذا ثبت ان جملة (متى شئت) فهناك في الواقع معناها متى امكنك ذلك وان الدائن في الحقيقة قصد التفضل على المدين بمناسبة التزام ثابت حقيقي (كمرد مال مقترض) فالحاكم يبحث عن مقصد الطرفين المحتمل ويعين الاجل .

رابعا ـ يكون الاجل تبرعيا وهو الذي يمنحه الحاكم للمدين على وجه

عند انقضاء الاتفاق (كما في الصورة الاخيرة) او القانون

والنصوص القانونية الخاصة القاضية بمنح المدين اجلا على وجه الفضل قليلة في القانون التونسي لان هذا القانون اتبع طريقة القانون الايطالي الذي يرى من الصعب ان يستمح الحاكم لنفسه خرق احكام العقد بالزيادة في الاجال المعينة به وذلك لما ينتج من الضرر للدائن الذي ربما صدرت منه التزامات اعتمادا على قرب حلول الاجل المتفق عليه وصار بسبب الزيادة المذكورة عاجزا عن الوفاء بما تعهد به . لكن انظر (الفـ ١٣٧) عن مجلة العقود والالتزامات (والفـ ٢٧٨-٢٩٦ من قانون المرافعات المدنية وغيرهما)

وعليه فالحاكم ليس له ان يضرب اجلا او يمد في اجل اتفاقي او قانوني من تلقاء نفسه (الفـ ١٣٧) .

والامر بخلاف ذلك في القانون الفرنساوي اذ يمكن دائما للحاكم منح الاجال (راجع الفـ ١٢٤٤ من المجلة المدنية الفرنساوي) .

وفي الصور التي يمكن فيها منح اجل على وجه الفضل يجوز اجراء المقاصة وتوقيف المال اي ان منح اجل على وجه الفضل المذكور لا يمنع وقوع ما ذكر (وبذلك يتميز الاجل المذكور من الاجل الاتفاقي) وذلك لان المقاصة طريقة يتوصل بها المدين لابراء ذمته والاجل الذي يمنح على وجه الفضل لا يقصد منه سوى تسهيل هذه البراءة .

ليس للاجل التبرعي مساس بصحة اعمال التتبع الواقع اجراؤه قبل منح هذا الاجل لكن هذا المنح يوقف التتبع وعليه فما يقع اجراؤه فيما بعد من اعمال المطالبة يكون قابلا للابطال ومن المسلم انه لا يمنع من اجراء الوسائل التحفظية (لا يدخل في هاته الوسائل حجز المال على المدين) .

١٩٨ ـ حساب الاجل ـ اولا من يبتدىء من تاريخ العقد اذا لم

يعين العاقدان تاريخا آخر ويبتدىء في الالتزام الناشيء عن جنحة او ما ينزل منزلتها من وقت صدور الحكم الذي قررت به الخسارة الواجبة على المحكوم عليه (الف ١٣٩) .

ثانيا ـ اذا قرر الاجل بالايام فانه يتم عند تمام اليوم الاخير منه ويوم ابتداء مدة الاجل لايكون معدودا منه (الف ١٤٠) واذا قرر الاجل بالاسابيع اوالاشهر والاعوام اعتبر الاسبوع سبعة ايام كاملة والشهر ثلاثون يوما كاملة والسنة ثلاثمائة وخمسة وستون يوما كاملة (الف ١٤١) .

غرة الشهر هو اول يوم منه ومنتصفه الخامسة عشر منه وآخره اليوم الاخير منه (الف ١٤٢) .

ثالثا ـ اذا وافق حلول الاجل يوم عيد رسمي اعتبر مكانه اليوم الذي يليه مما ليس بعيد (الف ١٤٣) .

تنبيه ـ يحسب الاجل المعطى على وجه الفضل من تاريخ الاعلام .

١٩٩ في الاشخاص الذين يمكن ان يقع الاجل لفائدتهم

اولا ـ الاجل لفائدة المدين

الاجل دائما معتبر شرطا لفائدة المدين (الف ١٤٥) فهناك قرينة يمكن دحضها بالحجة المضادة

نتيجة ـ وبناء على ذلك يسوغ للمدين ان يسلم في حقه في الاجل وان يجبر رب الدين على قبض دينه قبل الحلول .

لكن هذا لايصح على مقتضى القانون التونسي (راجع الف ١٤٥) الا اذا كان المتعهد به مسكوكا ولم يكن لرب الدين مضرة في قبضه فلا يلزم رب الدين قبول الوفاء قبل الاجل .

ونلاحظ ان الف ٢٨٦ جاء باستثناء مهم لهاته القاعدة (انظر مبحث مما طلة

الدائن) وغالبا يذكر برسم البيع ما سياتي (يدفع الثمن في المدة الفلانية الا ان الدين يبقي لنفسه حق الوفاء بما تعهد به قبل هذه المدة) فالدائن ملزوم في هاته الصورة بقبول الاداء قبل الحلول .

ثانيا ـ يمكن ان يكون هذا الاجل لفائدة رب الدين .

كما في الصورة المتقدمة بمقتضى نص قانوني او شرط صريح ويمكن ان يستفاد ايضا من قصد المتعاقدين فالمثال المتقدم يصلح ان يكون مثالا للاجل المشترط لفائدة الدائن اذا اضفنا للجملة التي قلنا لنا انها تتضمن غالبا بعقد البيع هذه الكلمات (لكن ليس له ذلك بالمرة قبل انتهاء العام الجاري)

وهنا مثال اخر في الموضوع وهو مثال الوديعة التي تقع بدون عوض

وهناك مثال اخر في الموضوع وهو مثال الوديعة التي تقع بدون عوض فلما كانت هاته الوديعة لفائدة الدائن فالاجل المعين للرد هو لفائدته ايضا .

يسوغ للدائن التسليم في الاجل الذي لفائدته وفي طلب اجراء الوسائل التنفيذية .

ثالثا ـ الاجل لفائدة المتعاقدين معا .

هذا الاجل لا يحذف الا بتراضي الطرفين فالدولة مثلا لا يتسنى لها تسبق ما عليها لمن بيدهم رقاع في ارادات قابلة للاستهلاك بالسحب المتتابع فليس في ذلك ما يخالف مضمون الفصل ١٤٥-٢٨٦

فاذا فحصنا عقد القرض بقطع النظر عن الصورة التي وقع فيها القرض لحبيب على وجه الاحسان يتجلى لنا وقوع اشتراط الاجل لفائدة الطرفين معا فالمدين ينتفع به في الخلاص والدائن يستفيد بسببه من طول المدة استخدام ماله وقد يستفاد من ظروف الاحوال الموكول للحاكم النظر فيها (لان في هذه الصورة تعرض دائما مسالة البحث عن قصد المتعاقدين) لان الدائن اقرض ماله

للانتفاع به في المدة المتفق عليها .

وهذا في الغالب قصد الدائن في صورة القروض لاجل بعيد كقروض الدولة او الشركات) فلا يتسنى للمدين في هاته الحالة ان يغير شروط القرض بدون مشاركة الدائن ذلك هو السبب الذي يمنع الدولة او الشركة من دفع المال المقترض قبل حلول الاجل المعين بمقتضى الشروط المعين بها لمدة ثلاثين او اربعين عاما مثلا ابتداء من تاريخ اصدار الرقاع ما لم يشترط ما يخالف ذلك .

وهناك مثال آخر تضمنه القانون التجاري الفرنساوي مفاده ان الاجل المشترط بالكمبيالات والسندات التي تحت الاذن محمول على انه معين لفائدة الجانبين معا ويمكن في التطبيق تعميم هذه القرينة في المواضيع التجارية ما لم يوجد ما ينافيها (راجع الف ١٤٦-١٨٧ من القانون التجاري)

٢٠٠ - فيما يترتب على الاجل .

قرر الفصل ١٤٤ ان عمل اجل التوقيف كعمل شرط التوقيف وعمل اجل الفسخ كعمل الشرط الفسخي .

لكن هذا المبدا لا يلزم اتخاذه حسب ظاهر لفظه فما احتوى عليه انما هو امر تفريعي واليك الفروق التي تستخرج منه :

اولا - لا تاثير لاجل التوقيف على وجود الالتزام بل تاثيره قاصر على تنفيذه فالالتزام يتوجد من اول الامر واجل الفسخ لا يمنع كيان الالتزام الى تاريخ الفسخ فحلوله لا يفسخ به العقد بالنسبة للماضي .

ثانيا - في الالتزامات المؤجلة ضمان التلف يكون دائما على الدائن اي على المشتري حيث انما لك الشيء من تاريخ العقد .

ثالثا - لا يسوغ للمدين استرداد ما دفعه قبل حلول ولو جهل عند الدفع حلول الاجل (الفصل ١٤٦) .

فاذا كنت مثلا وارثا لزيد وسلمت لي بمقتضى هذه الصفة الجنان الفلاني الذي كان اوصى لي به مورثك فلا يتسنى لك الرجوع في ذلك واسترداد الجنان بدعوى انك عثرت على كتب من زيد يمنحك اجلا مدته خمسة اعوام لتسليم الجنان المشار اليه لتنتفع بغلته مدة الاعوام المذكورة فهناك لا محالة غلط اوجب التسليم لم يكن بدون وجه وحتى الغلة او الفوائض لا يمكن لك استردادها لان النص صريح في ذلك فاذا حكم ببطلان الدفع الواقع قبل الابان او بابطاله لتدليس او اكراه فيترتب عن ذلك رد المقادير المدفوعة والالتزام يتولد من جديد ويجوز للمدين حينئذ ان ينتفع بما بقي من مدة الاجل (الف ١٤٧) .

فاذا فرزنا هاته الفروق تبقى قاعدة الف ١٤٤ عاملة بالنسبة للباقي .

لكن لضبط المسالة فالاصح ان يقال ان ما يترتب على الاجل مشخص بالمبدإين الاتيين .

المبدا الاول - الاجل لا تاثير له بالمرة على وجود العقد (الف ١٣٦) لا يجوز استرداد ما دفع قبل حلول الاجل بدعوى انه غير واجب .

المبدا الثاني - الاجل انما يؤثر على تنفيذ الالتزام .

فرع اول - ليس لرب الدين طريقة يتوصل بها لقبض دينه قبل حلول الاجل فلا يقبل منه طلب اصدار حكم بتاخير تنفيذه الى ما بعد حلول اجل الدين وذلك لان عمل المحاكم يسند الى يوم تقديم الدعوى .

فرع ثان - الف ١٤٨ يمكن لصاحب الدين المؤجل ان يتخذ جميع الوسائل التحفظية ولو قبل الاجل وله ايضا ان يطلب ضامنا او غيره من وجوه التوثقة او ان يطلب تعرقيل مال مدينه اذا كانت له اسباب معتبرة كتوقع مدينه او هروبه لا يقال وسيلة تحفظية في تعرقيل مال المدين الذي يترتب عليه توقيف كسب ذلك المدين بموجب دين لم يحل اجل دفعه واحرى الرهن .

فرع ثالث - لا يتسلط سقوط الحق بمرور الزمان على الدعوى المنوطة باجل حتى

يحمل (الف ٣٩٣) .

فرع رابع ـ لاتمكن المقاصة قبل حلـول الاجـل (الف ٣٧٤) وفعلا فان الدين لم يحل .

فرع خامس ـ لما كان الدائن غير قادر على اجراء عقلة تنفيذية فيه بسبب وجود الاجل فلا يتسني له اقامة الدعوى المنصوص عليهـا بالف ٣٠٦ ولا اقامة الدعوى البوليانية .

٢٠١ ـ في سقوط الاجل

قد ذكرنا فيما سبق المبدا القاضي بان المدين لا يجبر على الوفاء الا ان يحل الاجل فالفصلان ١٤٩ ـ ١٥٠ تضمنـا الاستثناءات الموضوعة في سقوط الاجـل واستحقاق الدين المؤجل حالا واليك هاته الاستثناءات :

اولا ـ اذا اعلن بفلس المدين (راجع الف ١٤٩) او حكم بتصفية حساباته يسقط الاجل وهـذا السقوط مترتب على الحكم الصـادر في التفليس او في تصفية الحسابات بقطع النظر عن كون الاجل مدته محققة او غير محققة وعن كون الدين برهن او مجرد عن الرهن لكن مجرد انقطاع الدفوعات لا يستحق بموجبه حلول الدين واذا كان هناك عدة مدينين متضامنين واصبح واحـد منهم مفلسا فلا يحرم الباقون من مدة الاجل « مـا عدى صورة الفقرة الثانية من الف ٤٤٤ من القانون التجاري المنصوص بها على قواعد خاصة تتعلق بالسندات التي تحت الاذن والكمبيالات » وما للمفلس من الديون على الغير لا يحل دفعه قبل مضي الاجل .

ملاحظة ـ قد جرى العمل بالمحاكم الفرنساوية باعتبار عسر المديـن اي عجز المدين الذي ليس بتاجر على الوفاء كالتفليس

فلدينا ما اعتبرته تلك المحاكم من الاسباب لاعتبار ما ذكر كيف ذكر .

خصوصـا وقد توجـد بالمجلة التونسية عـدة صور تطبيقية لهذا المبدا منها

صورة البيع كما بالف ٦٠١ وصورة القرض كما بالف ١٠٨٨ .

وهذا المبدا نفسه يستمد من الفقرة الخامسة من الف ٦ المنصوص بها على ان المدين في هاته الصورة يكون عديم الاهلية .

عسر المدين يستنتجه الحاكم من التنظير بين ما على المدين وما له من الديون كما يستنتجه مثلا من ترك المدين لدائنه يعقل اثاثه ولابـد في صورة عسر المدين من حكم لاسقاط الاجل .

٢٠٢ ـ ثانيا ـ اذا نقص المدين بفعله شيئـا من التوثقات الخـاصة التي كان اعطاها في العقد او اذا لم يعط ما وعد به منها (راجع الف ١٤٩) .

مثال ذلك مدين رهن جنـانا نخيلا توثقة في دين مؤجـل ثم كف قبل حلول الاجل عن الاشتغال بالجنان المذكور وترك الاشجار تهلك وتقطع وازال السواقي وباع للغير ماله من الحقوق في سقي الجنان الى غير ذلك فالدائن يمكن له طلب سقوط الاجل .

وقـد تعرض الف ١٤٩ لخصوص التامينـات المضمنة بالعقد . وفي التطبيق الحكم واحد بالنسبة للامتيازات كامتياز المرتهن والبائع وان كان موردها القانون لا العقد .

ملاحظة ـ اذا لم يتضمن العقد اعطاء الدائن توثقة خـاصة فهذا الدائن لا يسمـح تشكيه اذا نقص المدين من كسبه لكن على شرط ان لا يصير هـذا المدين بسبب ذلك في حالة افلاس او عسر (راجع الصورة الاولى اعلاه) .

استثناء ـ اذا نقصت الضمانات المذكورة من غير ارادة المدين بفعل الغير او بامر سماوي او بقوة قاهرة فان ذلك لا يوجب سقوط حق هذا المدين في الاجل (الف ١٤٩) ومعرفة ذلك موكولة لاجتهاد الحاكم)

لكن يجوز لرب الدين ان يطلب ضمانات اخرى زائدة ان لم يتسير ذلك كان له تنفيذ الالتزام حالا .

ثالثا ـ اذا قصد المدين الغرر واخفى حقا او امتيازا موظفا من قبل على الضمانات المعطاة منه (الف ١٤٩) .

مثال ذلك . اقترض منك مالا يحل دفعه بعد اجل محدود وتوثقه لهذا المال ارهن عندك عقارا على ملكي واسلم لك وثيقة قاضية بان العقار المذكور ملك غير موظف عليه ادنى حق لكن العقار المذكور هو في الحقيقة حبس او ملك مرهون تحت يد الغير رهن انتفاع

رابعا ـ عند موت المدين تعتبر جميع التزامات حالة حتى المؤجلة (الف ١٥٠) ويترتب على سقوط الاجل صيرورة الدين المؤجل حالا . ويلزم وقوع الاداء حالا ومن غير حط من مقدار الدين

واما اذا امّن المدين الحط من مقدار الدين فالاجل لا يعتبر ساقطا ولا يعارض بسقوط الاجل الا المدين وحده واما المتضامنون معه والكفلاء فلا يحتج عليهم بالسقوط

٢٠٣ ثالثا ـ خيار التعيين نظرية ـ

خيار التعيين حال من احوال الالتزام مفاده التعهد باحد شيئين فاكثر بحيث ان المدين تبرا ذمته باداء احد الاشياء حسب اختيار احد الفريقين (الف ١٥١) .

مثال ذلك . اعطيك فرسي او جملي او مبلغا من المال قدره ٣٠٠٠ فرنكات حسبما تختاره انت

في صفاته العامة

مبدا اول ـ الالتزام المشترط فيه خيار التعيين موضوعه امران عدة امور كاجراء عمل او اعطاء شيء او ترك عمل اختيارها موكول لاحد الفريقين او لهما معا :

ضابطة ـ يلزم التصريح بالعقد لمن له الخيار والا فالعقد باطل (الف ١٥١)

فرع اول ـ اذا بقي احد الاشياء المعينة بالعقد المشترط في خيار التعيين

موجودا والغير الباقي او اذا بقي واحد من الاعمال المعينة ممكنا او جائزا بعد ان صار الباقي غير ممكن او غير جائز فالالتزام يصير اصالة مجردا ومن المسلم ان الخيار يقع اذا لم يزل ممكنا في بعض الاشياء او بعض الاعمال لكن في كلا الصورتين يجوز لرب الدين طلب فسخ العقد (الف ١٥٧) فهذا الحكم به نوع شدة اذ يبقى اجراء احدى الكيفيات المعينة لتنفيذ الالتزام ممكنا فهو مغاير لما بالقانون الفرنساوي .

فرع ثان ـ اتمام الخيار يصير الالتزام مجردا من اصله اي ان العقد يعتبر كان لم يكن مبنيا من اصله الا على الامر المختار (الف ١٥٢) .

يتم الخيار بالتصريح للمعاقد (الف ١٥٢) واحرى بتنفيذ الالتزام .

٢٠٤ ـ ضابطة ـ ذكر الف ١٥٣ انه اذا كان المتعهد به دوريا بان يتكرر في اجال محدودة فالخيار يكون في احد الاجال المتفق عليها . وفي الاجال الموالية لذلك الاجل يبقى الخيار على حاله لكن تغييره ممكن كما في الصورة التي اتفق فيها معك على اني ادفع لك معين الكراء نقدا او زيتا على ما تختاره انت .

فرع ثالث ـ اذا مات العاقد المخير صار حقه في الخيار لورثته وعليهم اجراؤه الى حد ما كان لمورثهم واذا وقع المخير في افلاس صار الخيار لجملة غرمائه بواسطة نائب الفلسة واذا لم يقع اتفاق بين ورثته او غرمائه جاز لمعاقده ان يطلب من الحاكم اجبارهم على بيان ما يختارونه فاذا انقضى الاجل ولم يختاروا انتقل الخيار اليه (الف ١٥٥) .

خاصية ـ اذا انذر رب الدين بالتصريح بما اختاره وقد انقضى الاجل الاتفاقي او المعين من المجلس لوقوع ذلك التصريح فالخيار ينتقل للمدين (الف ١٥٤)

فرع رابع ـ لا تبرا ذمة المدين الا باداء احد الامور الملتزم بها على شرط الخيار وليس له ان يلزم غريمه بقبول جزء من امر وجزء من اخر (الف ١٥٦)

كما ليس لرب الدين الزام المدين باداء جزء من امر وجزء من اخر .

مبدا ثان - ينقضي الالتزام المشترط فيه خيار التعيين اذا صار اجراء الامور الملتزم بها غير ممكن (الف ١٥٨) .

مثال - اسوغ لك فرسي او جملي والخيار لك فتموت الدابتان قبل حلول الاجل

عويصة - كيف يكون الامر اذا كان عدم امكان تنفيذ الالتزام المشترط فيه الخيار متسببا عن فعل احد الطرفين او عن تقصيره ؟ هناك صورتان :

الصورة الاولى - وهي التي صار فيها من المتعذر اجراء كلا الامرين الملتزم بهما على الشرط المذكور وهناك احوال :

اولا - التعذر تاتى من تقصير المدين او بعد انذاره بالوفاء فعلى المدين في هاته الحالة اداء قيمة احدهما حسب اختيار رب الدين (الف ١٥٩)

ثانيا - التعذر تاتى من تقصير رب الدين خصوصا اذا كان تاخره عن تسليم الشيء بعد انذاره فقبوله هو السبب الاصلي في هلاك هذا الشيء (راجع مبحث مماطلة الدائن تحت العدد ٢٥٠) في هاته الصورة يكون عليه للمدين اداء قيمة ما تعذر الوفاء به اخيرا فاذا صار الامر ان غير ممكنين في آن واحد لزم الغريم نصف كل منهما (الف ١٦٢) .

الصورة الثانية - وهي صورة الشيء التي صار فيها احد الامرين فقط غير ممكن .

اولا - فاذا كان هناك تقصير من المدين او كان المدين مماطلا فلرب الدين ان يطلب اما اجراء الامر الاخر الذي بقي ممكنا او قيمة مالم يكن اجراؤه . كماله ايضا طلب فسخ العقد وهذا يستفاد من مقارنة الف ١٥٧ مع الف ١٦٠ ولربما كان من المستحسن ضمهما لبعضهما في فصل واحد

ثانيا - واذا كان هناك تقصير من رب الدين اعتبر الامر الذي صار غير ممكن كانه اختاره رب الدين ولايطالب المدين بالوفاء بالاخر (الف ١٦١)

٢٠٥ ملحق - ينبغي التمييز بين الالتزام التخييري والالتزام المشترط فيه اختيار التعيين . فالالتزام التخييري موضوعه شيء معين لكنه يتضمن شرطا يخول للمدين ابراء ذمته باداء شيء اخر عوض الشيء المعين . فالالتزام التي من هذا النوع موضوعه حينئذ شيء واحد من اول الامر .

غير ان هناك عدة طرف للوفاء به ومثاله هواني اتعاقد معك على ان تسلم لي فرسك عند انتهاء الشهر وابقي لك الخيار في ابراء ذمتك باداء الف فرنك عوض تسليم الفرس . وكذلك في صورة دعوي الفسخ لاجل الغبن فالمشتري له ان يدفع الفرق بين القيمة والثمن عوض ان يرد المشترى (رد المشترى هو الالتزام الاصلي)

فرع اول - فمن حيث مرجع النظر الحكمي تحال الدعوى على الشرع اذا كان الملتزم به الاصلي يقتضي ذلك .

فرع ثان - اذا هلك المتعهد به الاصلي بالالتزام التخييري بامر سماوي انقضى هذا الالتزام خلافا لما بالف ١٥٧ .

فرع ثالث - وكذلك اذا صار الملتزم به الاصلي غير جائز خلافا لما بالف ١٥٧

فرع رابع - على رب الدين عند قيامه على المدين ان يعدد بمطلبه الاشياء التي تضمنها الالتزام المشترط فيه خيار التعيين وليس عليه الا تضمين الملتزم به الاصلي اذا كان الالتزام تخييريا مع ابقاء الحق للمدين في افراد ذمته بكيفية اخرى

٢٠٦ رابعا في التضامن نظرية - اذا وجب الالتزام على عدة مدينين او كان الدائنون متعددين انقسم بينهم من حيث الدفع ومن حيث القبض بمعنى ان كل مدين لا يطالب الا بحصته من الدين وكل دائن لا يطالب الا منابه من الدين واذا كان الدين شركة او عليها فقسمتها تقع على مقتضى الفريضة الشرعية مثلا لزيد بذمة عمرو فرنكات ٤٠٠٠ فمات كل منهما وترك اربعة ورثة فكل من ورثة الدائن لا يمكنه الا طلب الف فرنك . تلك هي قاعدة الحق العام وهو

الالتزام المشترك فكل جزء منه قائم بذاته بمعنى انه لا رابطة بين الدائن ولا بين المدينين لكن يمكن بمقتضى بعض ظروف كما في صورة عدم امكان قسمة الدين نظرا لطبيعته . او في صورة وجود تضامن اتفق عليه الطرفان او اوجبه القانون ان يكون لكل من الاربعة الدائنين المذكورين في المثال المتقدم الحق في طلب الوفاء بكامل الدين اي الفرنكات ٤٠٠٠ وبعد ئذ تقع قسمة ذلك بينه وبين بقية الدائنين او ان يكون كل مدين مجبورا بدفع كامل الدين وله بعد ئذ الرجوع على كل من الباقين بمقدار حصته .

فيؤخذ من ذلك التضامن على نوعين تضامن بين المدينين وتضامن بين الدائنين

فتضامن الدائنين يفيد ان هناك عدة دائنين لمدين واحد توجد بينهم علاقة قاضية بان كل واحد منهم يمكن له طلب الوفاء بكامل الدين واذا دفع المدين لاحدهم تبرا ذمته مع الباقين .

واما تضامن المدينين فانه يفيد تعدد المدينين واعتبار كل منهم مدين بحيث ان وفاء احدهم بالدين يبريء ذمة باقيهم منه .

اولا ـ في تضامن الدائنين اولا في صفاته الخاصة

مبدا ـ صفاته هو ان المدين واحد والدائنون متعددون ويستفاد هذا التضامن اما من شرط صريح او نص قانوني او من طبيعة النازلة (الف ١٦٣ وهو يقتضي ان لكل من الدائنين طلب الوفاء بجميع الدين (الف ١٦٤) وانه اذا وقع الوفاء لاحدهم برئت ذمة المدين مع بقية الدائنين المتضامنين (١٦٤) .

تلك هي الاركان الثلاثة التي يبني عليها التضامن وهي الشرط الصريح والوفاء بكامل الدين وبراءة ذمة المدين .

مثال . اعترف بان بذمتي الفي فرنك لزيد وعمر والمتضامنين فيمكن لي ان ادفع عند حلول الدين او لزوم الوفاء به كامل ما تعهدت به اما لزيد اولعمر

وعوض ان ادفع النصف لزيد والنصف لعمر ولكن اذا دفعت لاحدهما برئت ذمتي مع الاخر .

الغاية من تضامن الدائنين

هذا التضامن نادر في التطبيق خصوصا في المعاملات المدنية وله تقريبا صفة الوكالة مع وجود وجهي اختلاف .

اولا ـ هو ان التضامن لا عزل فيه ـ

ثانيا ـ التضامن تنتقل منفعته للورثة .

واما في المعاملات التجارية فيترتب على التضامن تسهيل القبض والحسابات التي بين الشركاء اذ يتسنى لكل منهم ان يتوصل لقبض كامل الدين بدون احتياج الى تقديم النوازل (لايطالب المدين الامرة واحدة) وهاته النتيجة تحصل ايضا من الوكالة .

ملاحظة ـ لايمنع التضامن بين الدائنين اختلاف ديونهم بان كان بعضها مقيدا بشرط او اجل والاخرى مجردة (الف ١٦٤) مثلا التزمت لكل من الاخوين بكر وخالد بالفي فرنك على ان ادفع الالف فرنك الراجعة لبكر بعد مضي شهر فاذا كان التضامن مشترطا فانه يجوز لكل من الاخوين المذكورين ان يطالبني بعد الشهر بدفع كامل الدين .

٢٠٧ ـ ثانيا ـ في مصادر تضامن الدائنين .

هذا التضامن مصدره اما نفس العقد (كما في صورة الوصية) (الف ١٦٣) أو القانون (الف ١٦٣ ومن اول المجلة الى حد هذا الموضوع لم نعثر على مثال في تضامن الدائنين القانوني على ان القانون لا يرى مصلحة عظمى في هذا التضامن) او طبيعة النازلة اذا كان التضامن من نتيجتها الحتمية (الف ١٦٣)

مثلا ـ اذا التزم عدة اشخاص ببيع شيء بتضامن بعضهم بعضا يكون لهم

الحق في التمسك بذلك التضامن لطلب دفع الثمن (هذه النقطة محل خلاف في القانون الفرنساوي) والامر لا يمكن ان يكون كذلك في القانون التونسي .

مبدا ـ التضامن لا يحمل على الظن .

استثناء ـ لكن اذا التزم مدين واحد بعقد واحد لعدة اشخاص حمل هؤلاء الاشخاص على الاشتراك بالخيار الا اذا اشترط خلاف ذلك (الف ١٦٣)

٢٠٨ ـ ثالثا ـ فيما يترتب على تضامن الدائنين من النتائج

اولا ـ بالنسبة لعلاقات الدائنين مع بعضهم .

مبدا اول ـ يعتبر ارباب الديون مشتركين في مصلحة واحدة ووكلاء عن بعضهم بعض لحفظ الدين والاستخلاص .

فرع اول ـ كل امر يترتب عليه انقطاع سريان المدة الطويلة لمصالح احد الدائنين المتضامنين ينتفع به ايضا الباقون (الفصل ١٦٩)

والامر بخلاف ذلك فيما يتعلق بتعليق تلك المدة فان هذا التعليق لا ينتفع به الباقون مثلا : اذا كان احد ارباب الدين قاصرا او بسبب ذلك توقف سريان المدة لمنفعته فان ذلك لا ينتفع به بقية الدائنين وليس للدائن المذكور ان يطالب المدين باكثر من حصته التي لم تسقط بسبب توقيف المدة وفعلا فان حصص بقية الدائنين سقطت قانونا بمضي المدة الطويلة وعليه فقد زالت من ذلك التاريخ الرابطة القانونية التي كانت موجودة بين الدائن القاصر وشركائه وحتى علاقة الوكالة فانها قد زالت للسبب المذكور .

فرع ثاني ـ المطالبة بالفائض بين غير المسلمين الواقعة من احد الدائنين المتضامنين يترتب عليها جريان هذا الفائض لفائدة الباقين ايضا ذلك وجه يؤخذ من عكس ما بالفصل ١٨٠

فرع ثالث ـ الصلح الذي يعقده احد الدائنين المتضامنين مع المدين ينتفع به

الباقون وهي الصورة التي فيها مفاد الصلح أعتراف المدين بالحق او الدين المتعهد به وسنرى فيما بعد ان هذا الصلح لا يترتب عليه ضرر لمن ذكر (الف ١٧٠)

استثناء من المبدا ـ اليمين التي يوجهها احد الدائنين على المدين لاتأثير لها على الباقين (الف ١٦٧)

٢٠٩ مبدا ثان ـ لايعتبر الدائنون المتضامنون وكلاء عن بعضهم بعض اذا كانت اعمالهم ترمي الى الاضرار بالدين وتعكير حالتهم كما ان تقصير احدهم او مماطلته لايضر الباقين (الف ١٦٨)

فرع اول ـ اسقاط الدين من احد الدائنين المشتركين لايحتج به على الباقين اذا لم تقع منهم الموافقة عليه والمدين لاتبرا به ذمته الا بقدر حصته (الف ١٦٦)

فرع ثان ـ اليمين التي يوجهها احد الدائنين المشتركين على المدين لاتبرا ذمة هذا الاخير الا بقدر مناب ذلك الدائن (الف ١٦٧)

فرع ثالث ـ الاجل الذي يمنحه احد الدائنين المتضامنين للمدين لايعارض به الباقون اذا لم يكن ناتجا عن الاتفاق او عن طبيعة النازلة (الف ١٧١)

فرع رابع ـ والامر كذلك في الصلح اذا تضمن الابراء من الدين (الف ١٧٠) وكذلك اختلاط ذمة احد الدائنين المتضامنين بذمة المدين والحكم الذي صدر بين احدهم والمدين وسريان مدة سقوط الحق على احدهم ايضا (كل ذلك سيوضح فيما ياتي

٢١٠ ـ مبدا ثالث ـ لما كان هؤلاء الدائنون بمثابة وكلاء بعضهم بعضا فما وفاه به يوزع على جميعهم (الف ١٧٢) .

فرع ـ على من قبض منهم من المدين او من كفيله كامل الدين او جزء منه ايداع كل من الباقين بمنابه مالم يستفد خلاف ذلك من الاتفاق او من طبيعة النازلة (الف ١٧٥) .

واذا عجز عن احضار ما قبضه بتقصير منه فانه يضمن حصص بقية الدائنين من ذلك المقبوض واما اذا تلف بامر سماوي او قوة قاهرة فلا ضمان عليه (الف ١٧٣)

٢١١ - ثانيا بالنسبة لعلاقات الدائنين مع المدين .

مبدأ اول - تبرأ ذمة المدين تماما اذا دفع ما عليه لاحد الدائنين المتضامنين (الف ١٦٥)

استثناء - لكن اذا وقعت مطالبة المدين من احد الدائنين وحل اجل الدفع فلا تبرأ ذمته اذا دفع لغير من طالبه من ارباب الدين

فرع - الدين المشترك فيه بالخيار ينقضي في حق جميع ارباب الدين اذا حصل مع احدهم اداء الدين او التصيير به او تامينه او المقاصصة فيه او تجديده (الف ١٦٥) لان التصيير بالدين وتامينه والمقاصة فيه وتجديده عمليات قانونية في منزلة الادآء

مبدأ ثان - اذا برئت ذمة المدين مع احد المدينين وذلك لاسباب قانونية اقتضت ذلك فانه يبقى عامر الذمة للباقين .

فرع اول - فمن ذلك دفع جزء من الدين لاحد الدائنين يساوي حصته (الفصل ١٦٥)

فرع ثان - هبة الدين من احد الدائنين المشتركين لا تبرأ ذمة المدين الا بقدر مناب الواهب (الف ١٦٦)

فرع ثالث - اختلاط ذمة احد المدنين المتضامنين بذمة المدين لا ينقضي به الالتزام الا بقدر مناب رب الدين المذكور (الف ١٦٧) .

فرع رابع - اليمين التي يوجهها احد الدائنين المشتركين بالخيار لا تاثير لها الا على حصة الدائن المذكور من الدين (الف ١٦٧)

فرع خامس - وكذلك الحكم الصادر بين احد ارباب الدين لا تاثير له بالنسبة لبقية الدائنين (الف ١٦٧) .

فرع سادس - سقوط حق احد الدائنين المشتركين بالخيار بمضي المدة الطويلة لا يكون حجة على بقية الدائنين ولا تبرأ ذمة المدين الا بقدر مناب ذلك الدائن (الفصل ١٦٧)

٢١٢ - ثالثا - في تضامن المدينين

اولا - في صفاته الخاصة .

مبدأ - الالتزام في صورة هذا التضامن واحد والمتعهد به واحد ايضا لا يجب اداؤه سوى مرة واحدة على عدة مدينين ويستفاد من صريح العقد او من القانون او من طبيعة النازلة (الف ١٧٤) ان كلا من المدينين ملزوم باداء كامل الدين للدائن اذا حصل هذا الاداء من احدهم تبرأ به ذمة الباقين مع رب الدين .

تلك هي اركان التضامن بين المدينين ولنعدها من جديد باختصار فنقول :

ان الركن الاول هو ثبوت التضامن بصريح العقد او القانون او من طبيعة النازلة

والثاني - وجوب اداء كامل الدين على كل مدين ووجود دين واجب دفعه مرة واحدة (الف ١٧٦)

والثالث - براءة ذمة جملة المدينين اذا ادى احدهم ما وقع به التعهد .

مثال - اقرض زيد الف فرنك لمدة شهر واقرض عمرا مثل ذلك القدر لمدة ثلاثة اشهر واشترط تضامنهما فاذا حل اجل الدفع بعد مضي ثلاثة اشهر يكون لي الحق في طلب اداء كامل المبلغين من زيدا او عمرو :

ملاحظة - يحصل التضامن بين المدينين ولو كان التزام احدهم مؤجلا او معلقا على شرط والالتزام الاخر عاريا عن ذلك (الف ١٨٧) .

الغاية من تضامن المدينين

الغاية من تضامن المدينين هي تحقيق اداء الدين مع زيادة ضمانات شخصية للدائن فالمدينون المتضامنون كالكفلاء بالنسبة لبعضهم بعضا ويكفي ان يكون واحدا منهم ذا يسار ليتحقق الدائن الخلاص في الدين فيوجد بين التضامن والضمان شبه عظم لكن بينهما اختلاف محسوس من عدة وجوه .

في الاختلافات التي بين تضامن المدينين والضمان .

اولا ـ مطالبة الكفيل وسيلة ثانية يلتجؤ اليها عند عدم الوفاء من المدين الاصلي (راجع الفصول ١٤٧٨ ـ ١٤٩٦ ـ ١٤٩٨) وللكفيل ان يطلب الرجوع على مكاسب المدين اولا اي يطلب عقلتها بخلاف المدين بالتضامن فتمكن مطالبته بالدين اصالة

ثانيا ـ اذا تعدد الكفلاء الذين ضمانهم بمجرد وطولب واحد منهم فهذا المطلوب يجوز له ان يطلب التمتع بقسمة الملتزم به (الف ١٥٠٠) بمعنى ان كل كفيل لا تمكن مطالبته في صورة عدم وقوع الاداء من المدين الاصلي الا بحصته من الدين المكفول بخلاف المدين بالتضامن فانه تمكن مطالبته بكامل المتزم به .

ثالثا ـ اذا ادى الكفيل الدين المكفول بعد وقوع مطالبته به فله ان يرجع على المدين الاصلي بجميع ما اداه (اذا كانت له بمجرد صفة كفيل وان غير ملزوم شخصيا بالدين بصفة مدين) الف ١٥٠٥ بخلاف المدين بالتضامن بما انه ملزم شخصيا بجزء من الدين فلا يتسنى له الرجوع على بقية المدينين الا بقدر منا باتهم بعد طرح حصته (انظر ما سيقال بعد) .

ملاحظة ـ قد وضع القانون (راجع الف ١٠٠) طريقة يمتزج فيها مبحث التضامن بمبحث الكفالة وهي طريقة تضامن الكفلاء وسندرس هذا المبحث في الجزء الثاني من هذا الكتاب ولنقتصر الان على التصريح بان في مبحث تضامن الكفلاء يزول الوجهان الاولان من وجوه الاختلاف التي سبقت الاشارة اليها ولا يبقى الا الوجه الثالث لفائدة الكفيل .

٢١٤ ثانيا ـ في الصور التي يتوجد فيها التضامن بين المدينين .

على مقتضى الفصل ١٧٤ يحصل التضامن المذكور اولا بالشرط الصريح .

مبدا ـ تضامن المدينين لا يحمل على الظن (الف ١٧٤)

فرع ـ التزام عدة اشخاص بعقد واحد على اتمام امر واحد لا يكون قرينة على حصول التضامن بينهم .

استثناء ـ توجد قرينة قانونية على التضامن فيما يلتزم به التجار لبعضهم في نازلة تجارية الا اذا صرح العقد او القانون بخلافه (انظر الف ١٧٥) .

ويحصل ايضا التضامن المذكور من طبيعة رسم الالتزام (الف ١٧٤) وهي صورة الوصية فالموصي يوصي للغير بمبلغ من المال ويصرح بتضامن ورثته في اداء المبلغ

ثالثا من نص قانوني (الف ١٧٤) قد تضمن القانون امثلة كثيرة في تضامن المدينين وليس الامر كذلك فيما يتعلق بتضامن الدائنين وذلك لان القانون راى لزوم اعطاء زيادة ضمان للدائنين .

واليك الامثلة المذكورة في المعاملات التجارية (راجع الفصلين ١٤٠-١٧٨) . في المعاملات المدنية (راجع الف ٢١١) في مسالة احالة الدين والفصل ١١٤٠ في تضامن الوكلاء والفصل ١٣١٠ في تضامن الشركاء الخ .

وفي المسائل الجنائية (راجع الفصل ١٢ من القانون الجنائي) وجل الاوامر الخاصة المنصوص بها على العقاب .

رابعا ـ ويحصل التضامن ايضا اضطراريا من طبيعة الالتزام .

٢١٥ اولا ـ فتطبيق هذا المبدا نجده بالف ١٠٨ ـ ١٠٩ القاضيين بان في مسالة الجنح وشبهها يحكم على الفاعلين بالخسارة بتضامن بعضهم بعضا اذا تعذر تعيين الفاعل الحقيقي ومسؤولية كل من شملته القضية وهي الصورة التي ارتكب فيها الخطا عدة اشخاص معا .

٢١٦ ثانيا ـ ويعرض ايضا التضامن الذي يثبت من ضروريات النازلة في مسالة شبه العقود وبالاخص في تصرف الفضولي كما في صورة وجود اشخاص متعددين تصرفوا تصرف الفضولي ترتبت على سوء تصرفهم جميعا وتعذر تعيين مسؤولية كل منهم في الامر (لا يرى القانون الفرنسا وفي هاته الصورة النطبقية

لعدم وجود نص يشبه نص الف ١٧٤ من القانون التونسي)

٢١٧ ثالثا ـ وهناك صورة اخرى في تطبيق الف ١٧٤ وهي الصورة التي يثبت بها التضامن في اداء الخسارة بسبب عدم تنفيذ عقد فاض بالتزام عدة اشخاص (وتخرج عن ذلك صورة التدليس وصورة التغرير) .

٢١٨ ـ ثالثا فيما يترتب من النتائج على تضامن المدينين

ان الطريقة التي توخاها المشرع التونسي مقتبسة جيدا من القانون الروماني وقد اجتهد هذا المشرع اكثر من المشرع الفرنساوي من حيث النتائج التي استخرها من احكامه .

هذا وينبغي ضبط المسالة في الصورتين الاتيتين .

الصورة الاولى في العلاقات التي بين المدينين المتضامنين والدائن

المبدا المزدوج المعتمد في هذا المبحث يقتضي امرين وهما وحدة الدين واختلاف العلاقات . واحكام القانون تارة تكون مبنية على احد هذين الامرين وتارة على الاخر ولم يتيسر لي في مبحث واحد يكون مفسرا لهما معا بكيفية معقولة .

لكن سنرى فيما بعد انه توجد بين المدينين المتضامنين رابطة مبنية على قاعدة الوكالة والكفالة .

الامر الاول في وحدة الدين

مبدا اول ـ للدائن ان يطالب اياشاء من المدينين بكامل الدين وله مطالبة جميعهم واحدا بعد اخر حسب مشيئته الى ان يخلص في جملة الدين .

ذلك هو منطوق الفقرة الاولى من الف ١٨٦ مع تغيير في التعبير واستثناء لذلك جاء القانون الفرنساوي بان في المسائل التجارية يجب على من كان بينه سند تحت الاذن او كمبيال مطالبة جميع الممضيين به بالرغم عن كونهم متضامنين .

فرع اول ـ ليس لمن وقعت مطالبته من المدينين المتضامنين ان يطلب قسمة

الدين اي ليس له ان يجبر الدائن على مطالبة المتضامنين معه في الدين بل عليه اداء كامل الدين (الف ١٨٦) .

فرع ثان ـ يمكن لهذا المدين ادخال بقية المدينين في القضية اي قضية المطالبة وذلك بطريق القيام بالضمان . لماذا كان الامر كذلك ؟ لانه اذا لم يفعل المدين المذكور ذلك ويدفع الدين فانه ربما يعارض عند قيامه على شركائه في الدين للتحصيل على مناب كل منهم بهذا القول (كان عليك ان لاتدفع لانه لو ادخلتنا في القضية لكنا عارضنا بالوجه الفلاني او الوجه الفلاني) وذلك لان الدين في الواقع مشترك بينهم .

فرع ثالث ـ اذا استانف احد المدينين الحكم الابتدائي فان هذا الاستئناف ينتفع به الباقون الواقع ادخالهم في القضية اي انه يجوز لهم استئناف ذلك الحكم ولو بعد انقضاء آجال الاستئناف وذلك للسبب المذكور (قد جرى العمل بمثل ذلك لدى المحاكم الفرنساوية) .

فرع رابع ـ للمدين المذكور ايضا ان يعارض الدائن بالاوجه المشتركة بين جملة المدينين المتضامنين (الف ١٧٨)

٢١٩ ـ ملاحظة ـ يعبر عادة بوجه معارضة على وسائل الدفاع التي لا تقتضي النزاع في اصل الحق وانما تفيد التكلم فيه لمضي الاجال القانونية او بعدم القيام بما كان اجراؤه مطلوبا . لكن بالمعنى القانوني المنسم جدا والمعتبر هنا وجه المعارضة هو كل وسيلة (حتى المتعلقة بالاصل) يقوم بها من وقعت مطالبته من المدينين بمعارضة الدعوى فالمدين يعارض الدعوى مثلا بالاحتجاج :

اولا ـ بالاوجه المتعلقة بطبيعة الاتفاق (كلامنا هذا على الاوجه المشتركة بين المدينين) كعدم وجود الالتزام او بطلانه او احواله (اجل او شرط)

ثانيا ـ او بالاوجه الاخرى المشتركة بين المدينين (اي التي لجميع المدينين

الاحتجاج بها) كاسباب انقضاء الالتزام او تجديد الدين او المدة الطويلة او تلف المتعهد به ان كان شيئا معينا بذاته بامر سماوي او قوة قاهرة بدون ان يكون هناك تقصير من احد المدينين المشتركين او ان يكون احدهم مماطلا واما اذا كان هناك تقصير من المدين المسؤول بالتلف او كان هذا المدين مماطلا فان شركاءه في الدين يطالبون بتضامن بعضهم بقيمة الشيء لكنهم لا يطالبون بالغرم اللهم الا اذا تضمن العقد شرطا تغريميا او كانوا بانفسهم مماطلين ايضا .

ومن الاوجه المشتركة التي تصح بها المعارضة ايضا اسقاط الدين على جميع المدينين .

مبدا ثان - وفاء الدين من احد المدينين يبرء ذمة الملتزمين معه في الدين (الف ١٧٩) غير انه يبقى للدافع حق الرجوع على الباقين وعليه فذمة من ذكر تبرا بكل الطرق القانونية المنزلة منزلة الاداء .

فرع اول - من الطرق المذكورة التصيير بالدين (الف ١٧٦)

فرع ثان - ومنها ايضا تامين المتعهد به (الف ١٧٩)

فرع ثالث - ومنها ايضا المقاصة فيه بين الدائن ومن وقعت مطالبته من المدينين (الف ١٧٩)

عويصة - هل لهذا الاخير ان يحتج بالمقاصة التي بين الدائن القائم بالمطالبة وواحد من بقية المدينين ؟

القانون التونسي سكت عن ذلك واما القانون الفرنساوي فالمسالة فيها خلاف لكن جوز بصفة عامة هذا الاحتجاج لمطابقة الامور الواردة في المقاصة التي هي على كل حال وجه من اوجه انقضاء الالتزامات .

فرع رابع - ومن الطرق القانونية المنزلة منزلة الاداء التجديد الواقع بين الدائن واحد المدينين المشتركين (الف ١٨١) غير انه لا ينقضي الدين بالتجديد

ولا تبرا به ذمة بقية المدينين المشتركين في الاحوال الآتية .

اولا - اذا صرح الدائن بحفظ حقوقه في الوقت الذي ادخل عليها فيه تغيير لفائدة واحد منهم .

ثانيا - اذا امتنع بقية المدينين من الرضاء بتغيير الدين (الف ١٨١) هذا ولو في الصورة التي اشترط فيها الدائن صراحة رضاءهم - لكن التجديد تبرا به ذمة بقية المدينين اذا ظهر ان الدائن اراد الاكتفاء بالتزام المدين الذي عقد معه التجديد

فرع رابع - ومن الطرق المذكورة ايضا اسقاط الدين (الف ١٨٢) ما لم يشترط اي الاسقاط في حصة مدين معين من المدينين المشتركين فانه لا ينتفع به غير ذلك المدين وعليه فالاسقاط المذكور لا يكون الا في كامل الدين لانه لو كان في جزء منه فقط يمتاز بذلك المدين الذي صدرت البراءة في حقه (راجع الف ١٢٨٥ من المجلة المدنية الفرنسية) واسقاط كامل الدين يستنتج ضمنيا من تسليم الدائن لرسم الدين ويستفاد من الف ١٨٦ انه اذا كان الاسقاط مجردا وغير مقترن بادنى احتراز حمل على انه في كامل الدين .

فرع سادس - وكذلك الصلح الواقع بين الدائن واحد المدينين المشتركين فانه ينسحب عليهم جميعا اذا تضمن اسقاط الدين وغير ذلك من اوجه الخلاص (الف ١٨٤) ومن المسلم انه لا يمضي عليهم الا برضاهم اذا ترتب عليهم منه شروط مثقلة ذلك هو صريح الف ١٨٤ وهو يستنتج ايضا من الاصول التي سيقع بيانها فيما يلي .

عويصة - كيف يكون الامر في اليمين ؟

الجواب هو انه لما كانت لليمين صفة صلح كما سترى فمند فقدان النص لا يمنع من تطبيق القواعد المتعلقة بالصلح وبناء على ذلك فان اليمين التي تبرىء ذمة المدين المطلوب سواء حلفها هذا المدين تاييدا لادعائه عدم وجود الالتزام او

وجهت على الدائن لنايد وجود الدين وامتنع من ادائها تبرىء ايضا بقية المدينين المشتركين وهذا مطابق لنص الفقرة الرابعة من الف ١٣٦ من القانون المدني الفرنساوي

مبدأ ثالث - وحدة الدين تترتب عليها نتيجة اخرى من حيث ضمان التلف اذا كان به المتعهد شيئا معينا بذاته فاذا صير احد المدينين المتضامين الدائن مماطلا انتفع بذلك الباقون ايضا (الف ١٨٠) فتيرفع عليهم بسبب ذلك مسؤولية تلف المتعهد به بامر سماوي او قوة قاهرة

٢٢٠ - الامر الثاني في اختلاف العلاقات وهو اساس تضامن المدينين

مبدأ - تعهد كل من المدينين المتضامنين يعتبر التزاما على حدته باداء كامل الدين فكل مدين توجد بينه وبين الدائن علاقة مستقلة عن علاقة مشاركيه في الدين مع الدائن .

فرع اول - للمدين الذي قام عليه الدائن ان يحتج بوجه يختص بذاته .

اولا - فله مثلا ان يحتج ببطلان الالتزام فيما يخصه بسبب عدم اهليته او بسبب الاكراه او التدليس او الغلط الخ (الف ١٧٧)

ثانيا - كما له ان يحتج بصفة التزامه الخاص ككونه مؤجلا او مشروطا الخ .

ثالثا - وكذلك بالاتفاق الواقع في صورة تقليسه بينه وبين غرمائه لترجيعه لمباشرة مصالحه التجارية .

رابعا - وكذلك ايضا باسباب انقضاء الدين المختص بذاته .

فرع ثان - ففي كل هاته الصور براءة ذمة احد المدينين المشتركين لاينتفع بها الباقون .

اولا - فلا ينتفعون مثلا من بطلان التزام المتضامن معهم لسبب خاص بذاته كعدم الاهلية (الف ١٧٧)

ثانيا - كما لا تنسحب عليهم نتائج الحكم الذي لارجوع فيه الصادر بين رب

الدين والمتضامن معهم (الف ١٨٧) الا اذا استفيد خلاف ذلك من نص العقد او من طبيعة النازلة (الف ١٨٦) .

ثالثا - وكذلك تعليق مدة سقوط الحق او قطعها في حق مشاركيهم في الدين فانه لاينسحب عليهم حكمها .

رابعا - كما لاينتفعون من سقوط الدين في حقه باختلاط ذمة الدائن واحد المدينين او بمرور الزمن (الف ١٨٥) .

خامسا - ولا من اسقاط التضامن الممنوح له من رب الدين وفي هاته الصورة الاخيرة اي صورة اسقاط التضامن على احد المدينين لايتسنى للدائن مطالبة من اسقط عليه التضامن الا بقدر حصته بخلاف بقية المدينين فانه تمكن مطالبتهم بكامل الدين مالم يشترط مايخالف ذلك (الف ١٨٣) .

ملاحظة - ان تاثير النتائج المتقدمة قاصر على حصة المدين المذكور .

٢٢١ فرع ثالث - ليس لمن وقعت مطالبته من المدينين المتضامنين ان يعارض بالاوجه الشخصية البحتة للمتعهدين معه (الف ١٨٧) .

قد اقتبس المشرع التونسي من الفصل ١٢٠٦ من القانون المدني الفرنساوي التميز بين اوجه المعارضة الشخصية واوجه المعارضة الشخصية البحتة فالثانية وحدها لاتمكن معارضة الدائن بها من قبل بقية المدينين (كالبطلان والاجل والشرط وغير ذلك) واما اذا حصل احد المدينين على انقضاء حصته من الدين بسبب اختلاط ذمته بذمة الدائن او بسبب مرور الزمن وغير ذلك جاز للباقين الاحتجاج بذلك

فرع رابع - ما يصدر من احدهم لايمكن ان يكون سببا في تغيير حالة باقيهم القانونية .

اولا - مطل احد المدينين لايضر باقيهم (الف ١٨٢) وعليه فاذا تلفت الشيء او تعيب فلا عهدة عليهم ولو كان التلف ينسب وقوعه الى احدهم (قابل هذا مع

ما بالفصل ١٢٠٥ من القانون المدني الفرنساوي) كما لايطالبون بالفوائض (القانون الفرنساوي يرى عكس ذلك (راجع الف ١٢٠٧) .

ثانيا - لايضر ايضا باقيهم تقصير احدهم (الف ١٨٧) وعليه فلا يطالب الباقون بسبب ذلك بالخسارة الناشئة عن عدم الوفاء بالدين او تاخير الوفاء به المتسبب عن تقصير ذلك المدين او مطله الا اذا تضمن العقد شرطا تعريميا .

ثالثا - كما لاينتج لهم ضرر من الحكم الذي لا رجوع فيه الصادر بين رب الدين ومشاركيهم في الدين (الف ١٨٧)

رابعا - ولا من سقوط حق المدين المذكور في الاجل في الصورة المقررة بالفصلين ١٤٩ و ١٨٧ .

٢٢٢ الصورة الثانية في علاقات المدينين مع بعضهم بعضا

المسالة تحوم حول معرفة كيف يقسم الدين المشترك بين جملة المدينين المتضامنين بعد خلاص الدائن .

مبدا - فعلى مقتضى احكام الوكالة والكفالة تقع لمن دفع منهم جملة الدين مطالبة الباقين كل بمقدار حصته (الف ١٨٨) وفعلا فان الدين وان كان مشتركا ينقسم قانونا فيما بينهم (الف ١٨٠)

فرع اول - كل من المدينين المتضامنين ملزوم لمن دفع الدين بحصته المعينة بالعقد .

تعريفة - كيف العمل اذا لم يقع التصريح بشيء من ذلك بالاتفاق الواقع بين الطرفين ؟ الجواب هو ان حصة كل مدين تعين على مقتضى طبيعة النازلة ومصلحة المتعاقدين والا فالدين يقسم فيما بينهم على السواء وقد يقع ان الحصص تكون غير متساوية المقدار وان في بعض الصور لاتكون لاحد المدينين مصلحة شخصية في الدين بحيث إنه لا شيء عليه منه فهذا المدين يكون بمثابة كفيل بالنسبة للباقين (الف ١٩٠)

فرع ثان - اذا عجز عن الوفاء احد من المدينين الواقع عليه الرجوع او

كثير منهم فالباقون متضامنون لبعضهم في حصص العاجزين بحيث ان المدين الذي وفى بالدين تمكن له مطالبة القادرين على الدفع والزامهم بتحمل ما على العاجزين بقدر مناب كل منهم في الدين (الف ١٨٩) وقد ذكر ايضا هذا الفصل ان تغيب احد المدينين المتضامنين عن الايالة يجب اعتباره كالعاجز عن الوفاء ويجري العمل بالاصول الشرعية فيما يتعلق بفقدان المدين اي غيابه .

ملاحظة اولى - الكلام بالف ١٨٩ يتعلق بخصوص العجز عن الوفاء الذي يطرا قبل الاداء واما الذي يطرا بعده فلا كلام عليه فمن وفى ومن المدينين المتضامنين بالدين يتحمل وحده نتائج عدم حرصه على استخلاص مناب بقية المدينين .

ملاحظة ثانية - في جميع الصور التي يصير احد المدينين بريء الذمة بالنسبة لمنابه . ذكر الف ١٧٢ سببا على سبيل المثال وهو براءة ذمة ذلك المدين بموجب تحصيله من رب الدين على اسقاط حصته لكن نحن نضيف لهذا السبب كل سبب شخصي ينقضي به التزام ذلك المدين كسقوط الحق بمرور الزمن واختلاط الذمة الخ . فان نتائج عجز شركائه في دفع الدين لامهرب له منها فتحمل عليه بقدر مناب من الدين ولو انقضى دينه الشخصي (الف ٢٨٦) .

٢٢٣ فرع ثالث - من ادى اليمين من المدينين المتضامنين يقوم على الملتزمين معه بدعوتين الاولى مستمدة من الف ١٨٨ ومبنية على قواعد الوكالة والكفالة والثانية مستمدة من الفقرة الثانية من الف ٦٤٢ ومبناها قانونا حلوله محل الدائن غير ان دعوى الحلول هاته لاتخول له مطالبة كل مدين بكامل الدين كما يفعل الدائن وانما يطالب كل مدين بحصته وذلك لان الدعوى المذكورة مثل دعوى الوكيل لاتتجاوز حد احكام تصرف الفضولي ولان عهدة الضمان متبادلة بينهم فالدعوى التي بموجب الوكالة فائدتها مطالبة القائم بها للمدين معه بالخيار بالفوائض المترتبة على تاخير الوفاء وتحسب تلك الفوائض من تاريخ القيام .

والدعوى التي بموجب الحلول تمنح من حل من المدينين المتضامنين محل الدائن الانتفاع بجميع التامينات (رهون الخ . .) المرتبطة بها فالدعوي الثانية افيد من الاولى.

وفي العمل من طولب من المدينين المتضامنين بالاداء يدخل الملتزمين معه في القضية بحيث ان الحكم الذي يصدر فيها يجبر المطلوب على الاداء ويلزم بقية المدينين بالوفاء بالتزامهم لكن هاته الطريقة يمكن تعويضها بطريقة اخرى يتسنى بها لمن وفى من المدينين بكامل الدين القيام بدعوي منفصلة على كل من الملتزمين معه بانفراده أو على جملتهم باداء منابهم من الدين .

٢٢٤ ـ رابعا في الاسباب التي يتغير او ينقضي بها تضامن المدينين

هناك سببان ينفك بهما التضامن الموت الاسقاط

السبب الاول ـ مات احد المدينين المتضامنين الذي ترك عدة ورثة وذلك على مقتضى الاحكام العامة المقررة بالفقرتين الثانية والثالثة بالفصل ١٩١ .

القاعدة الاصلية هي ان الدين اذا كانت طبيعته لا تمنع قسمته فانه ينقسم فيما بين ورثة المدين المتوفى على نسبة مناب كل منهم من الارث فالاصل قسمته الالتزام ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك . وعليه فالورثة المذكورون يكونون كمورثهم مدينين متضامنين لكن ليس بكامل الدين بل يطالبون بالصفة المذكورة على نسبة منابهم في الارث .

هذا والتضامن للورثة فيما بينهم ـ مثال ـ لزيد بذمة عمرو وبكر وخالد وابراهيم اربعة الاف فرنك بتضامن بعضهم في الدين فيموت احدهم وهو عمرو ويترك وارثين فكل من هذين الوارثين لا تمكن مطالبته الا بنصف الدين اي الفي فرنك لا بكامله وذلك لان كليهما ينوبه النصف في الارث فلو كان عدد الورثة اربعة لطولب كل من الاربعة بالف فرنك على نسبة منابه في الارث الذي هو الربع ولذا جرى العمل في التطبيق باضافة شرط اخر للتضامن وهو عدم قابليته

الدين للتجزئة وبالنسبة لبقية المدينين المشتركين لا يطالب الورثة الا بقدر مناباتهم الخاصة لا بكامل مناب المورث .

هناك عدة نتائج تستخرج على مقتضى القانون الفرنساوي من هذا الحكم المتعلق بالورثة وذلك من عدة وجوه منها تعليق اوقطع المدة الطويلة والمماطلة

لكن هاته النتائج تضمنها الفصلان ١٨٦ ـ ١٨٧ من القانون التونسي لان مبحث التضامن ينبني على اختلاف العلاقات الناشئة عن الالتزام المشترط فيه الخيار في الطلب والمقام لا يقتضي ادخال ادنى تغيير على القواعد المنصوص عليها بهذين النصين

السبب الثاني ـ ينفك التضامن اذا اسقطه الدائن اي بتسليمه فيه بحيث انه يرضى بان يصير دينه مجردا بالنسبة لاحد المدينين او لكثير منهم وهذا الاسقاط يكون مطلقا او نسبيا . فالمطلق هو الذي منح لجميع المدينين الملتزمين بالخيار .

والنسبي هو الذي منح لبعض المدينين فقط .

وفي هاته الصورة الاخيرة يمكن ان يكون الاسقاط حتى ضمنيا يستخرج من ظروف يوكل النظر فيها للحاكم ومثاله ـ هو ان الدائن يرضى بان يتقاضى من احد المدينين منابه فقط من الدين ويسلم له توصيلا في خصوص ذلك ويوجد في القانون الفرنساوي نص في ذلك وهو الفصل ١٢١١

لكن هذا الحكم يستخرج من الاصول العامة المتعلقة بالاثبات وعلى كل حال فان الفصل ٨٨ من القانون التونسي غير مشترط فيه لزوم التصريح باسقاط التضامن

وينتج عن اسقاط التضامن سواء كان صريحا او مفهوما ضرورة من انتفع به من المدينين المتضامنين معتبرا مشاركا في الدين فقط اي مشاركا بدون تضامن بحيث انه لا يطالب الا بقدر حصته (وذلك سواء وقع منه الدفع او لم يقع) .

واذا طبقنا المبدا المستخرج من اختلاف العلاقات يتسنى لنا ان نقول ان ابراء مناب احد المدينين لا يمنع القيام على الباقين بكامل الدين (الف ١٨٣) وذلك

خلافا لما جاء به القانون الفرنساوي (راجع الف ١٢١٠ منه) .

واذا طبقنا ماسبق ذكره من ان الضمان متبادل بين جملة المدينين المتضامنين يتسنى لنا ان نعيد ماوقعت الاشارة اليه بالفصل ١٨٩ من ان من افرز منابه من المدينين الملتزمين بالخيار يبقى ملزوما للباقين بجزء من حصة من عجز منهم على الوفاء يناسب مقدار منابه المعين بالاتفاق (الف ١٨٩) .

٢٢٥ خامسا في عدم قابلية القسمة نظريات عامة

اولا ـ الالتزام القابل للقسمة هو الذي يقسم موضوعه ماديا اوبالذهن ويمكن بسبب ذلك الوفاء بجزء منه .

ثانيا ـ في صور الالتزام المعتاد الذي يربط دائنا واحدا مع مدين واحد . عدم قابلية القسمة يكون دائما مجردا بمعنى ان الدائن له الحق في عدم قبول الاداء اقساطا وللمدين الحق ايضا في جبر غريمه على قبض كامل الدين (الف ٢٥٥) والامر يكون كذلك ولو في صورة الالتزام القابل للقسمة ماديا او بالذهن .

ثالثا ـ في صورة الالتزام الذي يربط عدة دائنين مع مدينين متعددين ايضا اما بموجب الاتفاق او سبب موت الطرفين وتركه لعدة ورثة فالقاعدة المتبعة هو ان الالتزام يقبل القسمة والدين يتجزا ويدفع اقساطا وبذلك يجتنب تكرار التراع وتوارد النوازل فالاصل اذا هو قابلية القسمة والاستثناء عدم قابليتها (الف ١٩١) ولا يوجد عدم قابلية القسمة الا في الصورتين المشار اليهما بهذا الفصل

اولا في الالتزامات القابلة للقسمة

قلنا ان الالتزام القابل للقسمة هو الذي موضوعه القسم ماديا اوبالذهن

فالقسمة تكون ماديا اذا كان المتعاقد عليه تفيزا زيتونا مثلا اوبرميلا زيتا او هنشيرا او دار اومسناة او غير ذلك .

وتكون هنيا في الصورة التي فيها موضوع الالتزام عين ماء مثلا فالعين لا

تمكن غالبا قسمتها حسا وانما يقع الاتفاق على جعلها مشتركة بين شخصين احدهما ينتفع بمائها صباحا والاخر مساء او على جعلها مشتركة بين عدة اشخاص لكل منهم دور معين في الانتفاع .

الاصل هو قابلية القسمة كما اسلفنا ويكون الالتزام قابلا للقسمة :

اولا ـ اذا كان هناك عدة مدينين فكل منهم لايطالب الا بقدر مناباته من الدين (راجع الفقرة الثانية من الف ١٩٦) وفي الغالب يشترط التضامن في صورة تعدد المدينين لكن قد ينعقد هذا الالتزام بدون اشتراط التضامن كما انه من الممكن ان يحصل تعدد المدينين بسبب موت الملتزم وتركه لعدة ورثة .

ثانيا ـ اذا تعدد الدائنون فتعددهم يكون تارة في اول الامر وتارة يحصل بموت الملتزم له وتركه لعدة ورثة .

لكن توجد اربع صور يعتبر فيها القانون المتعهد به غير قابل للقسمة والحال ان طبيعته تقتضي قابلية القسمة واليك هاته الصور .

٢٢٧ اولا ـ اذا اقتضى العقد او القانون عدم امكان الوفاء بالتعهد به اجزاء (الف ١٩١) وسندرس بالخصوص هاته الصورة فيما بعد .

ثانيا ـ اذا كان الالتزام بين شخصين فقط دائن ومدين فانه يوفى به كالو كان لايقبل القسمة (راجع الفقرة الاولى من الف ١٩٦) ويعتبر الملتزم به غير قابل للقسمة اذا اتفق الدائن والمدين على وقوع الوفاء بكامل الدين مرة واحدة (الفه ٢٥)

ثالثا ـ اذا كان موضوع الدين شيئا معينا بذاته وكان موجودا بيد احد المدينين فيدون شك اداء ذلك الدين اي تسليم الشيء المذكور لايقع الامن احد المدينين الملتزمين لعدم امكان قسمته (الف ١٩٧) مثال ذلك التعاقد على برميل زيت ساحلي من الماحل الفلاني .

رابعا ـ اذا عين احد المدينين برسم الدين اوبعقد بعده لاجراء الالتزام وحده

كما في المثال الاتي اوصى ١٢٠٠٠ بفرنكات لزيد واعين احد ورثتي للوفاء بذلك (فيكون له حق الرجوع بما اداه) ففي هاته الصورة كانت للطرفين عدم ارادة قابلية قسمة الاداء وهي صورة في عدم قابلية القسمة الاتفاقي .

وهناك صورة اخرى تعتبر متعلقة بعدم قابلية قسمة الاداء لو لم يدمجها الفصل ١٩١ في صورة الالتزامات الغير القابلة للقسمة اصالة (حجة لمعارضة ما بالفصلين ١٩١ - ١٩٧) .

فهاته الصور التي فيها عدم قابلية القسمة ناشيء عن طبيعة الالتزام او عما قصد منه او عن موضوعه .

صورة ترتب عدم قابلية القسمة على موضوع الالتزام - مثالها - زيد التزم لي بتسليم اثاث بيت غير معين ثم مات وترك عدة ورثة فمن المسلم انه لا يتيسر لكل وارث ان يختار اثاث بيت ليسلمه الي والحكم واحد اذا كان الالتزام بفرس غير معين فلا يتيسر لكل وارث ان يختار فرسا مغاير الذي اختاره الاخر بقصد تسليمه الي

صورة ترتب عدم قابلية القسمة على طبيعة الالتزام هي الصورة التي فيها موضوع الالتزام شيئان قابلان للقسمة وغير معينين يجبر المدين منهما الشيء الذي يريد الوفاء به فيموت هذا المدين ويترك عدة ورثة .

صورة ترتب عدم قابلية القسمة على القصد الذي وقع الالتزام لاجله - مثالها - التي اشترط على زيد ان يدفع لي عشرة الاف فرنك واذكر اني قصدت باشتراط ماذكر شراء الانزال الفلاني فهذا المبلغ لا يصلح لي الا اذا توصلت به جملة فاذا مات زيد وترك عدة ورثة فلا يمكن لي عندئذ على مطالبة كل وارث بمنابه ولا على قبول بعض المال فقط .

يجب علينا ان نعتبر كل هاته الصور كصور عدم قابلية القسمة بالمعنى الحقيقي وهذا يستفاد صراحة من نصوص القانون التونسي . فالصورتان الاوليتان ذكرتهما الفقرة الاولى من الفصل ١٩١ والصورة الاخيرة نصت عليها الفقرة الثانية من ذلك الفصل

٢٢٨ - ثانيا في الالتزامات التي لا تقبل القسمة

ان عدم قابلية القسمة بمعناه الحقيقي (راجع الف ١٩١) حالة من حالات الالتزام يتحتم بمقتضاها تنفيذ الالتزام الموجود بين عدة دائنين او عدة مدينين باداء كامل المتعهد به لعدم قابليته للقسمة حسا او معنى بموجب طبيعة او بموجب ارادة المتعاقدين او القانون (الف ١٩١) واليك امثلة ذلك .

امثلة في عدم قابلية القسمة الناشيء عن طبيعة الملتزم به

الالتزام بترك حيوانات ترعى بمرعى مشاع . التزام عدة مدينين بازالة الكشف المرخص لهم فيه عندما تطلب منهم ذلك . التزام عدة مدينين برهن منقول او برهن انتفاع او برهن عقار . التزام المالك لعدة مكترين بتمكينهم من التصرف في المكرى . الالتزام بالدرك .

امثلة في عدم قابلية القسمة الناشيء عن ارادة الجانبين

التعاقد مع مقاولين مشتركين على بناء دار او مع صاحب معمل على صنع شيء معين الشكل فهذا الالتزام لا يقسم فيما بين الورثة . ومن ذلك ايضا التزام مؤلفين بتاليف كتاب او بتاليف رواية تشخيصية . وكذلك اشتراط عدم قابلية القسمة بالعقود المشترط فيها التضامن (انظر العدد ٢٢٤)

ومثال - عدم قابلية القسمة الناشيء عن القانون يؤخذ من الفقرة الاولى من الف ١٩٧ وهي صورة الشيء المعين بين المتعاقدين

٢٢٩ - اولا - في الصفات التي يتميز بها عدم قابلية القسمة

اولا - الالتزام الذي طبيعته لا يقبل القسمة هو ليس من شانه ان يقسم ماديا (اي الذي لا تمكن تجزئته حسا) او بالذهن اي الذي لا يتجزا اعتباريا بكيفية يمكن ان يتصورها العقل .

ثانيا - الالتزام الذي لا يقبل القسمة بمقتضى العقد او القانون هو الذي

طبيعته تقتضي القسمة لكن اعتبر غير قابل لها لوجود مصلحة خصوصية في ذلك للدائن فاذا تعاقدت معك على ان تبني لي دارا فتكون لي مصلحة خاصة في ان تسلم لي الدار تامة

١٣٠ - ثانيا - فيما يترتب على عدم قابلية القسمة هو اداء الدين كاملا

المبدا العام في ذلك هو ان اداء الدين لا يتجزا (سنذكر اوجه الاختلاف مع التضامن)

اولا - بالنسبة لاستحقاق الدين اي في صورة تعدد الدائنين يترتب ما سياتي على عدم قابلية القسمة

مبدا - اذا كان الدين الذي لا يقبل القسمة راجعا لعدة ورثة غرماء او لعدة ورثة مثلا فلا يقبل من اي واحد منهم الادعاء بانه المالك المطلق للدين وذلك لان حق كل منهم ينتهي عند حق لاخر

فرع اول - ليس لكل من الدائنين ان يقوم وحده على المدين فلا يمكنه طلب الوفاء الا بالنيابة عن الكل وباذنهم (الف ١٩٣) وبعبارة اخرى يلزم ان يقع الاداء لجميعهم معا

والامر بخلاف ذلك على مقتضى القانون الفرنساوي الذي حاد عنه في هاته المسالة المقنن التونسي فعلى مقتضى الف ١٢٢٤ من القانون المدني الفرنساوي لكل من الدائنين ان يطلب الوفاء بكامل الدين الذي لا يقبل القسمة

وعلى مقتضى الفصل ١٩٣ من المجلة التونسية كل من الدائنين لا يقوم بشيء الا بالنيابة عن جميعهم لكن له ان يطلب بانفراده وبصفة شخصية (ولو ان ذلك لمصلحة الجميع) تامين المال المطلوب او تسليم الشيء الملتزم به (ان لم يمكن التامين) لمن يكلفه المجلس بحجزه (الف ١٩٣) فهذا الاستثناء يفهم منه مقصد المشرع الذي اكثر اهتمامه بالمسالة كان من الوجهة التطبيقية وما قصده الا منع تكاثر النزاعات واقامة الدعاوي من الدائنين على بعضهم بعضا . وفي التطبيق سلكت المحاكم التونسية مسلك ق ف

فرع ثان - ما يفعله احد الدائنين بالدين مما هو من قبيل التصرف لا يعارض به الباقون

خصوصا اسقاط الدين كما انه ليس له ان يباشر وحده استبدال الدين او التصيير به .

استثناء اول من المبدا - لكن اذا وقع من احد ارباب الدين الذي لا يقبل القسمة انقطاع في مدة سقوط الدعوى انتفع بذلك من معه (الف ١٩٥) وذلك من قبيل الاحتفاظ على الدين ..

لم يتعرض الف ١٩٥ لتعليق مدة سقوط الدعوى فهاته المسالة محل خلاف لدى المحاكم الفرنساوية لعدم وجود نص قانوني في ذلك وعلى كل حال فلا ترى هاته المحاكم فرقا بين الصورتين .

وعليه فيتسنى لنا ان نقول انه اذا انتفع احد الدائنين بتعليق مدة سقوط الدعوى انتفع ايضا بذلك الباقون

استثناء ثان - عند عدم الوفاء بالدين وحكم الحاكم بادائه بصفة غرامة ينقسم هذا الدين قانونا (مالم يقع الاتفاق على خلاف ذلك) فكل من الدائنين يمكن له ان يطلب بانفراده منابه من الدين حيث انه لا وجه والحالة ماذكر لوجود عدم قابلية القسمة

استثناء ثالث - كثير ما يقع اشتراط التضامن مع عدم قابلية القسمة ففي هاته الصورة تطبق قواعد التضامن (الف ١٦٤) ..

ثانيا - فيما يترتب على عدم قابلية القسمة بالنسبة للذمة العامرة اي في صورة تعدد المدينين

مبدا - كل من المدينين المتعهدين بالشيء الذي لا يقبل القسمة وبصفة عامة كل من الورثة مطلوب باداء كامل المتعهد به لرب الدين (الف ١٩٢) حيث ان ذمته عامرة بجزء من الدين فقط .

فرع - للمدين التي وقعت مطالبته بالدين ان يطلب من المجلس اجلا لادخال من معه في القضية (الف ١٩٤) فبذلك يمكن له التحصيل على حكم يشمل جميع المدينين معه سواء كان حكم بالوفاء بالالتزام او بالغرم المترتب على عدم الوفاء وهو يرجع على من معه كل فيما يخص منابه عملا بما تقرر بالف ١٨٩ ذلك هو مضمون الف ١٩٤

مثال ـ التزم زيد لعمر بان يحيل له حق مرور بالارض الفلانية فيموت بعد ذلك ويترك اربعة اولاد فمن يدخل في منابه الحق المذكور بعد قسمة المخلف هو القادر على الوفاء لا محالة بالالتزام الغير القابل القسمة .

استثناء ـ ولو لم توجد علاقة قانونية تربط المدينين بعضهم بعضا عدى عدم قابلية الالتزام للقسمة فاذا وقع مع احدهم فصل في مدة سقوط القيام عليه انسحب ذلك على جميعهم الفصل ١٩٥ .

ـ ٢٣١ ملحق

يتعلق بالتنظير بين عدم قابلية القسمة بمعناه الحقيقي والتضامن ولو ان المسالتين تجتمعان في نقطة اصلية مشتركة بينهما وهي مطالبة كل من المدينين بكامل الدين فانهما مختلفان من عدة وجوه .

اولا ـ بمجرد ما ينقضي عدم قابلية القسمة يصير الالتزام مجردا كما ذلك في صورة تصير الدين نقودا وبالاخص غرامة والامر بالعكس في التضامن فانه لاينفك ابدا الى وقت الدفع ولو في صورة انقلاب الالتزام الى التزام بالغرم بسبب تلف المتعهد به بموجب تفريط او مطل .

ثانيا ـ في التضامن لايقصد من ادخال بقية المدينين المتضامنين في القضية الافصل

ثانيا ـ في التضامن لا يقصد من ادخال بقية المدينين المتضامنين في القضية مسالة الرجوع فيما بينهم والامر بخلاف ذلك في عدم قابلية القسمة فان الغاية من ادخال المدين لمن معه هو الحصول على حكم يصدر على جميعهم لفائدة رب الدين

ثالثا ـ اذا مات احد المدينين المتضامنين ينفك التضامن على ورثته بالنسبة لعلائقهم مع بعضهم بعضا واما عدم قابلية القسمة فانه لا ينقضي بالنسبة للورثة اذا مات احد المدينين .

رابعا ـ ليس للدائنين في صورة عدم قابلية القسمة ان يقوم كل بانفراده

بمطالبة الدين فاذا قام احدهم فانه يشترط ان يكون قيامه في حق من معه وبالاذن منهم .

واما في صورة تضامن الدائنين فلكل من هؤلاء ان يقوم على المدين بطلب كامل الدين واذا وقع الدفع لواحد منهم برئت ذمة المدين مع الجميع .

خامسا ـ اذا وقع تعليق في مدة سقوط الحق لفائدة احد الدائنين المتضامنين فلا ينتفع به الباقون .

والامر بخلاف ذلك في عدم قابلية القسمة (راجع العددين ٢٠٩-٢٠٨ من هذا الشرح) .

سادسا ـ اذا وقع في صورة تضامن المدينين فصل المدة الطويلة في حق واحد منهم فلا يترتب شيء من ذلك على الباقين (الفصل ١٨٦) .

والامر بخلاف ذلك في صورة عدم قابلية القسمة (الف ١٩٥)

٢٣٢ ـ تنظير ـ بين عدم قابلية القسمة بالنسبة للاداء وعدم قابليتها بالنسبة لاصل المتعهد به .

عدم قابلية القسمة بالنسبة للاول عبارة عن كون الدين لا يتيسر الوفاء به افساطا وان كان هذا الدين قابلا للقسمة فما ذلك الا استثناء من القاعدة العامة للاداء وقد سبق الكلام فيما يتعلق بالالتزامات القابلة للقسمة على الصورتين المنصوص عليهما بالف ١٩٧) .

فهذان النوعان من عدم قابلية القسمة لا فرق بينهما من حيث النتائج المترتبة عليهما خصوصا في مسالة قطع مدة سقوط المطالبة (راجع الف ١٩٥-١٩٨) فلا تختلفان الا في شيء واحد وهو انه في صورة عدم قابلية المتعهد به للقسمة اذا ادخل المدين المطلوب بالوفاء من كان معه من المدينين في القضية فقصده من ذلك اصدار الحكم على جميعهم لفائدة رب الدين (الف ١٩٤) .

واما في صورة عدم قابلية الاداء للقسمة فلا يقصد من الادخال الا استصدار حكم في الرجوع على بقية المدينين (الف ١٩٧) .

٢٣٣ المقالة الثالثة في انتقال الالتزامات

قسم اول في الانتقال مطلقا

نظريات عامة ـ كل دين يمكن ان يقع التصرف فيه بين احياء اي ان صاحب الدين يجوز له ان يحيل الغير الصفة الملابس بها اعني صفة دائن مثال ذلك لزيد بذمة عمر الف فرنك فيحيل زيد حقه في هذا الدين لبكر الذي يصير مكانه دائن لعمر فزيد هو المحيل وعمر هو المحال عليه وبكر هو المحال له .

ان الاحالة او انتقال الدين (او انتقال كل حق مجرد) عبارة عن احالة الحق في الدين للغير الذي يصير مالكا له عوض المحيل .

فرع اول ـ يمكن ان تتعلق الاحالة بحق او دين معين او جملة حقوق وكسب .

فرع ثان ـ يجوز احالة ديون مؤجلة او مشروطة وحتى الديون المتوقع حصولها كدين متوقع الحصول مترتب من كراء ربع او عقار لم يحل اجل دفعه وكذلك الدين المتوقع من ثمن قسمة مشاع لمن اقترض مالا واعطى رهنا على سبيل التوثقة ان يحيل لدائنه بمقتضى عقد قرض الغرامة المتوقع قبضها من شركة السيكورتي في صورة حرق العقار المرهون .

ويلزم بدون شك لجواز احالة دين مستقبل الحلول ان يوجد موضوعه وقت التحويل ولو بصفة اعتبارية (الف ١٩٨) وهذا هو معنى الف ١٢٠٠ (يجوز احالة دين مشروط شرط صحيح اي دين متضمن لشرط انجازه غير معلق على خصوص ارادة الملتزم (راجع ماقبل في الشرط) .

مثالا التزم احد المصورين بصنع صورة لاحد الباعة بثمن معين فالبائع المذكور

يجوز له ان يحيل دينه ولو قبل صنع الصورة المشار اليها وذلك لان هناك التزاما باجراء عمل ينجم عن عدم انجازه حق للبائع المذكور في طلب تعويض الخسارة .

وعليه لا يقال في الشرط هنا ان انجازه موكول لخصوص ارادة الملتزم .

فرع رابع ـ يجوز تحويل دين موضوعه بقايا دخل جراية عمرية او انزال .

فرع خامس ـ يمكن ان تقع الاحالة بموجب اتفاق المعاقدين سواء بعوض او بدون عوض وكذلك يجوز وقوعها بموجب القانون (الفصل ١٩٩) .

لكن هناك صور استثنائية الاحالة فيها باطلة .

٢٣٤ ـ استثناء اول ـ لا تجوز احالة حقوق او ديون منع العقد او القانون احالتها (الفقرة الاولى من الفصل ٢٠١) وقد ذكر هذا الفصل على سبيل المثال الامر المؤرخ في غرة اوت عام ١٨٩٨ المتعلق بحجز اجور العملة وغيرهم (يراجع على سبيل المثال ايضا الف ٥٦٦ وما بعده)

استثناء ثان ـ وكذلك التحويل باطل اذا كان موضوعه حقوقا شخصية بحتة (الفقرة الثانية من الف ٢٠١) كحق مستحق الحبس .

ولنضف لذلك جميع الحقوق الشخصية المبنية بالف ٣٠٦ (حق الاستغلال وحق السكنى الخ) وكذلك الديون في الطعام ولو لم تكن النفقة بموجب القانون وكذلك الحقوق المتعلقة بالحالة الشخصية (كحقوق العصمة التي للاب والوعد بالنكاح الخ

استثناء ثالث ـ التحويل باطل اذا كان الدين لا يقبل الحجز او المعارضة فان قبل الحجز في جزء او قدر معين منه جاز التحويل في ذلك القدر (الفقرة الثانية من الف ٢٠١) فالجرايات الحربية او المدنية لا تقبل الحجز الا في جزء منها وكذلك جرايات المتوظفين والعساكر والجرايات والمرتبات الضعيفة الخ .

استثناء رابع ـ تحويل الحق المتنازع فيه باطل على مقتضى القانون التونسي (الف ٣٠٢) الا اذا وافق على ذلك المدين وقد وضح هذا النص معنى الحق المتنازع

فيه حيث قال . ان الحق يعتبر متنازعا فيه . اولا : اذا كان النزاع في اصل الحق او في اصل الدين حين البيع او الاحالة ـ ثانيا : اذا كان هناك احوال (اي وقت الاحالة) من شانها توقع نزاعات لدى المحاكم في اصل الحق .

استثناء خامس ـ الاحالة باطلة سواء كانت مجانا او بعوض اذا لم يكن المراد منها الا اخراج المدين عن نظر حكام ملته وجلبه امام حكام اخرين (الف ٢٠٣)

٢٣٥ ـ اولا : في احالة الديون بعوض (وهو بيع الدين)

اولا ـ في شروط وجود هاته الاحالة وصحتها .

مبدا اول ـ شروط الوجود هي عين شروط البيع بصفة عامة . هذا ويمكن ان تتعلق الاحالة بحقوق مجردة وديون (الف ١٩٩) تمكن مثلا احالة حق في دعوى او في كراء .

فرع اول ـ يكفي في الاحالة التعاقدية مجرد رضاء الطرفين وهما المحيل والمحال له فيدخل المحال له قانونا مدخل المحيل من تاريخ الاحالة (الف ٢٠٤) ولا يلزم كتب في الاحالة (ما عدى صورة الف ٣٠٦) اذا كانت قيمة الحق المحال لا تتجاوز الثلاثة الاف فرنك (الف ٤٧٣)

فرع ثان ـ الاحالة كالبيع يدخل عليها الاجل والشرط التعليقي او الفسخي الى غير ذلك من الحالات وتكون ايضا مثله بالثنيا .

مبدا ثان ـ شروط صحة الاحالة هي ايضا عين شروط صحة البيع خصوصا ما كان منها متعلقا باهلية المتعاقدين وعليه فالفصول ٥٦٦ ـ ٥٦٧ ـ ٥٦٨ ـ ٥٦٩ وما بعدها تتعلق بهذا الموضوع .

٢٣٦ ثانيا فيما يترتب من النتائج على الاحالة بعوض .

هناك نتيجتان . احداث التزام . واحالة حق ملكية دين .

النتيجة الاولى ـ وهي احداث التزام .

اولا في واجبات المحيل

مبدا اول ـ لاتتم الا حالة الا اذا احال المحيل حق تملكه للدين فاحالة هذا الحق نتيجة العقد ويكفي فيها رضاء الطرفين (ويثبت الرضاء بطرق الاثبات المعتادة).

مبدا ثان ـ على المحيل ان يسلم للمحال له ما يحتاج اليه مما هو لازم لاجراء الحقوق المحالة (الف ٢٠٩) وعليه فيسلم له اولا رسم الاحالة ويجوز للمحال له ان يشترط اقامة حجة رسمية فيها ثانيا ثم يسلم له رسم الذين المحال مع جميع مالديه من الحجج والارشادات اللازمة لاجراء الحقوق المحالة (الف ٢٠٩) .

٢٣٧ مبدا ثالث ـ على المحيل ضمان الاحالة للمحال له كما في صورة البيع (راجع الف ٦٣٠ والفصول بعده) وهذا الضمان يكون بموجب القانون او بموجب العقد .

اولا ـ في الضمان القانوني . على مقتضى الف ٢١٣ يكون على المحيل ضمان ماياتي

اولا ـ صفة كونه دائنا او صاحب حق (ككونه محالا له او وارثا للدائن الخ) .

ثانيا ـ وجود الدين او الحق وقت الاحالة .

ثالثا ـ حق التصرف فيه .

رابعا ـ وجود التوابع كالامتيازات والرهون وغيرها من الحقوق المتعلقة بالدين او الحق المحال حين الاحالة فالامور الثلاثة الاولى يضمنها المحيل حتما ولو في صورة وقوع الاحالة على البراءة (الف ٢١٣) وذلك مطابق للمعقول . فالبائع لايتسنى له ان يبقي عنده الثمن اذا لم يوف بالمبيع والا فالثمن المذكور يعتبر غير مبني على سبب .

واما الامر الرابع الذي على المحيل ضمانه وهو وجود التوابع فهو الذي يخرج وحده مبدئيا من الضمان في صورة اشتراط ان المحيل لايضمن سوى وجود الدين (راجع ما سيقال في الضمان الاتفاقي تحت عدد ٢٣٨) .

ملاحظة ـ هاته الجملة (وجود الدين) يلزم اخذها باوسع معانيها لتكون داخلة فيها الصور التي يوجد فيها عيب بالدين المحال من شانه ان يضر بوجود الاحالة او باجرائها كصورة وجود سبب مبطل للاحالة او سبب يقتضي انقضاءها كالاداء والتجديد والمقاصة وحصول سقوط في الطلب بمضي المدة يوم الاحالة .

لا يشمل الضمان القانوني اصالة التعهد بقدرة المدين على الوفاء لكنه يشمل بصفة استثنائية التعهد بقدرة المدين على الوفاء (الفـ ٢١٤) :

اولا ـ اذا كان هذا المدين عاجزا عما ذكر وقت الاحالة ولو في صورة عدم وقوع التغرير او ما يفيد سوء النية من المحيل .

ثانيا ـ اما في المعاملات التجارية فيما يتعلق باحالة السندات يضمن المحيل حتما الاداء .

ـ فيما يترتب من النتائج على الضمان القانوني .

فمن نتائجه بالنسبة للمحيل (على مقتضى الفـ ٢١٤ الداخلة فيه صور الفصل الذي قبله) وجوب ترجيع ما ياتي .

اولا ـ الثمن الذي قبضه المحيل عن الاحالة وكذلك عن العقد .

ثانيا ـ ما صرفه المحال له في مطالبة المدين المعدم .

ثالثا ـ ما عسى ان يترتب عن الضرر ان وقع تدليس من المحيل ويضاف لذلك ترجيع الفوائض المترتبة عن التاخير والفوائض التعويضية فيما بين غير المسلمين عويصة ـ هل يلزم في هاته الصورة ترجيع مقدار الدين المسمى بالاحالة او الثمن الحقيقي الذي وقعت به الاحالة ؟

المسالة محل خلاف في القانون الفرنساوي يظهر من الفـ ١٦٩٤ انه لا ينطبق الا على الاحالة الواقعة بموجب العقد .

واما القانون الالماني (راجع الفـ ٢٩٨-٣٧٧ منه) فانه يقتضي الزام المحيل بترجيع مقدار الدين المحال كما هو معين بالعقد .

وقد جاء القانون التونسي بما يخالف ذلك حيث قرر بالفـ ٢١٤ باللفظ الصريح ان الثمن المقبوض من الاحالة هو الذي يرجع وللمحال له طلب غرامة التاخير .

٢٣٨ ـ ثانيا في الضمان الذي بموجب العقد . (او ضمان الحدث)

فمن المسلم ولو لم يوجد نص صريح ان للطرفين ان يتفقا على تخفيف وطأة الضمان القانوني او تشديدها وهذا يستفاد من هاته الجملة التي بالفـ ٢١٣ الا اذا استثني ذلك استثناء صريحا . وكذلك من الفصل ٢١٠ المتضمن لصورة في التطبيق للمبدا المتعلق بالموضوع . فالشروط اذن تكون مقيدة للضمان او موسعة له

اولا ـ في الشروط التي تضيق في الضمان .

الاصل هو ان (الفـ ٢١٣) لا يمنع المحيل من ان يعفي نفسه بمقتضى اتفاق صريح من جميع ما اوجب عليه القانون التدرك به وخصوصا فيما يتعلق بوجوب الدين لكن دون ذلك نص (الفـ ٢٠٢) القاضي ببطلان احالة الحقوق المتنازع فيها بيد انه يمكن تصور بعض حالات يكون فيها الاعفاء المذكور ممكنا وخصوصا الحالة التي رضي فيها المحال عليه في صورة (الفـ ٢٠٢) باحالة الحق المتنازع فيه ويلزم مهما كان الامر اشتراط هذا الاعفاء صراحة والا فاشتراط عدم الضمان بدون تمييز لا يكون شاملا الا للاعفاء من تعويض الخسارة الناشئة عن عدم وجود الحق المحال او ما يترتب عن استحقاق الغير للشيء بموجب سبب من الاسباب هذا ولا يمكن بحال للمحيل ان يتفصى من مسؤولية تغريره فكل شرط قاض بذلك لا به يعمل ولا عليه يعول .

٢٣٩ ثانيا ـ في الشروط التي توسع في الضمان .

مبدا اول ـ للمحيل ان يتعهد بضمان عسر المدين بالنسبة للمستقبل (الف ٢١٠) قلنا في المستقبل لان عسره في الحال يضمنه المحيل قانونا على مقتضى (الف ٢١١) وقد خالف في ذلك المقنن التونسي مضمون الفصلين ١٦٩٤ ـ ١٦٩٥ من مجلة الفرنساوية لكن هذا الضمان لا عمل عليه ولو كان مشترطا اذا تسبب المحال بتفريطه اي بغفلته الخاصة او بغفلة في تعطيل استخلاص الدين

وقد جاء (الف ٢١٥) بصورتين تطبيقيتين لهاته المسالة وهما :

اولا ـ اذا كان عدم الوفاء متسببا عن غفلة المحال له عن اتخاذ الوسائل اللازمة لاستخلاص الدين عند حلوله (مثلا اذا لم يطالب كما يلزم المحال عليه) .

ثانيا ـ اذا اعطى المحال له فسحة في الاجل للمدين بعد حلول الدين وكذلك بعد حصول الشرط التعليقي

وفي هاته الصورة الاخيرة توجد قرينة يمكن دحضها بما يثبت خلاف ما تقتضيه فللمحال له يتسنى له ان يثبت ان عجز المدين على الوفاء لم تاثر عليه قط الفسحة التي منحها لهذا المدين في الاجل . كل تفريط من المحال له يتسبب عنه عدم امكان استخلاص الدين يقضي به حقه في الضمان

مثلا ـ اذا لم يوقف بعمل ما مدة سقوط الحق او اذا ازال الرهن بدون موجب وعلى كل حال فقد صرح (الف ٢١٠) بان هذا الضمان تجري عليه الاحكام الخاصه المقررة في باب البيع (الف ٦٣٠ ـ ٦٤٥ وغيرهما) .

مبدا ثان ـ للمحيل ان يزيد في شدة ضمانه كان يلتزم بدفع الدين للمحال له عوض المدين اذا وقع مجرد تنبيه بالاداء من الاول للثاني ولم يقع الاداء ففي هاته الصورة يجبر المحيل على الاداء حالا حيث صار بسبب ذلك مدينا شخصيا للمحال له وليس له ان يطلب قبل ذلك عملة مكاسب المدين المحال عليه وبيعها لكن يبقى له طبعا حق الرجوع عليه

٢٤٠ ـ ملاحظة اولى ـ اذا تعددت الاحالات وتتابعت فالقاعدة هي ان بالنسبة للمحال له الاخير تعتبر الاحالة الواقعة له مستمدة من كل الضامنين المتواليين وعليه فحق الرجوع بالدرك بموجب عجز المحال عليه على الوفاء يجوز القيام به على جملة المحيلين على الترتيب الذي يراه

ملاحظة ثانية ـ اذا وقع من المحيل المقوم عليه بالدرك دفع ما على المدين جاز له ان يرجع على هذا المدين بموجب رجوع الدين اليه ولربما لزمه في هاته الصورة الاعلام وغير ذلك مما اوجبه الفصل ٢٠٠ (انظر ما سياتي)

٢٤١ ـ ملاحظة ثالثة ـ هناك عويصة حلها الف ٢١٦ وهي الاتية

كيف العمل اذا كانت الاحالة في بعض الدين وتعذر على المدين اداء كامل الدين بسبب العسر ؟

قد تضمن الف ٢١٦ المذكور الجواب عن ذلك حيث قرر ان المحال له والمحيل يقتسمان الدين على نسبة حصتهما

لكنه تضمن ايضا صورتين استثنائيتين في منح المحال له حق التقدم على المحيل

الصورة الاولى ـ وهي اذا اشترط ذلك اشتراطا صريحا .

الصورة الثانية ـ اذا ضمن المحيل قدرة المدين على اداء الدين المحال اي اذا كان هناك ضمان اتفاقي واحرى اذا التزم المحيل باداء ذلك الدين عند عدم الوفاء به من المدين

ثانيا في واجبات المحال له

(راجع من باب البيع ما يتعلق بواجبات المشتري الف ٦٧٦ وما بعده فعلى المحال له بالاخص :

اولا ـ دفع ثمن الاحالة في الاجل المعين والاجاز للمحيل طلب الفسخ او رفض تسليم رسم الدين والمطالبة بالاداء .

ثانيا ـ اجراء المطالبة حسب الشروط التي عينها القانون او تضمنها الاتفاق .

ثالثا ـ دفع مصاريف الاحالة .

٢٤٣ النتيجة الثانية التي تترتب على الاحالة وهي انتقال ملكية الدين فزيادة عما قرره الفصل ٢٠٤ من ان مجرد رضاء المحيل والمحال له يكفي لانتقال ملكية الدين لثانيهما اشترط القانون كما ذلك بالفصل ٢٠٥ احد الامرين الآتيين ليعتبر المحال له مالكا للدين بالنسبة للمدين وغيره :

اولا ـ اعلام المدين بالاحالة .

ثانيا ـ اوقبول ذلك المدين للاحالة برسم ثابت التاريخ . فهاته القواعد تحتاج للبيان

٢٤٤ فصل اول :

لاتنتقل للمحال له ملكية الحق المحال تلقاء محال له اخر وتلقاء الغير الا اذا وفى بشروط الفصل ٢٠٥ فبذلك تحصل من الاحالة النتائج التي تحصل من البيع .

قاعدة تطبيقية اولى ـ لايشترط كتب رسمي في قبول المدين للاحالة مثال ماهو الشان على مقتضى القانون الفرنسا وفي بل يكفي ان يكون الكتب المحرر في القبول ثابت التاريخ وهذا القبول يمكن ان يقع وقت الاحالة او بعدها بكتب ممتاز عن عقد الاحالة (الفصل ٢٠٥ ... الغصد من وضع هاته القاعدة هو تصيير الاحالة لاخدش فيها واجتناب كل نزاع من المحال عليه .

قاعدة تطبيقية ثانية ـ اذا لم يقبل المدين الاحالة يلزم ان يتضمن رسم الاعلام بالاحالة الشروط الاصلية لمبنة برسم الاحالة مع تاريخ هاته الاحالة ويكفي احد الامرين ليعتبر الغير على علم من الاحالة لان الغير لايعقد عادة عقدا مع الدائن السابق (اي المحيل) بدون استرشاد المدين المحال عليه .

والغرض المقصود من الف ٢٠٥ هو اشهار الاحالة وما الاعلام التي يقع للمدين الاوسيلة يتوصل بها لهذا الغرض لاتاثير لها على صحة الاحالة . لكن هاته الوسيلة لايقصد منها تحويز المحال له بالدين فقط بل ترمي الى اكثر من ذلك

وعليه فالمقام يسمح بوضع هاته القاعدة المزدوجة .

اولا ـ يكفي احد الامرين المذكورين فاذاتم واحد جاز المحال له حقا يحتج به على كل احد .

استثناء ـ احالة اكرية العقارات وغيرهم مما يقبل الرهن العقاري او المداخيل الدورية المترتبة عليها (كالانزال) لاتعتبر بالنسبة للغير الا اذا كان لمدة تزيد على عام واحد وحررت بكتب ثابت التاريخ (الفصل ٢٠٦)

ثانيا ـ احد الامرين المذكورين لازم لزوما كليا .

نتيجة ـ لما كانت عبارات الف ٢٠٥ صريحة في ذلك فالمحال له الذي غفل عن اتمام الواجبات المذكورة لايقبل منه اثبات ان الغير كان في الواقع على علم من الاحالة فالحاكم لايعتبر هذا الاثبات ناهضا وبالنسبة للمدين فقد وضع الف ٢٠٨ قاعدة خاصة (راجع العدد ٢٤٧)

٢٤٥ استثناء ـ لايلزم في بعض الحالات القيام بما اوجبه الفصل ٢٠٥ نظرا لطبيعتها فتعوض هاته الواجبات بصفة عامة بواجبات اخرى وهي الاتية .

اولا ـ الكمبيالات والسندات التي تكون تحت الاذن او التي يجب دفع ما بها لحاملها فيجري العمل في تحويلها بالاحكام الخاصة المنصوص عليها بالقانون التجاري

فبالنسبة للسندات التي يجب دفعها للحامل يلزم تسليم السند بالفعل .

وبالنسبة للسندات التي تحت الاذن وغيرها تتم الاحالة بالتوقيع على الكتب .

واما تحويل غيرها من الديون الناشئة على المعاملات التجارية فانه تنطبق عليه الاحكام العامة المضمنة بالمفصل ٢٠٥ (راجع الفصل ٢١٨)

ثانيا ـ السندات المذكورة بها اسماء اصحابها والصادرة من الدولة او الاقامات المالية (كالبنوك) يرسم تحويلها بالدفاتر العامة المبينة بها اسماء مالكيها وذلك يكفي لاشهار التحويل المذكور حتى يكون الغير على علم منه .

ثالثا ـ تحويل محل تجارة بجميع ما فيه يقوم فيه الاشهار الجاري به العمل في التجار مقام الاعلام المنصوص عليه بالف ٢٠٥ بالنسبة لغير المتعاقدين .

رابعا ـ احالة التركة لا تدخل تحت احكام خاصة (الف ٢١٩)

فاذا استثنينا ما تقدم انطبق الف ٢٠٥ على احالة جميع الحقوق ولو كانت شخصية

٢٤٦ ـ في جزاء عدم القيام بواجبات الفصل ٢٠٥

مبدا اول ـ عند عدم القيام بواجبات الفصل ٢٠٥ تكون الاحالة غير موجودة بالنسبة للغير ويعتبر المحيل كانه لم تخرج من يده ملكية الدين والمراد هنا بالغير كل شخص لم يشمله عقد الاحالة وله مصلحة قانونية في اعتبار المحيل باقيا بصفة دائن وخصوصا المدين المحال عليه (الفصل ٢٠٥)

ويضاف للمدين بصفة غير الدائنون المجردة ديونهم عن الرهن في صورة العقلة . والدائنون الممتازون برهن الدين المحال . والمدينون المتضامنون مع المحيل من احيل لهم الدين نفسه فيما بعد . وبالجملة كل من اكتسب حقا في الدين المحال في المدة التي بين الاحالة والاعلام بها .

٢٤٧ ـ فرع اول ـ يجوز للمدين المحال عليه ان يؤدي للمحيل ما صار راجعا للمحال له بموجب التحويل ما دام القيام بالواجب لم يقع وتبرا بذلك ذمة ذلك المدين الا اذا صدر منه تدليس او تفريط فاحش (الف ٢٠٨) اي ما لم يكن عالما بالاحالة .

والاداء هنا كل ما يتوصل به لبراءة الذمة كالمقاصة واسقاط الدين والتصيير به والتجديد فالمدين اذا يكتسب في هذه الصور ما يصلح الاحتجاج به على المحيل كما لو كان هو المحال له

فرع ثان ـ يكون للمحيل وحده الحق في مطالبة المدين الذي هو غير ملزوم في هاته الصورة بالالتفات الى المحال له وتتسلط على هذا الاخير نتائج كل حكم صدر في

الحق المحال بين المحيل والمدين .

فرع ثالث ـ يجوز لغرماء المحيل اعتبار الدين المحال بصفة ضمان مشترك بينهم ويكون لهم حينئذ الحق مادامت الواجبات السابق ذكرها لم تتم في عقلة الدين المحال عليه وذلك لان الحق المحال معتبر بالنسبة للغير كانه لم يخرج من كسب المحيل .

٢٤٨ عويصة ـ هل للمحال له ان يجري قبل اتمام الواجبات المذكورة وسائل حافظة لحقوقه ؟

المسالة محل خلاف عند المحاكم الفرنساوية غير انه استقر الراي على ان المحال له يمكنه اجراء عقلة في المال تحت يد المدين المحال عليه حتى لايقع الاداء من هذا المدين للمحيل او للغير فما ذلك الا وسيلة تحفظية يمكنه الفصل ٢٠٤ من اتخاذها نظرا لكونه متلبسا بصفة مالك للحق المحال لكنها تصير وسيلة تنفيذ بموجب الحكم الذي يصدر باعتبار المال المعقول من حقوق من اجرى العقلة فيلزم حينئذ ان يكون المحال له قد قام قبل ذلك الحكم بواجبات الفصل ٢٠٥ لانه ليس له حق المطالبة ان لم يكن قد قام بها .

٢٤٩ فرع رابع ـ اذا وقعت من المحيل عدة احالات لدين واحد اي اذا احيل الدين لعدة اشخاص على التتابع فالذي وفى منهم بواجبات الفصل ٢٠٥ هو الذي يقدم ولو مع تاخر تاريخ احالته (الف ٢٠٧) فالمرتبة تعتبر لا بمقتضى تاريخ الاحالة وانما بمقتضى تاريخ الاعلام بالاحالة .

٢٥٠ وهذا النص لايطبق فيما بين من احيل لهم الحق فقط بل ايضا فيما بين المحال له والدائن الذي تسلم هذا الحق من المحيل على سبيل الرهن .

٢٥١ ـ فصل ثان

اذا تمت الاحالة على الوجه المرغوب ينجر بموجبها للمحال له جميع ما كان

للمحيل من الحقوق المتعلقة بالدين المحال ولاتنجر له غيرها .

فرع ـ يستحق المحال له بموجب الاحالة توابع الدين (الضمانات والتوثقات) التي تحقق الوفاء به اي التوابع المتممة لذات الدين المحال (الف ـ ٢١٠) واليك هاته التوابع .

اولا ـ الامتيازات المرتبطة بالدين الا ما كان منها خاصا بذات المحيل (الف ـ ٢١٠) مثلا اذا كان المحيل قاصرا فانه ينتفع بتعليق مدة سقوط الحق ما دام الدين على ملكه واما المحال له فلا ينتفع بشيء من ذلك اذ التعليق ينتهي من يوم الاحالة بالنسبة اليه .

ثانيا ـ ما كان للمحيل من القيام بالبطلان (الف ـ ٢١٠) والفسخ (الف ـ ٢١٠)

ثالثا ـ الفوائض التي حل اجلها ولم تخلص (فيما بين غير المسلمين) الا اذا كان هناك شرط اوعادة تقتضي خلاف ذلك فالفصل ٢١٠ صريح في ذلك .

عويصة ـ كيف العمل اذ استحال مسلم دينا بذمة من ليس بمسلم وكان هذا الدين مشترطا فيه دفع الفائض ؟ فهل يعتبر الفصل ٢١٠ قاضيا ببراءة ذمة المدين من الفائض بمجرد كون المحال له مسلما ؟

الجواب يكون قطعيا بالنفي فيلزم تاويل الفصل ٢١٠ المذكور بغاية الضبط اي بدون قياس وتطبيقه عما يتعلق بالفائض الذي حل اجله ولم يخلص وذلك بين المسلمين فشرط الفائض يتبع الدين وتبقى طبيعة للمحال له الحرية التامة في عدم القيام به والسبب في ذلك هو ان الفائض المذكور لم يشترط بالكيفية التي حجرها الفصل ١٠٩٥

رابعا ـ الالتزام بالفائض المقترن بالدين .

خامسا ـ الرسم الذي يبد المحيل والانتفاع بالقيام الذي وقعت مباشرته ومرجع النظر الممنوح للمحيل الخ .

٢٥٢ استثناء ـ وقد استثنى من ذلك القانون التونسي (الذي قيوده اكثر من

القانون الفرنساوي) الرهون والضمانات الا اذا كان هناك نص صريح (الف ـ ٢١٠) وقد قرر ذلك القانون المذكور خلافا للاصول

سؤال ـ كيف العمل اذا اشترط صراحة شمول الاحالة الرهن ؟

فاجاب عن ذلك (الف ـ ٢١١) بقوله (ولو بما كانت الفائدة معدومة من هذا القول) : (ان المحال له يدخل مدخل المحيل في جميع ما التزم به من حفظ المرهون وصيانته) : لكن (وهذا لابد من ذكره) اذا لم يجر العمل بتلك التزامات كان المحيل والمحال له مطلوبين بالخيار للمدين فيما يترتب على ذلك ولا يجري العمل بهاته القاعدة اذا كانت الاحالة بمقتضى القانون او حكم الحاكم فيكون في هذه الصورة صاحبها مسؤولا وحده بالمرهون للمدين

مثال ـ اقرض زيد عمرا الف فرنك فسلم عمرو لزيد ساعة على سبيل التوثقة ثم ان زيدا يحيل الدين لبكر ويشترط دخول الرهن في الاحالة فاذا تلف المرهون بتقصير من بكر (راجع الفقرة الاولى من الف ـ ١٠٧٩) يكون زيد مطلوبا بالخيار مع بكر لعمرو . هذا ومما يعتذر فهمه هو معرفة لماذا لايكون الامر كذلك في صورة وقوع الاحالة بموجب حكم ؟ وعلى كل حال فمالنا الا اتباع النص الذي هو صريح في عدم جواز القاعدة المذكورة فيما اذا كانت الاحالة بموجب حكم غير انه يصعب اثبات هاته القاعدة في صورة قبول المحال عليه للاحالة عنوان في تطبيق قاعدة ان الاحالة لا تنجر منها للمحال له غير الحقوق المتعلقة بالدين المحال .

٢٥٣ مبدأ ـ للمدين المحال عليه ان يعارض المحال له بجميع الاوجه التي كان له ان يعارض بها المحيل الى حد وقت الاعلام بالاحالة فالاحالة تقتضي التجديد والتجديد لا يحمل على الظن .

فرع ـ فله ان يعارض بالتغرير والاكراه والغلط وعدم الاهلية او عدم

جواز سبب العقد الخ . وكذلك له ان يعارض باسباب حل العقد او فسخه المبنية على عدم وفاء الدائن بالتزاماته . كما انه يعارض ايضا باوجه انقضاء الالتزام كالدفع وغيره

ضابطة يستفاد من (الف ٢١٨) ان المدين يجوز له ان يعارض المحال له ولو كان هذا الاخير عن حسن نية اي جاهلا لعيوب العقد لا بالاوجه التي كان له ان يعارض بها المحيل وقت الاحالة فقط بل ايضا بجميع الاوجه المتولدة من وقت الاحالة لكن قبل الاعلام مالم يكن هناك تدليس او غلط فاحش من المحال عليه

فهذا تطبيق احتواه (الف ٢٠٥) من ان المدين له صفة غير الى وقت الاعلام واما الاوجه التي تتولد بعد الاعلام فليس للمحال عليه ان يعارض بها المحال له (اي الاوجه التي كان يمكن بها معارضة المحيل)

استثناء اول ـ ليس للمدين المحال عليه ان يعارض المحال له بالتوليج ولا بمكاتيب واتفاقات سرية بينه وبين المحيل (الف ٢١٧)

مثال ـ افرض زيد عمرا الف فرنك ثم احال الدين لبكر فقام بكر بالمطالبة عند حلول الدين فعارض عمر بكرا المحال له بكتب سري بينه وبين المحيل قاض بان زيدا لايطالب عمر الا بنصف الدين ان تزوج هذا الاخير بامراة اخرى ورزق منها باولاد فيتمسك بكر بمضمون الف ٢١٧ ويجيب بانه لايعترف بهذا الوجه وفعلا فان هناك كتبا سريا مغيرا للاتفاق الظاهري وقد اقتضى الفصل ٢٦ ان مثل هاته الكتائب لايعارض بها الغير اي من انجر له حق من المتعاقدين بوجه خاص فالمحال له تطلق عليه لفظة غير على معنى هذا الفصل .

لكن اذا حصل للمحال له العلم بالشرط المذكور وذلك باطلاعه على رسم الدين المنبه فيه على الشرط القاضي بتغيير الاتفاق (اثبات ذلك يكون على المدين) فلا يسمع رفضه للاحتاج الواقع عليه (الفصل ٢١٧) .

استثناء ثان ـ اذا قبل المدين الاحالة (وهذا فرق بين القبول والاعلام) اعتبر

كانه ترك حق معارضة المحال له بالمقاصة التي كان له ان يعارض بها المحيل فلف ٣٧١ تضمن في هذا الموضوع استثناء صريحا المهيد : لمذكور .

استثناء ثالث ـ اذا تعمد المحال عليهم في سندات التجارة فلا يقدر المحال لعله غاط من الناسخ اذ انه لا يوجد في بعض النسخ له ان يعارض بما كان للمحيل من حق المعارضة . .

٢٥٤ ثانيا في تحويل الديون بدون مقابل

اولا ـ في شروط وجود هاته الاحالة وصحتها .

ان حالة الديون بدون مقابل هبة حقيقية يمنحها المحيل للمحال له بنية التبرع .

مثال ـ لزيد بذمة عمرو عشرة الاف فرنك فيحيل زيد هذا الدين لحفيدة بكر تبرعا منه

وعليه فشروط وجود هاته الاحالة وصحتها ليست كشروط وجود وصحة العقد التي يقع بعوض بل هي نفس شروط الهبة .

يلزم ان تطبق على الاحالة التي تقع بدون مقابل اصول الاسلامي لان المشرع التونسي لم يدون بالمجلة موضوع الهبة ويشترط بالخصوص ان تكون للمواهب اهلية التبرع (راجع في ذلك تاليف م موزنو) هو لائحة القانون الاسلامي الجزائري صحيفة ٤٠٨ وما يعدها) وراجع ما استشهر به من اقوال الفقهاء في الهبة .

٢٥٥ ثانيا ـ فيما يترتب من النتائج على الاحالة التي بدون عوض .

اولا احداث الالتزامات .

ليست قواعدا الاحالة بدون عوض كقواعد الاحالة بعوض فيوجد بين التوعين تباين عظيم واليك تفصيل ذلك .

لا ضمان على المحيل اصالة وذلك مفهوم اذ ان المحيل لا يتوصل بشيء في مقابلة الاحالة ولا يقبض ثمنا فليس عليه شيء من ضمان وجود الدين او الحق المحال وانما عليه ضمان ما يترتب عن تدليسه (الف ٢١٢) .

مثال ـ وهب زيد لبكر ما له بذمة عمرو ثم انه يندم عما صدر منه ويحيل
ك الدين تدليسا لخالد ولا يترك لبكر الوقت الكافي لاعلام المدين بالاحالة
صادرة له بدون عوض .

ان الفقه الاسلامي يرى سقوط الهبة اذا وهب الواهب الشيء مرة ثانية او
ه للغير في احوال معينة .

لكن بالرغم عن ذلك يمكن القيام بطلب غرم الخسارة هذا بالنسبة للمحيل
كذلك المحال له فليس عليه دفع الثمن لكن تنسحب عليه الاحكام الفقهية فيما
علق بالرجوع في الهبة .

٢٥٦ ـ ملاحظة ـ احالة الدين بطريق الايصاء (وان كان في الاصل احالة
دون عوض) لا تتسلط عليها احكام الفصل ٢٠٥ لان اشهار آخر ارادة صدرت
ن الموصي يعتبر كافيا للقيام مقام تلك الاحكام وعلى كل حال فليس هناك عقد في
هاته الصورة بل بروز فعل .

٢٥٧ ـ ثالثا ـ في احالة الشيء في تحويل الحقوق جملة او تحويل كسب
الف ٢١٩ والفصول بعده .

اولا ـ في احالة التركة .

نظريتا ـ احالة التركة عبارة عن اتفاق يحيل الشخص الذي هو وارث او
موصى له بمقتضاه للغير ما له من الحقوق فى تركة على شرط ان يلتزم المحال له
بالوفاء بالالتزامات المنجرة للمحيل من صفته المذكورة .

فيما يشترط لوجود وصحة هاته الاحالة .

الاصل هو انه تشترط نفس شروط وجود وصحة الاحالة المعتادة اذ ان
هناك عقدا داخلا تحت الاحكام العامة (احكام البيع او الهبة بحسب الصور) . فلا
توجد بين النوعين الا الفروق الآتية .

اولا ـ يشترط في احالة التركة ان يكون المحيل والمحال له عالمين بقيمة
تلك التركة (الف ٦١٩) والا جاز فسخ الاحالة بطلب من احد الفريقين الذي
يثبت عدم حكمه بما ذكر .

مثال ـ احال زيد لعمرو ما ورثه من بكر بثمن قدره ٢٠٠٠٠ فرنكات ،
ثم بلغه فيما بعد ان مورثه ترك ثروة اخرى بامريكا تقدر بفرنكات ٥٠٠٠٠٠٠
فكان اذا يجهل وجود هاته الثروة الاخيرة وقت الاحالة فعلى مقتضى الفصل ٢١٩
هاته الاحالة باطلة .

ثانيا ـ تتم الاحالة بمجرد اتفاق الطرفين على ذلك فلا لزوم حينئذ للقيام
بما اوجبه الفصل ٢٠٥ في الاسباب القاضية بماذكر ـ من الاسباب المذكورة وجود
مايكفي من الاشهار عند حلول التركة ليكون الغير على بصيرة هذا ومن جهة اخرى
فلا يمكن في التطبيق اشتراط لزوم اعلام جميع المدينين المطلوبين ربما كانوا كثيرين
جراء وهناك ايضا سبب اخر له مبنى قانوني وهو القاضي بان المبيع ليس هو الدين
الفاني وانما الصفة اي صفة وارث (الف ١٩) .

٢٥٨ ـ مبدا يترتب على الاحالة انتقال الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمخلف
للمحال له (الفصل ٢١٩) .

فرع ـ يستفاد من اخر الفصل ٢١٩ ان الاحالة تشمل كل ما كان من حقوق
التركة وقت حلولها وكل ما زيد فيها فيما بعد فعلى المحيل حينئذ ان يرد للمحال
له الغلة التي توصل بها وما استخلصه من الديون وثمن ما فوت فيه بالبيع من الاثاث
الداخلة في التركة وحتى قيمة الاشياء التي وهبها (والامر كذلك عند علماء الحقوق
الفرنساويين وذلك عين الصواب) .

٢٥٩ ـ اذا كان المحيل قضى دينا عليه للتركة وكان قضاؤه لما ذكر بموجب
اختلاط ذمته من حيث كونه وارثا بما بذمتة من حيث كونه مدينا للتركة ، فيترتب

على اختلاط الذمتين عدم امكان توجد الدين الذي للمخلف اذ انه انقضى بجميع توابعه وانما يلزم المحيل ان يدفع للمحال له ما كان مطلوبا به للتركة ويكون للمحال له على المحيل حق القيام بدعوى شخصية .

٢٦٠ استثناء ـ توجد عويصة تتعلق بالصورة التي يسلم فيها احد الورثة في المخلف (هاته الصورة محل خلاف في القانون الفرنساوي) ففي هاته الصورة مناب ذلك الوارث ينتفع به بقية الورثة واذا حال احدهم منابه للغير فهل ينتفع بما ذكر المحيل او المحال له اي بمناب من سلم في التركة ؟

الجواب عن هذا السؤال يكون بحسب مايفهم من مقاصد الطرفين بطريق التاويل فاذا كان اسقاط الوارث في حقه اسبق تاريخا من الاحالة وكان المحال له عالما فتكون هنك قرينة تفيد شمول الاحالة له فهو اذا من حقوق المحال له واما اذا كان وقوعه بعد تاريخ الاحالة او قبلها لكن يجهله المحال له فيكون من حقوق المحيل فهذا استثناء من المبدا .

٢٦١ ضابطة ـ يجوز لغرماء التركة ان يطالبوا مباشرة المحال له بمالهم على المخلف من الديون لكن الى احد اهمية المخلف المحال كما لوكان وارثا (الف ٢٠١)

واهمية ماذكر تستفاد من زمام تقييد التركة فللمحال له مصلحة في تحرير دفتر المخلف على الوجه المرغوب (الف ٢٢٢) وقد تضمن هذا الفصل ان المحيل والمحال له تقع مطالبتهما معا (انظر العدد ٢٦٢) كما تضمن ايضا ان عهدة المحال له لا تنفك ولا تنقص من ذلك بما يعقده من الشروط مع المدين السابق من ذلك اي من الديون التي على المخلف لكن يمكن تثقيل العهده المذكورة وجعل اتفاق تحمل بمقتضاه هاته الديون نهائيا على المحال له

٢٦٢ استثناء ـ فبالرغم عن وقوع الاحالة يمكن بمقتضى (الف ٢٢٢) لارباب الديون على التركة مطالبة المحيل لان هذا الاخير يبقى بالنسبة اليهم

متحملا بما على التركة من الديون لكن يتسنى له طبعا الرجوع على المحال له والقيام بقع من الغرماء على المحيل والمحال له معا واما اذا رضى اولئك الغرماء بالاحالة فلا يجوز لهم ان يطالبوا المحيل (٢٢٢) .

عويضة ـ اذا كانت التركة المحالة في هاته الصورة الاخيرة لا تفي بالديون فهل يجوز للغرماء بعد الفراغ من مطالبة المحال له ان يقوموا بما بقي من الديون على المحيل ؟

الجواب هو انه لاشك في ذلك على مقتضى القانون الفرنساوي لانه من المسلم ن ارباب الديون ماصدر منهم الرضاء بالحالة (اي افهم ماتركوا القيام على المحيل) الا على شرط ان لايكون مقدار الديون اوفر من مال التركة فلا يمكن احتمال انهم قصدوا برضائهم التبرع على المحيل بباقي ديونهم وعلى كل حال فلو فرض ذلك للزم التصريح به تصريحا تاما اذ تبرعهم بما ذكر لايحمل على الظن .

هذا واما على مقتضى القانون التونسي فلا محل لهذا السؤال لان الورثة لا يلزمون الا بقدر ارثهم (الفصل ٢٤١) .

٢٦٣ فيما يترتب من النتائج على احالة التركة .

تطبق عين القواعد المتعلقة باحالة الديون وعين الاصول التي ذكرناها فيما يتعلق بالاحالة بمقابل وبدونه .

لكن يوجد فرق مهم بين ذاوذلك وهو الذي نص عليه الفصل ٢١٩ حيث قال « ان من احال تركة لايلزمه الاضمان صفة كونه وارثا » وعليه فالالتزام بالضمان هنا ليس كالالتزام بالضمان المنصوص عليه بالفصل ٢١٣ اذ ليس على محيل التركة ان يضمن وجود الحق او الدين واما الشرط الثالث المبين بالفصل ٢١٣ فهو في ضمن الشرط القاضي بان محيل التركة يضمن صفة كونه وارثا .

استثناء اول ـ تضمن الف ٢١٩ استثناء عاما لهذا المبدا لما قرر ان احالة التركة

تصح الا اذا علم قيمتها الفريقان . وعليه فاذا نقصت اهمية التركة المحالة بكيفية سوسة بسبب العثور فيما بعد على وصية خاصة او عامة فلا يكون للمحال له طلب خ الاحالة بناء على التزام المحيل بالضمان وانما يطلب ذلك تمسكا بما تضمنه ـ ٢١٩ من ان الاحالة لا تصح الا اذا علم قيمتها الفريقان (القانون الفرنساوي س الامر فيه كذلك) .

استثناء ثان ـ اذا عين المحيل في عقد احالة التركة بعض اشياء من المنقول غير المنقول وذكر انها داخلة فيما احاله من الحقوق فالاصول العامة هي التي طبق ولا تكون هناك الا احالة اعتيادية في اشياء معينة يترتب عليها الضمان قانوني المنصوص عليه بالف ٢١٣

استثناء ثالث ـ ومن البديهي ان المحيل يمكن له بالاتفاق تثقيل الضمان الذي عليه خصوصا بالتعهد بوجود الديون المبينة بدفتر التركة وحتى بقدرة المدينين على الوفاء .

٢٦٤ ـ ثانيا ـ في تحويل الكسب والحقوق جملة .

مثاله ـ اني احيل لك جملة كسبي او جميع ما اكسب بامريكا بثمن قدره كذا فهاته المعاملة قليلة التداول لكن ليس من المستحيل وقوعها .

يظهر من العنوان الذي فوق الف ٢١٩ ان القانون التونسي شبه هاته الصورة بصورة احالة التركة فصار حينئذ من المناسب تطبيق قواعد احالة التركة كلما كانت ملائمة لطبيعة المعاملة القاضية بتحويل الكسب .

مثلا ـ اولا ـ الاعفاء من القيام بواجبات الف ٣٠٠ (راجع الف ٢٦٩) .

ثانيا ـ بطلان الاحالة بموجب غلط الطرفين في قيمة الكسب المحال الف ٢١٩) .

ثالثا ـ الحق لرب الدين في مطالبة المحيل والمحال له معا (الف ٢٢٢)

رابعا ـ تقييد الضمان الذي خصصه بالذكر (الف ٢١٩) وغير ذلك من الامثلة

٢٦٥ ـ ثالثا ـ في احالة محل تجارة بجميع ما فيه (الف ٢٢٠)

تطبق على هذا الموضوع الاصول المتعلقة باحالة الديون الاعتيادية اي الاصول العامة لكن مع ملاحظة الخاصيات الآتية .

اولا ـ شروط وجود وصحة الاحالة المذكورة وزيادة عن الشروط المعتادة يلزم اتباع قواعد القانون التجاري فيما يتعلق بهاته الاحالة . وبالاخص اعتبار الاشهار الجاري به العمل بين التجار ليكون قائما مقام ما فرضه الف ٢٠٥ بالنسبة للغير (راجع الف ٢٢٠) .

ثانيا ـ فيما يترتب من النتائج على الاحالة المذكورة .

ينبغي هنا افتراض امرين لمعرفة الخاصيات المذكورة :

الافتراض الاول ـ يتعلق بالصورة التي استمر فيها المحال له على مباشرة الاعمال باسم المحيل وبعنوان المحل التجاري .

مبدا يتعلق بهاته الصورة ـ يلزم على المحال له ما على المحيل من الالتزامات الناشئة من تعاطي تجارة المحال (الف ٢٢٠) والديون الداخلة فيه ترجع حتما للمحال له (الف ٢٢٠) ومن المسلم ان ذلك يقع بالنسبة لعلاقات المحال له مع المحيل من يوم اتمام الاحالة وبالنسبة لعلاقات المحال له مع الغير من تاريخ تقييد المحال له بمعتبر ما لكا للمحيل بموجب الشراء .

استثناء ـ لارباب الديون التي على محل التجارة المحال ان يطلبوا المحيل والمحال له معا كما في صورة احالة التركة (الف ٢٢٢) لكن ليس لهم مطالبة المحيل اذا رضوا بالاحالة رضاء صريحا (الف ٢٢٢) .

ضابطة ـ قد قلنا ان المحال له عليه كل الديون التجارية التي على المحل المحال وله ما لهذا المحل من الديون .

لكن قد يقع اتفاق المتعاقدين على تغيير نتائج الاحالة هاته وذلك اما بابقاء بعض بون من التي لمحل التجارة من حقوق المحيل او باعفاء المحال له من بعض الديون تي على المحل المذكور او ايضا بالتصريح بان المحال له لايطالب بالديون الاعلى سبة معينة فاتفاق كهذا صحيح بالنسبة للمتعاقدين لكنه لايصح بالنسبة للغير الا اذا وقع من المحال له او المحيل اعلام هذا الغير شخصيا بالاتفاق .

والمراد هنا بالغير المدين والدائن الذي له مصلحة في الاطلاع على هذا الاتفاق لغير لما امر به القانون (وهذا يستنتج بسهولة من الموضوع) .

عويصة - اذا تعلق الشرط القاضي بان ازالة نتائج الاحالة القانونية بديون على اشخاص متعددين اويطلبها عدة غرماء فلربما استحيل اعلام هؤلاء به شخصيا ضرورة وانه جرت العادة فيما بين التجار باعلام من ذكر على طريق الصحافة فهل يكون هذا الاشهار صحيحا ؟

الجواب بدون شك يكون بلا لان اخر الف ٢٢٠ صريح بوجود ذلك الاعلام بوجه شخصي .

٢٦٧ الافتراض الثاني - يتعلق بالصورة التي فيها المحال له يباشر الاعمال بغير اسم المحيل بعنوان تجاري اخر .

فعند ئذ لايطالب المحال له المذكور بالالتزامات التي على محل التجارة المحال من قبل الاحالة الا في الصور التي ضبطها الفصل ٢٢١ وهي الاتية .

اولا - اذا عرف بالطرق المألوفة بين التجار انه تحمل بالالتزامات السابقة .

ثانيا - اذا كان المحل داخلا في جملة اشياء اوتركة واحيل معها على مقتضى الف ٢١٩ .

ملاحظة - ومن المسلم ان في كلا الصورتين يجري العمل فيما يتعلق بحق المطالبة التي للغرماء كما في الافتراض الاول المتقدم ذكره انفا .

١٦٧ الباب الثاني في حلول الغير محل الدائن

نظريات عامة - لزيد بذمة عمر عشرون الف فرنك موثقة برهن وبضمان بكر الشخصي ففي الوقت الذي ستقع فيه عقلة مكاسب عمر وبموجب عجزه على الوفاء فيتداخل حبيبه خالد ويمنع حلول هاته المضيبة به وذلك بدفع ما عليه لزيد ويصير هو الدائن لعمر مكان زيد اي يحل محل زيد .

فاذا طبقنا الاصول العامة التي سبق الكلام عليها فلا يكون لخالد على عمر الا حق القيام الذي تقتضيه الوكالة او التصرف الفضولي اي ان الدفع الواقع لزيد يكون قد انقضى به الدين بجميع توثقاته العينية والشخصية لكن اذا كان الامر كذلك فما صدر من خالد قبل وندر ان يصدر من غيره نعم يوجد من ذوي الفضل من يرضى بدفع ما للدائن على مدينه لكن على شرط بقاء توثقات الدين المدفوع موجودة وانتقالها لمن يقع منه هذا الدفع لتحقيق خلاصه فيما بعد .

ولذا لزم استعمال طريقة اعتبارية قانونية تبقى بها التامينات المذكورة موجودة بعد انقضاء الدين ذلك هو الغرض من الحلول

وعليه فالحلول هو عبارة عن عملية بموجبها يعتبر الدين الذي انقضى بالاداء بالنسبة للدائن الاول موجودا لفائدة الغير الذي صدر منه ذلك الاداء مباشرة او بواسطة . وسنرى ان الحلول نوع من انواع احالة الدين وقد يستفيد المدين من هاته العملية حيث انه يحصل بفضلها على مهلة في الاجل المعين للوفاء او على تعويض دائنه الاول بدائن حسن المعاملة ولا يمكن ان يتضرر منها الغريم الاول اذ انه خلص في دينه ولا غيره من غرماء ذلك المدين اذ ان حالتهم لم يطرا عليها ما يغيرها فالحلول حينئذ نتيجة تسهيل براءة ذمة المدين

٢٦٩ اولا - في صفات الحلول القانونية

مبدا اول - يحصل بالحلول انقضاء الدين الذي كان موجودا لفائدة الدائن

القديم لكن ذلك بالنسبة لهذا الدائن فقط

مبدا ثان ـ يعتبر هذا الدين موجودا بالنسبه للغير وراجعا لمن حل محل الدائن بموجب احالة حقيقة .

فرع اول ـ الدائن الجديد الذي حل محل القديم يستحق كلما كان للدائن الاول من الحقوق كالامتيازات والرهون والضمان وغيرها من الحقوق النافعة للدين والتي كان للغريم الاول القيام بها وقت وقوع الحلول (الفصلان ٢٢٤-٢٢٦

فرع ثان ـ الحلول المذكور يقع في حق المدين وفي حق الحملاء (الف ٢٢٧)

فرع ثالث ـ ينتقل الدين لمن حل محل الدائن بموجب الحلول على الحالة التي كان عليها في تاريخ الحلول فاذا انقضى في ذلك التاريخ جزء منه مثلا (كاسقاط جزء من الدين) فالحلول لا يتعلق الا بالباقي وكذلك اذا انقضت بعض التامينات بموجب تسليم الدائن فيها (كفك الرهن) او بموجب اخر فلا تتوجد من جديد هاته التامينات .

عويصة ـ كيف الامر اذا حل الغير في جزء من الدين وتعلق الحلول بالجزء الباقي من الدين على ذمة الدائن القديم ؟

مثال ـ لزيد بذمة عمر الف فرنك موثقة برهن فدفع بكر لزيد خمسمائة فرنك من الدين بحيث انه حل محل زيد في خمسمائة فرنك فقط وبقي لزيد على عمر الخمسمائة الباقية . قد تضمن الف ٣٢٧ حكما تتحل به هاته العويصة لكنه مضاد لحكم القانون الفرنساوي المضمن بالف ١٢٥٢ من المجلة المدنية الفرنساوية .

فعلى مقتضى الف ٢٢٧ المذكور من دفع شيئا مما على المدين شارك الدائن في مطالبة كل بقدر حصته في الدين فلا اولوية للمحيل وفي المثال السابق اذا كان المدين لا يقدر الا على دفع ٧٥٠ فرنكات من الدين صح لكل من زيد وبكر ٣٧٥ اي نصف ذلك القدر .

٢٧٠ ـ في طبيعة انواع الحلول المختلفة

مبدا ـ يتم حلول الغير محل الدائن في حقوقه تارة بعقد وتارة بمقتضى القانون (الف ٢٢٣) وبعبارة اخرى الحلول اتفاقي او قانوني .

اولا ـ في الحلول الاتفاقي

اولا ـ يجوز للدائن ان يحل الغير محله بدون لزوم تداخل المدين في ذلك وفعلا فان القانون التونسي قد اشترط لذلك بالف ٢٢٤ امرين وهما .

اولا ـ وقوع الحلول صراحة

ثانيا ـ اتمامه في وقت الاداء نفسه

وفعلا فاذا تركنا الدين ينقضي باداء مجرد كيف يمكن فيما بعد احياء هذا الدين بتاميناته

ملاحظة ـ لا يشترط القانون امورا أخرى في الحلول زيادة عما اشترط في الاحالة لكن الف ٢٢٨ اوجب لما اشار بالعمل بانفصول المبينة به شرط شبيها بالتي جاء بها الف ٢٠٥ فيما يتعلق بالكتب وحتى الكتب غير مشترط لاثبات الحلول بل اثباته يقع بالطرق المعتدة فاذا كان الحلول يتعلق بدين قدره ثلاثة الاف فرنك تقبل البينة بالشهادة لاثباته لكن هذا المبدا تمكن معارضته بآخر يفيدان الحلول لا يكون له تاثير بالنسبة لغير المتعاقدين الا اذا كان بكتب ثابت التاريخ وهذا يوجب تحرير كتب بخط اليد مسجل .

وفي التطبيق جرى العمل بالتنصيص على الحلول بالتوصيل المسلم من الدائن الواقع له الدفع برسم الالتزام نفسه .

هذا ومن جهة اخرى يستثنى من الميدا صورة الف ٢٠٦ المنصوص عليها بالف ٢٢٨ وهي التي فيها احالة اكرية العقارات وغيرها مما يقبل الرهن العقاري او المداخيل الدورية المرتبة عليها لا تعتبر بالنسبة للغير الا اذا كانت لمدة تزيد عن عام واحد وجرت بكتب ثابت التاريخ .

ثانيا ـ يتم الحلول ايضا بفعل المدين وهي الصورة التي يقترض فيها المدين ما عليه من شخص لاداء دينه ويحيل هذا الشخص على ما لدائنه السابق من الكفالات (الفصل ٢٢٥) ويكون قصده من ذلك التحصيل على شروط ارفق بحاله او على دائن تتوقع منه اكثر مساعدة .

مثال ـ لزيد بذمة عمر الف فرنك بفائض نسبته سبعة في المائة مع توثقة رهن فيظفر المدين عمر بمن برضي بقرضه المبلغ المذكور بفائض نسبته خمسة في المائة فقط وهو بكر (فبدون شك يلزم اعتبار الدين في هاته الصورة حالا او اعتبار عدم وجود اجل لفائدة الدائن) فيقرض عمر الف فرنك من بكر ويدفعها لزيد

ان هذه العملية محل استغراب من الوجهة القانونية لان المدين نراه هكذا يتصرف فيما لا يملك وهو الدين فيلزم لحل المشكل اعتبار ان الدين انما هو في الحقيقة جزء من كسب المدين على ذمة الغير .

سؤال ـ هل يجوز للدائن الاول وهو زيد رفض هذا الحلول ؟ قد تضمن (الفـ ٢٢٥) الجواب عن ذلك حيث قال ان هذه الاحالة تتم بدون مشاركة الدائن وحتى بالرغم عنه فان امتنع من قبض ماله سلمه المدين لصندوق التامينات وعند التسليم يطلب من القابض التنصيص على ما اوجب (الفـ ٢٢٥) بالفقرة الثانية التصريح به من حيث مورد المال المؤمن واستعماله .

٢٧١ في شروط الحلول الذي يتم بفعل المدين

اولا ـ ان يكون القرض والتوصيل المسلم من الدائن الواقع خلاصه برسم ثابت التاريخ (الفـ ٢٢٥) ولا يلزم في ذلك تحرير كتب رسمي الا في صورة الامي (الفـ ٤٥٤) .

ثانيا ـ ان يصرح برسم القرض بان المبلغ او الشيء المقترض انما هو لاداء الدين وان يصرح في التوصيل بان الوفاء وقع بمال الدائن الجديد او بالشيء

الذي سلمه هذا الدائن (الفـ ٢٦٥) .

ثالثا ـ هو ان المدين يحيل بوجه صريح الدائن الجديد التامينات المجعولة للدائن القديم (الفـ ٢٢٥) .

وهذه الشروط وضعت بصفة وسائل تجتنب بها بعض حيل يتوصل بها لتقديم تاريخ القرض برسم هذا القرض او لتاخير تاريخ التوصيل وذلك للاضرار بحقوق دائنين آخرين :

٢٧٢ ثانيا ـ في الحلول القانوني

مبدا ـ يثبت الحلول قانونا بدون اتفاق في بعض صور مضبوطة وهذا الحلول تاثيره بالنسبة للمدين والكفيل والغير كتاثير الحلول الاتفاقي بالنسبة لمن ذكر (الفـ ٢٢٦ ـ ٢٢٧) يثبت الحلول قانونا في الصور الآتية

اولا ـ يثبت للدائن سواء كان له رهن او دينه بخط اليد فقط اذا ادى مال دائن اخر مقدم عليه بسبب امتيازاته ورهونه ولو كان متاخرا عليه في التاريخ (الفـ ٢٢٦) وهذا الشرط احتوى من جهة على شرطين :

الاول ـ هو من يؤدي الدين يلزم ان يكون دائنا للمدين

والثاني ـ هو ان الدائن الذي خلص يلزم ان يكون دينه ممتازا عن دينه الدافع الحال . وبالمثال الآتي تتضح المصلحة التطبيقية من اشتراط ما ذكر وهو لزيد بذمة عمر عشرة الاف فرنك وله الرتبة الاولى في الرهن وبكر دائن تان بمقدار دينه خمسة الاف فرنك وله الرتبة الثانية في الرهن فيدفع بكر لزيد ما لهذا الاخير على عمر ويحل محل زيد في الرتبة الاولى المذكورة بموجب الحلول القانوني فمصلحة بكر من ذلك هو التوقي لما ينشا من الاخطار لدينه ولو قام زيد بموجب رتبته الاولى بطلب بيع عقار المدين المرهون في وقت غير مناسب هذا من جهة اخرى فان خلاص احد الدائنين يترتب عليه تقليل المصاريف التي

تترتب على الاجراءات العدلية والنص يسلم حتى بدفع ما لدائن اخر له رهن انتفاع على شرط ان يكون دينه حالا فالدافع هنا يستحصل هكذا رهن الانتفاع المذكور

٢٧٣ ثانيا ـ يثبت الحلول لمشتري عقار الى حد ثمن مشتراه اذا دفع هذا الثمن في خلاص ارباب دين كان العقار مرهونا تحت ايديهم (الف ٢٢٦) او ارباب دين ممتازين (الف ١٢٢٥) .

مثال ـ اشترى زيد عقارا مرهونا تحت يد ثلاثة غرماء قدره مائة الف فرنك والرهن بالنسبة للغريم الاول وهو عمر كان في فرنكات ٤٠٠٠٠٠ وبالنسبة للثاني وهو بكر فرنكات ٦٠٠٠٠٠ وبالنسبة للثالث وهو خالد في فرنكات ١٠٠٠٠٠ فخلص زيد بذلك الثمن عمرا وبكرا فاذا قام خالد مدعيا بانه يعارض ذلك البيع وطلب انتزاع العقار من يد المشتري لياخذ من الثمن المناب الراجع له والمناسب لرتبته في الرهن فزيد الذي حل محل عمر وبكر يحتج بحقوق هذين الآخرين في الرهن ويقام عندئذ ثمن مشتراه من الثمن الذي وقعت به بتة العقار بموجب قيام خالد .

٢٧٤ ثالثا ـ يثبت الحلول لمن ادى دينا كان مشتركا فيه مع المدين او مطلوبا به في حقه على انه مدين معه بالخيار او كفيلا عنه او معه او نائبا بالكمسيون (الف ٢٢٦ تلزم اضافة المدينين بمقتضى التزام لا يقبل القسمة

في شروط هذا الحلول .

اولا ـ لا يتم الحلول الا لفائدة من دفع الدين من ماله الخاص سواء كان الدفع مباشرة او بواسطة وهذا هو الشرط الاصلي لكل حلول .

ثانيا ـ لا يتم ايضا ذلك الحلول الا لفائدة من كان مطلوبا شخصيا مع المدين او في حقه فاذا دفع المقاولون مثلا اجور العملة الذين استاجروهم للبناء لا يحلون محل هؤلاء العملة فيما خوله لهم القانون من حق القيام مباشرة على صاحب البناء

عند عدم دفع اجورهم وقد حكم مجلس النقض والابرام ان المقاول في هاته الصورة دفع دينا شخصيا لا دين صاحب البناء .

فرع اول ـ نتيجة الشرط الثاني هو انه اذا كان الدافع مطلوبا بالدفع بصفة مدين مشارك في دين غير منشرط فيه التضامن وقابل للقسمة فلا يتم في حقه الحلول القانوني اذا دفع اكثر مما عليه شخصيا وذلك لانه غير ملزوم بدفع مناب من كان مدينا معه .

فرع ثان ـ لا يتم الحلول قانونا لفائدة الوكيل الذي يوفي بالدين بدون تجاوز حدود وكالته وذلك لان هذا الوكيل غير مطلوب شخصيا بالدين لكن يتم له ما ذكر اذا كان مطلوبا شخصيا لرب الدين كما في صورة الحوالة (انظر ما سياتي) .

فرع ثالث ـ المتسوغ من تحت غيره لا يحل عند دفعه الكراء محل المالك فيما له من الامتياز على المتسوغ الاصلي وفعلا فانه اذا ادى ما ذكر يكون قد دفع دينه الشخصي بموجب شروط عقدة الكراء فما معين الكراء الا ثمن الانتفاع بالمكرى

٢٧٥ ـ رابعا ـ يثبت الحلول القانوني في حق من وفى بالدين لمصلحة له قانونية ولو لم يكن مطلوبا به كمن اعطى رهنا في دين غيره (٢٢٦)

مثالا ـ مات زيد وترك عليه دينا قدره فرنكات ٣٠٠٠ موثقا برهن فكل من ورثته الثلاثة وهم عمر وبكر وخالد مطلوب بمناله من الدين اي فرنكات ١٠٠٠ ولما وقعت قسمة المخلف صار العقار المرهون في مناب خالد من الارث فسارع هذا الاخير بخلاص الدائن ابراهيم ليزيل الرهن الموظف على ذلك العقار وان كان غير مطلوب شخصيا بالالفي فرنك اللذين على عمر وبكر فقد اثبت لنفسه خالد المذكور الحلول القانوني المنصوص عليه بالفقرة الرابعة من الف ٢٢٦ وذلك لانه كانت له مصلحة خاصة في انقضاء الدين وبناء على ذلك صار له الحق في القيام على عمر وبكر بالحقوق والكفالات (سواء كانت شخصية او عينية) التي

كانت للدائن وكذلك يمكنه حق القيام على اشخاص آخرين تحت ايديهم عقارات اخرى مرهونة توثقة للدين نفسه :

نتيجة ـ لا يشترط الف. ٢٢٦ بفقرته الرابعة على الدافع وجود المرهون بيده ليحل محل الدائن بل يكفي ان تكون له مصلحة في انقضاء الدين والامثلة المذكورة بهذا الفصل وان كانت تتعلق بالاشخاص المطلوبين بموجب العين فلا تفيد خلاف ما صرحنا به حيث انها سيقت على سبيل المثال والا فهناك صور لا تحصى بالعد .

وعليه فمتسوغ الربع او العقار يتم له الحلول القانوني اذا دفع ما للدائن بيده المكتري على سبيل الرهن لمنعه من اجراء عقلة على العين ويكفي لاتمام الحلول المذكور ان تكون للدافع مصلحة في الدفع وقد قضت المحاكم الفرنساوية بما يخالف ذلك . وهناك صورة يكون فيها للمتسوغ المذكور مصلحة في اداء الدين وهي التي يخشى فيها الخروج من المكتري لكون تاريخ رسم التسويغ الذي بيده غير ثابت قبل اجراء عملية العقلة وخروجه هذا يتوقع طلبه من شخص ربما تسوغ المحل نفسه برسم ثابت التاريخ يدعي ان التسويغ المطلوب ابطاله وقع على وجه التحيل لغبن حقوقه (راجع الف ١٩٢ من قانون المرافعات) .

ملاحظة ـ ومما يمكن التصريح به ايضا هو انه على مقتضى القانون التجاري الفرنساوي يثبت الحلول لمن تداخل في مسالة تجارية ودفع مابكنبياله او بسند تحت الاذن .

٢٧٦ ـ فيما يترتب من النتائج على الحلول قانونا او اتفاقيا .

مبدأ ـ الحلول يكسب الغير الذي حل محل الدائن جميع الحقوق التي كانت لهذا الاخير قبل الخلاص وذلك ضد المدين والضامن ومن بايديهم الرهون من غير المتعاقدين (الف ٢٢٧) . فبعد ما ذكر المقنن بالف ٢٢٧ الصورة التي وقع فيها الوفاء للدائن بجزء فقط من الدين وهي الصورة التي سبق الخوض فيها . قرر الفصل الموالي له ان ما يترتب على هذا الحلول تجري عليه الاصول المقررة في الفصول

الآتية وهي ٢٠٠و٢٠٣و٢٠٤و٢٠٥و٢٠٦و٢١٣ من مجلة الالتزامات . ولنعد باختصار هاته الاصول التي لا تتعلق بما يترتب على الحلول فقط بل ايضا بالشروط اللازمة لثبوت الحلول وصحته .

الفصل ٢٠٠ يثبت الحلول حتى في الديون التي لم تحل على ان لا يكون الحق المتنفل غير محتمق الوجود ومما يرجى حصوله فقط

الفصل ٢٠١ ـ لا يجوز ان يتعلق الحلول بدين لا تقبل الاحالة او الحجز او بالتزامات شخصية بحتة .

الفصل ٢٠٢ ـ تحويل الحق المتنازع فيه باطل الا اذا وفق على ذلك المدين المحال

الفصل ٢٠٣ الحلول باطل ان لم يكن المراد منه الا اخراج المدين عن نظر حكام ملته وجلبه امام حكام اخرين .

الفصل ٢٠٦ ـ احالة اكرية العقارات او غيرها مما يقبل الرهن العقاري او المداخيل الدورية المرتبة عليها لا تعتبر بالنسبة للغير الا اذا حرر فيها كتب وكانت لمدة تزيد على عام واحد . (الف ٢١٣) على المحيل بطريق الحلول لمن حل محل الدائن الضمان القانوني الذي على المحيل للمحال له في الاحالة المجردة وبعبارة اخرى فان ما يترتب على الحلول تنسحب عليه الاصول المتعلقة باحالة الدين

٢٧٧ فرع اول ـ اذا دفع مشتري العقار المرهون ما للغرماء المرتهنين له العقار (وهي صورة الحلول القانوني الثانية المنصوص عليها بالفصل ٢٢٦) فانه يحل محل اولائك الغرماء لا في رهن العقار المذكور فقط بل ايضا في جميع الرهون الموظفة على عقارات اخرى والتي هي من حقوق من ذكر .

فرع ثان ـ من حل محل الدائن بطريق الحلول ينتفع بالحقوق التابعة للدين مثلا في الدعاوي التي يمكن ان تكون للمحيل على عدل احدث له ضررا بارتكابه غلطا في تحرير الرسم او على من اشترى منه عقاره ولم يدفع له الثمن الخ .

٢٧٨ ـ لكن المبدأ المذكور لا يخلو من بعض استثناءات بقطع النظر عما يتفق عليه المتعاقدان اللذان لهما دائما الحق في تغيير ما يترتب على الحلول .

اولا ـ قد رأينا على مقتضى (الف ٢٢٧) الفقرة الثانية منه لا يمكن لمن تم له الحلول ان يضر عند مباشرته لحقوقه بما للدائن الذي منح الحلول من الحقوق وانه اذا لم يكن له قدرة تامة على الوفاء وكان الحلول في جزء من الدين فانه يجوز لهما القيام عليه معا .

مثال ـ لزيد بذمة عمر دين قدره فرنكات ٢٠٠٠٠ موثق برهن فتمم زيد الحلول لكن في نصف ذلك الدين ثم اتضح عند المطالبة ان عمرا عاجزا عن الوفاء بكامل الدين بل يقدر على الوفاء بفرنكات ١٥٠٠٠ منه فقط فكل من زيد وبكر يقبض فرنكات ٧٥٠٠ .

٢٧٩ ثانيا ـ ونعلم ان ايضا الغير الذي تم له الحلول اذا كان مطلوبا شخصيا بالدين مع مدينين اخرين دفع منابا تهم فلا يمكن بالرغم عن كونه حل محل الدائن الذي خلص في ماله ان يطالب المدينين معه الا بقدر حصة ما ليكل منهم من الدين ولو كانت بينهم رابطة التضامن وهاته القاعدة المتعلقة بالتضامن تستفاد من (الف ١٨٩) (راجع ايضا الف ١٩٤ في عدم قابلية القسمة) .

مثال ـ زيد وعمر وبكر مدينون لخالد بالتضامن وقدر الدين فرنكات ١٢٠٠٠٠ فيدفع زيد لرب الدين جملة المبلغ المذكور ويحل محله فليس له ان يطالب كلا من عمر وبكر باكثر من فرنكات ٤٠٠٠٠ والحال ان الدائن الاول كان يمكنه ان يطالب كلا منهم بكامل الدين .

ملحق ـ ٢٨٠ ـ تنظير بين احالة الديون والحلول

توجد بين الاحالة والحلول فروق محسوسة بالقانون الفرنساوي اكثر مما هي بالقانون التونسي اذ الحلول على مقتضى (الف ٢٢٨) من هذا القانون الاخير

ما للاحالة من النتائج في صور عديدة لكن نما الاحاله مع ذلك الاعملية بيع معتد او عملية تجارية بخلاف الحلول فانه طريقة تبرأ بها ذمة المدين موقتا

واليك الفروق الموجودة في القانون التونسي بين الاحالة والحلول

اولا ـ يجوز للمحال له مطالبة المدين بمبلغ الدين المسمى بالعقد ولو كان اشترى هذا الدين بثمن دون ذلك المبلغ واما في صورة الحلول فلا تيسنى لمن حل محل الدائن ان يطلب المدين باكثر مما دفعه الدائن الاول لانه اذا كان ما قبضه الدائن الاول دون مبلغ الدين فيحمل هذا الدائن بسبب ذلك على انه اسقط على المدين الجزء الغير المدفوع

ثانيا ـ يشترط في المحيل ان يكون اهلا للتفويت ولا يشترط في صورة الحلول الا اهلية القبض والابراء منه فنائب عديم الاهلية لا تصح منه استحالة الدين الراجع لمنظوره (الف ٥٦٨) لكن يتسنى له ان يحل محل دائن المنظور لان المدين هو الذي ينتفع بالحلول .

ملاحظه ـ لما اشار (الف ٢٢٨) بتطبيق (الف ٢١٣) فمن المسلم انه يلزم تعويض جملة (حق التصرف فيه) بهاته (حق قبول الاداء) .

ثالثا ـ لا تنطبق على الاحالة الشروط المضمنة بالف ٢٢٠ لصحة الحلول

رابعا ـ يسقط حق المحال له بمضي المدة التي بقيت للمحيل لكن تقطع مدد السقوط بوقوع الاعلام او قبول الاحالة من المحال عليه والامر كذلك في صورة دفع الغير الدين وحلوله محل الدائن لكن اذا كان ذلك بدون توكيل من المدين واما اذا دفع المدين ما عليه بمال اقترضه او دفع الغير الذي حل محل الدائن بموجب توكيل صريح او ضمني فبداية مدة الخمسة عشر عاما تكون من تاريخ القرض او الاداء بموجب التوكيل المذكور

خامسا ـ وللمدين المحال عليه ان يحتج على المحال له بجميع الاوجه التي

ك له ضد الدائن المحيل وليس الامر كذلك في صورة الحلول اذا وقع الاداء من
خص المدين او من نائبه يقوم اصالة مقام التصديق على عيوب الدين (الفقرة
انية من الفصل ٢١٩) :

هذا وهناك عدة أحوال نجتمع فيها الاحالة والحلول لانه يوجد بينهما تشابه قوي
اولا ـ ينقل الدين الاول في صورتي الاحالة والحلول بتوابعه للدائن الجديد
عدى ما استثني بالفصل ٢١٠) ..

ثانيا ـ اذا كان الحلول في جزء من الدين فالمحيل والمحال له بالحلول يتحاصصان
ون ان تكون هناك افضلية لواحد منهما على الاخر عند صيرورة المدين عاجزا
ن الوفاء والامر كذلك في صورة الاحالة (راجع الفصلين ٢١٦ ـ ٢٢٧ من
قانون التونسي المخالف لهما الفصل ١٢٥٢ من القانون الفرنساوي) وعلى هذه
قاعدة يجري العمل في صورة وقوع الحلول في اجزاء متعددة من الدين لاشخاص متعددين

ثالثا ـ عند عدم وجود الدين يكون على المحيل بالحلول ما على المحيل
لاحالة من الضمان (الفصلان ٢١٣-٢٢٨) .

واما على مقتضى القانون الفرنساوي يكون في هاته الصورة قيام الغير التي
حل محل الدائن الابناء اعلى قاعدة الرجوع بما دفع وهو غير لازم .

رابعا ـ ما اشترط في الاحالة لانتقال ملكية الدين بالنسبة للغير يشترط في الحلول
الفصلان ٢٠٥ ـ ٢٢٨) .

خامسا ـ للمحال له بالحلول ان يطالب المدين مثل المحال له بالاحالة بالفوائض
شترطة لفائدة الدائن القديم لان القانون يعتبر الدين اصطلاحا كانه لم ينقض بتوبعه
موجب الاداء الواقع من المحال له بمقدار الدين المسمى

٢٨١ الباب الثالث في الحوالة

الحوالة على مقتضى القانون الفرنساوي هو ما يقوم به المدين من احالة الدائن

على مدين اخر يلتزم له بالدين .

فالمدين المذكور يسمى المحيل والدائن المحال له والمدين الجديد المحال عليه
فالمحال عليه هو في حد ذاته مدين للمحيل فبهاته العملية يقتضي دين ويعوض باخر
فالعملية اذن عملية انتقال دين في الذمة .

لاتتم الحوالة هذه الا اذا حصل رضاء الثلاثة وهم المحيل والمحال له والمحال
عليه فامتناع المحال له من الرضاء يمنع اتمام الحوالة واما اذا صدرت منه الموافقة
لكن بدون ان يصرح ببراءة ذمة المحيل فهذا الاخير يبقى ملزوما له ويكون بمثابة
ضامن في المحال عليه .

وهاته العملية يكون قد نجم عنها زيادة التوثقة لدين زيد بدون ان تبرا ذمة
عمر تماما فهاته الحوالة هي التي يعبر عنها بحوالة ناقصة .

والحوالة توصف بتامة اذا وافق الدائن وابرا ذمة المحيل ابراء صريحا حتى
صار اجنبيا عن الدين .

ففي صورة عدم الرضاء من الدائن بالحوالة لاوجود لرابط بسبب فقدان
التراضي فاذا لم يكن المحال عليه مدينا بنفسه للمحيل، بل كان مكلفا فقط من طرفه
بدفع دينه للغريم زيد فهناك مجرد وكالة صادرة للغير ليدفع الدين وعملية كهاته
تكون مرتكزة على قاعدة اشتراط الشروط في حق الغير .

٢٨٢ ـ الحوالة على مقتضى القانون التونسي

الصورة الاولى ـ الدائن يحيل ماله من الحقوق على مدينه لشخص اخر وفاء
بما عليه لذلك الشخص (الفصل ٢٢٩) . مثال ـ لزيد بذمة عمر الف فرنك وعليه
مثل ذلك لبكر فيميل هذا الاخير ماله على عمر فهذا على مقتضى القانون الفرنساوي
من قبيل التجديد ولذا يلزم فيه رضاء المدين .

ثم ان هذا التجديد ينقضي به الدين القديم بجميع توابعه وتاميناته (عما لم

يشترط خلاف ذلك) .

واما على مقتضى القانون التونسي اذا حصل رضاء المدين في مثل هاته الصورة فالعملية عملية تجديد او احالة او حلول بحسب مايستروح من الاتفاق في شان مقصد الطرفين وقد وصف بالفـ ٢٢٩ كل هاته العمليات بكونها من قبيل الحوالة لكن هذا لافائدة فيه في التطبيق فالعبرة بما يتفق عليه الطرفان وعند اتفاقهما على عملية ما يقع تطبيق القواعد الواردة في شانها .

٢٨٣ الصورة الثانية ـ المدين يكلف غيره باداء دينه وهـذا الغيـر مدين له (الفصل ٢٢٩)

مثـال ـ لزيد بذمة عمر الف فرنك فعمر والتي له بذمة بكر مثل ذلك القدر يكلف هذا الاخير باداء مـال زيد عليه كما في الصورة التي يبيع فيها شخص عقـارا مرهونا ويكلف المشتري بدفع الثمن المرتهن وجاء بمال الرهن فمي هذا المثال رضاء المحال له لازم كما ذلك بالفصل ٢٣١ والا فيمكن اذ يكون هناك حلول وهـاته الصورة مطابقة لصورة القانون الفرنساوي لكن القانون التونسي لايشترط رضاء المحال عليه وهو بكر (الفصل ٢٣١) .

٢٨٤ الصورة الثالثة ـ المدين يكلف غيره باداء دينه لم يكن للمكلف دين في ذمة ذلك الغير (الفصل ٢٢٩) مثال ـ لزيد بذمة عمر والف فـرنك فيكلف عمر بكرا التي ليس عليه شيء باداء دين زيد عوضه .

فهاته العملية تقتضي كما هو صريح الفصلين ٢٢٩ ـ ٢٣٩ وجود وكالة حقيقية .

٢٨٥ في شروط صحة الحوالة

مبدا اول ـ لاتصح الحوالة الا اذا كانت بلفظ صريح فـلا تثبت بغلبة الظن (الفصل ٢٣٠ ولا يلزم اثباتها بالكتب اذا كان المال دون الثلاثة آلاف فرنك)

مبدا ثان ـ لاتتم الحوالة الا ممن كانت له اهلية التفـويت (الفصل ٢٣٠) .

مبدا ثالث ـ عقد الحوالة تام اذا ارتضاه المحيل والمحال له (الفصل ٢٣١) .

فرع ـ وعليه فلا يلزم رضاء المحال عليه .

استثناء ـ لكن اذا كان بين المحال له والمدين المحال عليه عداوة فالحـوالة لا تصح الا برضاء المحال عليه وله ان يمتنع من قبولها (الفصل ٢٣٠)

مبدا رابع ـ لا تصح الحوالة الا اذا كان كل من الدينين صحيحا قـانونا كما لا تصح ايضا في الحقوق المشكوك في حصولها لكن لا يلزم ان يكون الدينان مساويين في المقدار ومتماثلين في السبب (الفـ ٢٣٠) : مبدا خامس ـ الحوالة باطلـة اذا كان المراد منها اخراج المدين عن نظر حكام ملته وجلبه امام حكام اخرين .

٢٨٦ ـ فيما يترتب على الحوالة من النتائج .

فبالنسبة للنتائج اعتبر القانون التونسي الصورة الثانية اي الصورة التي فيهـا المحال عليه هو المدين الجديد .

مبدا اول ـ تبرء ذمة المدين المحيل (الفـ ٢٣٥) .

استثناء اول ـ يمكن اشتراط خلاف ما اقتضاه هذا المبدا (صورة الحوالة الغير التامة وهي الصورة الوحيدة في الحوالة) .

استثناء ثان ـ لا محل لتطبيق المبدا المذكور في الاحـوال الآتية المقررة بالفـ ٢٣٦

اولا ـ اذا سقط او الغي الدين المحال به كون القانون اوجب فسخه وابطاله

ثانيا ـ اذا برئت ذمة المدين الجديد وهو المحال عليه بموجب اسقاط الدين (راجع الفـ ٣٦٥ الذي احالنا عليه الفصل ٢٣٦)

ثالثا ـ اذا اثبت المحال عليه انه وفى بالدين قبل علمه بالحوالة .

٢٨٧ قد تضمن الفـ ٢٣٧ بان العمل يجري في الحوالة بقواعد الفـ ٢٠٨ الفاضي ببراءة ذمة المدين اذا ادى هذا ما عليه قبل بلوغ الاعلام بالاحالة اليه .

رابعا ـ راجع الفقرة الاخيرة مما قبل تحت العدد ٢٩٠

استثناء ثالث ـ فبالرغم من المبدا القاضي بان المحيل يصير اجنبيا عن الالتزام الجديد (وهذا يفيد انقضاء حقوقه) يجوز للمدين المحال عليه ان يعارض الدائن بجميع ما كان يمكنه ان يعارض به المحيل وله ان يعارض حتى بالاوجه المتعلقة بذاته اي بذات المحيل (الف ٢٣٤)

مثل ـ زيد مدين لعمر بالف فرنك وله على بكر مثل ذلك القدر فيحيل عمر على مدينه بكر وبما ان بكر كان يمكنه الاحتجاج على زيد ببطلان الالتزام بسبب عدم اهليته فهذا الوجه نفسه يعارض به عمر ايضا .

استثناء رابع ـ اذا استبقى الدائن حق الرجوع على المدين القديم وكان المدين الجديد عاجزا عن الوفاء اما بكامل الدين او بجزء منه فالدائن يرجع على المدين المحيل ولما كان هذا الاخير بمثابة ضامن فيجوز له ان يطلب عند الرجوع عليه عقلة وبيع مكاسب المدين الجديد ليطرح المتحصل منها مما هو ملزوم به بموجب الصفة المذكورة وبعبارة اعم يجري العمل بقواعد الضمان

٢٨٨ ـ مبدا ثان ـ المدين المحال عليه يبقى عامر الذمة اذا خلص المحيل وكان عالما بالحوالة فيلزمه الدفع مرة ثانية للدائن الجديد ويكون له على المحيل حق الرجوع المبني على قاعدة استرداد ما دفع بدون موجب (الفصل ٢٣٦) .

٢٨٩ فرع ـ اذا دفع المدين المحال عليه ما هو مطلوب به فلا يرجع بشيء على المدين المحيل حيث انه خلص فيما عليه لهذا المدين بطريق الحوالة (الف ٢٣٩) .

ملاحظة ـ اذا لم يكن على المدين المحال عليه شيء للمحيل (الصورة الثالثة) فله حق الرجوع على ذلك المحيل بقدر المال الذي دفعه حسبما تقتضيه قواعد الوكالة (الفصل ٢٣٩) .

٢٩٠ مبدا ثالث ـ قد عين الفصل ٢٣٧ بعض فصول من التي تتعلق بانتقال

الديون وقرران أحكامها تنطبق على الحوالة .

اولا ـ فعلى مقتضى هذا الفصل يجري العمل فيما يتعلق بالحوالة باحكام الفصول ٢١٠ ـ ٢١١ ـ ٢١٢ (راجع الاحالة) من حيث انتفاع الدائن الجديد بالتامينات المتعلقة بالدين الذي انقضى وبتوابع هذا الدين ومن حيث تسليم المرهون وحفظه ومن حيث الحقوق والامتيازات الموظفة على الدين القديم والواجبة على الدائن الجديد التحمل بها .

ثانيا ـ وما قرره الفصل ٢١٤ فيما يتعلق بالضمان ينطبق ايضا على الحوالة اي ضمان قدرة المدين على الوفاء في الصورة التي صار فيها هذا المدين معدما وقت اتمام الحوالة .

٢٩١ سؤال اول ـ كيف يكون الحكم اذا انعقدت الحوالة بين شخصين على مدين واحد في دين واحد ؟ الجواب هو ان الف ٢٣٧ قد اشار باجراء العمل بالف ٢٠٧ القاضي بتقديم من صدر منه قبل الاخر الاعلام للمدين ولو كان تاريخ الحوالة الواقعة له بعد تاريخ الحوالة الواقعة للاخر .

٢٩٢ سؤال ثان ـ كيف العمل اذا وقعت حوالة اولى في جزء من دين وحوالة ثانية في الباقي لشخصين وعجز المدين المحال عليه عن الوفاء بكامل الدين ؟

قد اجاب الفصل ٢٣٨ عن ذلك بانه تقدم حوالة الاسبق تاريخا وانه اذا وقعت الحوالة للشخصين المذكورين في ان واحد وتعذر تعيين السابق قسم المال بينهما كل على نسبة دينه والامر يكون بدون شك كذلك في الصورة التي لم يحل فيها المحيل الاجزاء من دينه وابقى الجزء الاخر لنفسه اي انه يقدم على المحال له وفعلا ففي صورة الفصل ٢٣٨ امتياز احد المحال لهما منجر من المحيل فكيف يتصور ان لايكون هذا الامتياز للمحيل نفسه فبذلك نرى ان المشرع التونسي لم يضمر بالفصل ٢٣٨ الطريقة التي ضمنا الفصل ٢١٦ فيما يتعلق باحالة الديون .

صور تطبيقية ـ يمكن فيما نرى الحاق الافتراضات الآتية بمبحث الحوالة

اولا ـ (الفـ ٩١٧) فيما يتعلق بتناوب اجراء النقل في نقل السلع .

تضمن هذا الفصل ان القيام بالخسارة يكون على الاجير الاول اوعلى الاجير الاخير وهي الطريقة التي جرى العمل بجوازها في نظر المحاكم الفرنساوية لكن يجوز مطالبة الاجير المتوسط بها اذا تبين ان العيب وقع في اثناء نقل الاشياء .

فهذا الحكم لا يمكن تصوره الا اذا جوز ان الدين اي التزام الاجير الاول أنتقل على التوالي للاجراء المتوسطين وعليه فهناك انتقال دين بذمة ومع ذلك يبقى الاجير الاول وكذلك الاجراء المتوسطون الذين لا يعرفهم الموجهة اليه الاشياء مجرد المعرفة مطلوبين بالخسارة خلافا لقاعدة (الفـ ٢٣٥) وتاويلا لمقصد المتعاقدين وفعلا فقد تضمن (الفـ ٩١٠) ان اجراء النقل الذين يتناوبون في نقل الاشياء المرسلة يحل كل منهم محل من سبقه في النقل فيما له وعليه من الحقوق .

ثانيا ـ من الفصل ٧٧٢ الى الفصل ٧٧٧ فيما يتعلق باحالة المكتري للغير او تسويغ المكرى للغير (لافرق بين الصورتين على مقتضى القانون التونسي) .

احالة المكترى تكون صحيحة ما لم يشترط تحجيرها بالعقد لكن المتسوغ الاصلي يبقى ضامنا في المتسوغ الثاني او المحال له عقد الكراء مالم يعفه من ذلك المكري ولهذا الاخير حق القيام مباشرة على المتسوغ الثاني او المحال له عقد الكراء وتطبق قواعدا احالة الديون بموجب حلول المحال له محل المتسوغ الاصلي فيما له وعليه من الحقوق بمقتضى عقدة التسويغ (الفـ ٧٧٧)

ثالثا ـ الفصل ٧٩٨ والفصول بعده (في عقد كراء الاشياء) والفصل ٦٩٧ (في بيع الثنيا) من حيث ان الكراء لايفسخ اذا خرج المكترى من يد مالكه واحيل لمالك جديدا وبيع بيع الثنيا .

ففي هاته الصورة التزام المكري ينتقل للمالك الجديد مع الشيء (ولو كان الحق شخصيا) وعلى المالك الجديد ان يحترم حقوق المتسوغين فالتزامه بذلك له

صفة دين انتقل اليه من المالك القديم بموجب حوالة اثبتها القانون .

رابعا ـ وهناك ايضا صورة من صور انتقال الدين في احالة محل تجارة بما فيه (الفـ ٢٢٠ والفصول بعده) وكذلك الصورة المذكورة تحت عدد ٢٦٥ من هذا الشرح والاعداد التي بعده فانها مرتبطة بموضوع الحوالة .

خامسا ـ كما انه من قبيل انتقال الدين والحوالة اشتراط ان مشتري المرهون يدفع الثمن للمرتهنين .

تم الجزء الاول ويليه الجزء الثاني

الجزء الثاني من شرح

مجلة الالتزامات والعقود التونسية

«(للاستاذ دوبلا)»

تعريب الحقوقي الضليع الاستاذ محمد المالقي

كبير رؤساء محكمة الوزارة

طبعة اولى

بمساعي ومجهودات جمعية قدماء وطلبة الحقوق التونسية سنة ١٣٦٧-١٩٤٨
وذلك على عهد مجلسها الاداري المتركب من السادة :

الرئيس : الحفناوي عريب ـ كاهيته : عمر العياري :

الكاتب العام : عز الدين الزيتوني ـ امين المال: صالح بن الطاهر

والعضوين : الهادي الورتاني و عبد القادر القدي

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس
رقم التسجيل 29473
رقم الرف 536 مدني

المقالة الرابعة

فيما يترتب على الاتفاقات والعقود

٢٩٣ المشرع التونسي خصص لهذا الموضوع المقالة الخامسة من المجلة لكن يلزم اجتناب اللبس بين ما يترتب على الاتفاقات او العقود وما يترتب على الالتزامات ؟ فالاتفاقات لا يترتب عليها سوى امر واحد وهو احداث الالتزام او حق وفي بعض الصور تغيير او انقضاء الالتزام . بخلاف الالتزام فانه يترتب عليه ما يخوله القانون للدائن (اي لمن وقع الالتزام لمنفعته) من الحق في الزام الملتزم اي المدين بانجاز ما تعهد به فهذا الدائن اما انه يجبر المدين على الوفاء ولو اقضى الحل الى الالتجاء للقوة العامة او يحصل على الحق في ازالة ما احدثه المدين مما تعهد بعدم اجرائه او على تعويض الضرر اذا تعذر بالفعل جبر المدين على انجاز ما تعهد به مباشرة وجبر المدين على الوفاء لا يتيسر الا بطريقة قانونية شروطها مبينة بقانون المرافعات واما مجلة الالتزامات فانها تبحث عما يترتب على الاتفاقات وتنفيذ الالتزامات .

٢٩٤ فيما يترتب على الاتفاقات من النتائج

اولا - في النتائج المشتركة بين جميع الاتفاقات .

لهاته النتائج مبنيان اعتباريان وهما نفوذ العقد القانوني وتعلقه لمن يهمهم مضمونه

قاعدة اولى - الاتفاقات الجائزة تقوم مقام القانون فيما بين من عقدها (الفصل ٢٤٢)

فرع اول - اذا كانت هاته الاتفاقات غير جائزة فليس لها نفوذ قانوني .

فرع ثان - على الحاكم في صورة وقوع خرق شروط العقد وعدم الوفاء بها او حدوث صعوبة في تاويله ان يقتصر على الحكم بانجاز الاتفاق حسب صريح عباراته او على الاقل حسب مفهومه وليس له ان يغير شرطا من شروط العقد .

المكلف بتحقيق تنفيذه . كما انه ليس للمجلس في صورة الوكالة ان يحط من الاجر الذي التزم به الموكل للوكيل في العقد استنادا الى كونه مشطا . وكذلك ليس له ان يحط للسبب نفسه من الدين المترتب عن مراهنة في الصورة التي اباحها الفصل ١٤٥٧ ٢٩٥ فرع ثالث ـ لا تنقض الاتفاقات الا برضاء المتعاقدين او في الصور المقررة في القانون (الفصل ٢٤٢) . فاهم صور تطبيق هاته القاعدة هي المقررة بالفصل ٢٧٣ ـ ٤١٤ ـ ٦٥٨ ـ ٦٦٠ والصور التي اقر فيها القانون فسخ العقود كثيرة جدا فلنذكر منها الصور الاتية على سبيل المثال . في باب البيع الفصول ٦٢٣ ـ ٦٢٤ ـ ٦٢٥ ـ ٦٤٠ ـ ٦٤١ ـ ٦٥٥ ـ ٦٥٧ ـ ٦٨٠ في بيع السلم صورة الفصل ٧١٧ في كراء الربع والعقار صور الفصول : ٧٤٩ ـ ٧٥١ ـ ٧٥٥ ـ ٧٥٦ ـ ٧٥٩ ـ ٧٦١ ٨٠٣ ـ ٨١٣ ـ ٨١٨ ـ في الاجارة صورة السلم (الفـ ٨٦٣) . في الاجارة على الصنع الفـ ٨٧٠ ـ في كراء الاشياء صورة الفـ ٧٩٦ ـ في الاستجارة على النقل صورة الفـ ٨٩٦ ـ في عقدة الانزال صورة الفـ ٩٧١ ـ في النصبة صورة الفـ ٩٩٢ . في الصلح صورة الفـ ١٤٧١ ـ واهم الصور هي التي فيها الفسخ مبني على عدم دفع الثمن او على عدم الوفاء بالالتزامات وفي غير الصور المذكورة يمكن دائما للطرفين الاتفاق على اشتراط الفسخ لاي سبب كان على شرط ان يكون هذا السبب جائزا وانما ذلك حتى بدون شرط صريح وانما يتفقان على ذلك الالتزام بالوفاء بالعقد ما عدى عقد النكاح الذي له احكام خاصة بالفقه الاسلامي . كيف لا يكون الامر كذلك والحال ان العقد نتيجة اتفاقهما ففي كل وقت يتسنى لهما التراضي على حل العقد لكن في هاته الصورة لا يكون للنقض تاثير على الماضي بل التاثير بالنسبة للمستقبل فقط فما حصل للغير من الحقوق كحقوق الارتفاق والرهن لا يمس . وعليه فاذا وقع مثلا نقض بيع عقار لزم دفع معاليم النقل لادارة التسجيل مرة ثانية .

٢٩٦ ـ فرع رابع ـ يجب الوفاء بالاتفاقات مع تمام الامانة اي طبق ارادة

المتعاقدين وما قصداه من التعاقد . واما ما ينجر من العقد مما لم يقصده الطرفان فالعمل يجري فيه بدون انحراف عما قرره القانون . وقد تضمن ايضا الفـ ٢٤٢ المذكور انه لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون او العرف او الانصاف حسب طبيعته وكذلك حسبما يستنتجه الحاكم من مقصد المتعاقدين . فلا يسوغ لعاقد ان يشترط عدم مؤاخذته مما ينتج عن خطئه الفاحش او تغريره (الفـ ٢٤٤) لكن يمكن له اشتراط عدم التحمل بالامر الطارىء (راجع المبحث المتعلق بضمان التلف او التعيب) او الخطا اليسير . وبالنسبة لما يصدر من الواسطة الذي كلفه المدين باجراء الالتزام فقد قرر القانون التونسي ان المدين مسؤول بخطأ نائبه وغيره ممن استعان بهم على اجراء الالتزام كأنه لو صدر ذلك منه بنفسه وله عليهم الرجوع حيث يجب قانونا . لكن هناك صور لا يلزم فيها المعاقد بالوفاء بالالتزام ويتبع ذلك اذا لم يوف الطرف الآخر من جهته بما اوجبه عليه ذلك الالتزام بمقتضى شروطه او بمقتضى القانون او العرف الا اذا كان ذلك المعاقد ملزوما بتعجيل ما عليه وفي غير هاته الصورة للمدين ان يمتنع من الوفاء بما عليه (ولو كان له عدة دائنين) حتى يتم معاقدة جميع ما اوجب عليه . تلك هي احكام الفصلين ٢٤٦ ـ ٢٤٧ مثال ـ باع زيد لعمر دارا وارضا ثم مات وترك ثلاثة ورثة فعمر مطالوب باداء الثمن للورثة المذكورين لكنه تسلم الدار وبقي يترقب تسليم الارض ففي هاته الصورة ليست عليه ان يدفع ولو جزءا من الثمن قبل ان يتوصل بالارض ـ ٢٩٧ قاعدة ثانية ـ نتائج العقد تلزم المتعاقدين ولا تلزم غيرهم (الفـ ٢٤٠) : فرع اول ـ انسحاب ماذكر لا يكون على من باشر التعاقد فقط بل يكون ايضا اصالة وطبق الفصل ٢٤٥ على موكلي من باشر والتعاقد بصفة وكلاء وذلك لان اعمال الوكلاء القانونية اذا كانت داخلة في حدود وكالتهم تعتبر كانها صادرة من الموكل وما يتولد عنها من الحقوق والالتزامات يتحقق في

شخص ذلك الموكل (سواء كانت الوكالة بمقتضى اتفاق او بمقتضى القانون) وكذلك الامر بالنسبة لصاحب المصلحة في عقد تصرف الفضولي اذا وقعت ادارة تلك المصلحة على الوجه المرغوب . فرع ثان - لاينجر من الاتفاق ضرر ولانفع للغير اي لمن لم يشمله العقد شخصيا والامر كذلك بالنسبة للاحكام فهي عارية عن النفوذ بالنسبة للغير . ولنشرح قولا المشرع (لاضرر ولانفع للغير) ونبدا بقوله (لاضرر للغير) : مثال - احدما لكي عقار مشاع احمال لشخص مجاور له حق المرور بذلك العقار فبقية المالكين معه لايلزمون باحترام ذلك الحق . مثال اخر - اتفق ورثة انسان على ان واحدا منهم يتحمل باداء دين معين على المخالف فرب هذا الدين لايكون ملزوما بتحمل نتيجة هذا الاتفاق بل يمكنه مطالبة كل منهم بقدر منابه . وقول المشرع (لاينجر من الاتفاقات نفع للغير : مثاله - زيد عمر وبكر يملكون على الشياع حيازة فاذا احال احد المجاورين لاحدهم وهو زيد حق المرور بارضه فلا ينجر من ذلك نفع لعمر وبكر لان كليهما اجنبي عن الاتفاق . استثناءات : الصلح مع المفلس (وهو الاتفاق الذي يقع على مقتضى القانون التجاري بين الدائنين ومدينهم الموقوفة اعماله حكما او المفلس على تمديد اجال الدفع او على اسقاط جزء من الدين) يتم اذا حصلت الاغلبية على النسبة القانونية . وكذلك اذا اشترجع البائع بالثنيا المبيع قبل انتهاء الاجل القانوني المبين بالفصل ٦٨٠ فانه ينتفع بالاكرية التي عقدها المشتري بالثنيا قبل وقوع الاسترداد (الفصل ٦٩٧) ويتحمل بها . وكذلك ايضا في الصور المختلفة التي يمكن فيها الاكتشاف على وقوع اشتراط الشروط في حق الغير على الصفة الجائزة . وكذا ايضا في الصور الاستثنائية التي عينها القانون (وبالاخص في مسالة الكراء) : كما ان الاعمال التي هي من قبيل ادارة الكسب يمكن اصالة الاحتجاج بها على الغير (راجع تحت العدد ١٩٢ ماقيل في شان النتائج التي تترتب عن دعوى الفسخ) :

٢٩٩ - صورة تطبيقية في الاتفاقات الناقضة للعقد

تضمن (الفصل ٢٦) من المجلة التونسية ان الحجج الناقضة للعقود لا عمل عليها الا بين المتعاقدين وورثتهما ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها . ومن ينجر اليه حق من المتعاقدين او يخلفهما بصفة خاصة يعد كالغير على معنى هذا الفصل (راجع العدد ٢٠١ وما بعده فيما يتعلق بمبحث المنجر لهم الحقوق من المتعاقدين)

اولا - في الصور التي فيها حجج ناقضة للعقد . الحجة الناقضة للعقد هي عبارة عن اتفاق سري يتممه المتعاقدان عقب اتفاقية ظاهرة بقصد تغيير او ابطال هذه الاتفاقية . وتكون هذه الحجة السرية مقارنة من حيث الزمن للاتفاقية الظاهرة (والا فهي اتفاقية ثانية حدثت بعد العقد الذي جاء بتغييره) . والقصد من اتمام الحجة السرية اخفاء الحالة الحقيقية على الغير واظهار حالة موجودة في الظاهر فقط وذلك بنية الاجحاف بحقوق صندوق الدولة او بحقوق الدائنين والورثة ويقصد منها حتى مخادعة القانون بنفسه . مثال - سعيا وراء الاجحاف بحقوق من انا مدين لهم اتواطؤ مع انسان على ان ابيع له ما املك وهذا الانسان يسلم لي كتبا يعترف فيه بان البيع صوري وبانه لم يدفع لي ثمنا - او ان الاتفاقية السرية تتضمن اسم المشتري الحقيقي (وهي صورة اتمام الاتفاقات باتخاذ الغير واسطة) لاخفاء صفة عدم الاهلية المتلبس بها هذا المشتري الحقيقي (وهناك صورة تطبيقية ذات اهمية في مسالة اتخاذ الغير واسطة وهي التي تضمنها الفصل ٥٧٠) : وقد يقع ان الحجة السرية لايقصد منها اخفاء امر غير جائز وانما اخفاء امر يستحب عدم اظهاره للعموم لاسباب شخصية : ثانيا - فيما يترتب من النتائج على الحجة الناقضة للعقد . يلزم اعتبار هاته النتائج من وجهتين وجهة العقد الظاهر . ووجهة العقد السري (باعتبار هذا الاخير متعلقا بالعملية الحقيقية) . مبدا اول - يقوم العقد السري مقام القانون فيما بين الطرفين ومن يصير اليه حق فيهما بوجه عام (ماعدى

الدائنين المجردة دينهم عن الرهن اي المقتضى سند عار على شرط ان يكون موضوع الاتفاق جائزا (والافهو باطل بلاريب) لاقيمة للعقد الظاهر الى حدما ابطل منه بالعقد السري واما في الجزء الباقي فله حكم القانون وعليه فالاتفاق المناقض للعقد صحيح فيما بين الطرفين اذا كان موضوعه جائزا اومبطلاته هي مبطلات الشريعة العامة (فالعمل يجري في شانه طبق الاصول العامة للعقود والالتزامات) فلم يجعل له المشرع التونسي اسباب بطلان خاصة :

٣٠٠ مبدا ثان العقد السري اي الاتفاق المناقض للعقد الظاهر لايحتج به ابدا على الغير الذي له مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر . والمراد بالغير هنا هم الاشخاص الذين صار اليهم حق من المتعاقدين بوجه خاص واكتسبوا حقوقا عينية في الشيء الذي هو موضوع العقد السري بعد تاريخ هذا العقد . وكذلك الدائنون المجردة ديونهم عن الرهون الخاصة وان كان الفصل ٢٦ لايشملهم في الحقيقة التي عرف بها الغير . ومن المخالف للتصور ان يكون المشرع قد اراد اخراج هؤلاء من زمرة من يعبر عنهم بالغير لان المصلحة التي لهم في مقاومة افتعال العقد من الاهمية بمكان فارباب الديون التي على بائع عقار يمكن ان تكون لهم مصلحة مثلا في اثبات ان الشراء صوري لكي يتوصلوا الى الخلاص من مكاسب مدينهم بعد حجزها عليه وعلى مقتضى القانون الفرنساي المنصوص فيه على ان الاتفاقات التواطؤية التي تناقض العقد لايسري حكمها على غير المتعاقدين المتواطئين (راجع الفصل ١٣٢١ من المجلة المدنية الفرنساوية) التي يجوز اعتبار الدائنين المجردة ديونهم عن الرهن كالغير (وهذا مطابق للراي المعمول به لدى المحاكم الفرنساوية) : ونحن نجوز ذلك اعتمادا على ان الف ٢٦ لم يحصر بالعد الاشخاص الذين تطلق عليهم لفظة (غير) استثناء .. تمكن معارضة الغير بالاتفاقات التواطؤية المناقضة للعقود اذا سبق لهم العلم بها قبل اكتساب الحقوق التي اضروا بها على زعمهم العقد السري

وقد اشترط الفصل ٢٦ ان يكون الغير عن حسن نية ولما كان حسن النية يحمل على الظن فالحسم هو الذي عليه اثبات مايناقض هاته القرينة . عويصة - هل يعبر ايضا بالغير على من لايصح عليهم الاحتجاج بالاتفاق الظاهر ولهم مصلحة في التمسك بالعقد السري (كصندوق الدولة والورثة وارباب الديون التي على البائع بمقتضى العقد الصوري الخ) ؟ وهل هم خارجون عن هذا العقد اويجوز لهم الاحتجاج به على شرط اثباته (وهذا الاثبات يكون في الغالب عسيرا) ؟ فبالرغم عن سكوت القانون عن ذلك قد جرى العمل بصفة عامة بمنح من ذكر بهذا الاحتجاج بالعقد السري على شرط الاثبات . وهاته صورة يسري فيها حكم الاتفاق المضاد للعقد على الغير فالدولة مثلا يتسنى لها طلب معاليهم النقل على قاعدة ما بالعقد السري . وفي صورة وقوع النزاع بين (الغير) الذين لهم مصلحة للتمسك بالعقد الظاهري (والغير) الذين لهم مصلحة في التمسك بالعقد السري يحكم بلا ريب لمن لهم مصلحة في التمسك بالعقد السري . ملاحظة - اثبات الاتفاق المناقض للعقد يقع بالنسبة للطرفين على مقتضى اصول الاثبات العامة (اشتراط الكتب اذا زاد المال على ثلاثة آلاف فرنك) ويجوز لغير المتعاقدين اثبات ماذكر بجميع الطرق وحتى بالقرائن المجردة اذ الاثبات يتعلق بصفة الاتفاق الذي هو صوري - ٣٠١ سؤال هل هناك تاثير ما للاتفاق على غير المتعاقدين وبعبارة اخرى هل يلزم اعتبار كل من لم يشمله العقد بدون استثناء كالغير على معنى الفصل ٢٤٠ ؟ . قد استثنى الف ٢٤١ قسما من الاشخاص وهم من صار اليهم حق في المتعاقدين وقرر ان هؤلاء تجري عليهم احكام اتفاقات المكتسب منهم ذلك مالم يصرح بخلافه او ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد او القانون . هذا ويجدر بنا هنا ان نمعن النظر في المبحث المتعلق بذلك القسم فنقول ان المنجر لهم حق من شخص هم الذين التحقوا بذلك الشخص من حيث الحقوق اي الذين استمدوا منه مالهم من الحقوق

او عبارة اخرى فهم الذين لم يشاركوا في تكوين العقد وانتقلت اليهم بالرغم عن ذلك نتائجه من ذلك الشخص) فينقسمون الى قسمين قسم من ترتب لهم حق بوجه عام وقسم من ترتب لهم حق بوجه خاص . فالمترتب لهم حق بوجه عام هم الذين لهم حق في مكاسب الشخص المذكور معتبرة جملة كالورثة والموصى لهم والموهوب بوجه عام والدائنون لان جميع مكاسب مدينهم توثقة لديونهم . واما المترتب لهم حق بوجه خاص فهم الذين لهم حق في جزء معين من المكاسب البائع الموصى له بوجه خاص وكذلك في صورة الاستغلال وصورة الكراء فالمكتري يتعلق حقه بشيء معين من مكاسب المكري . لشرح ما يتعلق بهذين القسمين ونبدا بقسم المنجر لهم حق بوجه عام الذين صارت اليهم جملة مكاسب احد المتعاقدين او قسم منها فنقول : ان هؤلاء تجري عليهم احكام العقود الصادرة ممن انجز حقهم منه فعليهم ماعليه ولهم ماله وكذلك الدائنون بمقبضى سند مجرد فلهم حق ضمان عام في مكاسب مدينهم معتبرة جملة .

استثناء ثان - لا يجري العمل بالقاعدة المذكورة اذا اوجبت ذلك طبيعة الاتفاق وكانت المسالة تتعلق بحقوق شخصية بحتة غير قابلة للاحالة كما في صورة العمرى وحق الاستغلال وحق السكنى وغير ذلك . استثناء ثان - وكذلك الامر اذا نص القانون على ان العقد ينتهي بموت احد المتعاقدين (ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك) وهي صورة العقود التي يكون فيها ذات المعاقد ومقدرته الشخصية الداعي الوحيد للتعاقد كما في صورة الوكالة اذا مات الوكيل . وصورة عقد شركة وعقد كراء الاشياء والمساقات (الفقرة الثانية من الف ١٤١٢) الخ : ٣٠٢ ملاحظة اولى - وضع الف ٢٤١ بعض اصول عامة تتعلق بما يترتب على الاتفاقات بالنسبة للورثة . اولا - لا يلزم الورثة الا بقدر ارثهم وعلى نسبة منابانهم عملا بقاعدة ان التزامات المورث تقسم بين الورثة . ثانيا - لهم ان يقبلوا الارث او يمتنعوا

من قبوله فان قبلوه فلا يلزمون الا بقدر ارثهم وان المتعواض قبوله فلا يسع ارباب الدين لا تتبع مخالف المدين . ٣٠٥ - في الكلام على من انجز لهم حق بوجه خاص الف ٢٤١ . هؤلاء هم الذين انجرت لهم حقوق منحصرة في شيء معين من مكاسب ذلك الشخص (اي المشترون والموهوب لهم والموصى لهم بوجه خاص) فماذا يترتب لهم من الاتفاقات الصادرة من المنجر لهم منه الحق ؟ للجواب عن ذلك يليق بنا ان نضبط المبحث العام المضمن بالف ٢٤١ فنقول . ان ما يترتب من الحقوق او الالتزامات عما يعقد الشخص لا ينسحب حكمه اصالة على المنجر لهم منه حق بوجه خاص اذا كان المقام يقتضي اعتبارهم بمثابة (غير) ويكون كالغير بالنسبة لما عقده الشخص المذكور اذا لم يشملهم العقد وكان القصد من هذا العقد التنقيص من الحقوق التي حصلوا عليها قبل اتمام ذلك العقد . ان المنجر لهم حق بوجه خاص وبالاخص المشتري لا يتحمل الا بالحقوق العينية التي كانت موظفة على الشيء وقت الشراء واما الحقوق الشخصية فليس عليه اصالة التحمل بها ما عدى صورتي الف ٧٣٩-٨٩٨ فيما يتعلق باستمرار كراء المبيع . مثال - اشترى زيد دارا من عمر شراء صحيحا وقد حصل زيد بسبب ذلك حقا من عمر بوجه خاص فاذا احال عمر بعد الشراء حق ارتفاق لبكر يتعلق بالعقار المذكور فيكون زيد بمثابة (غير) بالنسبة للعقد الواقع بين عمر وبكر ولا تمكن معارضته به . لكن اذا صدر من عمر قبل البيع توظيف ذلك الحق على العقار المذكور فلا يعتبر زيد المشتري للعقار بمثابة (غير) بالنسبة للعقد الذي بمقتضاه احيل حق الارتفاق لبكر وانما يكون قد انجر له من عمر حق موظف عليه ما ذكر فهو حينئذ ملزوم باحترام حق الارتفاق المذكور اذ لا يتصور ان يكون قد حصلت له من عمر حقوق اكثر من التي كانت لعمر نفسه . وهذا هو معنى القاعدة الآتية اذا انجر لشخص بوجه خاص حق في عقار وكان المنجر منه هذا الحق

وظف بمقتضى اتفاق حقا ملكيا على ذلك العقار قبل احالته او حاز هذا الحق للعقار فجميع ما يترتب على ذاك الاتفاق ينسحب على من صار مالكا لذلك العقار فيكون الحق له او عليه بحسب الحال . وهناك صورة تطبيقية لا تخلو من الاهمية مذكورة بالفـ ٧٩٨ المتعلق بكراء الاشياء . ٣٠٦ . فيما يترتب عن الاتفاقات من النتائج الخاصة بها . يمكن ان يترتب عن الاتفاقات زيادة عن النتائج العامة نتائج خاصة تختلف بحسب ارادة الطرفين . فالاتفاقات تنعقد لغايات مختلفة فتارة لاحداث ديون او حقوق ملكية واخرى لاحالة او تغيير او انقضاء ما ذكر . فكل هاته النتائج يمكن ان تترتب بحسب الصور على اهم الاتفاقات وهو الاتفاق على اعطاء شيء (اي احالة شيء) فلنتامل من النتائج التي يتشخص فيها الاتفـاق القاضي باحالة شيء ونبقي لما بعد الخوض فيما يترتب على الالتزام باجراء عمل او ترك عمـل الخ :

اولا في الاتفـاق باحالة شيء معين بذاته . يترتب على هذا الاتفاق الثلاث نتائج العـامة المذكـورة بالفصول المتعلقة بباب البيع (الفـ ٥٨٣ والفصول بعده) . اولا ـ احداث التزامات او حقوق في دين . فمن جهة البائع ـ الالتزام باحالة الملكية فهاته الاحـالة تعتبر واقعة من الوقت الذي توجـد فيه الاتفـاق ٢ ـ الالتزام بحفظ الشيء الى يوم التسليم واجـراء ما يلزم لئلا يهلـك ذلك الشيء . ٣ ـ الالتزام بتسليم الشيء او بجعله بالفعل على ذمة المشتري . ٤ الالتزام بالضمان فالبائع عليه ضمان حوز الشيء حوزا حقيقيا سالما من كل شغب . ومن جهة المشتري عليه دفع الثمن والمصاريف وقبول الشيء الى غير ذلك من الالتزامات

ثانيـا ـ انتقـال الملكيـة وهـذا الانتقـال يتـولـد عن رضـاء الطرفين ما لم تكن صورة الاشياء المجعولة تحت شروط قانونية لاعلام الغير واذا لم يقع القيام بهذه الشروط فانتقال الملكيـة لا يعـارض به اصحـاب الغير الا انه تبقى له فيما بين الطرفين قيمته الاصلية .

٣٠٧ ثالثا ـ نتيجة الاتفاق الثالثة هي ان هذا الاتفاق يجعل على الملتزم له ضمان تلف الشيء او تعيبه بامر سماوي او قوة قاهرة . فانه القاعدة ذات اهمية كبرى تفيد ان تلف الشيء المعين بذاته او تعيبه بسبب امر طارىء اوقوة قاهـرة تحمل مسؤوليتها على الدائن خصوصا على المشتري ولو لم يقم تسليم ذلك الشيء اليه وذلك لان ملكيته للشيء حاصلة بموجب الاتفـاق .

سؤال ـ هل يجوز اعتبار القاعدة التي بمقتضاها (تلف الشيء دائمـا على الدائن) كنتيجة انتقال الملكية ؟ وبعبارة اخـرى اذا اتفق المتعـاقدان صراحة على تاخير انتقال الشيء المعين بذاته للمشتري فهل يكون الشيء المذكور تحت ضمـان هذا المشتري ام لا ؟ مثلا ـ ابيع لك الدار الفلانية على شرط ان يقع التسليم بعد مضي ثلاثة اعوام ابقى فيها مالكا للمبيع فاذا انهدمت الدار اثناء تلك المـدة بـامر سماوي . فعلى من يكون الضمان ايكون علي حيث اني البائع او عليك لانك المشتري . فهاته المسالة فيها خلاف ضعيف في القانون الفرنساوي حيث يعتبـر غالبـا ان النص صريح في ان ضمان التلف على الدائن في كل الاحوال . واما في القانون التونسي فلا وجه للخلاف وذلك لان عبارات الفـ ٥٨٥ واضحـة ولاتتـرك مجالا لتضـارب الاقوال واليك هاته العبارات (ويصير المبيع حينئذ في ضمان المشتـري ولـو قبل تسلمه اياه مالم يكن في ذلك ما ينا في العقد) . وعليه فلوان ضمان التلف متولد عن انتقال الملكية فلا يكون هذا الارتباط بين الضمان والانتقال المذكورين دائما بصفة واحدة لانقتضي الحياد عن القاعدة بل في بعض الصور التي لم يقع فيها انتقال الملكية ضمان التلف يكون بالرغم عن ذلك على المشتري . عوجة ـ اذا تلف الشيء بامر سماوي فماذا تكون نتيجة ذلك قانونا من حيث مقتضيـات العقـد ؟ الجواب هو انه بالنسبة للعقود التي الالتزام فيها من طرف واحد ينقضي هذا الالتزام اذا تلف الشيء المعين بذاته بامر سماوي قبل تسليمه وهذا مطابق للانصاف . والامر كذلك

بالنسبة للعقود التي الالتزام فيها من الطرفين اي ان التزام من عليه تسليم الشيء ينقضي لكن في التطبيق تتوجد نتيجة شديدة الوطأة بسبب ذلك مثال - باع زيد دار العمر ولكن قبل تسليمها سقطت بزلزال (اي بامر سماوي) . فلما كان ضمان التلف على المشتري وهو عمرو فزيد انفك التزامه بالتسليم واما عمرو فانه لازال مطلوبا بدفع الثمن . ومن البديهي بل المتيقن ملاحظة ان هذا الحكم عادل اذ لو سلمت الدار وقت اتمام العقد لكن وقع دفع الثمن والدار تكون عند سقوطها التي لامر له بيد عمرو والمشتري . وهناك اعتبار اخر يفيد مطابقة ذلك الحي العدل والانصاف وهو ان الدار لو ارتفعت قيمتها من السقوط بامر طارىء مثلا (كوقوع ارتفاع فجائي في قيمة العقارات) لكان انتفع بذلك المشتري دون البائع .

استثناء اول - ينفك ضمان التلف على الدائن او المشتري اذا تضمن العقد شرطا صريحا في حمل ذلك الضمان على المدين (الف ٢٨٥) . استثناء ثان - سنرى انه اذا وقع التلف قبل تنفيذ الالتزام بالتسليم لسبب شيء عن خطأ المدين او تدليسه فالعهدة تكون عليه فقد خرجنا بذلك عن مبحث ضمان التلف بمعناه الحقيقي ودخلنا في مبحث الخطأ التعاقدي وهذا الامر يشاهد ايضا في الاستثناء الاتي . استثناء ثالث - يحمل على المدين ضمان التلف اذا تلف الشيء ولو بامر سماوي او قوة قاهرة اثناء مماطلة هذا المدين (الف ٢٨٠) وفعلا فان المماطلة تتولد عنها قرينة على وقوع التفريط من المدين اذا وسلم المدين الشيء في الوقت اللازم لكان خرج هذا الشيء من يده وسلم بذلك من التلف . لكن ليس هناك سوى مجرد قرينة تعارض بما يثبت خلاف ما تقتضيه بحيث ان ذلك المدين ينفك ضمانه للتلف اذا اثبت ان الشيء كان يتلف ايضا لو كان بيد الدائن ولهذا الاخير ان يثبت من جهته بانه لو وقع التسليم لاتخذ الوسائط اللازمة لوقاية الشيء من الخطر (كبيعه مثلا او وضعه لمكان اخر) . ثانيا في الاتفاقات على احالة بشيء غير معين من المثليات (مثلا عشر مكاييل زيتا الخ) :

اولا يترتب عن هذا الاتفاق من الالتزامات ما يترتب عن الاتفاق التي سبق الكلام عليه . ثانيا - تنتقل الملكية بوقوع تسليم الشيء اذا لم يكن الشيء معينا بذاته . ثالثا - اذ تلف ذلك الشيء او تعيب فالضمان على البائع لا على المشتري وهذا مطابق المعقول فلا فائدة في الاطناب . مثال تعاقدت معك ان ابيع لك مائة مكيلة زيتا فبعد الكيل وضعت تلك المكاييل بجهة لارسالها اليك فتلفت بامر سماوي فالتزامي بتسليم ماذكر لاينفك اذ يمكن لي التحصيل على كمية اخرى من الزيت .

في الوفاء بالالتزام - الفصل ٢٤٨ -

٣٠٨ - سيتعلق بحثنا هذا خصوصا بجملة الوسائل التي يتوصل بها الدائن للتحصيل على دينه الناتج له من الالتزام بعد انعقاده . الاصل هو ان الالتزام لا ينقضي الا اذا حصل الدائن مرغوبه لكن تحت القيود التي سنبينها عند الخوض في اوجه انقضاء الالتزامات (انظر ما سياتي) . هذا وان الطريقة العادية للوفاء بالالتزام هو الاداء فهذا الاداء يمكن ان يقع من المدين اختيارا وطبقا للاتفاق . لكن اذا ابى هذا المدين الدفع فالدائن يلتجيء الى التنفيذ الجبري . لنتأمل الان من القواعد المتعلق بالوفاء (اي الاداء) وبعدم الوفاء واحدة بعد اخرى فنقول .

٣٠٩ في الوفاء بالتزام وهو الاداء .

يعتبر بالاداء على اتمام كل وقع بالالتزام . فالاداء يتعلق غالبا بمبلغ من المال لكن اذا كان المتعهد به عملا او ترك عمل فالوفاء باجراء العمل او بترك العمل الملتزم بتركه يقال فيه اداء ايضا . وعليه فلفظة اداء توخذ باوسع معناها القانوني كل اداء يفيد وجود دين والا فهو غير واجب ويكون على المدين عند قيامه باسترجاع ما دفعه بغير سبب اثبات براءة ذمته . فيستفاد من ذلك ان الاداء يحمل على الظن وجود دين لكن هاته القرينة تمكن معارضتها باثبات خلافها ولذا كان هذا الاثبات على المدين

٣١٠ اولا في الاشخاص الذين يمكن لهم تنفيذ الالتزام

مبدا اول - كل شخص يمكن له اصالة ان يوفي بالالتزام (الف ٢٤٨) ولو بالرغم عن صاحب الحق واذا صدر الاداء من الغير وكان هذا الغير لا توكيل بيده فيكفي لخلاص المدين ان يقع الوفاء من هذا الغير باسم الذي عليه الحق تبرا ذمته (الف ٢٤٩) . فرع اول لا شك ان المدين ملزوم بالوفاء ويجوز له قطعيا ان يتمم ذلك وعليه فاذا امتنع الملتزم له من قبول الاداء فانه يجبر على ذلك بطريقة قانونية وهي البذل والتامين . فرع ثان - كل من يهمه الامر من غير المتعاقدين كالمدينين المتضامنين مع الملتزم والكفلاء الخ يمكنهم الوفاء بالدين لكن اذا وقع ذلك يكون لهم الحق في استرجاع ما دفعوه في حق المدين سواء كان المدفوع كامل الدين او جزءا منه وقد ذكرنا ما ينجر لهم من الحقوق في هاته الصورة بمقتضى الحلول القانوني . فرع ثالث - كما يجوز ذلك لغير المتعاقدين الذين ادوا ما على المدين بموجب توكيل او بموجب تصرفهم في مصالح ذلك المدين تصرف الفضولي . وقد راينا ان في هاته الصورة يعتبر الاداء كانه واقع من المدين نفسه فقيام من ذكر بطلب ترجيع ما دفعوه يقع بموجب الوكالة او تصرف الفضولي اي بدعوى شخصية لكن ليس لهم اصالة القيام بالدعوى التي للدائن الذي قبض منهم دينه وذلك لانه لا يثبت لهم الحلول القانوني بمجرد ما وقع منهم (الف ٢٢٦) نعم قد يتم لهم احيانا الحلول الاتفاقي فذلك امر اختياري (الف ٢٢٤ - ٢٢٥) .

والتحجير الذي يستفاد بطريق الاستنتاج مق مجرى (الف ٢٢٦) ربما كان غير مفهوم لتعلقه بحالة نظريه بختة فللدائن الذي له دائما رغبة تامة في استخلاص دينه لا يمتنع عادة من منح الحلول الاتفاقي لمن وفى له بالدين . فرع رابع ويجوز ايضا ماذكر لغير المتعاقدين الذين لم يدفعوا بموجب توكيل وانما دعاهم للاداء هو فكرة تبرعية او فكرة استخدام اموالهم سعيا وراء مصالحهم الخاصة لا

غير . ففي هاته الصورة يمكن لمن ذكر حق استرجاع ما دفعوه لكن قيامهم يستندون فيه الى خصوص الدعوى المبينة على قاعدة عدم جواز الاثراء بدون سبب (الف ٧٢) وحينئذ ربما يكون المدين ملزوما في بعض الاحيان بترجيع اقل مما دفعه ذلك الغير وذلك لانه ملزوم الى حد ما نمى به كسبه بدون سبب فلربما اثبت هذا المدين ان بعض الدين سقط عليه وان هناك سببا اخر ففي هاته الصورة ايضا يكون الامر كما في الصورة السابقة لاسباب واحدة اي ان الغير الذي دفع ما على المدين لا يثبت له الحلول وفعلا فان هذا الغير وان كان له الحق على مقتضى الف ٢٤٩) في جبر الدائن على قبض دينه فليست لديه طريقة يجبره بها على ان يحله محله فيما له من الحقوق والدعاوي على المدين كما ذلك بالف ٢٢٤ - استثناء اول : يجوز لغير المتعاقدين ممن ليس بيدهم توكيل اتمام الالتزام بدون توقف على رضاء صاحب الحق لكن لا يجوز لهم ذلك بغير رضاء المطلوب والطالب معا (راجع اخر الف ٢٤٩): استثناء ثان : هناك صور نص عليها الف ٢٤٨ لا يمكن فيها لغير المدين الوفاء بالالتزام والسبب في ذلك هو ان الملتزم له لا يجبر في هاته الصورة على قبول الوفاء من غير الملتزم لما له من المصلحة القانونية في ذلك اي في الوفاء من المدين نفسه وهذا يقع تقريبا في جميع الالتزامات باجراء عمل واليك ما نص عليه الف ٢٤٨ من الصور . الصورة الاولى : اذا اقتضى النص الصريح ان يجري المدين بنفسه التزامه بنفسه . الصورة الثانية - اذا كان هذا القيد من مفهوم طبيعة العقد او من الاحوال الحافة به ككون الملتزم يكسب مهارة شخصية كانت احد اسباب التعاقد (صورة المصور او الصائغ الخ) وما تضمنه الف ٨٤١ (في الاجارة على خدمة الادمي او صنعه) من احسن تطبيق لهاته القاعدة . ٣١٢ - مبدا ثان - يلزم ان تتوفر بعض شروط فيمن يؤدي ما على المدين اي فيمن يوفي بالالتزام فيشترط فيه ان يكون مالكا للشيء الواقع به الوفاء واهلا لتفويته (الف ٢٤٣-٢٥٣ وغيرهما)

ولنتكلم على هذين الشرطين فنقول . الشرط الاول - وهو ان يكون مالكا للشيء الواقع به الوفاء . فهذا الشرط يفيد ان المتعهد به غير معين بذاته وذلك لان ملكية الشيء المعين بذاته تنتقل للملتزم له وقت التعاقد ولا يبقى على الملتزم الا تسليم ذلك الشيء فهو اذا شرط يتعلق بخصوص الاتفاقات الواقعة على اشياء معينة بجنسها (مثلا كذا مكاييل خلا الخ) . فرع اول - اذا لم يكن الدافع مالكا للمدفوع فالدفع باطل ويقوم بطلب هذا البطلان اما الدائن الذي له الحق في القيام في كل الاحوال (ما لم يكن هذا للغير الذي وقع منه الاداء شريكا مع المالك الحقيقي) واما المدين لتدارك غلطه قبل قيام المالك الحقيقي عليه . وقد تضمن الف ٣٤٢ ان المدين الذي يجب عليه ان يكون مالكا لما يسلمه للدائن على سبيل الاداء عليه ما على البائع من الضمان (فهو يضمن العيوب الخفية وعدم كفاية الحجة) وهذا الحكم لا يجري على ماكان من قبيل التبرعات ونحوها مما ليس فيه عوض .

فرع ثان - اذا وقع الاداء بما هو على ملك الغير فلا تاثير له بالنسبة لمالك ذلك الشيء وهذا المالك له دائما حق القيام باستحقاق متاعه (عقارا كان اومنقولا) لكن مع الاحتراز على القواعد الخاصة التي جاءت بالنظر لمن حاز المنقول وهو عن حسن نية (٣١٣)الشرط الثاني - وهو ان تكون للغير الذي وقع منه الاداء اهلية التفويت فاذا كان الغير الذي ادى الدائن ما على المدين عديم الاهلية جاز له طلب ابطال ذلك الاداء استنادا الى عدم الاهلية وعلى مقتضى الاصول المتقدمة لايجوز ذلك الا له وحده طبق الفصل ١٠ الذي جاء بالنظر للقاصرين غير ان في هاته الصورة اشترط الفصل ٢٥٣ شرطا خاصا وهو حصول مضرة من الوفاء لمن ليست له اهلية التفويت واما اذا كان هذا الوفاء لايضره اقتضى به الالتزام ولايجوز للدافع استرداده من الدائن الذي قبضه :

٣١٤ ثانيا في الاشخاص الذين يمكن لهم قبول الاداء اي قبول الوفاء بالالتزام

مبدا - يقع الوفاء لنفس الدائن او لوكيله الماذون منه اذنا تاما الموجب (الف ٢٥٠) او لمن كان حائزا للدين او لدائن (٢٥٢) . اولا - الاداء لنفس الدائن . فالاصل هو ان الوفاء يقع دائما للدائن نفسه مالم تكن الصور الاتية . الصورة الاولى قد سبقت لنا معرفة الوقت الذي يصير فيه الاداء للدائن في مسالة انتقال الالتزامات (احالة الدين) غير صالح لبراءة ذمة المدين . الصورة الثانية - الاصل هو ان الوفاء للدائن الذي هو ليس باهل للتصرف غير صحيح (الف ٢٥٣) لكن الوفاء يكون صحيحا وتبرا به ذمة المدين اذا اثبت الدافع ان ذلك الشيء انتفع به على معنى الفصل ١٣ (راجع الف ١٣ والف ٢٥٣) . وكذلك اذا امضى الدائن العديم الاهلية ذلك الاداء بعد رشده (الف ٢٥٠ بالفقرة الاولى منه والف ٣٣٧ والفصول بعده) . تقتضي احكام القانون الفرنساوي وجود صورة ثالثة وهي التي فيها الدائن عديم اهلية واستعمل الجهلة للايهام بانه رشيد (الف ١٣١٠ من القانون المدني الفرنساوي) . لكن الفصل ١٠ من المجلة التونسية جاء بخلاف ذلك(٣١٥) الصورة الثالثة - لايجوز الدفع للدائن اذا وقف المال تحت يد المدين وصور الاعلام القانوني بذلك لهذا المدين . ان مسالة توقيف المال لايمكن لنا الخوض فيها لانها قانون المرافعات (الفصل ١٧٣ الذي يشير بمراجعة الامر العلي المؤرخ في غرة اوت سنة ١٨٩٨) فلنقتصر على هذا التعريف وهو القاضي بان حجز المال . هو عبارة عن تحجير يصدر للمدين من الغير الواقع منه الحجز يوجب على هذا المدين عدم اداء ما عليه لدائنه الذي هو مدين لذلك الغير .

والاصل هو ان جملة الدين المحجوز يوقف على الدائن ويصير التصرف فيه غير جائز . مثال - لزيد بذمة عمر الف فرنك وعليه ليكر مثل ذلك المبلغ

فعند الحلول وعدم خلاص بكر يوقف هذا الاخير المال تحت يد عمر اي انه يحجز الدفع لزيد الى ان يصدر حكم الحاكم في قضيته مع زيد . فمن الوقت الذي يصدر فيه الاعلام بالتوقيف لعمر ويصير الوفاء من عمر غير صحيح واذا دفع المال لزيد يلزم بالدفع مرة ثانية . ويمكن ان يشبه حجز المال بالمعارضة في الدفع التي تصدر لاحدى المصارف من شخص سرق منه سندا وضيعه . (٣١٥) ثانيا الاداء لمن له نيابة قانونية على الدائن (الف ١٥٠) . فالكلام هنا على من بيدهم توكيل صريح من الدائن بمقتضى عقد او توكيل مفهوم . وكذلك على من لهم نيابة شرعية او حكمية على الدائن (الف ٢٥٠ (كل ذلك لمباشرة القبض . يلزم توفر شرطين ليصح الاداء للوكيل . الشرط الاول . يشترط في الوكيل ان لا يكون معزولا عن الوكالة لكن في صورة العزل يكون على الدائن اصالة اعلام المدين به والا فالدفع الواقع للوكيل يبري ذمة المدين والدائن يحتمل عواقب غفلته عن الاعلام بما ذكر (الف ١١٦٣) . الشرط الثاني . هو ان يكون التوكيل صادرا من الدائن بل الدائن والا فالدفع لا تبرأ به ذمة المدين لكن ما هو الحكم اذا وقع الدفع بمقتضى توكيل مدلس ؟ فالقاعدة هو ان المدين يجبر على الدفع مرة ثانية جزاء عدم تنبهه .

(٣١٧) ثالثا . الاداء لمن بيده حوز الدين حوزا صحيحا كرسوم المأذون بدفع ما بها لحاملها (الفصل ٢٥٢) وهي صورة من انتقل اليه الدين بطريق الاحالة او الحوالة . وكذلك صورة من كان متلبسا بشبهة وارث وذلك ولو انه فيما بعد تنتزع ممن ذكر صفة اصحاب الدين ويتلبس بها غير هم . ففي هاته الصورتين تبرأ ذمة المدين لكن على شرط ان يكون هذا المدين عن حسن نية . رابعا . الاداء لدائن الدائن في صورة حجز المال المؤيد بحكم المجلس (راجع قانون المراجعات المدنية) . فرع . المبدأ المتقدم وضعه اذا وقع الاداء لغير من سبق تعدادهم فهذا الاداء لا يكون

صحيحا . استثناء . والاداء لغير المعاقد ممن ليس بيده توكيل يبرىء ذمة المدين ان امضاه الدائن ولو ضمنيا (الفصل ٢٥٠) . ومعنى هذا الاستثناء هو ان الوفاء في هاته الصورة يبرىء ذمة المدين بقدر ما انتفع به الدائن مما قبضه . مثلا . لزيد بذمة عمر دين فيدفع عمر الدين لبكر الذي لا توكيل بيده على القبض في حق زيد فيعارض هذا الاخير بعدم صحة الوفاء فيجيبه عمر بانه دفع لبكر لانه دائن زيد فزيد قد انتفع هكذا من انقضاء بعض ما بذمته لبكر الى حد مقدار ما وقع دفعه .

٣١٨ ثالثا . ما هو الشيء الذي يلزم اداؤه ؟

مبدأ . يقع الوفاء بتسليم الملتزم به في العقد قدرا وصفة بالكيفية المقررة بالعقد او التي جرى بها العرف (الفصل ٢٥٤) . فرع اول . لا يسوغ للمدين الزام الدائن بقبول شيء اخر عوضا عن المتعهد به (الفصل ٢٥٤) لكن قد يحدث ان الدائن يرضى بقبول شيء غير الذي وقع به الالتزام الاول ففي هاته الصورة يكون الوفاء حاصلا بطريق التجديد او التصيير بالدين (الفصل ٣٤١) ورضاء الدائن بما ذكر يحمل على الظن اذا قبل اداء شيء غير المتعاقد عليه (الفصل ٣٤١) .

فرع ثان . ليس للمدين ان يلزم الدائن بقبول جزء من الدين او بقبول الاداء اقساطا وهذا التحجير يتعلق ايضا بفوائض الدين ويستثنى مما تقدم اي مما اقتضاه الفرع الثاني الصور الاتية .

اولا . قد سبق لنا عند شرح قواعد قابلية الديون للقسمة ان الدين اذا لم يكن غير قابل للقسمة يقسم اصالة فيما بين الورثة ولا يتسنى للدائن ان يجبر كلا منهم على اداء اكثر من منابه فالدائن في هاته الصورة لا يقبض دينه عن كرة واحدة ففي المثال المتقدم يلزم كل من الوارثين باداء منابه الذي هو فرنكات ٥٠٠ بدون ان يتيسر له جبر الدائن على قبض ذلك القدر عن عدة كرات . ثانيا . يكون الخروج عن هاته القاعدة بالاتفاق الصريح فكثيرا ما يشترط في عقود البيع ان

المشتري قبل منه دفع الثمن اقساطا في اجل مسمى . ثالثا ـ لا تنطبق هاته القاعدة ايضا اذا كان الاداء بالكبيالات . رابعا ـ يتجزا الدين لزوما اذا وقعت المقاصة بمبلغ دون مبلغ الدين . مثال ذلك ـ زيد الذي هو عامر الذمة لعمر بالف فرنك يرث في بكر الذي كان له على عمر دين قدره فرنكات ... فتقع المقاصة بين زيد وعمر في الفرنكات ... ويبقى زيد مطلوبا بما بقي اي بفرنكات ... فهنا تجزأت تجزئة دفع الدين الاول التي قدره الف فرنك . خامسا ـ اذا كان هناك عدة كفلاء لاضامن بينهم فلا يطالب كل منهم الا بحصة من الدين المكفول فهذا يتجزا به الاداء (الفصل ١٥٠٠) . سادسا ـ اذا طالب الكفيل التي وقع القيام عليه بالاداء الزام الدائن بعقلمة وبيع مكاسب مدينه فذلك يؤول غالبا الى التحصيل على قبض شيء من دينه اي جزء منه وعندئذ يطلب الكفيل بالباقي (الفصل ١٤٧٨) . (١) ٣٢٠ صورة تطبيقية اولى ـ تتعلق بالمبدا المتقدم وضعه وهي الصورة التي فيها موضوع الدين شيء معين بذاته . مبدا اول ـ المدين في هاته الصورة تبرأ ذمته بتسليم الشيء على الحالة التي هو عليها وقت التعاقد (الفصل ٢٥٧) مبدا ثان ـ لاضمان على المدين من وقت التعاقد الى وقت التسليم اذا تلف الملتزم به او تعيب بسبب امر طارئي او قوة قاهرة . لكن عليه ذلك الضمان اذا كان التلف والتعيب من فعل او تقصير ينسب اليه على مقتضى القواعد المقررة بمبحث ضمان التالف ومبحث الخطا . استثناء ـ العهدة اصالة على المدين اذا كان مماطلا فحصل العيب اثناء مماطلته (الفصل ٢٥٧) (راجع العدد ٢٣٢ من هذا الشرح) . ٣٢١ صورة تطبيقية ثانية اذا كان الملتزم به معينا بجنسه فقط فليس على المدين ان يعطيه من الاعلى كما لا يسوغ له ان يعطيه من الادنى بل يعطيه من النوع المتوسط (الفصل) .

(١) تضاف صورة سابعة وهي صورة الاجل الممنوح من الحاكم على مقتضى الامر العلي المؤرخ في نوفمبر سنة ١٩٢٢ .

واذا كان الملتزم به من المثليات فليس على المدين الا ما نص عليه في الالتزام قدرا ونوعا وصفة مهما كانت الزيادة او النقص من قيمته . وينتفع هذا المدين من النقص التي يقع في قيمته (الف ٢٥٨) واذا صارت الاشياء وقت حلول الوفاء مفقودة فليس للدائن طبيعة ان يجبر المدين على المستحيل وانما تكون لربه طريقتان ـ الاولى ـ انتظار وجودها ـ الثانية ـ فسخ العقد مع الرجوع بما سبقه من الثمن (الف ١٢٥٨) .

٣٢٢ ـ صورة تطبيقية ثالثة ـ وهي التي فيها الملتزم به مبلغ من المال .

ينبغي هنا افتراض ثلاثة امور . اولا ـ اذا وجب الوفاء بالمملكة التونسية وتعيين الدين بنقود اجنبية سائغ الاداء بالنقود الرائجة بالايالة رواجا قانونيا لانه يمكن اصالة رفض النقود الاجنبية اذ ليس لها رواج قانوني الا اذا صرح بالعقد بان الوفاء لا يكون الا بنقود اجنبية (فتكون عندئذ معتبرة كسلعة من السلع) وتحديد هذه النقود يكون بمقتضى السعر الرائج بمكان الاداء يوم حلول الدين (الف ٢٥٩) . ثانيا ـ اذا بطل التعامل بالنقود المعينة في العقد او انقطعت وقت حلول الدين كان اداؤه بالمسكوك المتعامل به في المملكة التونسية وبحسب ما لتلك النقود من القيمة النوعية وقت العقد (الف ٢٦٠) . كيف نفهم معنى القيمة النوعية ؟ لم يبين لنا القانون ذلك فالاصح فيما يظهر هو اعتبار هاته القيمة بالنسبة لاهمية المعدن الثمين المتركبة منه القطعة الواحدة من السكة الاجنبية المعينة في العقد (راجع الصحيفة عدد ٩٩ والفقرة عدد ٣٧٦ من مختصر هريل في القانون الاسلامي) .

لكن هل كان ذلك قصد المشرع ؟ اليس قصده مجرد القول بان هاته القيمة النوعية انما هي قيمة السكة التي رواجها مقررة على نسبة الصرف وقت التعاقد ؟

فالمسالة محل خلاف ويلزم استيعاب مقصد الجانبين من احوال العقد .

ثالثا ـ اذا كان اهم النقود المذكورة بالعقد يصدق على مسكوكات رائجة مختلفة القيمة ووقع الشك برئت ذمة المدين باداء الدين من السكة الاقل قيمة ومع ذلك

من المدين يحمل في عقود المعاوضة المحققة (لا الصدفية) راجع الحقيقة عدد ١١ على انه من المسكة الاكثر رواجا فان استوت انواعها فيه ساغ فسخ العقد (الف ٢٦١)

مسألة - على المدين ان يوفي بالدين بالنقود المعين نوعها بالعقد (ككونها من فضة او ذهب او اوراق مالية الخ) لكن اذا اوجبت الدولة لسبب ما طرا على النقود بموجب حرب مثلا حتمت الدولة التعامل بالاوراق المالية (كاوراق البنوك مثلا) فلا يسوغ للدائن عدم قبول الاداء بالاوراق المذكورة ولو كان الاداء بتلك الطريقة مخالفا للاتفاق . ففي هاته الصورة يكون ما اوجبته الدولة بمثابة قانون سنته الدولة لتحقيق النظام فمن ذلك تأتي عدم جبر المدين على دفع الفرق بين قيمة الاوراق والمسكوك (راجع الفقرة عدد ١٠٩ من تاليف ابري وترو)

تنبيه - لايلتبس الرواج القانوني بالرواج الجبري . فالرواج الجبري هو تجبير الزام البنوك الدولية بتعويض الاوراق المالية بمقابلها من النقود الفضية او الذهبية . واما الرواج القانوني فهو عبارة عن الزام العموم بقبول النقود او الاوراق المالية المتداولة . فالدائن الذي طلب من مدينه الف فرنك مثلا يمكن جبره اصالة على قبول الالف فرنك متركبة من قطعة من نحاس ذات خمسة صانتيمات لكن جرت العادة بان الصناديق العامة هي التي تجبر على مثل ذلك واما العموم فلا يمكن جبرهم على قبول قطع النحاس او قطع الفضة بدون تحديد الكمية والمسالة يتبع فيها القانون الفرنساوي الصادر في ١٨ اوت سنة ١٨١٠ والقانون الفرنساوي الصادر في ١٤ جويلية سنة ١٨٦٦ والاتفاق الخاص بالنقود الواقع في ٦ جانفي سنة ١٨٨٥

٣٢٣ رابعا - في طرح المرفوع من الديون

لزيد على عمر عدة ديون متباينة دين بالف فرنك ودين بفرنكات ٥٠٠ ودين بفرنكات حل اجل دفع جميعها فيدفع عمر منها فرنكات ١٢٠٠ . فاي الديون انقضت بهذا الدفع ؟ فالفصلان ٣٤٣ - ٣٤٤ تضمنا القواعد التي تنطبق

على هذا الموضوع . مبدا - اذا كان على المدين ديون متعددة ودفع شيئا منها طرح من الدين الذي عينه عند الدفع فان سكت بقي له الحق ببيان مراده (الفصل ٣٤٣) . واذا اقبل المدين توصيلا من الدائن فيه تعيين الدين التي طرح منه المدفوع فيحمل على انه رضي بكيفية الطرح هاته رضاء مفهوما ولم يبق له طلب طرحه من دين اخر اذا وقع الطرح بصفة توافق مصالحه (اي بصورة مطابقة لقواعد الف ٣٤٣) . سؤال - كيف يكون الامر اذا لم يعين المدين الدين الذي يريد طرح المدفوع منه واذا كان الوصل المسلم من الدائن خاليا من بيان الدين الذي يطرح منه المدفوع ؟ الجواب عن هذا السؤال تضمنته قواعد الف ٣٤٣ واليك ما يلزم اجراؤه في هاته الصورة على مقتضى القواعد المذكورة . اولا - يطرح المدفوع من الدين الذي للمدين اكثر مصلحة في خلاصه . ثانيا - فان كان هناك عدة ديون حالة طرح المدفوع من الدين الذي فيه اقل توثقة للدائن وهي الصورة الوحيدة التي جاء فيها القانون بمراعاة مصلحة الدائن . ثالثا - واذا كانت الديون متساوية في التوثقة طرح المدفوع من اثقل دين على المدين (من حيث المصاريف مثلا) . رابعا - وان كانت الديون متساوية في الثقل طرح المدفوع من الدين الاسبق تاريخا : وفي كل هاته الاحوال ابقي للحاكم النظر المطلق

(٣٢٤) خامسا - في مكان الاداء - مبدا - الوفاء يكون في المحل المبين بالعقد (صراحة او مفهوما) والافوقوعه يكون في المحل الذي يقتضيه نوع الشيء المتعاقد عليه (الف ٢٦٢) . سؤال اول - اذا سكت العقد كيف العمل هناك صور ثلاثة : الاولى يقع الوفاء في محل التعاقد ان كان في نقل الشيء مصروف او مشقة (الف ٢٦٢) . الثانية - فان امكن النقل بغير ذلك وفي المدين حيثما وجد الغريم الا اذا كان له عذر مقبول في عدم قبوله للوفاء هناك وعلى كل حال هاته مسالة موكولة لاجتهاد المجلس (الف ٢٦٢) . الثالثة - واذا كان الالتزام ناشئا عن جنحة او ما اشبهها كان الوفاء

حيث كان المجلس الذي نشرت النازلة لديه (الفـ ٢٦٢) . سؤال ثان ـ هل الدين على مقتضى القانون التونسي يؤتى به للدائن وهو في محله او ياتي الدائن لمحل المدين ليتسلمه منه ؟ فعلى مقتضى القانون الفرنساوي يقع التسليم في موطن المدين ما لم يكن المتعاقد عليه شيئا معينا بذاته او كان الاتفاق يقتضي خلاف ذلك . واما على مقتضى القانون التونسي فان الدين يؤتى به للدائن الذي يكون مستخرجا من الاتفاق . واما وقوع الاداء في موطن المدين فهو استثناء من القاعدة (راجع الفـ ٢٩١)

٣٢٥ ـ سادسا في الوقت الذي يقع فيه الوفاء . مبدا ـ اذا لم يعين اجل الوفاء ولم يكن هناك اجل توقيف فالالتزام يتحتم اجراؤه حالا . ملاحظة ـ يجوز للدائن ان يمهل مدينه على وجه الفضل اذ ان كل ما يقع عليه الاتفاق بين المتعاقدين يقوم مقام القانون فيما بينهما وهذا الامهال يوقف اعمال التنفيذ غير انه لا يمنع اجراء وسائل الاحتفاظ التي على الدائن اثبات لزوم اتخاذها . ويترتب على هذا الامهال من النتائج ما يترتب على الاجل (راجع مبحث الاجل تحت العدد ١٩٧)

٣٢٦ ـ سابعا ـ في مصاريف التنفيذ . ان مصاريف الاداء (اي المصاريف التي تترتب على تسليم الشيء وعن اعطاء توصيل فيه ومصاريف النقل ومعلوم التاشير الخ) . تحمل على الطرف الذي يعينه القانون او العرف عند عدم تعيين العقد له (الفـ ٢٦٤) . وفي غير هاته الصور مصاريف الوفاء تكون على المدين ومصاريف القبض على الدائن (راجع الفـ ٦٠٤ ـ ٦٠٥ من باب البيع لتطبيق هذا المبدا) :

٣٢٧ ـ ثامنا ـ في اثبات الوفاء بالالتزام واثبات الاداء . مبدا ـ تطبق على هاته المسالة قواعد الاثبات العامة .

وقد تضمن الفـ ٢٦٥ والفصول بعده احكاما خصوصية تسهل للمدين اثبات خلاصه . خاصية اولى ـ اذا ادى المدين ما عليه جاز له استرجاع رسم الدين بعد ان يوقع عليه الدائن كما يجب بما يقتضي خلاصه (الفـ ٢٦٥) اذا لم يمكن ترجيم

الرسم بالفعل (كما في صورة ضياعه) او قانونا (كما في صورة وجود مصلحة مقبولة قانونا للدائن في ابقاء الرسم تحت يده) فللمدين ان يطلب حجة بالشهادة العادلة في خلاصه (الفـ ٢٦٥) ومصروف هاته الحجة يكون على الدائن حسبما يستفاد ذلك من معنى الفصل العام . خاصية ثانية ـ اذا وفى المدين ببعض ما عليه اقساطا فله ان يطلب امرين . اولا ـ توصيل في كل قسط دفعه . ثانيا ـ التنصيص على كل قسط دفع بحجة الدين (الفـ ٢٢٦) . خاصية ثالثة ـ اذا كان الملتزم به ايراد راتب او كراء او غير ذلك من الاداءات الدورية فالتوصيل المعطى في قسط من الاقساط يفيد ابقاء الحق في المطالبة بما تقدمه يحمل على الظن وقوع الخلاص فيما تقدمه . (وعلى مقتضى القاعدة هاته القرينة من شانها ان تعارض بما يثبت خلاف ما تقتضيه) :

٣٢٨ ـ في عدم الوفاء بالالتزام ـ مبدا عام ـ يجوز للدائن في جميع الالتزامات الزام مدينه بالوفاء بما التزم به بطرق قانونية مختلفة . فهناك حقوق اصلية وحقوق فرعية وحقوق تكميلية مخولة للدائن يقوم بها عند عدم الوفاء بما التزم به وكذلك عندما تظهر سوء النية من مدينه .

الفقرة الاولى في الحقوق الاصلية . للدائن في صورة عدم الوفاء بالالتزام ان يستعمل طريقة الجبر وطريقة التنفيذ الجبري . مبدا اول ـ يلزم ان يحصل عند الامكان من التنفيذ الجبري الذي يطلبه الدائن لالزام مدينه بالوفاء بما تعهد به عين ما قصد الدائن التحصيل عليه بموجب الالتزام . فرع اول : اذا كان الالتزام باداء مبلغ من المال فلا يعين التحصيل على ما ذكر اذ يقع التنفيذ باجراء عقلة على مكاسب المدين (من منقول وعقار)

فرع ثان ـ والامر كذلك اذا كان موضوع الالتزام شيئا معينا بذاته سواء كان عقارا او منقولا فرع ثالث ـ وكذلك ايضا اذا كان الالتزام بما يكال او يوزن (كالتزام بكذا مكاييل قمحا او زيتا) فالمجلس اما انه يرخص للدائن التحصيل على المتعهد به على نفقة المدين او يلزم هذا المدين بدفع مبلغ من المال للدائن يساوي ثمن

قيمة المتعهد به . فرع رابع ـ ويكون الامر كذلك اذا كان المتعهد به عملا او خدمة كبناء حائط او صنع تحفة وغير ذلك فاذا امتنع المدين من اتمام الخدمة جاز للدائن ان يجري ذلك العمل بواسطة غيره من مال المدين بغير ان يتجاوز المقدار اللازم للتنفيذ فان تجاوز مائة فرنك لزم الدائن استئذان الحاكم (الفصل ٢٧٥) (يراجع تطبيق ذلك بالفصل ١٣٨٠ فيما يتعلق بالخماسة) . واما اذا كان العمل المعهد به يتوقف اتمامه على ذات المدين وامتنع هذا المدين من مباشرة العمل فيستحيل في الغالب التحصيل بطريق التنفيذ على النتيجة المقصودة من الالتزام (كما في صورة التزام مصور شهير بجعل رسم شخص) . فرع خامس ـ التنفيذ بتحصيل الشيء المقصود بنفسه من الالتزام تزداد صعوبته اذا كان موضوع الالتزام النهي عن عمل شيء وصدر من الملتزم ما يخالف التزامه هذا لانه يترتب غالبا على مباشرة المدين لما وقع نهيه عنه نتائج لا يمكن تداركها . مثال ـ اشترى زيد ارضا من عمر وقع الاتفاق بينهما على ان القاني لا يزيل صف الاشجار الموجودة شمال الارض المذكورة فمر عمر عوض ان يمسك على تقليع الاشجار وفاء بالتزامه ازال ما ذكر . فزيد عند وقوع ذلك اما انه يحصل على تعويض الخسارة او على فسخ البيع واما النتيجة المقصودة من التعاقد فلا يمكن قط لزيد التحصيل عليها حيث ان الاشجار وقع قلعها . لكن ان اجرى الملتزم ما تعهد بعدم اجرائه ساغ للملتزم له ان يطلب اذنا من الحاكم بازالة ما أجراه الملتزم المذكور ومصروف ذلك من مال المخالف (الف ٢٧٦) فيما تقدم من الامثلة يظهر ان كل الالتزامات من شانها ان يقم تنفيذها بما تحصل منه النتيجة المقصودة بالذات من التعاقد ولا خصوصية في ذلك للالتزام بتسليم شيء

مبدا ثان يجب على الدائن ان يطلب من الحاكم غصب المدين على الوفاء (الف ٢٧٣) وهذا الغصب يقم بالطرق القانونية اي بالاستعانة باعوان القوة العامة وطبق الوسائل المبينة بقانون المرافعات المدنية على مقتضى المبدا الاول

غصب المدين على الوفاء يمكن طلبه من الحاكم كلما كان الوفاء ممكنا وليس للحاكم ان يحكم من تلقاء نفسه بتعويض الخسارة بدلا عن التنفيذ الجبري فان كان الوفاء لا يتيسر الا في البعض صار للدائن اما طلب الوفاء الجزئي او فسخ العقد مع تعويض الخسارة في كلا الحالتين (الف ٢٧٣)

ملاحظة ـ اذا كان الوفاء غير ممكن بتاتا جاز للدائن ان يطلب من الحاكم فسخ العقد زيادة على تعويض الخسارة (راجع ما سيقال بعد عند الكلام على الحقوق الفرعية) وحتى اذا اشترط العاقدان الفسخ عند عدم الوفاء فان هذا الشرط ينفسخ به العقد بدون احتياج الى تداخل الحاكم (الف ٢٧٤) لكن لابد من هذا التداخل عند طلب تعويض الخسارة .

٣٣١ ـ الفقرة الثانية في الحقوق الفرعية : كغرم الضرر

قد راينا في مبحث الفقرة الاولى ان الدائن يحصل على عين ما اشترطه عند التعاقد لكن اذا كان القانون عاجزا عن تحقيق تسليم ما يماثل المتعهد به فانه على الاقل يمنح ذلك الدائن ما يساوي الملتزم به (الفصلان ٢٧٥ ـ ٢٧٦) وهذا المقابل يعبر عنه بالغرم . والغرم اما انه يعين من قبل في شرط من شروط العقد (يقال له الشرط التغريمي) او ان الحاكم يعينه باجتهاد بطلب من الملتزم له .

في الخسارة التي يعينها الحاكم

مبدا ـ اذا قام الدائن بموجب عدم الوفاء بكامل الالتزام او ببعضه او ايضا بموجب وقوع المماطلة في الوفاء من المدين جاز له ان يطلب الحكم بغرامة مالية تعويضية مهما كان موضوع الالتزام ككونه اعطاء شيء او اجراء عمل او ترك عمل

وهاته الغرامة تكون اما في مقابلة عدم الوفاء او في مقابلة التاخير الحاصل في الوفاء ففي الصورة الاولى يعوض فيها ما حصل من الضرر لكسب الدائن اذا حرم هذا الكسب من المتعهد به وفي الثانية يعوض الضرر الحاصل بسبب التاخير . وفي كلا

الصورتين تطبق القواعد آلاتي غير انه هناك بعض خصائص تتعلق بالغرامة التي في مقابلة التاخير الحاصل في الوفاء . (نعم هناك خاصيتان اولاهما ان غرامة التاخير لاينظر فيها للضرر وثانيهما لا يمكن تلافيها بالوفاء

٣٣٢ في الشروط اللازمة لاستحقاق الغرم

مبدا اول ـ يلزم لمطالبة المدين بجبر الخسارة ان يكون هذا المدين قد تاخر عن الوفاء بما التزم به اي ان يكون مماطلا . والمماطلة هي التاخير عن الوفاء بسبب غير صحيح (الف ـ ٢٦٨) .

في الكلام على مما طلة المدين

اولا ـ في كيفية وقوع المماطلة . افتراض اول ـ يعد المدين مما طلا بمضي الاجل المعين في العقد بدون ان يسال الخلاص (الف ٢٦٩) . واما القانون الفرنسي فانه لا يعتبر المدين مماطلا بمجرد حلول الاجل فلا يلزم مع ذلك شرط صريح في العقد اوسؤال الدائن الخلاص من المدين . فالقانون التونسي قد اتبع مبدا قديما قاضيا بعدم لزوم الانذار . لايلزم ذكر التاريخ بالارقام اتعابيق الفصل ٢٦٩ بل يكفي مجرد تعيين حادثة محققة الوقوع فيكفي مثلا تاريخا ذكر المدين بانه يسلم كمية القرط التعهد بها فامجرد حصد ماذكر يعتبر ذلك المدين مماطلا . افتراض ثان ـ اذا لم يعين اجل في العقد فلا يعد المدين مماطلا الا بعد ان يساله الدائن او نائبه القانوني بوجه صريح قضاء الدين (الف ـ ٢٦٩) وذلك في الوقت الذي يحل فيه تنفيذ الالتزام .

في كيفية اجراء ذلك

ان القانون التونسي لم يشترط مثل القانون الفرنساوي استعمال الشدة والضغط في السؤال بل يكتفي باعلام المدين باي طريقة كانت بان دائنه يطالب الوفاء وانما يجب ان يكون السؤال كتابة باي كيفية كانت سواء برسالة برقية او بمكتوب

مضمون او باستدعاء للحضور لدى المحاكم ولو كان نظر الحاكم لايشمل تلك النازلة (الف ـ ٢٦٩) ولا من الدائن الا اثبات بلوغ انذاره للمدين .

٣٣٣ ـ وسؤال الدائن يتضمن امرين

الاول ـ انه اي الدائن يطالب من المدين الوفاء بما التزم به (ويعين له لذلك مدة معقولة) والثاني ـ اذا مضى هذا الاجل عد الدائن نفسه بريئا مما تعهد به . وانذار الدائن للمدين بالوفاء لايعتبر اذا وقع في وقت اوفي محل لايجب فيه الوفاء (الف ٢٧٢) وهذا الانذار يقع للمدين وبعد موته لكل من ورثته (الفصل ١٧٢) فان كان قيم قاصر او صغير وجب الانذار للـولي (الف ـ ٢٧١) . ملاحظة ـ لايجب على الدائن ان ينذر المدين في حالتين . الاولى ـ اذا امتنع المدين من الوفاء امتناعا صريحا الثانية ـ اذا صار الوفاء غير ممكن (الف ـ ٢٧٠) وفعلا فاي فائدة تحصل من الانذار في خصوص هاتين الحالتين ؟ ٣٣٤ سؤال ـ هل توجد صورة ثالثة لم تنص عليها المجلة التونسية لكن يمكن تشبيهها بالصورتين المتقدمتين ؟ نعم وهي الصورة التي تستنتج فيها مماطلة المدين من طبيعة الالتزام او من ضروريات النازلة . مثال ـ التزم صاحب معمل حلويات لشخص بتسليم كمية من الحلويات بمناسبة عيد الفطر فاذا مضى العيد ولم يسلم ماذكر انعدمت الفائدة التي قصدها الملتزم له فصاحب المعمل يعتبر حينئذ مماطلا من يوم العيد ولو لم يقع تعيين اجل للوفاء . قد نص القانون المدني الفرنساوي بالفصل ١١٤٦ على هاته الصورة . فالخسارة على مقتضى هذا النص يدفعها الملتزم ولو كان غير مماطل اذا كان ما التزم بتسليمه او عمله لا يمكن تسليمه او عمله الا في مدة محدودة وانقطعت هذه المدة . واما المشرع التونسي فانه لم ير فائدة في اتباع هذا الحكم وهو الواقع نظرا للطريقة التي سنها في موضوع المماطلة وهي القاضية بان المماطلة تحصل بالنسبة للمدين بمجرد حلول الاجل . وعليه فوجه الحكم في الصورة المذكورة كما في القانون الفرنساوي بالرغم

عن الغاء المقنن التونسي لذلك النص . فعلى مقتضى الفصل ٧٤٧ من مجلة العقود والالتزامات يستحق المكتري التصرف في المكتري وحوزه بدون شغب (راجع ايضا الفـ ٧٥٨) فالمكري ملزوم بسبب ذلك باجراء جميع الاصلاحات اللازمة بمقتضى طبيعة العقد واذا تاخر عن اجراء ماذكر حرم المكتري موقتا من التصرف في المكترى وعليه فالمكري ملزوم من اول الامر الى آخره بتحقيق تصرف المكتري في الشيء مدة التسويغ وبالتالي فهو يعد مماطلا كلما تحتم اجراء اصلاح وتحمل عليه الخسارة الناشئة عن عدم وفائه بما هو ملزوم به او عن تاخير ذلك ٣٣٥ ثانيا ـ ماذا يترتب عن مماطلة المدين ؟ يترتب على ذلك ما سياتي . اولا يثبت عدم الوفاء وسبب ذلك يطالب المدين بتعويض الخسارة (وهذه الخسارة اما ان يعينها الحاكم او تكون معينة في العقد بمقتضى شرط تغريمي) . ثانيا ـ في الالتزامات بالاعطاء التي موضوعها شيء معين بذاته تحمل مسؤولية تلف الشيء او تعيبه بامر سماوي او قوة قاهرة عن المدين المماطل (وهو البائع في صورة البيع) اي على من عليه التسليم (راجع ماسيقال في الملحق الاول المتعلق بمماطلة الدائن) . ٣٣٦ مبدا ثان ـ للحكم بالغرم يلزم ايضا ان تكون هناك خسارة حاصلة للدائن اي يلزم وجود ضرر ممكن تقديره بالمال ويكفي حصول ضرر معنوي للقيام بطلب الغرم لكن على شرط ان يكون ممكن التقدير بالمال . فرع اول ـ اذا وجد الضرر لزم المدين تعويضه ولو حصل الدائن على فسخ العقد وصار بسبب ذلك غير مطلوب بالوفاء بما عليه من جزاء الالتزام (الفصلان ٢٧٣ ٢٧٤) . فرع ثان ـ والامر كذلك في صورة عدم الوفاء ببعض الالتزام غير انه في هاته الصورة يحط من الغرامة على نسبة ما حصل به الوفاء . فرع ثالث ـ وكذلك اذا حصل الضرر للدائن وللغير الذي عقد الدائن في حقه (الفـ ٢٧٩) فهناك ضرر مضاعف فعلى نسبة الضرر تكون الخسارة . فرع رابع ـ كما ان تاخير الوفاء من تاريخ المماطلة

يوجب جبر الخسارة الناشئة عنه (الفـ ٢٧٧) انظر العدد ٣٤٥ ٣٣٦ مبدا ثالث ـ يجب ايضا ان يكون عدم الوفاء لسبب ينسب للمدين . فاذا لم يوف المدين بالالتزام بالرغم عن وقوع الانذار فذلك يعد منه تقصير وعليه فلا يلتفت الى حسن او سوء نيته لحمل الخسارة عليه بل يكفي عدم وقوع الوفاء بالالتزام وحصول الضرر (الفـ ٢٧٧) ولا يترتب على سوء النية سوى التثقيل وعليه يرقم مقدار الخسارة . واما اذا كان المدين غير مماطل عند حدوث ما تسبب عنه عدم الوفاء بالالتزام او تاخير هذا الوفاء فلا يحكم بالغرم الا اذا كان السبب المذكور ينسب للمدين وفي هاته الصورة الثانية لا يلزم المدين بتعويض الخسارة اذا كان السبب فيما ذكر القوة القاهرة او الامر الطاريء (الفـ ٢٨٢) ولم يمكن اجتناب هذا السبب بالرغم عن استعمال كل الحزم للوصول لهاته الغاية (الفـ ٢٨٣) . وانما تحمل عليه نتائج تدليسه او تفريطه لكن اذا كان اجتناب ماذكر ممكنا لزم المدين اثبات استعماله لكل الحزم في درئه (الفـ ٢٨٣) . والسبب الحادث من خطا متقدم من المدين لا يعتبر ايضا قوة قاهرة (الفـ ٢٨٤) وليس على المدين جبر التلف ايضا اذا كان الدائن هو المماطل وزيادة على ذلك فلا يضمن من ذلك الوقت الا ما تسبب عن تدليسه وتقصيره الفاحش (الفـ ٢٨٧) . فالقانون يرى انه عند ما يصير الدائن مماطلا ينفك التزام المدين بالاعتناء بصفة خاصة بحفظ الملتزم به فلا يلوم الدائن الا نفسه حيث انه اهمل دينه . ومن المفيد ان ندرس هاته المسالة بالتفصيل لكي نستخلص مبحث الخطا كما هو مقرر بالقانون التونسي . ملاحظة ـ يستفاد مما تقدم ان اهم ما ينتج عن مماطلة المدين هو حمل المسؤولية عليه اذا تلف الشيء المعين بذاته بامر سماوي او قوة قاهرة (وسنذكر فيما بعد ما يتعلق بضمان التلف) عويضة ـ هل يصح من المدين ان يشترط في عقد اعفاءه من مسؤولية الامر السماوي والقوة القاهرة ؟ . يصح ذلك قطعا ولو باتفاق ضمني وعند الشك

يفسر هذا الاتفاق بما يفيد المدين بيمينه (الف ٥٢٩) . ويمكن ان يعفي المدين اما من جميع المواد الطارئة المتوقع حصولها او الغير المتوقع حصولها واما من الحوادث المتوقع حصولها . وفي هاته الصورة الاخيرة قرر الفصل ١٧٧٣ من المجلة المدنية الفرنساوية عدم اندراج الحوادث الخارقة للعادة (مثل التخريب الناشيء من الحروب او الغرق المتسبب من طغيان الماء الخ) تحت الحوادث المعتادة (مثل البرد والبار السماوية الخ) فالحوادث الغير المعتادة معفى منها المدين طبق الاصول العامة . هذا وقد قرر المشرع التونسي بالفصل ٨١٧ (النص الجديد) جوازا اعفاء المدين مما ذكر بمقتضى اتفاق لكنه لم يفرز صراحة الحوادث الغير المعتادة فبالرغم عن ذلك يكون وجه الحكم كما في القانون الفرنساوي استنادا الى ادارة الطرفين الواضحة التاويل .

٣٣٨ في الخطا التعاقدي او المؤاخذة بضمان العقد

الخطا هو كل مايفيد عدم القيام بما اوجبه الالتزام . فيكون تارة نتيجة فعل صادر من المدين واخرى نتيجة ترك هذا المدين ما وجب فعله . يعرف الخطا بالجواب عن هذا السؤال وهو ما هو مقدار الهمة التي على المدين صرفها للقيام بما اوجبه عليه تكلفه بحفظ الشيء المتعاقد عليه من وقت التعاقد الى الزمن المعين للتسليم ؟ فذلك يوهم ان المتعاقد عليه شيء معين بذاته لكن لا يفيد مبحث الخطا بهاته الصورة بل ينطبق في الواقع على جميع صور الالتزامات القاضية باعطاء شيء او اجراء عمل او ترك عمل . فالمدين الملزوم باجراء ما يلزم لحفظ المتعهد به وباجتناب ما من شانه ان يعيبه وان لم يفعل عد مخطئا ويطالب بتعويض الخسارة . فكيف نفهم اذن معنى التفريط ؟ وما هو مقدار اهمية الحفظ المطلوب من المدين ؟

هناك ثلاث حالات يمكن العثور على شيء منها بالقانون التونسي . الحالة الاولى - التي فيها العقد عقد معاوضة محققة . فالمدين مطلوب في هاته الصورة بصرف

الهمة التي يصرفها من اعتيد منه حسن ادارة اموره وتحمل عليه مسؤولية ما ينشا عن خطئه الخفيف . في البيع . نص الفصل ٦٠٧ على فعل المدين او تفريطه لكن بدون ان يضبط اهمية فعل المدين وعليه فكل تفريط يسأل به ولو كان خفيفا . في بيع الثنيا . استعمل الفصل ٦٩٦ ذلك "الافراط" لكن بشيء من الضبط دل على ان الطريقة التي اخذها القانون تقتضي حمل ضمان معقول على المدين لا افراط فيه . وفعلا فقد تضمن هذا الفصل ان المدين (اي المشتري بالثنيا) لا يطالب بالتغيير الذي لا بال له وهذا هو معنى اتخاذ الوسط في السلوك . في الكراء - الفصل ٧٦٧ قد اوجب هذا الفصل على المكتري حفظ ما اكتراه واستعماله بدون افراط ولا تفريط حسب اعدته له طبيعته او العقد . وكذلك في صورة كراء الارض المعدة للحراثة (الفصل ٨٠١) . في الوديعة باجر - تضمن الفصل ١٠٢١ ان المستودع يضمن حتى اسباب الضياع والضرر التي يمكن الاحتراز منها (نظر بين هذا الفصل والفه ١٠٠٠) . في الوكالة باجر - النص واحد وهو الذي اشار الفصل ١١٢٣٧ بمراجعته . في رهن الانتفاع - تضمن الفصل ١٦١٥ ان المرتهن من واجبه ان يتصرف في المرهون بالمعروف والاحسان (اي كما لو كان المرهون له) . في القراض - تضمن الفه ١٢٠٢ ان العامل يضمن الخسارة الناشئة عن فعله او تقصيره كالوكيل المأجور :

الحالة الثانية - التي فيها العقد اكثر فائدة للملتزم له (كما في صورة الوديعة بدون اجر) . فالمدين لم يلتزم الا بقصد فعل المعروف . فما لطم مسؤوليته اخف وليس عليه في هاته الصورة الا حفظ الشيء كما لو كان ذلك الشيء له فاذا كان معروفا بسوء ادارة اموره جاز اغتفار ما يصدر منه من التفريط الخفيف الذي لا يغتفر في الصورة المقدمة وهنا يجدر بنا ان نلاحظ ان الاثبات عسير في هذا الموضوع وان موقف الحاكم صعب لانه هو الذي ينظر في وجود التفريط من عدمه باعتبار الظروف والاشخاص ومبحثنا هذا معتبرة فيه الوجهة الاجتهادية اكثر من الوجهة القانونية والتفريط فيه

تختلف اهميته بحسب ذات المفرط لا بحسب الضرر كما في صورة الجنحة او شبهها .
في الوديعة التي بلا اجر قرر الفصل ١٠٠٠ ان المستودع ملزم بان يعتني بحفظ الوديعة اعتناءه بحفظ ملكه (تطبيقه بالفصل ١٠٢٠) . في الوكالة التي بلا اجر - ينطبق هنا ايضا الفصل ١٠٠٠ كما ذلك بالفقرة الاولى من الفصل ١١٣٧ . في شركة الملك - قرر الفصل ١٢٣٤ ان كلا من الشركاء عليه الاعتناء بحفظ المشترك كاعتنائه بملكه الخاص (وفعلا فهو مالك بمشاركة غيره)

الحالة الثالثة - التي فيها العقد لفائدة المدين دون الدائن فبالطبع يطلب منه اعظم اعتناء بحفظ الشيء المتعاقد عليه فهناك نجد ايضا مايذكرنا للتقسيم الذي سبقت الاشارة اليه .

في العارية - قرر الفصل ١٠٦١ ان على المستعير ان يعتني كل الاعتناء بحفظ المعار فهناك اعتناء ليس باعتناء متوسط مثل الذي يتوقع ممن اعتيد منه حسن ادارة اموره بل هو اعتناء خصوصي وقد تضمن الفصل ١٠٧٠ بفقرته الثالثة ان المستعير ملزوم بالاحتفاظ على العارية بمايلزم من الوسائل وهو ما يعبر عنه قدماء الفقهاء بان المدين يضمن مايترتب عن تفريطه الخفيف جدا فالجانبان يجوز لهما الاتفاق على تضييق او توسيع الضمان الذي على المدين الا انه يلزمهما ملاحظة ان كل شرط يقتضي اعفاءه من مسؤولية تدليسه لا عمل عليه لمنافاته للاخلاق الحميدة ولربما ايضا كل شرط في اعفائه من مسؤولية خطئه الفاحش (كما هو جار بالتطبيق تماما) . ملاحظة اولى - ان تقسيم الخطا الى ثلاث حالات ربما يصلح لضبط المعنى بكيفية واضحة ولجمع الفكرة وحصرها في الموضوع لكن مبحث الخطا من الوجهه العملية انقص ايضاحا بكثير والحالات التي استخرجناها منه لا توجد مفككة بل مرتبطة ببعضها بعضا

٣٤٠ - ملاحظة اولى - ما حصلنا من مبحث التفريط يتعلق بخصوص المسؤولية التعاقدية ولا ينطبق على المسؤولية التي مصدرها الجنحة او شبهها . وقد

سبق لنا ان في صورة الجنحة تنشا المسؤولية عن اخف تفريط وان اهم ما يعتبر في هذه الصورة هو الضرر الحاصل ولزوم تعويضه بتمامه ولو كان هذا الضرر متسببا عن مجرد غفلة او خطا ممن احدثه فيستفاد من ذلك ان القانون احكامه اشد بكثير في المسؤولية المتولدة عن الجنحة وذلك مفهوم اذ ان المتضرر في هذه الصورة لم يكن متوقعا لذلك الضرر ولم يكن في امكانه اخذ الاحتياطات اللازمة والامر بخلاف ذلك في المسؤولية التعاقدية . وهناك نتائج مخالفة تترتب على الخطا الجناحي . اولا - هذا الخطا لا يحمل على الظن بل يجب على طالب الغرم اثباته . ثانيا - في صورة المسؤولية التعاقدية الناشئة عن الخطا ايضا يلزم الانذار للقيام بالغرم بخلاف المسؤولية الجناحية الناشئة عن الخطا ايضا فان القيام بها لا يتوقف على انذار بل يكفي لهذا القيام حصول الفعل المكونة منه الجنحة اي حصول الضرر . ثالثا - في صورة الجنحة يحكم بالغرم من يوم وقوعها وما يحكم به يكون لتعويض الخسارة واما في صورة المسؤولية التعاقدية فالغرم بموجب التاخير في الوفاء لا يستحق الا من يوم المماطلة (الفصل ٢٧٧) رابعا - القاعدة التي تحسب عليها الخسارة تختلف باختلاف نوع التفريط . ففي صورة المسؤولية التعاقدية يبحث عن المقصد الذي ربما كان للمتعاقدين وقت التعاقد فيما يتعلق بعدم الوفاء واما في صورة المسؤولية الجناحية فلا يلتفت للضرر بجميع صفاته ١٤١ - ملاحظة ثالثة - لم نتكلم على الخطا بالنسبة للالتزامات التي مصدرها شبه العقود والقانون . فلنترك البحث فيما يتعلق بالتي مصدرها القانون اذ لم تتعرض لها المجلة التونسية وانما احكامها توجد بالفقه الاسلامي (كواجبات الولي الشرعي والواجبات التي تنشا من المجاورة في مسالة اشتراك الجدران او التي تقتضيها البنوة الخ) فالخوض في اصول هذا الموضوع التي تختلف باختلاف المذاهب لا يمكن لنا تعاطيها ضرورة وان النظر فيها ليس للمحاكم العدلية لكن لما سكت المشرع التونسي عما ذكر فلا يسعنا الا

اتباع ما سبق شرحه لتقدير اهمية المسؤولية . واما فيما يتعلق بشبه العقود فان لدينا نصا يسمح لنا بالجزم بان مسالة الخطا احكامها فيما يتعلق بالعقود كاحكامها فيما يتعلق بشبه العقود . وفعلا فان الفصل ١١٨١ الوارد في تصرف الفضولي اقتضى ان الفضولي من واجبه ان يعتني بما باشره اعتناء الحازم بامورة .

في ضمان التلف او التعيب الناشيء عن الامر الطاري، والقوة القاهرة

قد سبق الكلام على هذا المبحث عند ذكر ما يترتب من النتائج عن الاتفاق الذي موضوعه تسليم شيء معين بذاته . فسنعيد باختصار احكام هذا الموضوع العامة مع زيادة ما يقتضيه المقام من الضبط (راجع العدد ٣٠٧) . يقال في الشخص اصطلاحا انه مسؤول بالتلف او التعيب اذا وجب عليه تحمل تلف او تعيب شيء معين بذاته نشا عن الامر الطاري، او القاهرة . فاذا باع زيد مثلا دارا لعمر وهلكت الدار قبل التسليم بفيضان المياه فالمصيبة على من ؟ . قد اجاب الفصل ٨٥٠ بان ذلك في ضمان المشتري عمر . ومعنى هذا القول هو ان زيدا لا عهدة عليه بحيث انه يستخلص ثمن المبيع بالرغم من وقوع هذا الحادث وقد كنا بينا الاسباب القاضية بهذا الحكم وعليه فالتلف والتعيب في ضمان الدائن اي المشتري ولنعد ايضا ما قيل في ان مسالة ضمان التلف والتعيب لا تتعلق الا بالالتزام الذي موضوعه تسليم شيء معين بذاته ولا تتصور بالمرة فيما يتعلق بالاشياء التي لم يعين جنسها غير ان الفصل ٢٨٧ اعطى عند الكلام على مماطلة الدائن معنى اوسع لضمان التلف والتعيب (يراجع العدد ٣٥٥) ـ ٣٤٢ ـ قد تضمن الف ٢٨٣ من المجلة التونسية هذا التعريف للقوة القاهرة : « فهي كل شيء لا يستطيع الانسان دفعه » (كالحوادث الطبيعية من فيضان مياه وقلة امطار وزوابع وحريق وجراد الخ او كهجوم جيش العدو او فعل الامير كعمل جبري او انتزاع ملك قانوني) القانون التونسي لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الحادث الذي يمكن اجتنابه

لكن على شرط استعمال كل الحزم في درئه لذلك فقد اوجب هكذا على المدين انخاذ ما يلزم لدرء الحادث المذكور كما انه لا يعتبر قوة قاهرة السبب الحادث من خطا متقدم من المدين (الف ٢٨٣) . واثبات القوة القاهرة يكون بالطبع على من يدعي عدم ضمانها اي على المدين . وهناك ثلاث صور خاصة سبق لنا ذكرها يضمن فيها المدين (اي البائع) لا الدائن (اي المشتري) تلف الشيء او تعيبه بالامر الطاري، او القوة القاهرة واليك بيانها . الصورة الاولى ـ اذا اشترط ذلك صراحة في العقد . الصورة الثانية ـ اذا كان المدين مماطلا (الفصل ٢٨٠) . الصورة الثالثة ـ اذا حصل الامر الطاري، ولم يكن المدين مماطلا لكنه ارتكب خطئا كان السبب الوحيد في عدم التسليم للمتعاقد عليه (ومن المسلم ان المدين يضمن التلف اذا كان هو المتسبب فيه بتفريطه . ٣٤٣ ـ سؤال اذا كان المدين ضامنا للتلف او التعيب بالامر الطاري، او القوة القاهرة بموجب العقد ولكونه مماطلا (الفصل ٢٨٠) بماذا يكون ملزوما عند تلف الشيء ؟ . قد اجاب الفصل ٢٨١ عن هذا السؤال حيث تضمن ان المدين عليه قيمة الشيء وقت حلول الاجل فان لم يات الطالب بحجة في القيمة وجب تقديرها من المجلس على مقتضى ما يصفه المطلوب بشرط ان يكون الوصف مشبها بعضده اليمين (اي يمين المطلوب) فان امتنع المطلوب من اداء اليمين فالقول قول الطالب بيمينه . فمن المسلم ان للدائن بصفة كونه مالكا للشيء الذي تلف بالامر السماوي حق القيام بالحقوق والدعاوي المتعلقة بالغرامة التعويضية وهذا يعرض بكثرة في مسائل التامين من الحريق وغيره من الحوادث .

٣٤٤ ثالثا ـ على اي قاعدة تقدر الخسارة

مبدا اول ـ على الحاكم ان يعتبر في تقدير الخسارة الامرين الاتيين كركنين للتقرير . اولا ـ ما نقص من مال الدائن مباشرة بموجب عدم الوفاء او التاخير في الوفاء . ثانيا ـ مافات من الربح الذي كان يحصل عليه لووقع الوفاء بالالتزام

(الفصل) ٢٧٨) وقد زاد عن ذلك هذا الفصل بان المدين لايحكم عليه بالخسارة الحاصلة مباشرة من جراء عدم الوفاء بل حتما بالخسارة المتوقعة وقت التعاقد او التي كان توقعها ممكنا . مثال ـ التزم لي شخص مباشر لصناعة تربية الخيل للسباق بتهيئة فرسي للسباق الذي يقام في شهر مايه لكنه لم يفعل ولم يسلم لي فرسي في اليوم المتفق عليه فترتب عن ذلك اني بقيت مطلوبا بالفرنكات ... لمن اتفقت معه من ركبة الخيل على مباشرة السباق (فهذا ما نقص من مالي بموجب عدم الوفاء) ثم ان فرسي لم يشارك في السباق (فهذا ما فاتني من الربح الموكول تقديره لاجتهاد الحاكم) . وهناك امر ثالث وهو انه لو شارك فرسي في السباق لامكنني ان نجعل مراهنة مع اخر ثم بعد ذلك ابيع الفرس في احسن فرصة تكونت بحسب السباق (فهذا الامر الثالث لايدخل في التقدير اذ انه لم ينتج راسا عن عدم الوفاء) . ومسالة معرفة هل الامور المقوم بها لطالب الغرم ناتجة راسا عن عدم الوفاء او بطريق الاستنتاج موكولة لاجتهاد الحاكم

٣٤٥ ـ في تطبيق سلطة الحاكم فيما يتعلق لتقدير الخسارة . اذا عين الطرفان بانفسهما مقدار الغرم بسبب عدم الوفاء او التاخير في الوفاء (وذلك في العقد او في اتفاق اجنبي تاريخه بعد تاريخ العقد) فالحاكم لا يتسنى له تغييره بحال ولو ظهر له مشطا فهذا يتعلق بمبحث الشرط التغريمي

مبدا . اذا كانت الخسارة بموجب التاخير في الوفاء بالالتزام فلا يلزم الدائن باثبات الضرر الحاصل له فهاته الخسارة تستحق بمجرد وقوع التاخير في الوفاء وفعلا فان الفصل ٢٧٨ قد تعرض خلافا للفصل ٢٧٧ للخسارة المرتبة عن عدم الوفاء وترك الكلام عن التي تترتب عن التاخير في الوفاء .

هذا ولما كانت غرامة التاخير في مقابلة الضرر الحادث بسبب هذا التاخير خاصة فالدائن هو الذي يستحقها وجوبا واستحقاقه لها لا ينقضي بسبب وقوع الوفاء

فيما بعد وذلك لا يمنع الدائن المذكور من مطالبة المدين بالغرامة التعويضية ان اثبت حصول ضرر له اشد من الضرر المترتب عن التاخير وللحاكم في هاته الاحوال النظر المطلق كما سيمر علينا ذكره .. تحسب الفوائض المترتبة عن تاخير الوفاء من وقت مماطلة المدين (الف ٢٧٧) اي انها تحسب في بعض الاحيان من قبل الامر بالدفع او من قبل تاريخ القيام

ملاحظة اولى ـ قد الغى القانون التونسي العمل بقاعدة ضم الفائض لراس المال اي تولد الفائض عن الفوائض التي ضمت لراس المال وفعلا فان الفصل ١٠٩٩ تضمن انه اذا اشترط ضم ما لم يرفع من الفائض لراس المال في اخر كل عام ليجري عليه فائض كان الشرط باطلا في حق كل معاقد . كل ذلك يتعلق بالفوائض التي لم تحل . لكن هل يجوز ان تضم لراس المال الفوائض التي حلت ؟ فعلى مقتضى القانون الفرنساوي الحق في ضم الفوائض الحالة لراس المال مقيد بالف ١١٥٤ حيث اشترط انه لا تضم الفوائض التي حلت عن سنة كاملة . واما القانون التونسي فلم يجعل نصا في ذلك وعليه فيجوز ان يقال في هاته المسالة العمل يجري طبق ارادة الطرفين وانه لا يوجد ما يمنع نفوذ تلك الارادة لكنه يلزم ان ينعقد بينهما الاتفاق على ذلك بعد حلول الفوائض التي ستضم لراس المال . ولنلاحظ انه اذا تكلمنا على ضم الفوائض لراس المال ليجري الفائض على جملة ذلك فلا نقصد فوائض راس مال حل اجله او فوائض راس مال فات اجل حلوله (كبقايا معلوم انزال او نفقة) او ارادات مختلفة ليست لها صفة فوائض (كايجار اراض او اجرة العقار) فهذان النوعان لا يتسلط عليهما حكم تحجير الفائض لراس المال وذلك لانهما غير داخلين في التعريف .

٣٤٧ ملاحظة ثانية ـ في الغرامة التي يعينها الحاكم جزاء عدم امتثال المطلوب للتنفيذ وهي المعبر عنها اصطلاحا بالغرامة اليومية : قد اعتبرنا لحد الآن نوعين

من الغرامات الغرامة التعويضية المستحقة بموجب الضرر الحاصل وغرامة التاخير التي تستحق بموجب حصول التاخير في تنفيذ الالتزام . فهناك مبحث قرره الراى الحكمي وهو المتعلق بما نعبر عنه اصطلاحا بالغرامة اليومية فهذه الغرامة مفادها ان الحاكم يعين سلفا بالحكم الصادر بالتزام المدين بالوفاء مبلغا تقديريا جزاء المماطلة التي يمكن ان تقع من المحكوم عليه في اجراء العمل بما امر به ذلك الحكم . والبك مثال ذلك صدر الحكم على زيد بترجيع المتعهد به في ظرف اجل قدره خمسة عشر يوما والا دفع للمحكوم له غرامة قدرها عشرة فرنكات لكل يوم يتاخر فيه عن ترجيع ما ذكر .

مبدا ـ الجبر بالغرامة اليومية هو عبارة عن التصريح بالحكم بان المدين يدفع للمحكوم له على سبيل الغرم مبلغا معينا من قبل فيما اذا لم يوف بالالتزام وتجعل للغرامة المذكورة نسبة تتفاوت بحسب مدة التاخير . والمستند في ذلك هو اجتناب استئناف التزاحم فاذا عينت هكذا طريقة تحسم سلفا ما عسى ان يحدث من التقاعس عن اجراء العمل بالحكم فلا يقع الاحتياج الا احياء نزاع صدر فيه الحكم البات هذا من جهة ومن اخرى فان الداعي لما ذكر هو استعمال الضغط مع المدين حتى يوفي بما عليه وذلك لان الحاكم لا بد ان تكون لديه القوة اللازمة لتحقيق نفوذ ما امر به من اجراء العمل بالالتزام فيمكنه حينئذ ان يقدرها سلفا جزاء عدم الامتثال لحكمه . ونتيجة هذا المبدا هو ان الحاكم لا يكون مجبورا بالاشتغال بالضرر اذ الغرامة المذكورة تستحق بموجب تاخير الوفاء فقط هذا من الوجهة النظرية واما في التطبيق فانه يعتبر بدون شك في التقدير ما عسى ان يحدث من الضرر من تاخير الوفاء والغرامة التي عينها تكون ايضا ذات صبغة تعويضية في البعض . هذا وقد جرى عمل المحاكم بان تجعل غالبا حدا للمدة التي تستحق فيها تلك الغرامة وذلك بالتصريح في الحكم بان المدين يدفع كذا فرنكات لكل يوم

يتاخر فيه عن الوفاء الى نهاية فرنكات كذا (وبصفة عامة توظف تلك الغرامة مع مراعاة اهمية قيمة المتعهد به بحيث انه لا يمكن ان تتجاوز تلك القيمة) . فقيد كهذا لا يفسره المبحث المتعلق بغرامة التاخير لانه ربما قبل ان الغرامة اليومية يستمر دوامها باستمرار التاخير . هذا ومن جهة اخرى فالحاكم كثيرا ما يرجع في مقدار الغرامة اليومية ويحط منها اذا رءاه مشطا والحال ان التاخير قد حصل وتعين المقابل بحكم له نفوذ ما اتصل به القضاء . فلماذا ذلك ؟ لا يمكن ان يوجد الا سبب واحد وهو تفطن الحاكم فيما بعد بان اهمية الضرر الحاصل للدائن دون الغرامة المقدرة ومعنى هذا هو ان الحاكم اعتبر وقت تعيين الغرامة اليومية ما عسى ان يحصل من الضرر . لكن ربما يصعب اعتماد ذلك من الوجهة القانونية لو لم تكن هناك فكرة ان الغرامة اليومية ايضا لها صفة وسيلة جبر ومهما يكن من الامر فان الراي الحكمي قد انبنى من حيث نتائج ما ذكر على الصفة المزدوجة التي لتلك الغرامة وهي صفة غرامة تعويضية وصفة وسيلة جبر . نتيجة اولى ـ يمكن تقييد الغرامة اليومية بمدة زمانية فاذا انقضت هاته المدة بدون ان يقع الوفاء بالالتزام جاز الرجوع لدى الحاكم وطلب تعيين غرامة تعويضية نهائية مبنية على الضرر الحاصل بالفعل للدائن من جراء عدم الوفاء وما يحكم به الحاكم بمقتضى هذا الطلب اما انه يعوض الغرامة اليومية المحكوم بها او يضم اليها بحسب ما يقرره الحاكم .

نتيجة ثانية ـ يجوز للمدين حتى في صورة تنفيذ الالتزام ان يطلب من الحاكم تعديل الغرامة اليومية المحكوم بها عليه بموجب تاخير الوفاء ومن المحقق ان التعديل (وحتى اسقاط الغرامة) يعتبر له مبنى ما حصل من الضرر .

نتيجة ثالثة ـ فبما ان الغرامة اليومية لها صفة وسيلة جبر فلا تحسب الا من اليوم الذي صار فيه الحكم باتا واذا استؤنف الحكم الابتدائي توقف عمله ولا يبدا

عمل الغرامة اليومية الا من اليوم الذي يصدر فيه الحكم من مجلس الوزارة .

في الخسارة التي يعينها الطرفان قبل وجوبها

اتفاق المتعاقدين على ان تعيين الخسارة قبل وجوبها يسمى (شرطا تغريميا) وهذا الموضوع خصصت له المجلة الفرنساوي قسما من اقسامها (راجع الفـ ١٢٢٦ والفصول بعده) . واما القانون التوسي فقد الغى الكلام عليه . فاول ما تلزم معرفته قبل الخوض في المسالة هو هل ان العقد التغريمي جائز ام لا ؟ فالجواب يكون بدون شك بنعم وعليه فيجدر بنا ان نذكر تعريف هذا العقد فنقول ان الشرط التغريمي هو ان يلتزم المدين لوثوق انجازما التزم به بانه اذا اهمل الوفاء او تاخر عنه دفع قدرا معلوما جزاء له . فلا وجه حينئذ لاعتبار شرط كهذا غير جائز اذا انه لاينافي القانون والاخلاق الحميدة والنظام العمومي غير اننا نعلم ان مايتفق عليه المتعاقدان يقوم مقام القانون فيما بينهما . وعليه فاذا وقع عقد تغريمي من طرفين لهما الاهلية اللازمة للتعاقد فانه يمضي فيما بينهما كعقد اعتيادي فقاعدة الفـ ١٥١٣ تنطبق تمام الانطباق . والحاكم لا يلزمه تقدير الخسارة بطريق التاويل، بل ما عليه الا الحكم باجراء العمل بالشرط التغريمي المصرح به في العقد .

اولا ـ في مرمى الشرط التغريمي

هذا التغريم طريقة يعينها الاتفاق جزاء عن عدم الوفاء فيها تجتنب الصعوبات التي تحدث عند تقدير الخسارة وتجتنب النزاعات والتوجهات وغير ذلك من اسباب تشعب الخصام فنتيجة المبدأ المذكور الذي قررناه هو ان الدائن يجوز له ان يطلب عوض تنفيذ العقد التغريمي الوفاء بالالتزام حالا اذا كان حصوله ممكنا اذ القصد من الجزاء التغريمي هو تحقيق انجاز الالتزام كما ان الدائن المذكور يجوز له ايضا طلب تنفيذ العقد الاصلي والتغريمي في آن واحد اذا كان الشرط التغريمي في مقابلة تاخير الوفاء ووقع هذا التاخير . وكذلك في غير هاته الصورة اذا وقع الاتفاق على ان اهمال

الوفاء يوجب الاثنين . مثال ـ وقع بين زيد وعمر نزاع في حقوق فيتفقان على جعل حد فاصل بينهما وعلى ان من يغير منهما ذلك الحد يدفع للاخر غرامة تقدرها مائة فرنك فاذا وقع من احدهما تغيير الحد فانه يدفع للاخر ذلك المبلغ عملا بالشرط التغريمي ومع ذلك فان الاتفاق المتعلق بوضع الحد لاينقضي بسبب تنفيذ الشرط التغريمي .

٣٥٠ ثانيا ـ في صفات الشرط التغريمي القانونية

مبدأ ـ الشرط التغريمي هو عبارة عن شرط تابع للالتزام الاصلي . فرع اول ـ اذا بطل العقد الاصلي بطل العقد التغريمي . مثال ـ التزام زيد لعمر بعدم تعاطي التجارة مطلقا وانه اذا تعاطى ماذكر يؤدي للملتزم له غرامة قدرها عشرة آلاف فرنك فقد سبق لنا ان هذا الالتزام الاصلي باطل وعليه فالعقد التغريمي لاعمل عليه ايضا والامر كذلك لو كان التزام زيد بالتزوج بفلانة او فلانة .

فرع ثان ـ لايلزم من بطلان العقد التغريمي الذي هو التزام تابع لالتزام اصلي بطلان العقد الاصلي .

ثالثا ـ فيما يلزم من الشروط لوجوب الجزاء التغريمي

٣٥١ مبدأ ـ العقد التغريمي هو عبارة عن مبلغ يعين سلفا لتعويض الخسارة بموجب عدم الوفاء او تاخيره . فرع اول ـ لاتستحق الغرامة المعينة بالعقد المذكور الا اذا كان المدين مماطلا (راجع مبحث المماطلة) . فرع ثان ـ يلزم ايضا للمذكر ان يكون هناك عند عدم وجود المماطلة سبب في عدم الوفاء او تاخيره ينسب للمدين (الفـ ٢٨٢) . فرع ثالث ـ لايلزم اثبات الخسارة اذ ان القصد من الشرط التغريمي هو عقاب المدين عن عدم الوفاء او عن تاخيره فغاية ما يقع اثباته هو اهمال الوفاء او التاخير . فرع رابع ـ اذا كان القصد من الشرط التغريمي هو ماذكر فليس للدائن ان يثبت انه حصل له ضرر اكثر مما توقعه وانه يلزم ان

تكون الغرامة اوفر من التي وقع تعيينها بالعقد التغريمي .

٣٥٢ رابعا فيما يترتب من النتائج على العقد التغريمي

مبدا ـ قصد الطرفين من تعيين الخسارة سلفا هو اجتناب تقديرها من الحاكم عند وقوع عدم الوفاء بالالتزام الاصلي او تاخير الوفاء . فرع اول ـ ليس للدائن ابدا فيما عدى صورة التدليس ان يطلب اكثر من المبلغ المتفق عليه بالعقد التغريمي . فرع ثان ـ ليس للحاكم ان يزيد في المبلغ المذكور ولا ان يحط منه . استثناء ـ اذا وفى الملتزم ببعض ما التزم به وما طل في بعضه الاخر جاز للحاكم تخفيف الجزاء التغريمي بحسب اجتهاده . مثال ذلك التزم زيد ببناء حائط لعمر وانه اذا لم يوف بالتزامه في اجل مسمى يدفع له غرامة قدرها الف فرنك فاذا بنى زيد نصف الحائط جاز للحاكم ان يحط من المبلغ المذكور ويعد له . عويصة ـ لم نعتبر لحد الآن الا الغرم المستحق بموجب عدم الوفاء بالمتعاقد عليه فهل يوجد مصدر اخر للغرم مبناه عدم تكوين العقد وابطاله وقيام الطرف الذي له مصلحة في التكوين او في ابقاء العقد موجود ابطلب تعويض الخسارة التي نشات له من ذلك ؟

ان هذا الافتراض من شانه افراز المسؤولية الجناحية لاحتمالنا عدم صدور الخطا من الطرف الاخر حيث ان الجنحة او اشباهها لاتبني الا على الخطا ـ هذا ومن جهة اخرى فهل يمكن دائما اعتبار الخطا التعاقدي موجودا ؟

لاريب ان في جميع الصور التي يشملها الافتراض المذكور لاتخلو من وجود احد هاته الامور الثلاثة وهي اما غفلة اوغلط او حادث غير متوقع تمكن نسبة جميعها لمن صدر منه الايجاب لوكان المعوز باتمام العقد .

فكيف يتصور اذن التعرض لمسالة الخطا التعاقدي ؟ بيد انه يوجد مع ذلك ضرر هذا الضرر يلزم تعويضه (الراي الحكمي في ذلك لايتطرقه الاحتمال) فهل يمكن حينئذ اكتشاف مورد اخر للضرر غير المسؤولية الجناحية والمسؤولية

التعاقدية ؟ تلك هي العويصة التي يلزم حلها .

لنتامل قبل كل شيء من الصور التي يمكن ان تعرض في هاته العويصة . اولا صورة وقوع الايجاب بدون اتمام العقد: صدر مثلا من زيد ايجاب لعمر يتعلق باتمام عقد فيعتمد عمر على ذلك ويجري بعض اعمال تحضيرية وتهيئات ولربما عقد ايضا بعض التزامات بناء على ان العقد الصادر في شانه الايجاب سيتم لكنه يتضح فيما بعد ان زيدا قد وقع منه الرجوع في ذلك الايجاب قبل ان يبلغه القبول من عمر فهنا ضرر مترتب عما ذكر مع ان زيدا ربما كان غير مخطىء لما رجع الايجاب اي انه ربما وفى بما عليه من الشروط القانونية ففي هاته الحالة تعذر [illegible] من تسرعه فيما صدر منه ومن توانيه في القبول وعليه فلا يلوم الا نفسه . لكن هل يمكن افتراض بعض احوال يمكن فيها نسبة شيء لزيد مما هو ليس من قبيل المسؤولية التعاقدية ؟ لنبادر باخراج صورة عدم الوفاء بالجهل لسبب من الاسباب وذلك لاننا نعلم من مضمون الفصل ١٩ وما بعده ان الواعد الزم نفسه بارادته الفردية فجزاء عدم وفائه بما وعد به هو تعويض الخسارة . لنخرج ايضا الصورة التي سقط فيها الايجاب قانونا بسبب وفاة صاحب الايجاب وتقييد تصرفه لان الفصل ٣٥ لايبقى معه اشكال لكون الضرر الذي لحق الطرف الاخر لايمكن ان يتاتى الا من خطا او تفريط ينسب اليه . فيما تقرر يتضح عدم وجود صورة تعرض فيها العويصة المشار اليها في مسالة الايجاب فلا يخلو الامر من شيئين اما ان صاحب الايجاب يجبر على الغرم في القانون التونسي لانه لم يوف بالالتزام المتولد عن ارادته الفردية او انه لايمكن بناء على ينسب اليه ما لحق الطرف الاخر من الضرر .

ثانيا ـ صورة العقود التي وجودها كالعدم بسبب فقدان احد الاركان اللازمة لتكوينها وخصوصا ركن اتحاد الارادات .

مثال ـ اتماكس مع تاجر في ثمن شيء من البضاعة وطلب منه ان لايبيعه

واعده بالرجوع غدا وقصدي من ذلك المراجعة مع نفسي في الشراء فيفهم التاجر الذي اردت الشراء حالا وانما اخرت الى الغد تسلم الشيء فقط فيمضي يومان ترك فيهما التاجر الشيء على ذمتي وفوت فرصة بيعه للغير والحال اني قد عدلت عن الشراء فهناك حصل للتاجر ضرر مسؤوليته علي والحال ان العقد لم يتم .

مثال آخر ـ اتعاقد في شان معاملة تجارية مع شخص فاتضح فيما بعد ان ذلك الشخص فاقد المييز (راجع ما سبق شرحه تحت العدد ١٩) فالعقد حينئذ لم يتم لفقدان ارادة احد الجانبين لكن هناك ضرر حصل لي من ذلك . ومما يلاحظ في هذا المثال هو ان معاقد المعتوه يكون له غالبا حق القيام بجبر الضرر على المكلف بمراقبته الذي تنسب له في هذا المقام شبه جنحة لكن اذا كان التعاقد مع سكران لم يظهر عليه السكر فانه يصعب معرفة الوجه الذي يكون بمقتضاه مسؤولا نحو من عاقده . ثالثا ـ صورة بطلان العقد لعيب في الرضاء : اذ اصدر الحكم بالبطلان فمن الممكن ان يترتب عن ذلك ضرر لعاقد طالبه وان يثبت ان سبب البطلان ناشيء عن طيش او غفلة من الطالب المذكور . مثال ـ كان باحدى الجهات مصوران متحدان في الاسم فاتعاقد مع احدهما ظنا مني واني تعاقدت مع الاخر فاثبت ما صدر مني من الغلط واستصدر حكما في بطلان العقد (راجع ما سبق شرحه تحت العدد ٥) بيد انه قد صرف المصور الذي خاطبته عدة مصاريف في شراء المواد واستئجار العملة وغير ذلك فانا هو المسؤول بهذا الضرر والحال ان العقد باطل فهل مورد الخسارة هنا تعاقدي ام لا ؟ رابعا ـ صورة بطلان العقد بسبب فقدان الاهلية . انه لمن السهل على مقتضى طريقة القانون التونسي استنباط عدة صور يكون قد حصل فيها لمعاقد عديم الاهلية ضرر من التعاقد والحال ان الغلط الذي اداه الى التعاقد مع من ذكر لم يكن متسببا عن خفة تنسب اليه (الف ١٠) . تلك بعض الصور التي يمكن ان يتساءل فيها الانسان عن صفة المؤاخذة من الوجهة القانونية وعن مبني

الغرم الذي يلزم منه للمتضرر . واهمية المسالة من الوجهة العملية هي معرفة على مقتضى اي مبدا يقع تقدير الغرامة فباختلاف المصدر يختلف التقدير لذلك يلزم البحث عن مورد المسؤولية من كونه جناحيا او تعاقديا اوغير ذلك .

قد جرى عمل المحاكم عندنا باعطاء الصبغة التعاقدية للمسؤولية عند عدم امكان الالتجاء الى مباحث اخرى خصوصية كمبحث الاثراء بدون سبب وغيره او باعتبارها ناتجة عن شبه جنحة . وفي القانون التونسي تكون عندنا زيادة عن ذلك نوع آخر من المسؤولية وهي المبنية في بعض الصور على ارادة الالتزام الفرضية (راجع العدد ١١٩ من هذا الشرح) .

٤٥٥ ـ ملحق اول في مماطلة الدائن

مبدا اول ـ يعد الدائن مماطلا ان امتنع بلاوجه من قبول الاداء من المدين اذا عرض اتمام ذلك على الوجه المقرر بالعقد والذي تقتضيه طبيعة الالتزام (الفصل ٢٨٤) .

فرع اول ـ والامر كذلك اذا عرض المدين اتمام ما ذكر بواسطة نائب الفصل ٢٨٥

فرع ثان ـ سكوت الدائن او مغيبة وقت لزوم مباشرته للوفاء بالعقد يعد امتناعا .

فرع ثالث ـ لا يعد الدائن مماطلا اذا كان امتناعه من قبول الوفاء لعذر مقبول مثلا اذا عرض المدين ما التزم به وكان في نفس الامر والواقع غير قادر على ذلك الفصل ٢٨٤

ضابطة ـ يلزم ان يكون الالتزام قد حل اجل الوفاء به ليترتب على عرض المدين ما ذكر صيرورة الدائن مماطلا .

فرع اول ـ وعليه فالدائن لا يكون مماطلا اذا امتنع من قبول الملتزم به في الصورة التي فيها الدين بلا اجل معين (الفصل ٢٨٦) الا اذا كان الاجل يستفاد من طبيعة الالتزام . فرع ثان ـ والامر كذلك اذا كان الاجل لفائدة المدين واراد هذا المدين ان يوفي بالتزامه قبل حلول ذلك الاجل (الفصل ٢٨٦) فهذا النص يرمي الى صور الفصل ١٤٥ المتعلق بالاجل (راجع ما قيل تحت العدد ١٩١)

فالفصل ١٤٥ تضمن انه اذا كان الاجل لفائدة المدين ساغ له ان يعجل بالوفاء بما تعهد به ان كان مسكوكا ولم يكن في ذلك مضرة لرب الدين واما اذا كان المتعهد به غير مسكوك فلا يلزم رب الدين قبول الوفاء قبل الاجل الا برضاه .

استثناء من الفرعين المتقدمين .

لكن ان اعام المدين الدائن بان قصده الوفاء بما التزم به وضرب له اجلا معقولا فانه اي الدائن يعد مماطلا اذا امتنع امتناعا وقتيا من قبول الاداء (الفصل ٢٨٦) . ومما تلزمنا ملاحظته هو ان هذا الحكم كاد ان ينقضي به حكم الفقرة الاخيرة من الفصل ١٤٥ الذي يظهر من عباراتها انها مطلقة بافراط .

مبدا ثان - يترتب على مماطلة الدائن ما سياتي :

اولا - ضمان تلف او تعيب الشيء الملتزم به بامر سماوي او قوة قاهرة غلى الدائن الا في صورة وقوع تدليس او تقصير فاحش من المدين (الف ٢٨٧) .

لكننا نعلم مما سبق ان ضمان تلف الشيء او تعيبه يكون على مقتضى المبدا العام على الدائن الا انه يعفى المدين بسبب مماطلة الدائن من ضمان التلف اذا كان هذا الضمان محمولا عليه بصفة استثنائية بمقتضى الاتفاق الصريح او كان المدين المذكور مسؤولا لكونه لم يوف بالالتزام فهل تضمن الف ٢٨٧ شيئا اخر زائدا عما ذكر ؟ قد لاحظنا عند الخوض في مبحث ضمان التلف ان هذا الضمان لا يتصوره العقل إذا كان الملتزم به شيئا معينا بجنسه وغير معين بذاته فالراي عندنا هو ان الفصل المذكور قد شدد من وجهتين اعتباريتين وطاة الضمان المجعول بمقتضى المبدا العام على كاهل الدائن . فمن الوجهة الاولى يضمن حتى تلف الاشياء المعينة بالجنس والتي لم تعين بالذات في العقد وانما صارت ذاتيا معينة لما عرضها المدين .

مثال ذلك - التزم لعمر وتسليم برميل زيتا فاذا عرض زيد على دائنه المذكور برميلا امكنه التحصيل عليه وتقديمه له وامتنع عمر من قبوله بلا وجه معتبر

فمن وقت هذا الامتناع يكون تلف ذلك البرميل او تعيبه في ضمان الدائن المشار اليه ولو كان في امكان المدين التحصيل على غيره .

ومن الوجهة الثانية فاذا تلف الشيء او تعيب بتقصير من المدين فهذا المدين عوض ان يؤاخذ بتقصيره ولو كان خفيفا فلا يصير مؤاخذا الا بالتقصير الفاحش او تدليسه اذا كان الدائن مماطلا . ثانيا - يترتب ايضا على مماطلة الدائن الزامه بترجيم ما انفقه المدين لحفظ وصيانة الشيء المتعاقد عليه وكذلك المصاريف التي صرفها لعرض الاداء عليه ولا يلزم المدين الا برد الغلة التي حصل عليها من وقت مماطلة الدائن (الفصل ٢٨٨) .

ملحق ثان في عرض المدين الوفاء بما عليه وتامين الملتزم به

اذا اصر الدائن على امتناع من قبول الاداء عند حلوله مثلا لتاخيره الى وقت اخر فالمدين يبيح له القانون بان يعرض المتعهد به بالفعل (بعرض الشيء نفسه او يخاطب الدائن بقبوله بعدان يهئه له ويعقب هذا العرض تامين الشيء بمكان يكون فيه على ذمة الدائن (هذا المكان يعينه الحاكم او القانون) .

٣٥٧ - اولا في عرض المدين الوفاء بما عليه - مبدا - عرض المدين الوفاء بما عليه هو عبارة عن طريقة منحت لهذا المدين يتوطل بها الابراء ذمته بالرغم من امتناع الدائن بدون وجه من استلام دينه . فرع اول - وعليه يلزم لذلك وجوه الدين ووقوع اداء حقيقي بيد انه اذا اراد البائع بالثنيا استرداد المبيع يلزم عرض الثمن على المشتري بالثنيا ولو ان البائع المذكور لم يكن قائما بتنفيذ الالتزام بل كان قائما بحق مخول له قانونا (الفصل ٦٨٩) والامر بخلاف ذلك في القانون الفرنسي فرع ثاني - للمدين الحق في عرض ما عليه ولو صرح الدائن باعفائه من ذلك فالمدين لا يجبر على قبول تبرع كهذا من دائنه . فرع ثالث - لا يصح العرض المذكور الا اذا كانت للدائن مصلحة في تنفيذ الالتزام وعليه فلا تاثير للعرض بعد

مضي وقت وقوعه لان فسخ العقد كان حاصلا قبل ذلك العرض .

٢٨٨ - اولا - في الصور التي يمكن فيها عرض الوفاء من المدين مبدأ - يجوز للمدين عرض ما عليه كلما راد معرفة هل ان دائنه يقبل الوفاء او يرفضه اي كلما اراد ازالة الشك من عقله لكن على شرط ان يكون الملتزم به قابلا للعرض . وفعلا فان مماطلة الدائن لا تكفي لبراءة ذمة المدين كما ذلك بالفصل ٢٨٩ - فرع اول - الاصل هو ان العرض يمكن بالنسبة لكل التزام سواء كان الالتزام بمبلغ من المال او تسليم شيء معين بذاته او شيء من المثليات (٢٨٩) . فرع ثان - لا يقبل العرض الحقيقي ولا التامين اذا كان الملتزم به عملا . لكن يمكن العرض على الصور المعينة بالاتفاق او عرف المكان عادة وثبت ذلك بالوجه المطلوب في وقته (الف ٢٩٠) مثال - التزم زيد ببناء جابية لعمر في غرة شهر اغشت فاذا حل هذا الاجل المعين لمباشرة العمل وظهر لزيد من حال عمر انه غير راغب في بناء ما ذكر فله اي لزيد ان يعرض عليه تنفيذ الالتزام بواسطة اللوسي مثلا . فرع ثالث - لا يتصور طبعا العرض او التامين في صورة الالتزام بترك عمل فتنفيذ هذا الالتزام لا يقتضي ادنى صعوبة اذ مفاده عدم اجراء العمل المعين بالالتزام . مثال - التزم زيد لعمر بعدم اقامة بناء مرتكز على داره فيكون زيد قد وفى بما عليه اذا لم يباشر هذا البناء . فرع رابع - لا فائدة في عرض المدين ما عليه اذا كان الدائن قد صرح له (وهذا التصريح انباته على المدين) بانه لا يقبل اجراء العمل بالالتزام . ويكفي في هاته الصورة مجرد التامين (الف ٢٩١) ويمكن ان يقوم في هاته الصورة مجرد استدعاء المدين للدائن مقام العرض الحقيقي (راجع الف ٢٢١ من قانون المرافعات المدنية) . فرع خامس - يعفى المدين ايضا من لزوم العرض الحقيقي اذا كان الدائن مجهولا او غير معروف على التحقيق (الف ٢٩٢) وهي الصورة التي توفى فيها الدائن وترك ورثة لا زالوا غير معروفين فذمة المدين تبرا بتامين ما عليه . فرع سادس - يقوم

مجرد استدعاء المدين للدائن مقام العرض الحقيقي اذا كانت مشاركة الدائن لازمة لاتمام الملتزم به وامسك عنها كما في الصورة التي يلزم فيها اداء الدين بمحل المدين ولم ياته الدائن لاستلام هذا الدين (الف ٢٩١) . فرع سابع - يجوز للمدين ان يبرىء ذمته بمجرد التامين الغير المسبوق بالعرض الحقيقي في جميع الاحوال التي يتعذر عليه فيها الوفاء بما التزم به لخوف او غيره مما سببه ذات الدائن كما في الصورة التي فيها مال المدين معرقل على الدائن او على المحال له المدين (الف ٢٩٢) . فرع ثامن - يمكن ان يقع التامين بدون عرض حقيقي في بعض صور منصوص عليها بالقانون التجاري بالاخص في صور السند المأذون دفعه للحامل فاذا لم يحضر حامل هذا السند في الثلاثة ايام من تاريخ الحلول جاز للمدين التامين ولو تحت يد قابض التسجيل (قانون السادس من شهر الحرارة من العام الثالث .

ثانيا - في شروط صحة العرض الحقيقي

الاصل ان هاته الشروط كعين شروط الاداء وقد عدد الف ٢٩٣ جل هاته الشروط التي سبقت لنا معرفتها وهي . اولا - ان يكون العرض للدائن الذي له اهلية قبض او لمن له ولاية القبض عنه واذا كان الدائن مفلسا فالخطاب لنائب الغرماء وان كان هناك عدة غرماء والدين واحد فالعرض يلزم وقوعه لكل بانفراده بالنسبة لمقدار منابه من الدين (ما لم يكن الملتزم به غير قابل للقسمة او كان هناك اشتراك بين الغرماء) . ثانيا - ان يكون العرض من شخص له اهلية الدفع ولو بواسطة شخص اخر ينوب عنه في ابراء ذمته واذا كان المدين قاصر فنائبه الشرعي هو الذي يعرض الوفاء . ثالثا - ان يعرض نفس الملتزم به (اذا كان الشيء معينا بذاته فقيمته نصا سواء وان كان من المثليات فمثله قدرا وصفة) وان يشمل العرض جميع ما على الملتزم مع فوائضه الواجبة (ما عدى صورة الف ١٠٩٥ ومصاريفه المقررة) . رابعا ان يكون الاجل قد حل

ان اشترط ذلك الدائن وان يكون الشرط الذي علق عليه الدين قد وقع

خامسا ـ ان يكون العرض بالمحل المتفق عليه للاداء والا خاطب به ذات الدائن (او بمحل العقد) اي بالمحل المعين لتنفيذ العقد . ثم ان هذا الفصل ٢٩٣ ختم ماعده من الشروط بالتصريح بانه يجوز العرض ولو في جلسة المجلس (ويقع بكثرة في مسالة الكراء . سادسا ـ لنضف لما ذكر يلزم ان يكون العرض كالدفع مجردا عن الشروط . عويصة اولى ـ وعند عدم توفر كل ذلك فعلى من يقع العرض الحقيقي وباي كيفية يكون وقوعه ؟ هاته المسالة محل خلاف في القانون الفرنساوي . واما بالنسبة للقانون التونسي فانه يلزم وان وسكت عن ذلك الفصل ٢٩٣ اتباع القواعد المقررة بالفصل ٢١٩ من قانون المرافعات المدنية حيث ان هذا الفصل يقتضي الجواب عن السؤال اعلاه (الفصل ٢١٧) .

عويصة ثانية ـ على اي مجلس تحال دعوى القيام بصحة العرض الحقيقي او بطلانه ؟ اذا طبقنا القواعد العامة المنطبقة بمرجع النظر نقول ان الدعوي المذكورة تحال على مجلس الجهة التي يسكن بها المطلوب اي على مجلس الجهة التي يسكن بها الدائن اذا كانت الدعوي في صحة العرض الحقيقي وعلى مجلس الجهة التي يسكن بها المدين اذا كانت الدعوي في بطلان العرض المذكوره فهذه المسألة محل خلاف في القانون الفرنساوي واما القانون التونسي فانه ازال كل شك في الموضوع لما قرر لفصل ٢٨٩ ان المجلس الذي له النظر في الدعوي المتعلقة بالعرض هو مجلس مكان التنفيذ .

٣٧١ ثالثا ـ ما هي الوجبات التي يلزم اتمامها فيما يتعلق بالعرض الحقيقي ؟

هاته المسألة من متعلقات قانون المرافعات المدنية فما على القاري الا مراجعة الفصل ٢١٧ وما بعده .

رابعا ـ فيما يترتب من النتائج عن العرض الحقيقي الذي لم يعقبه التامين

مبد ـ ليس الغرض من العرض الحقيقي سوى سؤال الدائن هل يرفض او يقبل ما وقع به التعهد له ففي صورة الرفض تكون قطعت مرحلة من المراحل الموصلة لابراء ذمة المدين . فالقاعدة التي وضعها المشرع بالفصل تقتضي ان عرض الوفاء على الدائن لايبريء ذمة المدين الا اذا عقبه تامين عين الدين (ارجع الفصل ١٩٩ من ق م م) :

ضابطة ـ لكن في القول بان العرض لا يترتب عليه شيء مبالغة عظيمة بل ان هاته العمايمة يصير الدائن بسببها مماطلا اذا كان امتناعه في غير محله وتحمل عليه المصاريف الحكمية وحتى غرم الخسارة (ذلك ولو ان العرض لم يعقبه تامين الدين (راجع ما قيل تحت العدد ٣٠٠ في مماطلة الدائن) .

استثناء من المبدا المذكور (راجع الفصل ٢٩٠) . اذا كان الملتزم به عملا وعرض المدين الوفاء به فيكون له حق القيام على الملتزم له بقدر الثمن الذي كان يستحقه لو تم العمل بالالتزام . وللمجلس ان يحط من هذا الثمن المذكور حسب الاحوال الحافة بالنازلة وما الفصل ٨٦٠ الا صورة تطبيقية تتعلق بالمبدا الذي وضعه الفصل ٢٩٠ وهي التي لم يتم فيها العمل بفعل المستاجر .

٣٦٢ ـ ثانيا في التامين

مبدا اول ـ لا يقع التامين الا اذا عرض المدين ما عليه للدائن وامتنع هذا الدائن من قبضه فعندئذ يعين المجلس محلا لتامين الشيء او المال الملتزم به (الف ٢٨٩) والمجلس الراجع لنظره تعيين ما ذكر هو مجلس مكان تنفيذ العقد . وهناك ثلاث صور

الصورة الاولى ـ هي التي فيها الملتزم به شيء معين بذاته او شيء من المثليات فلا صعوبة في التامين اذ المجلس يعين محلا لذلك الا اذا اقتضى من نظره ان ياذن بالبيع (انظر ما سيقال عند الحوض في الصورة الثالثة) .

الصورة الثانية ـ وهي التي فيها الملتزم به مبلغا من المال . فاذا اذن المجلس

بتامين ذلك المبلغ بصندوق الامانات يصير هذا الصندوق مدينا للدائن بالمبلغ الواقع تامينه ويقوم مقام المدين الحقيقي وتنطبق على حقوقه وواجبته الاحكام العامة .

لكن على مقتضى القانون التونسي ليس الامر كذلك بل ان الصندوق يعتبر بالنسبة للمدين الواقع منها لتامين بمثابة مستودع (الفصل ٣٠٢) والصندوق المذكور لا يسلم المال المؤمن الا لمن ادلى برسوم تامة الموجبات القانونية ومثبتة لحقوق المدلي بها في ذلك المال واذا امتنع من ذلك بدون موجب جازت مطالبته بغرم الخسارة .

الصورة الثالثة - وهي التي فيها الملتزم به شيء من المنقولات لا يمكن تامينه او شيء قابل للفساد (والنظر في معرفة ذلك للمجلس) .

ففي هاته الصورة يجوز للمدين ان يستاذن المجلس في بيع ما عرضه وتامين المحصل من المبيع كما ذلك بالفصل ٢٩٥ وقد تضمن هذا الفصل ان الاذن بالمبيع لا يحصل الا في الصور الاتية .

اولها - ان كان يخشى على الشيء خطر ملمر . ثانيتها - ان لم يكن من شانه ن يحفظ في محل الامانات . ثالثتها - ان كانت مصاريف حفظه اكثر من قيمته .

٣٦٤ في كيفية وقوع البيع في الصورة الثالثة

اولا - ينبغي اصالة ان يكون البيع بالمزاد العمومي فاذا كان سعر الشيء قابلا للزيادة والنقصان كل يوم في سوق او بورصه جاز للمجلس ان ياذن في بيعها بالسعر الحالي بواسطة سمسار او مامور عمومي ماذون له في ذلك يلزم لذلك التحصيل على اذن خاص من المجلس فهذا طبيعة يكون مضمنا بالحكم الصادر بالبيع .

ثانيا - يجب على المدين بعد البيع ان يعرف الدائن حالا بما انتجه البيع والا يكون ملزوما بتعويض الخسارة (الفـ ٢٩٥) . كيف الامر اذا كان المتحصل من المبيع وافر واقل من الثمن المطلوب به الدائن ؟ فاذا كان دون الثمن المذكور فلا

صعوبة اذ خول (الفـ ٢٩٥) للمدين بالشيء حق الرجوع على الدائن بالثمن بالرفق بين ثمن المبيع والثمن المتفق عليه في العقد وبتعويض ما عسى ان يترتب من الخسارة كما في هذا المثال اشترى زيد من عمر برميلا زيتا بار بمائة فرنك وامتنع بدون وجه من قبول البرميل فلما تداعى الزيت للفساد اذن المجلس ببيعه وتحصل من هذا البيع فرنكات ٣٠٠٠ فقط فعمر له حق الرجوع على زيد بالمائة فرنك الباقية اذا لم يكن قد توصل قبل بالثمن (وكذلك يرجع عليه بالخسارة) . وفي التطبيق يؤمن عمر والثلاثمائة فرنك بصندوق الامانات ويقوم حالا بالاعتراض بموجب عدم دفع الثمن ثم يطالب زيد باداء الفرق بين ثمن المبيع والثمن المتفق عليه .

واما اذا كان ثمن المبيع اوفر من الثمن المتفق عليه في العقد (اي اذا ابيع الزيت في المثال السابق بفرنكات ٥٠٠٠ مثلا) فالفرق لمن يرجع هل للدائن او المدين ؟ نرى انه يرجع بدون شك للدائن فيكون ذلك على مقتضى المعقول بصفة مقابل لضمان التلف الذي يحمل عليه بموجب عرض المدين للمدين واما مصاريف البيع فانها تكون على الدائن (الفـ ٢٩٥) كما يلزم هذا الدائن بمصاريف عرض الدين وتامينه ان كان صحيحين لكن اذا استرد المدين الدين بعد ان امنه فانه هو الذي يلزم بها (راجع الفـ ٣٠١) . ففي الصورة الاولى تفترض سابقية رفض الدائن للعرض بالتراضي او التعذر العرض مراكبة .

٣٦٥ ملاحظة اولى - على مقتضى القانون الفرنساوي يمكن ان يكون التامين صحيحا ولو بدون اذن الحاكم لكن يلزم في هاته الصورة امام الواجبات المعدودة بالفـ ١٢٦٤ من القانون المدني الفرنساوي :

وهاته الواجبات لاموجب لها في القانون التونسي اذ على مقتضى هذا القانون لايصح التامين الا اذا اذن به المجلس . ويكفي ان يعلم المدين الدائن حالا بانه وضع الدين على ذمته في محل الامانات والا يلزم بتعويض الخسارة (الفـ ٢٩٦)

وهذا الاعلام لافائدة فيه في الصور التي فيها المدين معفى من عرض الدين على مقتضى الفصلين ٢٩١ - ٢٩٢ اي اذا كان العرض لافائدة فيه اوغير ممكن .
ملاحظة ثانية - يمكن ان يقبل الدائن التامين كما لو قبل الاداء نصا سواء فالمدين تبرا ذمته ولا يجوز له بعد ذلك القبول استرداد ما امنه (الف ٢٩٨) الا اذا كان ذلك برضاء الدائن (انظر ما سيقال بعد) والقبول يكون صريحا ومفهوما ٣٦٧
مبدا ثان - فيما يترتب على التامين من النتائج . عرض الوفاء على الدائن مع تامين عين الدين يبريء ذمة المدين وينقضي به الدين بامتيازاته وتوابعه وتنقطع بسبب ذلك الرابطة القانونية التي بين الدائن والمدين غير ان هاته القاعدة يخرقها الاستثناء الاتي (وهو استرداد المدين ما امنه) . استثناء اول - يجوز للمدين ان يسترد ما دام الدائن لم يقبل التامين الف ٢٩٨) ما عدى في الصورتين الاتيتين .
الاولى - اذا صدر له حكم صار له نفوذ ما اتصل به القضاء يقتضي ان عرضه للوفاء وتامينه للدين صحيحان . الثانية - اذا كان صرح بانه تخلى عما له من الحق في استرداد ما امنه او اذا كان معسرا حكما ولا يجوز ذلك الا لجملة غرمائه (الف ٣٠)
وقد تضمن الف ٢٩٨ ان استرداد المدين ما امنه ينتج عنه تجديد الدين بامتيازاته وتوابعه (وهي الرهون والتامينات الشخصية والكفالات والتضامن الموجودين المدينين) . استثناء ثان - يجوز ايضا للمدين استرداد ما امنه اذا انقضى اجل مدته خمسة عشر عاما كاملة من تاريخ اعلام الدائن ولم يتسلم هذا الدائن ما امن على ذمته . فهناك مدة طويلة ينقضي حق الدائن بانقضائها وتلك المدة تنقطع كلما قام الدائن على المدين بطلب متعلق بالدين فكل ذلك جاء به الف ٣٠٢

٣٦٨ - نتائج المبدا الثاني (الف ٢٩٧)

اولا - يصير الدين من يوم تامينه في عهدة الدائن (كما في صورة مماطلة الدائن راجع ما قيل في هذا الموضوع) وذلك لان الشيء الملتزم به صار بالتامين شيئا معينا بذاته . ثانيا - وله طبقة والفوائض وهاته الفوائض ينقطع استمرارها على الدين فمافات

الدائن هكذا يعوضه التي يجريه صندوق الامانات والذي قدره ثلاثة في المائة .
ثالثا - وتنقضي توابع الدين (من امتيازات ورهون) وتبرا منه ذمة بقية المدينين الملزومين به والكفلاء . سؤال - كيف يكون الامر فيما يتعلق بنتائج مطل المدين الواقع قبل التامين ؟ مثلا زيد مطلوب باداء الف فرنك لعمر في غرة شهر جوان فمن ذلك التاريخ تبتريء مماطلة زيد وتحسب عليه فوائض التاخير فيبقى عمر وساكتا وفي غرة اوت يعرض زيد الوفاء بالدين ثم يؤمنه فهل تكون على زيد نتائج غرة جوان الى غرة اوت ؟ فالجواب يكون قطعيا بنعم وذلك لان مماطلة الدائن لاتمحو النتائج الحاصلة من مماطلة المدين الواقعة قبل التامين فكل منها يكون مسؤولا بتفريطه .

٣٦٩ عويصة - كيف يكون الامر ايضا في صورة ما اذا اذن الدائن مدينه بعد الحاح هذا الاخير عليه باسترداد ما امنه وكان وقع من الدائن قبول التامين فهل ينقلب الدين الى الوجود بعد انقضائه وتوجد من جديد بموجب هذا الاتفاق الواقع بينهما جميع الضمانات العينية (كالرهون وغيرها) والشخصية (كالكفالات وغيرها) ؟ الجواب بلا لان في هاته الصورة يقع تجديد الدين ولايتيسر حصول ضرر للغير متسبب عن الاتفاق القاضي باسترداد المؤمن

٣٧٠ ملحق ثالث في العربون

يمكن اعتبار ثلاث حالات في العربون تختلف باختلاف الاماكن والعوائد، ففي الاولى - كان العقد او الوعد به (سواء كان عقد بيع او كراء او غير ذلك من العقود) مقترنا بتسليم شيء من المال زائد على الثمن بقصد الاحكام فومال متبرع به لوجه الله . وفي الثانية - كان مادفع بالصفة المذكورة على سبيل التسبقة من الثمن فهو بمثابة بداية تنفيذ العقد . وفي الثالثة - كان الدفع في مقابلة ما ابقاه الطرفان لانفسهما من حق الرجوع في الالتزام . فافراز كل من هاته الحالات مسألة فعلية

موكولة للراي . واما القانون التونسي فانه مثل القانون الفرنساوي (راجع الفصل ١٥٩٠ منه) اشتغل بخصوص الحالة الثالثة .

وقد تضمن الفصل ٣٠٢ من القانون التونسي هاته الحقيقة . العربون ما يعطيه احد المتعاقدين للاخر لاجل اتمام ما تعاقدا عليه . وعليه فهو كل مبلغ من المال او كل شيء اعطي للغرض المذكور . فعلى مقتضى هذا النص العربون نوع خطية تدفع جزافا ومعجلة للصورة التي يعدل فيها الملتزم عن التزامه او يمتنع من اتمامه .

نتيجة اولى - عند اتمام العقد يطرح العربون مما في ذمة العاقد الذي اعطاه (الفصل ٣٠٤) اذا كان موضوع الالتزام مبلغا من المال (اي مما في ذمة المشتري والمكتري او المقترض بحسب نوع العقد) . واذا كان الالتزام بعمل او بتسليم عين بالنسبة للبائع او المقتري اي في كل الصور التي يستحيل فيها الطرح ماديا يرجع العربون لمن اعطاه ذلك هو المبدا الذي تضمنه الفصل ٣٠٤ .

نتيجة ثانية - عند عدم اتمام العقد يكون الامر بالصور الآتية .

الاولى - اذا فسخ العقد باتفاق الجانبين يقع ترجيع العربون (الفصل ٣٠٤)

الثانية - اذا لم يقع تنفيذ العقد وكان عدم التنفيذ بسبب تقصير من العاقد الذي دفع العربون فلهاقده الحق في ان يبقيه تحت يده كما ذلك بالفصل ٣٠٥ لكن اذا ظهر له طلب غرامة اوفر من مال العربون فما عليه الا ان يقوم بذلك الطلب لدى المجلس وان حكم له بتلك الغرامة فالعربون يطرح منها هذا فيما اذا كان مقدار الغرامة المحكوم بها اوفر من مقدار العربون . لكن اذا كانت الغرامة اقل من ذلك المقدار فما وجه الحكم ؟ فالظاهر على مقتضى الفصل ٣٠٥ هو ان العربون يرجع للمدين يلزمه الاقتام بما حكم له من الغرم . الثالثة - وهي التي لم يقع فيها تنفيذ العقد بسبب تقصير من الذي قبض العربون . فهاته الصورة لم يتعرض لها القانون التونسي . واما القانون الفرنساوي فانه ضمنها بالفصل ١٥٩٠ وقد اقتضى هذا الفصل أن العربون في هاته

الحالة يجب رد قدره مرتين . هذا الحكم لا يمكن اتباعه لعدم وجود النص ولا يسعنا الا الاقتصار على تطبيق قاعدة الحق العام . فيكون رأينا لزوم ترجيع العربون (لانه لم يظهر لدفعه سبب) وزيادة على ذلك يحكم بالغرم على من تسبب بتقصيره في عدم تنفيذ العقد وهذا الغرم يقدره الحاكم بناء على مقدار العربون الواجب رده

الفقرة الثالثة في الحقوق التكميلية او حقوق المساعدة

ضوابط تتعلق بالحقوق التكميلية . ان القصد من هاته الحقوق هو انجاز او توثقة حفظ الحقوق الاصلية والفرعية فتنقسم الى حقوق تكميلية عامة وحقوق تكميلية خاصة .

اولا - في الحقوق التكميلية العامة

تكون هاته الحقوق لجملة الغرماء فمفادها ان مكاسب المدين ضمان لدائنيه وبما ان مكاسب المدين ضمان مشترك بين دائنيه فثمنها يقسم بينهم على نسبة دين كل واحد منهم ما لم يكن بينهم اسباب معتبرة لارجحية دين احدهم واولويته على دين الاخر (كامتيازات اورهون) .

ثانيا - في الحقوق التكميلية الخاصة

ففي كل التوثقات الخاصة التي يحصل عليها الدائن من مدينه بمقتضى وعد صريح) كالتضامن والرهن الخاص بالمنقول والرهن العقاري) او بمقتضى القانون . فالرهون الخاصة يقع الخوض فيها في الكتاب الثاني ولا محل لها في مبحث الالتزامات العامة اذ هذا المبحث لا يتعلق الا بالرهن العام . مبدا - اذا التزم الشخص تكون جميع مكاسبه الحاصلة والمقبلة توثقة فيما عليه (الف ٦٢٣) وذلك بالنسبة لكل الالتزامات سواء كانت ناشئة عن عقد او عن جنحة . استثناء اول - يخرق هذا المبدا خرقا معتبرا فيما يتعلق بالشركات التي لا اسم لها (ويقال لها شركات المساهمة) والشركات التي في القراض (موضوع مختص بالقانون التجاري) فبعض الشركاء

لايلزمون الا على نسبة انصبائهم - استثناء ثان - يجوز لمن كان مدينا بموجب حوزه لعين معينة ابراء ذمته بالتسليم في تلك العين (كحق مروراورهن في الصور التي فيها العقار المرهون بيد المشتري الخ) .

اولا - في طبيعة حق الضمان العام

مبدا - هذا الحق عبارة عن ضمان يتعلق بجملة مكاسب المدين وتتغير اهميته بتغير ما احتوت عليه تلك المكاسب . فرع اول - الغرماء الذين لا رهن بيدهم يتحملون حتما ما يترتب على ما يعتقده مدينهم وذلك لانهم غير متمتعين بحق امتياز تتجر لهم منه اولوية على غيرهم (راجع الفصلين ١٦٢٣ - ١٦٢٤) فرع ثان - كما يتحمل اولائك الغرماء ما يترتب على ما يفوته مدينهم من مكاسبه بدون ان يكون لهم الحق في الاعتراض عن ذلك (وسيمر علينا استثناء مهم من هذه القاعدة وهو البحث المتعلق بالدعوى البوليانية المسطرة بالقانون الفرنساوي)

٣٧٣ - ثانيا - في موضوع حق الضمان العام

مبدا يتسلط هذا الحق على جميع ما للمدين من المكاسب منقولة كانت او عقارية حاصلة او مقبلة الحصول (الف ١٦٢٢) استثناء - لا يتسلط الحق المذكور على المكاسب التي من شانها ان لا تباع كالحبس او لا تعقل كالمرتبات فيما فوق نسبة معينة او لا تحال لكونها شخصية (كحق الاستعمال وحق الاستغلال للاباء والامهات في التمتع بمكاسب ابنائهم الصغار وحق الانتفاع بالاراضي المشتركه .

٣٧٤ - ثالثا - في المزايا المرتبطة بالحق المشار اليه

حق الضمان العام حق غير تام لا يخول لصاحبه اولوية عن غيره ولاحق تتبع مكاسب المدين اينما وجدت (الفصل ١٦٢٣) . لكنه يمنح للدائن امتيازات ذات اهمية وهي الآتية .

الامتياز الاول - هذا الامتياز يخوله حق اتخاذ الوسائل التحفيظية فيما تتعلق بمكاسب مدينه (الفصل ١٣٥) في الشرط والفصل ١٤٨ في الاجل والقصد من هذا هو حفظ مكاسب المدين .

الامتياز الثاني - هذا الامتياز يخوله القيام بما لمدينه من الحقوق والدعاوي الف ٣٠٦ ضوابط عامة - المدين وان كانت ذمته مستغرقة بالتزامات كثيرة العدد والاهمية فلا يستلزم ذلك خروج مكاسبه عن ملكه او تقييد تصرفه لكن في هذه الصورة ربما ينفك عن الاشتغال بمصالحه وعن اخذ ما يلزم من الوسائل لحفظ كسبه فاذا اصدر منه هذا الاهمال منح الاذن لغرمائه في حق القيام بحفظ ضمانهم وذلك باجراء ما لمدينهم من الدعاوي والحقوق ذلك هو معنى الفصل ٣٠٦ ومن المسلم ان الغرماء لا يتداخلون بهاته الصفة الا اذا لم يقم مدينهم بشيء من ذلك فليس للدائن ان يقوم في حق مدينه بدعوي سبق قيامه بها وهي على بساط النشر . ومسألة معرفة هل ان للدائن الحق على مقتضى الف ٣٠٦ في التداخل في النوازل التي يشمل فدينه محل خلاف في القانون الفرنساوي لعدم وجود النص القاضي بذلك كما تكون ايضا محل خلاف في القانون التونسي لاسبب المذكور . لكن جرى عمل المحاكم الفرنساوية بان الدائن له ذلك الحق وذهب ايضا علماء الحقوق الى ذلك . وعليه فعملا باصول الفصل ٣٠٦ يخول للدائنين القيام كما يجوز لهم استئناف اوطلب تعقيب حكم صادر على مدينهم المذكور ولهم ان يقوموا بحفظ او استحقاق دين بذمة الغير لمدينهم .

ملاحظة اولى - يلزم اعتبار قاعدة (الف ٣٠٦) خارقة للقاعدة القاضية بان الاتفاقات تجري احكامها على المتعاقدين دون غيرهما وفعلا فان الدائن ما قبل منه التداخل في العقود الواقعة بين مدينه والغير الا لوجود نص خاص قاض بما ذكر بصفة استثنائية . سؤال اول - ما هي الصفة القانونية المتلبس بها الحق المخول

للدائن بمقتضى ، الفـ ٣٠٦ ، نقول قبل كل شيء بان هذا الحق مغاير يقينا للحق الذي للدائن في اجراء الوسائل التحفظية والعقلة التنفيذية وتوقيف المال ففي اجراء ما ذكر حق شخصي للدائن مباشرة عن كسب المدين

تعريف ـ واما الحق المخول له بمقتضى (الفـ ٣٠٦) فانه يفيد منحه القيام بالحقوق والدعاوي التي لمدينه ليدخل في كسبه اى كسب المدين ما هو راجع له بمقتضى هاته الحقوق والدعاوي فقيامه اذن يكون في حق المدين لافي حق نفسه ولايتسنى له التحصيل على ذلك بطريق القيام مباشرة باسمه الخاص فاذا اراد استخلاص ماله يتحتم عليه الالتجاء الى الطرق التنفيذية ـ لذلك عبر القانون الفرنساوي بدعوى (منحرفة) على هاته الدعوى التي للدائن حق القيام بها وهذا في الواقع بين الا انه يكفي مجرد ملاحظة بدون اعارته اهمية اخرى ويلزم قانونا اعتبار فكرة نيابة الدائن عن مدينه فقيام الدائن يكون بمقتضى توكيل حكمي يخوله حق المطالبة نيابة عن كسب المدين لا في حق نفسه لكن دعوى الوكيل لها قانونا صفة دعوى منحرفة اذ كل ما يجريه الوكيل يسند للموكل ويعتبر صادرا منه مباشرة ، قد يجوز القانون هذا المبدا لكن هذا لا يمنعه من ان يحذف احيانا بعضا من نتائجه كاستثناءات منه فالدائن على مقتضى (الفـ ٣٠٦) يقوم في حق مدينه بمقتضى حلول حكمي فعمله هذا شبيه من حيث التاثير بالعقلة ومرماه يتجاوز بكثير مرمى العمل التحفظي ،

لنستانف ذكر هاته التصورات الثلاثة باختصار فنقول ،

الفكرة الاولى ـ وهي ان الدائن نائب عن كسب المدين ،

نتيجة اولى ـ بمقتضى ذلك يطالب الغير بجملة ما هو راجع للمدين لا بقدر ما يطلبه هو من ذلك المدين

نتيجة ثانية ـ يجوز اذن لهذا الغير ان يعارض الدائن المذكور بجميع ما

يمكن الاحتجاج به على المدين بيد انه لايجوز ان يعارضه بالاجه الخاصة بذاته اي الدائن ، نتيجة ثالثة ـ ليس على الدائن الذي يقوم في حق مدينه العديم الاهلية ان يخضع لما اوجبه القانون من الشروط للقيام بحقوق عديمي الاهلية ،

٢٧٨ هذا وهناك صور اخرى يتصور فيها على مقتضى القانون التونسي ، ان الدائن القائم في حق مدينه يعتبر كنائب عنه لكن في منفعة نفسه فما ذلك الا من قبيل الاستثناء للقاعدة القاضية بان الدائن يقوم نيابة عن كسب المدين ، استثناء اول ـ الدائن القائم مقام غريمه يتنفع بالقيام وحده دون غيره من ارباب الديون (الفصل ٣٠٨) وله وحده ان يعقل المال الذي ادخله بقيامه في كسب المدين للخلاص منه ، استثناء ثان ـ وعليه فمن المفهوم طبيعة ان الغير المقوم عليه يوقف المطالبة لما يدفع ما للقائم من الدين ، استثناء ثالث ـ لايمكن الاحتجاج ابدا على المدين بالحكم الصادر في الدعوى بين دائنه القائم في حقه والغير اذا لم يقع ادخال المدين في تلك الدعوى (الفصل ٣٠٧) وعليه فلا يحتج ايضا بهذا الحكم على ارباب الديوان الاخرين الدين لم يدخلوا في الدعوى المذكورة اذ لانمكن معارضتهم به الا بصفة كونهم نائبين عن المدين بوجه عام ، الفكرة الثانية ـ وهي ان الدائن قام في حق المدين بمقتضى الحلول الحكمي ، واما على مقتضى القانون التونسي يجب على الدائن ان يستاذن المجلس قبل للقيام في حق المدين (الفصل ٣٠٦) واما على مقتضى القانون الفرنساوي فان مساله الحلول الحكمي فيها خلاف ، ومما يلاحظ هنا هو ان الحلول القانوني ينتج عنه تصور النيابة المتحدث عنها والمفسر له هو صفة الوسيلة التي سعى الدائن في تحصيلها (انظر ما سيقال بعد عند الكلام على الفكرة الثالثة) ،

وينجم عن هذا الحلول اعتبار الحق المقوم في شانه خارجا موقتا من يد المدين

وعلية فلا يتسنى لهذا الدين طلب المقاصة بذلك الحق ولا عقد صلح فيه ولا التصديق على العقد اذا احتج الدائن على الغير ببطلانه . الفكرة الثالثة ـ تستفاد من الفصل ٣٠٦ مفادها ان الدائن قد سعى بقيامه في اجراء نوع عقلة هي من لوازم طرف الدفاع عن حقوقه وفي الحقيقة فما هي الا وسيلة تنفيذية لها صفة فاتحة عقلة

٣٨٠ سؤال ثان ـ لمن يخولا القيام بما للمدين من الحقوق ؟ الجواب هو انه يسوغ لكل الغرماء سواء كان بيدهم رهن او لم يكن بيدهم ذلك طلب المنحة المنصوص عليها بالفـ ٣٠٦ لكن على شرط ان تكون ديونهم قد حلت ابان دفعها (وليس ذلك لمن كان دينه مقيدا بشرط او باجل) وفعلا فان المنحة المذكورة نتيجة حق رهن والرهن لا يتيسر القيام به الا عند حلول الدين فذلك يؤيد فكرة ان المنحة المذكورة ليست بوسيلة تحفظية وما التداخل في حقوق المدين الا مقدمة تنفيذ واهم ما يلتفت اليه هو حلول الدين بقطع النظر عن كون تاريخ هذا الدين اسبق من تاريخ العقد المطعون فيه او متاخرا عنه . سؤال ثالث ـ ما هي حقوق المدين التي يمكن للغرماء القيام بها ؟ الاصل هو ان الغرماء يجوز لهم القيام بجميع الحقوق والدعاوي التي يمكن لمدينهم القيام بها ولا يستثنى منها الا ما كان خاصا بذاته (الفـ ٣٠٦) ويصعب ضبط تعريف الحقوق الشخصية المحضة وانما تتبين من الاخرى من كونها ذات صبغة اكثرها اعتبارية لا مالية فلذلك لا يمكن اعتبارها كالاخرى ضمانا عاما لجملة ارباب الديون (راجع الجزء السابع من تاليف هوك) ومع ذلك فان هناك بعض تقاسيم تتعلق بالحقوق المذكورة وتوضح معناها واليك هاته التقاسيم . اولا ـ الحقوق العائلية التي ليست لها صبغة مالية (كحقوق الابوة والاستبناء والدعاوي التي تتعلق بالحالة الشخصية وغيرها) . ثانيا ـ الحقوق التي لاحد الزوجين على الاخر . ثالثا ـ حق الرجوع في الهبة في الصور المنصوص عليها الفقه الاسلامي على شرط ان لايكون الرجوع في الهبة بموجب

عدم الوفاء بها هو موظف على الموهوب له (حق الاعتصار) . رابعا ـ الحقوق الناتجة عن اتفاق ذاتي محض كما في صورة الوكالة الا اذا كان التوكيل لخصوص فائدة الوكيل وايضا في صورة التزام الصانع يصنع تحفا للغير فاذا امتنع هذا الصانع من صنع ما ذكر وكان له دائن غير الملتزم له بالمصوغ فلا يتيسر قطعا لهذا الدائن اتمام الصنع لقبض الثمن . خامسا ـ حق الخيار اذا تعلق بشيء اعتباري او بصفة خاصة بشخص معين (كالحق في رفض توكيل وغيره) . سادسا ـ الحقوق التي لا يصح حجزها ولا احالتها فهنا يلزم اجتناب اللبس بين الصورتين كما في المثال الاتي . لزيد بذمة عمر دين وكان لعمر وعقار متجر له بطريق الارث ومنزل لبكر وتخلد بذمة بكر معاوم الانزال عن مدة فارطة فمعاوم الانزال يصح فيه الحجز والاحالة وعليه يمكن لزيد عملا بقاعدة الفـ ٣٠٦ مطالبة بكر بما تاخر دفعه عن معلوم الانزال بالنيابة عن مدينه عمر ووفد عينه هذا الفـ ٣٠٦ حقوق الانتفاع والسكنى والنفقة بصفة حقوق لاتقبل الاحالة ولا يصح حجزها ويضاف اليها حق الاستغلال وكذلك الحقوق المتعلقة بالمنقولات التي لاتقبل الحجز على مقتضى قانون المرافعات المدنية وحقوق النفقة والاجور والمرتبات والجرايات والايرادات بالنسبة للجزء الذي لايصح حجزه وفعلا فما هي المنفعة للدائن من المطالبة ؟ فهاته الحقوق لم تكن داخلة في كسب المدين اي في الضمان المشترك بين جملة الغرماء . سابعا ـ الدعاوي التي تترتب للمدين عن جنحة او شبهها وقعنا عليه (الفـ ٣٠٦) ما لم يكن قام بها المدين لانه في هاته الصورة يدخل المتحصل منها في كسبه الذي هو ضمان لغرمائه وقد خصص الفـ ٣٠٦) المذكور بالصفة المذكورة اي بصفة حقوق لايقوم بها الدائن مايترتب عن جنحة اوشبهها وقعنا عليه . واما الحقوق المترتبة عن الجنحة او شبهها الواقعتين على الملك فانه يصح للدائن القيام بهما . ضابطة ـ قد جاء الفـ ٣٠٦ ايضا بان القيام بالفسخ بناء على عدم اهلية المدين لصغر سنه لايعد من المطالب الشخصية

على معنة هذا الفصل يسوغ للدائن القيام بها . فرع من المبدا المقرر انفا . يجوز للدائن القيام بجميع ما لمدينه من الحقوق وخصوصا بدعوى البطلان والفسخ بسبب تدليس او غلط واكراه ودعوى فسخ بيع الثنيا ودعوى الشفعة وغيرها من الدعاوي ولا يستثنى منها الا ما كان خاصا بذات المدين .

ملاحظة - هل يجب على العريم القائم بحق مدينه القاصر او الصغير ان يقوم بجميع الشروط والواجبات الخاصة التي على الصغير او على وليه الشرعي وبالاخص الشروط التي اوجبتها الشريعة الاسلامية فيما يتعلق ببيع مكاسب القاصر؟

لا يجب ذلك على مقتضى الراي الحكمي فحقوق القاصرين يراعيها المجلس الذي رفعت اليه القضية (الفصل ٣٩٦) سؤال رابع - ماذا ينبغي ان يتوفر من الشروط ليتسنى للغرماء القيام بالحق الممنوح لهم بالفصل ٣٠٦ ؟ يلزم :

اولا - ان يكون قد حل دفع ديونهم كما اسلفنا . ثانيا - ليس للغرماء القيام بما لمدينهم من الحقوق والدعاوي الا اذا اهمل هؤلاء المدينون القيام بها او امتنعوا منه

ان مسألة معرفة هل يلزم الانذار ام لا في هاته الصورة محل جدال في القانون الفرنساوي وفي الغالب يجوز عدم لزوم ذلك .

واما في القانون التونسي فليس هناك فائدة تطبيقية نظر النص الفصل ٣٠٦ القاضي باستئذان الحاكم . ثالثا - ليس لهم ايضا القيام بحقوق ودعاوي مدينهم الا كانت لهم مصلحة في ذلك فالحاكم يرفض المطالب التي لا فائدة فيها او التي يقصد منها التنكيل فلا بد لتطبيق الفصل ٣٠٦ من وجود الدين في خطر والمجلس ينظر ايضا هل ان في القيام مصلحة مشتركة بين الغرماء ومدينهم وهل ليس للدائن طريقة اخرى احضى يحصل بها على مرغوبه

رابعا - لا بد من ان يكون الحق قد حل ابان الوفاء به ليتسنى للدائن القيام نيابة عن مدينه اي انه لا بد ان تكون المطالبة به ممكنة في ذلك الوقت من المدين

نفسه . خامسا - على الدائن ان يستاذن الحاكم قبل مباشرة القيام « الفصل ٣٠٦ » ٣٨٢ - سؤال خامس - ماذا يترتب من النتائج على قيام الدائن بحقوق مدينه ؟ اولا - الدائن يقوم في حق مدينه لكن في منفعة نفسه « الفصل ٣٠٧ » . فرع اول - من وقع عليه القيام من الدائن يمكن له جبر هذا الدائن عن قبض ما قام بطلبه وهذا الاداء ينقضي به وكذلك الدعوى . فرع ثان - هذا الدائن الذي قام بحقوق او دعاوي مدينه يسوغ الاحتجاج عليه بجميع الاوجه التي يمكن الاحتجاج بها على المدين نفسه « الفصل ٣٠٧ » الا انه لا يجوز للغير الواقع مطالبته ان يحتج بالاوجه التي ربما كانت له ضد هذا الدائن كالمقاصة مثلا وذلك لان القائم له صفة نائب عن المدين فلا صعوبة اذا كان سبب اوجه الاحتجاج اسبق تاريخا من قيام الدائن . هذا ويمكن للمقوم عليه ان يعارض الدائن بان للمدين مكاسب اخرى كافية لخلاص دينه وعلى كل حال فالمجلس له النظر في ذلك . وخليق بنا ان نلاحظ بان هاته المعارضة انما هي مجرد وسيلة دفاعية مغايرة التي تخول الامتناع من الاداء الى ان يقع اجراء عقلة وبيع مكاسب المدين الاصلي (راجع ما قيل في الدعوى البوليانية وفي الضمان) . واما الاوجه التي توجد سببها بعد الحكم فلا يحتج بها على الدائن كما في صورة المقاصة بين المدين والمطلوب له وفعلا فان الفصل ٣٠٦ ينزل هاته المنحة المخولة للدائن منزلة العقلة فمن تاريخ بداية قيام الدائن بما لمدينه من الحقوق تحصل النتائج التي تترتب على العقلة بحيث ان المدين لا يمكنه التفويت في الحق القائم به دائنه في حقه . فرع ثالث - كما يسوغ الاحتجاج على المدين بالحكم الصادر في الدعوى بين دائنه القائم في حقه والغير اذا ادخل المدين في تلك الدعوى من اولها ولو امتنع من التداخل فيها (الفصل ٣٠٧) . واما في الصورة المضادة لهاته اي اذا لم يقع ادخاله في القضية فلا يحتج عليه بالحكم المذكور بحيث ان هذا الحكم لا ينجر له منه ضرر ولا نفع والغير الذي لم ياخذ احتياطاته في ذلك يكون مهددا

بقيام المدين عليه بعين ما قام به دائنه . وقد جرى العمل عند المحاكم الفرنساوية بان الدائن يمكن له الزام المدين بالدخول في النازلة (وذلك بادخاله فيها) لكنه اي الدائن غير مجبور على ذلك مع ان مصلحته تقضي عليه دائما بادخاله المدين في القضية . فنفس هذه القواعد يلزم اتباعها في القانون التونسي .

فرع رابعا ـ لما كان قيام الدائن نيابة عن المدين فجميع الواجبات التي على هذا الاخير تكون على الدائن المذكور فاذا شفع مثلا في عقار في حق المدين اوطالب فسخ بيع وقع بالتنبيا وجب عليه بذل ذلك الثمن بالفعل . ثانيا ـ الدائن الذي يقوم مقام مدينه يقع وجده بالمال الذي يقبضه (الفـ ٣٠٨) انظر التنبيه اسفله . ليس الامر كذلك على مقتضى القانون الفرنساوي بل ان نتيجة القيام بما ذكر هو ادخال الشيء من جديد في مكاسب المدين حتى يكون ضمانا مشتركا لجملة الدائنين وهؤلاء الدائنون يتخاصصون فيه (راجع عدد ٣١٤ من صحيفة عدد ١٤٢ من تاليف ابروزو) . واما القانون التونسي فانه اعطى امتيازا للدائن الذي بادر بالقيام قبل غيره وجعله ينتفع وحده بثمرة اعتنائه غير ان الدائنين الاخرين يستفيدون مما اجراه الدائن الصادر منه القيام من الوسائل الحافظة للدين (عقلة مثلا) الفـ ٣٠٨ لكن هذا الاعتراض تخرج به من الموضوع . واما اذا كان دين من قام في حق المدين اقل مما استخاصة ذلك الدائن بموجب قيامه فان الزائد يدخل في مكاسب مدينهم التي هي ضمانهم العام . ملاحظة ـ من المسلم ان الدائن الذي قام في حق مدينه لايتنفع بما تحصل من القيام الا بعد خلاص من كان متقدما عليه من بقية الدائنين بموجب رهن او امتياز (راجع الفـ ١٦٢٢ وما بعده) .

الفـ ٣٠٨ الامتياز الثالث الناتج عن حق الضمان العام

هو منح للدائن الطعن فيما عقده المدين لاضراره بحقوقه تغريرا او تدليسا وهي الدعوى البوليانية او دعوى قيام الدائن بابطال عقود غريمه . وهذه الدعوي

مواردها القانون الروماني وقد ادخلت عليها تغييرات محسوسة .

ان قانون الالتزامات التونسي لم يتضمن نصا شبيها بنص الفـ ١١٦٧ من المجلة المدنية الفرنساوية . ولا شك ان في هذا النقص سيقع تسديده باضافة نص الفـ ١١٦٧ من القانون الفرنساوي لنص الفـ ٣٠٦ من المجلة التونسية . فيجدر بنا حينئذ من الان ان نقرر البحث المتعلق بالدعوى البوليانية كما هو مبسوط بالقانون الفرنساوي فنقول .

نظرية عامة ـ الاصل هو ان المدين له اطلاق التصرف في كسبه كما شاء وكيفما شاء غير انه اذا ساءت نيته بان نقص من كسبه للاضرار بحقوق دائنيه اي اذا اعتراه خبث النية واضر بالضمان العام الذي يؤمل عادة ارباب الديون الخلاص منه فيكون لهؤلاء الحق في القيام بالدعوى البوليانية التي مبناها فكرة حصول الضرر بسبب امر غير جائز .

المسألة الاولى ـ وهي التي تتعلق بموضوع الدعوى البوليانية

الاصل هو ان كل ما يعقده المدين للاضرار بحقوقه دائنيه تغريرا منه او تدليسا وبنية التنقيص من كسبه يصح ان يكون موضوع الدعوى المذكورة ويمكن لهم الطعن ايضا حتى في الاحكام التي حصل عليها بطريق التغرير ايضا لكن الطعن فيها يقع بطريق الاعتراض . فاذا كان العقد المدلس باطلا ايضا لسبب من اسباب البطلان فان للغرماء الطعن فيه اما بطريق القيام بالدعوى البوليانية او بطريق القيام المنصوص عليه بالفـ ٣٠٦ بيد انه لا وجه للقيام على المدين بالدعوى البوليانية اذا امتنع هذا المدين مجرد امتناع من تنمية كسبه كامتناعه مثلا من قبول هبة وذلك لان الدائن لم يتوقع مثل هذا الامر في الوقت الذي تعاقد فيه مع المدين .

تنبيه ـ وفي مقابل ذلك يكون الدائن مسؤولا لنفسه بما يقع اي انه يتحمل شخصيا نتائج الدعوي في صورة عدم نجاحه في قيامه على المدين . اه

استثناء اول ـ يجب عدم الذهول عن امر وهو ان مبني الدعوي البوليانية بالنسبة للدائنين هو دائما حفظ المكاسب التي هي ضمانهم العام وعليه فالحقوق الذاتية المحضة التي للمدين المبينة بالفصل ٣٠٦ لا تصلح ان تكون مرضوع الدعوى البوليانية اذ انها ليست داخلة في الضمان العام . استثناء ثان ـ ليس للدائنين ان يقوموا بالدعوى البوليانية للطعن فيما يجبر المدين على اجرائه وفاء بديونه التي حل اجلها .

المسألة الثانية

وهي التي تتعلق بما يلزم ان يتوفر من الشروط للقيام بالدعوي البوليانية. يلزم شرطان لذلك وهما . اولا ـ ان يكون العقد المطعون فيه قد حصل منه ضرر للدائن . ثانيا ـ ان يثبت الدائن ايضا نية الاضرار عند من تمم العقد المطعون فيه اي يلزمه اثبات الغرر اي التدليس . ٣٨٤ تطبيق الشرط الاول .. اثبات الضرر بمعنى اثبات ان المدين صار معدما او تعكرت حالته بسبب العقد المطعون فيه وعسر المدين يثبت بعد قيام الدائن بطلب ضبط مكاسب مدينه ثم يقع اثبات تسبب العقد المطعون فيه في العسر . يجب اجتناب اللبس بين طلب اختبار مكاسب المدين (اي طلب بيعها بعد عقلتها) الذي يقع ممن اكتسب حقا من حقوق المدين ومعارضة الكفيل عند مطالبة الدائن له بانه يطلب اختيار مكاسب المدين اي عقلتها او بيعها . ففي صورة الحال طلب اختبار مكاسب المدين ليس بوجه معارضة بل هو شرط لازم لصحه القيام بالدعوى البوليانية ونتيجة ذلك التطبيقية هو ان من اكتسب الحق من المدين لا يلزمه عند وقوع القيام عليه بالابطال من الدائن تسبيق المال اللازم لاختبار مكاسب المدين بل له ان يطلب ذلك في كل وقت اثناء التتبع وليس عليه ان يعين المكاسب المطلوب اختبارها الى غير ذلك من النتائج . وباختصار فلا وجه عندئذ لتطبيق الفقه ١٤٩٨ وما بعده من الفصول المتعلقة بالضمان ملاحظة ـ عسى المدين يعتبر من وقت المطالبة ويلزم ان يكون هذا العسر نتيجة ماعقده المدين مما وقع

الطعن فيه فاذا صار المدين معسرا مثلا بسبب وقوع عدة هبات منه فانه يلزم البحث لمعرفة من اي هبة بدا حصول الضرر للدائن بموجب عسر ذلك المدين .

٣٨٥ ـ تطبيق الشرط الثاني ـ وهو نية الضرر فلا يكفي ان يحصل ضرر للدائن من العقد المطعون فيه بل يلزم ايضا ان يكون المدين قد عقد العقد المذكور بنية خبيثة ومفاد ذلك هو ان الدائن يلزمه اثبات ان مدينه تعمد زيادة تعسير حاله ولا عبرة بان ذلك كان بنية خبيثة ام لا ولا لزوم عندئذ لاثبات التدليس

اولا ـ فبالنسبة للمدين تتعلق هذه العقود بجميع العقود التي صدرت منه سواء كانت هاته العقود واقعة بعوض او بدون مقابل غير ان في ذلك خلافا .

ويوجد من علماء الحقوق من يرى ان العقود المذكورة اذا كانت تبرعية بحتة يكفي اثبات حصول الضرر للدائن . ثانيا ـ وبالنسبة للغير الذي تعاقد معه المدين فيكون على الدائن اذا كان العقد المطعون فيه بعوض اثبات تواطؤ من ذكر مع المدين اي علمه بوقوع التدليس من المدين واما اذا كان العقد عقد تبرع فلا يلزم الدائن باثبات تواطؤ معاقد المدين بل يكفي للنجاح القيام بالابطال ثبوت تدليس المدين

والفرق بين الحالتين سهل الادراك ففي الحالة الثانية لم يعط معاقد المدين ما يقابل ما حصل عليه من العقد لكن من الانصاف الحكم بان هذا المعاقد الذي كان على حسن نية لا يلزم بالترجيع الا بقدر ما نمى به كسبه بدون سبب ولو ان النمو كان مفقودا وقت القيام بالابطال ولا صعوبة في تطبيق هاته القواعد اذا كان الغير المقوم عليه هو من اشترى من عند مدينه واما اذا كان الغير هو الذي باع له المشتري المذكور فالمسألة تزداد صعوبة .

نتيجة اولى ـ اذا كان المشتري عن حسن نية فالمشتري منه لا شيء عليه ولو كان على علم من التغرير . نتيجة ـ اذا كان المشتري عن سوء نية واحال لغيره المشتري على سبل التبرع فهذا الاخير ينتزع الشيء من يده بطريق القيام بالدعوى

البولبانية (ولا يكون قد فانه في هاته الصورة الا فرصة تنمية كسبه فانتزاع ما ذكر من يده مطابق للعدل والانصاف) .

واما اذا كانت الحالة ما ذكر بعوض وجب بعد اثبات سوء نية المدين والمشتري الاول اثبات سوء نية المشتري الثاني فهذا الحكم الجاري به العمل لدى المحاكم الفرنساوي ربما كان فيه تحريض على التغرير لان اثبات سوء المشتري الثاني امر عسير ضرورة ان غالب الاحيان يكون المشتري الاول عديم كسب بحيث لا يتيسر القيام عليه بطلب تعويض الضرر لكن ذلك هو مقتضى الف ١١٦٧ .

٢٣٩ المسألة الثالثة

هي التي تتعلق بمعرفة من يقوم بالدعوي البولبانية . القيام بالدعوي البولبانية يجوز لكل دائن ولوكان دينه مؤجلا سواء كان بيده رهن امملا على شرط ان يكون تاريخ الدين متقدما عن تاريخ العقد المطعون فيه هذا ولو كان تاريخ رسم الدين المذكور متأخرا عنه وفعلا فان من كانت ديونهم بعد تاريخ العقد الواقع فيه الطعن ليس لهم ان يتذمروا من شيء وذلك لان كسب المدين الذي هو ضمانهم لم يشمل وقت التعاقد ماكان خرج منه بموجب العقد المخديش فيه وبعبارة اخرى فانه لم يكن لهم حق في كسب المدين في الوقت الذي تكون فيه الالتزام المطعون فيه . لكن حكمت المجالس الفرنسوية (راجع مجموعة داوز سنة ١٨٨٤) بانه يمكن للدائنين وان كانت ديونهم بعد تاريخ العقد المطعون فيه ان يقوموا بالدعوى البوليانية متى ظهر ان المدين قصد التدليس عليهم بالاستعمال بعض الخزعبلات قبل التعاقد معهم . ومما يتصوره العقل تصورا تاما هو انه يتسنى للغريم الذي دينه مؤجل ان يقوم بالدعوى البولبانية لان هاته الدعوى تفيد دائما ان المدين صار معسر اوعسر المدين من مسقطات الاجل واما الغريم المعلق دينه على شرط فان حقه غير موجود مادام الشرط لم يحصل وعليه فالتغرير لاينشأ منه ضرر لحق وجوده

معلق على حادثة لذلك لايقبل من الغريم المذكور القيام بالدعوى البولبانية ضرورة انه يكفي لحفظ مصالحه المتوقع حصولها ماله من الحق في اتخاذ الوسائل الاحتياطية لصيانة دينه المعلق على شرط وزيادة على ذلك فان الف ١٣٤ يحجر على المطلوب بدين معلق على شرط كل الاعمال التي في تعاطيها تعريفا على حقوق الدائن او اضرارها . عويصة - قد تكلمنا على الدائنين الذين ديونهم اسبق تاريخا من العقد المخدوش فيه فاذا كان هذا العقد بخط يد فهل يكتفي باثبات الدائن ان تاريخ دينه سابق في الحقيقة عن تاريخ ذلك العقد ؟ او يلزم اشتراط ان خط اليد المذكور لا بد ان يكون ثابت التاريخ ؟ ففي المسالة محل خلاف . وقد ابدى علماء الحقوق وجهانا لحسمها وهو انه اذا كان الغير الذي عاقده المدين متواطئا مع هذا الاخير على التدليس فلا يقبل احتجاجه بالف ٤٥٠ وذلك لانه لايمكنه التسلح بعقد مدلس يعلم خلله واما اذا كان يجهل التدليس الصادر من المدين فيكون تحت حماية الف ٤٥٠ ولا يتضرر في حقوقه المكتسبة بوجه لايقبل الطعن من رسم ذلك المدين لتاريخ خط اليد المشار اليه اسبق من تاريخ هذا الكتب الحقيقي . وقد جرى عمل المحاكم الفرنساوية بان الدائن لايطلب منه الاثبات دينه فاذا لم يكن لهذا الدين تاريخ ثابت وادعى الغير المقوم عليه تغيير التاريخ وتاخيره فاثبات ذلك يكون عليه اعني على الغير لان الف ٤٥٠ لم يجعل هاته الصورة اذ قيام الدائن ليس على الغير وانما على نفس مدينه .

المسالة الرابعة

وهي التي تتعلق بمعرفة على من تقام الدعوى البولبانية . هذا القيام يقع بالنسبة للعقود التبرعية على الغير ولوكان على حسن نية اي على كل من انجز له الحق المطعون فيه اما من المدين او من نائبه .

واما بالنسبة للعقود التي بعوض فانه يلزم كما قررنا اثبات تواطؤ الغير اي المشتري

اومن اشترى منه اعني المشتري الثاني . هذا ومما يلزم اعتماده هو ان الغير يجوز له توقيف التتبع اذا ادى للدائن المباشر للقيام ما يطلبه من المدين لانه يسقط بذلك حق هذا الدائن في القيام لزوال المصلحة .

٣٨٩ المسألة الخامسة

وهي التي تتعلق بمعرفة ماذا يترتب من النتائج على الدعوى البوليانية . يترتب على الدعوى البوليانية ترجيع ماكان اي ترجيع الشي على الحالة التي كان عليها قبل العقد المطعون فيه لكن نتائجها نسبية فقط . مبدا اول ـ اذا ثبت الخدش في العقد انحل هذا العقد لفائدة الدائن القائم فيرجع الكسب الواقع فيه هذا العقد لجملة الغرماء ويصير بيعه ممكنا من جديد بموجب عقلة مثلا لكن الدعوي البوليانية لاينتفع بها الا الدائن الذي قام بها او الذي وقع ادخاله فيها . هذه المسألة محل خلاف في القانون الفرنساوي . واما في القانون التونسي فلا وجه للجدال فيها خصوصا اذا اعتبرنا ماقررته المجلة في هذا الشان بمناسبة الفـ ٣٠٦ وعلاوة على ذلك فان حكم المجلة المذكورة يستفاد من قاعدة نفوذ ما اتصل به القضاء فعلى مقتضى هذه القاعدة ليس لنفوذ ما اتصل به القضاء تاثير الا بالنسبة لمن شملتهم القضية . فالدائن القائم بالمطالبة يكون احسن حالا مما لو لم تكن هناك عقد مدلس . وما ذلك الا نتيجة اعتنائه وحرصه . وارباب الديون التي على الغير المقوم عليه لايسمع منهم طلب محاصصة القائم ولاقول من جهة تموكسب مدينهم اذا كان حصول هذا النمو بطريق غير جائز وهو التغرير ومن باب اولى واحرى اذا كان ما اكتسبه مدينهم بالصفة المذكورة منجرا من هبة لان هاته الهبة تكوين ايضا مبنية على التغرير وفي كلتا الحالتين ينتج عن نجاح الدعوى البوليانية خصوصا بالنسبة الدائن الذي قام بالمطالبة اعتبار الغير المقوم عليه كانه لم يتملك قط بالشيء الذي استحق من يده .

مبدا ثان ـ لمعرفة ادعية ما يتحتم على الغير المقوم عليه ترجيعه في صورة نجاح هذا

القيام بالدعوى البوليانية . يلزم التفريق بين الحالات الاتية . اذا كان هذا الغير حسن قصد فالعقد يكون طبعا في هاته الصورة عقد تبرع اذ لو كان بعوض لما امكنه فسخه في الصورة التي فيها الغير عن حسن نية (فلا يرجع الا بقدر ما زيد في كسبه بدون سبب ويبقى المبدا المتعلق بالترجيع المنصوص عليه (بالفـ ١١٢) من حيث الغلة والتعيب الخ (الفـ ١١١) واذا فوت الغير في المشترى فلا يكون عليه الا ترجيع الثمن الذي قبضه .

واذا كان عن سوء نية فتتسلط عليه احكام (الفـ ١١٠ ـ ١١١) . واذا فوت في الشيء وهو عن سوء نية فانه لا يرجع ما قبضه من الثمن فقط بل يرجع ايضا قيمة الشيء الحقيقية المعتبرة بالنسبة للوقت الذي توصل فيه بذلك الشيء غير انه جوز للغير ولو الذي عن سوء نية ان يطلب اعتبار الثمن الذي دفعه اذا انتفع به المدين (راجع الفقرة عدد ٣١٣ ـ بصحيفة عدد ١٤٢ من تاليف ابردرو) .

واما الحقوق الذي اكتسبها الغير عن حسن قصد قبل الفسخ كالرهن وحقوق الارتفاق وغيرها فانه يلزم احترامها ويجوز الاحتجاج بها على الدائن القائم بالدعوى فكل ذلك يبعدنا عن مبحث دعوى البطلان (راجع ما قيل في هاته الدعوى) .

مبدا ثالث ـ العقد المطعون فيه يبقى على حاله بالنسبة لعلائق الغير مع المدين

فرع اول ـ اذا كان العقد بعوض يكون للغير بحق القيام بالضمان على المدين (راجع مسالة الضمان في باب البيع) ويمكن له طلب تعويض الخسارة

فرع ثان ـ واذا كان العقد بدون عوض كالهبة مثلا وتحصل من بيع العقار بعد عقلته اكثر من مبلغ الديون الراجعة للقائمين بالدعوى البوليانية فلزائد يبقى للموهوب له وذلك لان العقد لم ينقض بالنسبة للموهوب له والمدين وما وقع بيعه انما هو في الحقيقة كسب الموهوب له . كما انه اذا بيع العقار ورجع لمستحقه ثم حجز بعد ذلك وبيع من جديد في المزاد العمومي وتحصل من بيعه ثمن

اوفر في مقدار الديون فالزائد يرجع للغير الذي استحق من يده ذلك العقار بموجب القيام عليه بالدعوى البوليانية .

٣٨٠ مبدا رابع ـ تسقط الدعوى البوليانية على مقتضى القانون الفرنساوي بمضي اجل السقوط العام اعني بمضي ثلاثين عاما وهاته الدعوى ليست بدعوى فسخ او بطلان بل هي مبنية على فكرة وقوع فعل نشا عنه ضرر اعني فكرة وقوع جنحة واما على مقتضى القانون التونسي فاجل السقوط بصفة عامة خمسة عشر عاما (الفـ ٤٠) والغير المقوم عليه ليس له ان يعارض بالحيازة الدائن القائم بالدعوى اي ان معارضه بمضي المدة التي بانقضائها تنتقل ملكية الشيء الحائز وذلك لان الدعوى البوليانية تفيد انه اخذ الشيء من يد مالكه الحقيقي وانه صار بموجب ذلك مالكا لذلك الشيء .

٣٩٢ ـ الامتياز الرابع الناتج عن حق الضمان العام

هو منح الدائنين الالتجاء للطرق التنفيذية لجبر المدين على الوفاء بالتزامه وتتسلط الوسائل التنفيذية اما على كسب المدين اوشخصه وهو مبحث العقلة والاجبار البدني وما على القارىء الا مراجعة قانون المرافعات المدنية للاطلاع عليه .

٣٩٣ ـ خامسا في حق حبس المال

(راجع الفصل ٣٠٩ وما يليه)

نظريات عامة تتعلق بالضمانات العينية

قد اسلفنا ان الدائنين المجردة ديونهم عن الامتيازات حق ضمان عام عن كسب المدين لكن في هاته الصورة لم يخصص جزء من هذا الكسب لضمان المدين فمن ذلك تقررت النتائج الاتية .

الاولى ـ لا يجوز للدائن ان يحبس ادنى شيء من مكاسب مدينه لتحقيق خلاصه . الثانية ـ لا اولية لهذا الدائن على بقية الغرماء بالنسبة للثمن المتحصل من

بيع مكاسب المدين بل ان لجميع الدائنين المجردة ديونهم من الضمانات حقا واحدا على السوية بينهم . الثالثة ـ ليس له ان يتبع مكاسب المدين اذا انتقلت بالشراء للغير بمعنى انه محجر عليه منع المدين من بيع مكاسبه والتصرف فيها بالتفويت .

وهاته القاعدة يستخرج منها استثناء مهم وهي الدعوى البوليانية التي افضنا القول فيها . كما يستخرج منها استثناء آخر نص عليه الفـ ١٩٣ من قانون المرافعات المدنية حيث تضمن ان من وقت اعلام المعقول عليه كسبه بهاته العقلة يمنع التفويت في العقار المعقول . وعليه فالدائن المجرد دينه عن الامتيازات ليس له ضمان خاص يتعلق بالاداء وقد يحدث ان هذا الدائن لا يرضى بذلك فيضطر المدين الى منحه بعض ضمانات خاصة للتحصيل على رضائه بالعقد .

الضمانات العينية ـ هي عبارة عن جعل الشيء او عدة اشياء معينة من مكاسب المدين او غيره توثقة لاداء الدين .

والضمانات التامة ـ هي التي تخول للدائن حق التقدم على غيره وتتبع الشيء لوضع يده عليه اينما وجدت . بخلاف الضمانات الناقصة (تقريبا جميع الامتيازات في المنقول . راجع الفـ ١٦٢٩ وما يليه) فانها لا تمنح الاولولة .

٣٩٤ في حق الحبس . الفصل ٣٠٩

حق الحبس نوع توثقة بمقتضاه يحبس الدائن (يحبس ولايجوز خلافا لما صرح به الفصل ٣٠٩) الشيء حتى يخلص فيما يطلبه من جراء ذلك الشيء . فادائن التي اجرى حق الحبس على شيء يقول لمدينه يحق لي ابقاء الشيء تحت يدي وعدم ترجيعه اليك الى ان توفي لي بالديون التي خول لي القانون اجراء حق الحبس في شانها . ملاحظة ـ هذا الحق له صفة رهن قانوني في المنقول واصله من القانون الروماني وقد تولد عنه في القانون الفرنساوي القديم افراط كثير لانه كان واسع النطاق اذ كان يخول المرضعة ان تمتنع من تسليم الرضيع الى ان

تخاص في كامل اجرتها وسنرى فيما بعد ان هذا الحق اصبح اليوم لايتسلط فقط على الاشخاص بل تسلطه على خصوص المنقول وغير المنقول من الاشياء

اولا . في طبيعة حق الحبس

ليس لهذا الحق صفة حق عيني حقيقي بل هو حق فرعي مجعول لتحقيق اداء ما يطلبه الدائن وهو ايضا نوع ضمان قانوني خارج عن كل اتفاق ومرتكز على مبدا عادل مسلم فاذا وجد تحت يد الدائن شيء للمدين فانه يصير بمثابة ضمان طبيعي بحيث يكون من الظلم الزام هذا الدائن بتسليمه قبل خلاصه فيما يطلبه من المدين .

قد تضمن القانون الفرنساوي خلافات ذات بال تتعلق بمبنى هذا الحق فبعض الحقوقيين اعتبروا له فكرة الانصاف مبنى و جوزوا القياس على ذلك في كل الصور المرتكزة على سبب مصدره الفكرة الاولى . وبعضهم ايضا يرى في هذا الحق امتيازا حقيقيا لا ينسحب الا على الصورة التي نص عليها القانون صراحة . اما القانون التونسي فلاوجه لهاته الخلافات فيه . فاحكام هاته المسالة بالخصوص لها بهذا القانون قسم خاص وهو القسم الثالث (الفصل ٣٠٩ والفصول بعده) . وقد تضمن الفصل ٣٠٩ المذكور ان هذا الحق لا يجري العمل به الا في الاحوال التي خصصها القانون لكن الحقيقة هو ان هذا الموضوع احتوى على صور تطبيقية كثيرة جدا مستخرجة من الفصل ٣١٠ ومن عدة نصوص خاصة . حق الحبس لا يتجزا اعني ان الدائن يمكن له ان يجريه على كامل الشيء او بعضه حتى يخلص في كامل دينه (الفصل ٣٠٩) واذا قبض الدائن الذي اجرى حق الحبس جزءا من دينه فلا يجبر على رفع يده على جزء من الشيء المحبوس يناسب اهميه المقبوض . توجد عدة تطبيقات لهاته القاعدة في الصورة التي تسلم فيها للعامل مواد اولية ليصنع منها ما يؤجر على صنعه فالعامل له حق حبس تلك المواد الى ان يخلص في كامل اجرته .

٣٩٠ ـ ثانيا ما هي الديون التي يجري عليها حق الحبس

يمكن تقسيم الديون التي يخول فيها حق الحبس الى قسمين وهما .

اولا ـ الديون الواردة من عقد او شبهه والمتوفر فيها ما اوجبه من الشروط الفصل ٣١٤ لاجراء حق الحبس (انظر ما سيقال) والمنصوص عليها بالقانون (راجع آخر الفصل ٣١٠) ونخصص بالذكر الاحوال الاتية اللي يجري فيها حق الحبس فنقول . اولا ـ للمشتري بالثنيا حق حبس الشيء الى ان يسترد الثمن وما صرفه مما زاد في قيمة الشيء (الفصل ٦٩٥) ثانيا ـ للفضولي حبس ما لصاحب الحق الى ان يوفي له بما سبقه لادارة شؤون ماذكر على الوجه المرغوب (الفصل ١١٨٧) ثالثا ـ للمستودع حبس الوديعة الى ان يوفي له بما صرفه من المصاريف اللازمة لحفظها (الفصل ١٠٣١) رابعا ـ يعطي للموقوف تحت يده شيء متنازع فيه حكم المستودع بالنسبة لحق الحبس (الفصل ١٠٤٣) يراجع الفصلان ١٠٧١ ـ ١٠٧٢ فيما يتعلق بحق الحبس الذي للمستعير .

خامسا ـ للوكيل حبس ما وجهه الموكل او سلمه اليه من المنقولات الى ان يوفي له بما سبقه من ماله وما صرفه وما يستحقه من الاجر الخ (الف ١١٤٧) .

سادسا ـ للبائع ان يحبس المبيع الى ان يوفي له بالثمن (الفصلان ٥٩٨ ـ ٥٩٩) .

سابعا ـ للبائع ايضا حبس المبيع ولو مع تاجيله للمشتري في الثمن اذا صار المشتري ذا عسرة بعد البيع او اذا ارتكب ما يقتضي تضعيف التوثقة التي اعطاها في دفع الثمن (الف ٦٠١) . ثامنا ـ يراجع صورة اجارة المقول الفصلان ٧٨٨ ـ ٧٨٩ فيما يتعلق بحق الحبس الذي للمكري . تاسعا ـ يراجع ايضا ما يتعلق بحق الحبس الذي للمرتهن . هذه بعض صور يجري فيها حق الحبس وقد تضمن الف ٣١١ استثناء صريحا من مبدا اجراء حق الحبس هذا قصه (لاحق في حبس الشيء اذا كان الدين سببه غير جائز) . وقد قرر الف ٣١١ حرمان الغاصب من هذا الحق حرمانا مطلقا وبهاته الطريقة حسم القانون التونسي الخلافات الموجودة في القانون

الفرنساوي في هذا الموضوع والفـ ٣١٠ (قابله بالفـ ١١٢) يمنح الحائز بشبهة حق الحبس على مـا ترتب له من الديون بموجب مـا انفقه على الشيء من المصاريف اللازمة سواء انفقت قبل او بعد القيام بالاستحقاق واما مصاريف الترف الواقعة قبل القيام بما ذكر والتي زادت في قيمة الشيء فانه يجري في شانها حق الحبس الى حد الزيادة في القيمة المذكورة . ثانيا ـ الديون التي نص القـانون على اجراء حق الحبس عليها . وهي التي لم ترد من عقد او شبهه وانما هي مبنية على قاعدة العدل والانصاف المحض كما في صورة الديون التي للحائز بشبهة على من قام عليه بالاستحقاق فمن حاز شيئا بالصفة المذكورة له حبسه الى ان يؤدي له ما انفقه على الشيء المستحق .

ثالثا ـ على اي نوع من انواع المكاسب يجري حق الحبس

حق الحبس يجري على جميع ما للمدين من المكاسب من المنقول وغير المنقول وحتى على الحقوق المجردة كالرسوم الرسمية التي تحت الاذن او التي للحـامل (الفصل ٣١٢) على شرط ان لاتكون غير قابلة للتفويت او الحجز . نتيجة اولى ـ وعليه فلا يجري حق الحبس على العقار المحبس ولا على ملك الدولة ولا على الاراضي المشتركة الانتفاع وغيرها ولا على حقـوق النفقة وحقـوق الباع والسكنى الخ . نتيجة ثانية ـ وكذلك لايجري على الاشخاص (وان كان الحبس باسجن مـاهو في الحقيقة الا حق حبس يتسلط على الذوات) .

نتيجة ثالثة ـ ولايجري ايضا على ما ليس على ملك المدين كالاشياء الضائعة او المسروقة التي يطلبها اربابها ولا على الاشياء التي يعلم الدائن او كان من حقه ان يعلم انها ليست على ملك المدين بناء على احوال او اعلانات يقتضيها القانون (الفـ ٢١٣)

نتيجة رابعة ـ حق الحبس لايتسلط على الاشياء التي حجر الفصل ١٧٥ من قانون المرافعات تعرقيبها عند التنفيذ كالاشياء الضـرورية للمعاش وغيرهـا (راجع الفـ ٣١٣) .

نتيجـة خامسة ـ ولا يتسلط ايضا على الحبس و على الاشياء التي هي على ملك المدين وسلمت للدائن لغرض مخصوص او التي التزم الـدائن باستعمالهـا في شيء معين لكن اذا علم الدائن بعد ذلك يتوقف مدينه في اداء مـا عليه او بصدور الحكم بتفليسه كان له حق الحبس (الفصل ٢١٨) .

٢٩٧ رابعا ـ في الشروط التي يتوقف عليها اجراء حق الحبس (الفـ ٣١٤)

ـ الشرط الاول ـ

يجب ان يكون الدائن حائزا للشيء ويكفي مجرد وجـود اليـد على الشيء ولو كانت غير اليد المستحقة كيد المستعير (الفصل ١٠٠١) . لكن لابد ان يكـون حوز الشيء بوجه صحيح . نتيجة ـ رفع ـ يد الدائن على الشيء باختيـاره يفيد تركـه للضمان وتسليمه في حق الحبس . ملاحظة ـ اذا كان الشيء على ذمة الدائن في بعض الاحوال فالقانون يعتبره كما للوكان في حوزه بالفعل ـ مثلا ـ يعتبر الشيء في حـوز الدائن اذا كان في مخازنه او مراكبه (فهذا امر بديهي لافـائدة في ذكر القانون لـه) او في مخـازن او مراكـب وكيله او نـائبه او الشخص المكلف منه او في مخازن الكمرك او في مستودع عمومي او في مخـازن او مـركب شخص اذا تصل من هذا الشخص بتذكرة ارسال او ببوليسة الشحن (الفـ ٣١٥) .

عويصة ـ كيف العمل اذا خرج الشيء من يد الدائن بالرغم عن ارادته ؟

قد جاء القانون التونسي حـاميا للدائن في هـاته الصورة اذ يمنحه حق تتبع الشيء وتوقيفه توقيف معارضة حقيقيا عند ما صار ذلك الشيء تحت يده (الفـ ٣١٦)

افتراض اول ـ الدائن يعارض ويطلب استرداد الشيء ففي هاته الصورة لا يمكن القيـام بحق التتبع الا تحت شرطين . اولا ـ نقلة الشيء من محله الى محل اخر خفية او رغما عن معـارضة الدائن (الفـ ٣١٦) . ثانيـا ـ طلب الدائن رد ذلك الشيء للمحل الذي نقل منه في مدة ثلاثين يوما من تاريخ علمه (الفـ ٣١٦)

افتراض ثان ـ الدائن لا يطلب رد الشيء فاذا رجع الشيء لهذا الدائن بسبب متاخر عاد له حقه في (الف ٣١٩) . حبسه هـذا الحكم لا يجوز بصفة عامة على مقتضى القانون الفرنساوى .

٣٩٨ ـ الشرط الثاني ـ يلزم ان يكون الدين قد حل اجله وان يكون غير متنـازع فيه من حيث الوجود والمقدار (الف ٣١٤) . ولنشرح هـذين القيدين المبني عليهما هـذا الشرط الثاني فنقول . اولا ـ حلول اجل الدين . معنـاه ان الدين لا يقتضي وجود اجل لفـائدة المدين وقد استثنى الف ٣١٨ صورتين يمكن فيهما اجراء حق الحبس ولو لم يحل الاجل . فالاولى ـ اذا توقف المدين في اداء مـا عليه لغرمـائه او حكم عليه بالافلاس . والثانية ـ اذا اصدر الحكم بالحجز ولم يوجد للمدين كسب (هذا ومن المعلوم ان اجراء حق الحبس لا يمكن في هاتين الصورتين الا اذا كانت شروطه متوفرة) . ثانيا ـ الدين غير متنازع فيه من حيث الوجود والمقدار . فاشتراط هذا القيد لا يدلنـا على الطريقة التي توخاها المشرع فيما يتعلق بصفة الدين بل ان هاته الصفة تظهر اهميتها كما سنرى في مبحث المقاصة وهنالك يكون لوجودهـا تاثير . والعمل هو ان الدائن الذي يجري حق الحبس يستصدر حكما عند معـارضة المدين يثبت به دينه وهـذا الحكم يصير به الدين غير متنازع في وجوده ومقداره وعلى كل حال فان الشيء الذي اجري عليه حق الحبس يبقى تحت يده الى حسم المسالة ذلك هو مراد المشرع من وضعه الف ٣١٤ .

الشرط الثالث ـ يلزم ان يكون الدين نشا عن معاملات بين الدائن والمدين او تولد من الشيء المُراد حبسه (الف ٣١٤) . لم يشتـرط القانون التونسي لزوم تولد الدين من الشيء المراد حبسه بل جعل ذلك سببا لتعويل اجراء حق الحبس وجعل معه سببا اخر وهو تولد الدين من معاملات بين الدائن والمدين فالقانون التونسي اذن وسع في نطاق هذا الشرط الثالث بعدم تقييده بصورة واحدة . فالعدول

مثلا يجوز لهم اجراء حق الحبس عند عدم دفع اجورهم ويمكن لهم اجراء ذلك لا على الرسـوم التي حرروهـا فقـط بل ايضا (خلافا للقانون الفرنساوي) على الرسوم التي امنها الطرفان تحت يدهم وفي هاته الصورة يتعذى لهم حبس ما ذكر الى ان يخلصوا في ديون قديمة ناشئة عن اسباب اخرى لكنها متولدة عن معاملات بينهم وبين المدينين . ـ ٣٩٩ ـ عوبصة ـ يظهر مما تقدم شروحه ان اجـراء حق الحبس يستلزم زيادة على الشروط الثلاثة المتقدمة شرطا رابعا اصليـا وذلك لان الصورة الرابعة عينها القانون بالخصوص بالنص الصريح (الا اذا اتفـق المتعاقدان على لاعائها) . فاذا توفرت الشروط الثلاثة الاول فهل يمكن بطريق القياس اعتبار صور اخرى يقع فيها اجراء حق الحبس وذلك في الصور التي نص عليهـا القانون وابقاء النظر المطلق للحاكم في جعل القياس . الجواب هو ان القانون الفرنسـاوي يتضمن مبحثا يقارب الراي الحكمي وهو الذي يقتضي اعتبار طريقة استخـراج الصور المذكورة بالقياسي عما نص عليه القانون وهذا المبحث يجوز تلك الطريقة على شروط . اولها . وجود ارتباط بين الدين والشيء المحاز . ثانيها . وقوع حبس الشيء بموجب عقدا وشبهه . ثالثها . تعلق المصاريف بفكرة تنفيذ العقد . لكن بعض المؤلفين ينتقدون هذا الحكم الذي مبناه ارادة الطرفين المحتمة ولا يجوزون لاجراء حق الحبس غير الصور التي نص عليها صراحة . فلا يكون الامـر الا كذلك على مقتضى القانون التونسي لوجود النص الصريح وهـو نص الف ٣٠٩ وفعـلا فان حق الحبس المذكور يترتب عليه امتياز يخرق القاعدة القانونية التي تامر بالتسوية بين الغرماء فامتياز كهذا لا يمكن وجوده الا بمقتضى نص صريح .

خامسا فيما على الدائن الذي حبس الشيء من الحقوق والواجبات في واجبات ذلك الدائن

مبدا اول ـ اذا تقـرر للدائن حق اجراء الحبس فعليه ضمـان الشيء على

مقتضى قواعد الرهن (الف ٣٢٠) فالمسؤولية التي على هذا الدائن هي التي نص عليها الف ١٥٨٩ حيث تضمن ان الدائن لا مسؤولية عليه من الحوادث الطارئة والقوة القاهرة الا اذا وقع ذلك بعد مماطلته لكن يسال بما ينشا عن فعله او تقصيره وتعريف التقصير هنا يؤخذ من الف ١٥٧٢ . مبدا ثان ـ على الدائن ان يرد الشيء المحبوس في الاحوال الاتية (الف ٣٢٢) . اولا ـ اذا عرض المدين ان يودع عنده مبلغا او شيئا يعادله . ثانيا ـ اذا عرض ان يؤمن المبلغ الذي يطلبه الدائن الى فصل الخصام بينهما في صحة الدين . وقد ضبط هذا الف ٣٢٢ ان اعطاء ضامن لايكون كافيا الفك الحبس ففي الصورتين المتقدمتين يجوز للحاكم ان يامر برد الشيء المحبوس كله او برد جزء منه ان امتنع الدائن من ذلك .

سادسا فيما للدائن من الحقوق

مبدا اول ـ الدائن له الحق بالنسبة لكل شخص في حبس الشيء الى تمام الخلاص كما في صورة الرهن . فرع ـ يجوز له الاحتجاج بهذا الحق على الدائنين المجردة ديونهم عن الضمانات وليس لهؤلاء ان يطلبوا عقله المحبوس ولا بيعه وهذا الاحتجاج يقع منه ايضا على الدائنين يرهن اذا كان تاريخ ديونهم متاخرا عن تاريخ دينه . ضابطة ـ الشيء المحبوس لايكون دائما غير قابل للحجز بل يجوز للدائنين حبسه لكن على شرط ان يؤدوا دين من اجرى حق الحبس . مبدا ثان ـ اذا كان الشيء المحبوس مما يتغير او مما يخشى فساده فللدائن ان يستاذن المجلس في بيعه على الصور المقررة لبيع الرهن ليجري حق الحبس على ثمن المبيع (الف ٣٢١) . مبدا ثالث ـ اذا لم يقع الوفاء بالدين فللدائن ان يستاذن المجلس في بيع ما تحت يده (الف ٣٢٣) فالحكم الذي يصدر في ذلك يقع التفويض به ـ اولا ـ على صحة الدين وحلوله ـ ثانيا ـ على توفر شروط حق الحبس ـ ثالثا ـ على امتناع المدين من الوفاء . . فللدائن بيع المحبوس على مقتضى قواعد الرهن بعد ان

ينذر المدين مجرد انذار (الف ٣٢٣) وما يتحصل من هذا المبيع يخاص به دينه ويتقدم في ذلك على غيره من الغرماء (الف ٣٢٣) .

سابعا في انقضاء حق الحبس

ينقضي هذا الحق باحدى الكيفيات الاتية اما بانقضاء الدين بوجه من الوجوه (راجع ما سيقال في وجوه انقضاء الدين) او برفع الدائن يده اختيارا على الشيء المحبوس (وترد الدائن هكذا الشيء لايفيد استقاط حقه في الدين وانما يفيد تسليمه في الضمان راجع ما سيقال في اسقاط الدين) او بتصريح الدائن بترك حق الحبس او بحصول الرهن ويتقدم الدائن على غيره من الغرماء في الخلاص من الثمن بعد ان كان تقدمه عليهم بالنسبة لذات المحبوس (الف ٣٢٣) او بهلاك الشيء المحبوس بقطع النظر عن المسؤولية التي يستوجبها الدائن اذا صدر منه تفريط (الف ٣٢٠)

المقالة الخامسة في بطلان الالتزامات وفسخها

ان انعدام الالتزامات سواء كانت باطلة من اصلها او قابلة للابطال يتاتى من منطوق القانون او مفهومه بحسب اهمية موجباته وغرض المقنن يختلف من حيث الاهمية والقوة بحسب ما اذا كان متعلقا بالنظام العام او غير متعلق به . فلا نقصد بذلك ان النتائج تختلف بكيفية محسوسة فالعقد الباطل يترتب عليه ما يترتب من النتائج على عقد اخر باطل ايضا فالعقدان سمان من حيث النتائج ومهما كان سبب انعدام هذين العقدان فانهما يصيران كان لم يكونا وهي النقطة التي تتشابه فيها الالتزامات الباطلة من اصلها والتي تقبل الابطال . لكن العبرة بالمصلحة التي يراها القانون في ازالة بعض العقود فاحيان لايوجب القانون تلك الازالة وذلك اذا انتفى السبب القاضي بالانعدام فالعقد ينقلب الى الصحة وتزول عنه وبالتنظير بين الامثلة الآتية يتضح الحال . اولا ـ الالتزام الذي موضوعه امر مستحيل (كما في الصورة المبينة بالفصل ٥٧١) او غير جائز يكون باطلا على مقتضى الفصل ٦٤ ويترتب على هذا البطلان

ان الالتزام المذكور لا يعمل قط فكانه عديم الوجود (الفـ ٣٢٥)، وقد افاد الفصل ٣٢٩ ان ابطاء الالتزام الباطل من اصله او التصديق عليه لا يخرج به هذا الالتزام من طور الانعدام. وكذلك على مقتضى الفصل ٥٦٦ ليس لاعضاء المجلس الحكمية وكتاب المحاكم والمحامين وغيرهم ان يكسبوا بالشراء او بالاحالة شيئا من الحقوق المتنازع فيها لدى المحاكم التي يباشرون فيها وظيفتهم وقد قرر هذا الفصل بطلان ما ذكر وزاد على ذلك بان الحكم بهذا البطلان يقع بطلب ممن له مصلحة فيه او بغير طلب.

ثانيا ـ بخلاف (الفـ ٥٦٨) فانه حجر على المقدم اكتساب مال من لنظره بالشراء او غيره لكنه قرر ان هذا العقد القابل للابطال يجوز التصديق عليه ممن وقع هذا التحجير لمصلحتهم او المجلس او غيره من الحكومات ذات النظر (كمحكمة الشرع) راجع (الفـ ٨ والفـ ٤٣ وما اخرلخ) كما يجوز التصديق والموافقة على الالتزامات القابلة للابطال بسبب عيب من العيوب المفسدة للرضاء وذلك لتصييرها صحيحة بعد ان كانت معلولة وهذا التصديق يقع ممن افسد رضاه فلا يقبل اذن القيام بابطال هاته التزامات من اي شخص شملته القضية اذا كان لطرف واحد الحق في ازالة علتها وهو من كان رضاؤه معلولا ولذا منح حق القيام بالابطال لخصوص من اعتبرت تلك الالتزامات باطلة في حقه وهذا الابطال هو المعبر عنه بالبطلان النسبي فالاربعة صور المتقدمة تظهر منها الفرق التي بين البطلان والابطال . فالصورتان الاوليتان مبناهما مراعاة المصلحة العامة . وما عداهما من الاربع صور فهو مبني على مصلحة خاصة وهي النظر لبعض اشخاص معينين وهذا سبب وجوه التباين بين البطلان والابطال من حيث مقتضيات كل من النوعين غير انه اذا حكم بالفسخ في الاربع صور المتقدمة فالنتيجة واحدة بالنسبة لكل صورة فالعقود الباطلة تنعدم وينعدم تاثيرها وليس للحاكم قط ان يقرر ابقاء العمل جاريا بها اوان يحكم في مقابلة

هذا بالغرم مثلا . وليتسنى لنا الجواب عن كل الاسئلة التي سنذكرها بعد من بيان الفروق القانونية التي بين البطلان والابطال واليك هاته الاسئلة

اولا ـ لمن يجوز الطعن في البطلان ؟ ثانيا ـ هل يمدن ابطاء العقد الباطل او التصديق عليه ؟ ثالثا ـ هل تنقضي دعوى البطلان بمرور الزمن ؟ رابعا ـ هل يلزم دائما الاسقاط العقد الباطل صدور حكم من المجلس ولو يظهر هذا العقد عديم الوجود قانونا ؟ ؟ فيظهر من ذلك ان الصعوبة لا تكون الا في تنفيذ العقد الباطل اي في ابقائه عاملا

٤٠٥ ثانيا في التمييز بين العقود العديمة الوجود

او البطالة من اصلها والعقود القابلة للابطال او البطالة بطلانا نسبيا

قد جاء القانون التونسي حاسما العدة خلافات موجودة في القانون الفرنساوي حيث قرر ان البطلان على نوعين بطلان مطاق وبطلان نسبي .

الفصل الاول تكون الالتزامات باطلة حكما اي باطلة بطلانا مطلقا (الفصل ٣٢٥) وذلك في الاحوال الاتية .

اولا ـ اذا خلت عن ركن من الاركان المكونة لجوهرها كما في صورة فقدان الرضاء او فقدان المتعاقد عليه او فقدان السبب ثانيا ـ اذا قرر القانون بطلانها في صورة معينة . فهاته العقود يعبر عنها في القانون الفرنساوي بعقود باطلة حكما، فهذان النوعان من العقود لهما اسم واحد في القانون التونسي لكن عند التحليل تظهر بينها فروق محسوسة بالنسبة لاصل كل من النوعين . فبالنسبة للنوع الاول العيب يتاتي من المتعاقدين انفسهما فكانت عقودهما التي هي عديمة الوجود قانونا ليس لها سوى وجود فعلي ذي صفة وقتية زائلة فهي خالية مما يكسبها صبغة قانونية واما النوع الثاني وهو نوع العقود الباطلة حكما فانما كانت تتولد لان تبقى عاملة لو اراد القانون ذلك لكنه لاسباب تتعلق بالنظام العمومي والمصلحة العامة قرران الالتزام

فيها لايتكون قط ولايكون موجودا وجودا قانونيا فان هاته العقود مشبهة بالتي سبق ذكرها . فمن الوجهة النظرية لايمكن ان يترتب عن العقود الباطلة من اصلها عمل (الفصل ٣٢٥) وعليه

٤٠٦ اولا - يجوز لكل من شملته هاته العقود القيام ببطلانها وذلك لايتطرقه الاحتمال وقد تضمن الفصل ٥٦٦ المتعلق بتحجير اكتساب الحقوق المتنازع فيها على الحكام وكتاب المحاكم والمحامين الخ اهم صورة تطبيقية في الموضوع . والفصل ٥٦٦ تضمن بفقرته الثانية ان البيع في هاته الصورة باطل وجوبا والحكم بالبطلان يقع ممن له مصلحة فيه وحتى بغير طلب وعليه فلبطلان يمكن ان يكم به الحاكم حتى من تلقاء نفسه .

٤٠٧ - ثانيا - البطلان الحتمي - هو البطلان الحاصل بدون تداخل الحاكم . فمن الوجهة النظرية ليس على المجلس الحكم بالبطلان حيث ان العقد لا وجود له في نظر القانون . واما في التطبيق فان عدم وجود العقد وبطلانه يتقرر بحكم من الحاكم وهو امر لزومي اذ العقد العديم الوجود يكون له وجود في الظاهر يصعب منه التفريق بين هذا العقد والعقد القابل للابطال فقط وحتى بينه وبين العقد الصحيح فكل عقد معاول لا ينقطع تاثيره الا عند الفسخ وعمله يبتدي، من يوم التعاقد بتسليم المتعاقد عليه ودفع الثمن مثلا وتظهر دائما من احد الطرفين رغبة قوية في التخلص من نتيجة البطلان القاسية فاما انه يعارض الطرف الاخر او يعارض الغير الذي تمسك بهذا البطلان فكل ذلك يؤدي للالتجاء الى الحاكم كما يتحتم تداخل الحاكم اذا اراد احد المتعاقدين جبر الاخر على الوفاء - بالتزاماته وكان هذا الاخر ممتنعا منه لادعائه خللا بالعقد .

وليس هناك سوى صورة واحدة لا يقع فيها تداخل الحاكم وهي التي اتفق فيها الطرفان على عدم اجراء العمل بالعقد غير ان ذلك لم يكن الا نتيجة ارادتهما

لا نتيجة البطلان والدليل على ذلك هو ان هاته النتيجة نفسها اي عدم اجراء العمل بالعقد كانت تحصل ايضا من اتفاق الجانبين لو كان العقد صحيحا .

فصفوة القول هو ان الحاكم يتداخل في البطلان لكن كيف يكون تداخله فهل يحكم بما يتراءى له ويكون له حق التصريح بصحة العقد مع تعويض الخسارة مثلا ؟ فالجواب هو ان الحاكم ليس له سوى امضاء البطلان واستخراج النتائج المحتوي عليها فلا يتسنى له حسب عبارات الاستاذ بلانيول ان يحكم او يامر بالبطلان فهذا البطلان لا يتوقف وجوده على ذلك (وكذلك الامر في صورة البطلان النسبي ولذا كانت نتائج البطلان المطلق والبطلان النسبي متحدة المثال) .

٤٠٨ - ثالثا - لا عمل على امضاء الالتزام الباطل من اصله ولا على التصديق عليه (الفصل ٣٢٩) فالطرفان ليس في طوعهما احياء الالتزام الذي لا وجود له قانونا ومن اخرى ليس للمتعاقدين خرق القانون اذا منع انعقاد بعض التزامات لكونها منافية للنظام العمومي والمصلحة العامة .

٤٠٩ رابعا - الدعوي التي تقام لامضاء عدم وجود هاته الالتزامات من الوجهة القانونية لاتنقضي بمرور الزمان فالالتزام الباطل لاينقلب الى الصحة بمضي المدة الطويلة لان المدة الطويلة التي تنقضي الدعوي بمضيها انما هي مصادقة ضمنية والامر كذلك فيما يتعلق بامضاء الالتزام العديم الوجود . غير ان هاته القاعدة ليس لها في التطبيق مرمي متسع كما سيذكر فيما بعد وذلك لانه لامانع في في صورة وقوع تنفيذ التزام غير موجود من المعارضة بالمدة الطويلة التي تقتضي الحيازة . هذا ومن جهة اخرى فان دعوي القيام بطلب ترجيع ما وقع تسليمه وفاء بالتزام باطل (كدعوي استحقاق شيء تسقط بمضي المدة الطويلة .

٤١٠ الفصل الثاني - في الالتزامات القابلة للابطال او الباطنة بطلانا نسبيا فالكلام هنا يتعلق بالالتزامات التي اقتضي القانون ابطالها مراعاة لمصلحة احد

المتعاقدين الخاصة وحفظا لها . فالبطلان النسبي مبناه العيوب المفسدة للرضاء وعدم الاهلية العامة (راجع الفصول التي اشار اليها الفصل ٣٣٠ ويمكن أن يبني البطلان المذكور على صور عدم الاهلية الخاصة اذا لم يظهر مما سطره المقنن ان الاسباب القاضية بالابطال اقتضت مصلحة النظام العمومي او المصلحة العامة (راجع الفصول الخ ٣٥٥ - ٣٦٨ - ٣٥٤) . ولما كان البطلان النسبي وسيلة قاضية بالنظر لاشخاص معينين فينتج عن ذلك ما سياتي اولا - ليس لغير من جاء القانون لمصالحه من الاشخاص المذكورين ان يطلب فسخ الالتزام القابل للابطال . ثانيا - اذا زال العيب الذي صار به الالتزام معلولا (كالغلط والاكراه وعدم الاهلية الخ) فيكون لمن ذكر الحق في ترجيع ذلك الالتزام صحيحا بطريق المصادقة (راجع الفصول ٣٣٠ . ٣٣٦ - ٣٣٨) ثالثا - الدعوى المبنية على البطلان النسبي والمعبر عنها بالمجلة بدعوى الفسخ تنقضي بمرور الزمن (راجع الفصلين ٣٣٠ - ٣٣٤) . رابعا - لايثبت البطلان النسبي الا بحكم بخلاف البطلان المطلق فانه لايلزم في ثبوته حكم الحاكم .

وعلى كل حال فلا صعوبة في تمييز كل من النوعين ويكفي لذلك معرفة السبب القاضي بالفسخ فاذا كان هذا السبب يتعلق بالنظام العمومي والمصلحة العامة بصرف النظر عن مصلحة الجانبين فالالتزام باطل من اصله بطلانا مطلقا واما اذا ظهر من السبب المذكور ان لقانون قصد النظر لمصلحة شخصية وهي مصلحة المتعاقدين او من كان الالتزام مضرا بحقوقه فالبطلان نسبي . فاحسن مثال في الموضوع هو مثال صورة الفصل ١٠٩٥ القاضي ببطلان العقد المشترط فيه الفائض بين المسلمين وكذلك مثال صورة الفصل ٥٧٥ القاضي بانه لايصح بين المسلمين بيع ما حجر الشرع بيعه والفصل ١٠٩٥ المتضمن اشتراط الفائض بين المسلمين باطل . ولربما جاز التساؤل فيما يتعلق بمضمون هذين الفصلين (وخصوصا الفصل ١٠٩٥

منهما) هل ليس هناك بطلان نسبي تقرر لمصلحة المتعاقدين ؟ لكن تكفينا ملاحظة ان القانون نص في كلتا الصورتين على ما حجرته الشريعة الاسلامية لاعتبار البطلان فيهما بطلانا مطلقا سببه مبني على مصلحة فوق مصلحة المتعاقدين الخاصة ومن امثلة البطلان المطلق صور الحجر القانوني التي تامر به المجلة الجنائية بالنسبة للمحكوم عليهم بنوع من انواع العقوبات .

قد انتهى كلامنا في النظريات العامة المتعلقة بالموضوع وسنخوض الآن في المسألة بتدقيق وتفصيل وهذا يستلزم اعادة او ضبط بعض ما كنا شرحناه حسب الطريقة التي سرنا عليها في تحرير هذا المختصر . ملاحظة - ان جميع ما قيل لحد الآن فيما يتعلق بالبطلان والابطال خاص بالمواضيع المدونة بالمجلة المدنية والتي هي راجعة بالنظر للمحاكم العدلية . واما فيما عدى ذلك من المواضيع التي خصصت للمحاكم الشرعية ولم تشمله المجلة المذكورة (كموضوع الحالة الشخصية والميراث وغيره) فالعمل فيما يتعلق بالبطلان والابطال يجري على متضفى النصوص الشرعية بحسب المذاهب فالبحث فيها لايكون اذن داخلا في منطقة هذا التأليف .

الفصل الاول في عدم وجود الالتزام او بطلانه

لنعد باختصار ما وقع تفصيله في هذا المبحث في بداية شرحنا هذا فنقول .

اولا - في اركان البطلان القانونية

مبدا اول - ليس للعقد الباطل من اصله عمل ففي الظاهر له صورة عقد صحيح واما في الحقيقة فهو غير موجود قانونا واذا سقط هذا العقد يقع استرداد ما وقع دفعه بموجبه (الفصل ٣٢٥) وليس هناك سوى امر مادي لايترتب عليه ادنى حق .

التقابل فرع اول - الطعن في هذا العقد يقع من كل شخص مشمول به بخلاف العقد للابطال فانه لايجوز الطعن فيه الا للقاصرين الذين تقرر الابطال لفائدتهم

فرع ثان ـ للحاكم ان يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه اي بغير طلب ممن له مصلحة فيه (الفـ ٥٦٦) وليس الامر كذلك في الابطال .

فرع ثالث ـ امضاء الالتزام الباطل من اصله او التصديق عليه لا عمل عليه فلا يلزم من عقد جديد يدل ذلك العقد (الفـ ٣٢٩) وليس الامر كذلك بالنسبة للعقد القابل الابطال

فرع رابع ـ بطلان الالتزام لا يزيله علاج ولا ينقضي الى الابد بخلاف القابل للابطال فان عيوبه يمكن ان تزول بمرور الزمن الطويل . ومبنى هاته القاعدة هو ان الدعوى التي تقام لاصدار الحكم بالبطلان لا تسقط بمرور الزمن لكنه من المعلوم ان تلك الدعوى لا ينقضي بها في صورة وقوع تنفيذ الالتزام حق الحائز في التمسك بالمدة التي بمرورها اثبتت له الحيازة فيجوز له ان يعارض عند القيام عليه بدعوى البطلان ولو ان هاته الدعوى لا تسقط بتاتا . مبدا ثان ـ الالتزام الباطل من اصله والالتزام القابل للابطال يتحدان من الوجهة التطبيقية في نقطة وهي لزوم حكم لاسقاط العمل بهما واما من الوجهة النظرية فلا لزوم لتداخل الحاكم لتقرير البطلان حيث كان العقد عديم الوجود وفعلا فما هي الفائدة من القيام بالبطلان اذا كان العقد عديم الوجود وليس من شانه ان يترتب عليه شيء قانونا ولا ان يتولد عليه حق فاذا وقع هذا القيام لدى الحاكم فالامر كما لو طلب منه مشاهدة ان العقد لم يتوجد قانونا وليس عليه ادنى عمل . فرع اول ـ الاحتجاج في قضية بعدم وجود العقد لا تكون له صفة دعوى خصوصية بل يعتبر مستخرجا من اصل القضية وعليه فالقيام به يقع في كل درجة من درجات المرافعة ولو لاول مرة عند الاستئناف او التعقيب . فرع ثان ـ الاصل هو ان هاته الدعوى لا تسلط عليها المدة الطويلة العامة ذات خمس عشرة سنة (راجع الفصل ٤٠٢) . فهاته القاعدة لا صعوبة فيها في صورة عدم وقوع تنفيذ الالتزام الباطل من اصله فاذا وقع القيام على الملتزم بطلب التنفيذ فلما عليه الا ان يعارض بعدم وجود

الالتزام وذلك في كل وقت ولو بعد مضي ثلاثين او اربعين عاما فاكثر . واما اذا حصل تنفيذ ذلك الالتزام ومال الامر الا طلب ترجيع ما قبضه الملتزم له بموجب الالتزام المذكور بقطع النظر عن حق الحيازة فان المسالة تكون اصعب لان هناك امرين وهما وقوع التنفيذ ودعوى خصوصية تتعلق باسترداد ما وقع به الوفاء وهاته الدعوى اي دعوى الاسترداد لا يسمح القانون باخراجها من تحت القاعدة العامة وهي قاعدة المدة الطويلة ذات الخمس عشرة سنة التي جاء بها الفصل ٤٠٢ وفعلا فان دعوى الاسترداد لا تندمج في الدعوى التي تقام للحكم ببطلان الالتزام والدليل على ذلك يستخرج من الصورة التي وقع فيها الوفاء ببعض الملتزم به . مثال ـ التزم صبي عمره ٨ اعوام باداء الف فرنك ووفى بنصف ذلك القدر ثم لما بلغ عمره ٦٥ اعوام قام باسترداد ما دفعه فحكم بعدم سماع دعواه عملا بقاعدة سقوط الحق بمضي اعوام ١٥ المقررة بالفصل ٤٠٢ فلما راى خصمه ذلك قام عليه باداء الباقي مستندا الى عدم قيام الملتزم بدعوى البطلان في الوقت اللازم فحكم على القائم بعدم سماع الدعوى عملا بقاعدة الفصل ٢٣٥ لا بقاعدة الفصل ٣٢٥ لكن كل ذلك مع الاحتراز على الشروط التي تقتضيها دعوى القائم باسترداد ما دفع بدون وجه . ثانيا ـ في الصور التي يكون العقد فيها غير موجود . يكون العقد غير موجود في صورتين . الصورة الاولى ـ اذا خلا عن ركن من اركانه الاصلية وهي اولا ـ الرضاء بسبب عدم الاهلية الطبيعي كالجنون والسكر وبصفة عامة قاعدة فقدان الميز المنصوص عليها بالفصل ٥ ـ ثانيا ـ المتعاقد عليه ـ ثالثا ـ السبب رابعا ـ نية الالتزام . الصورة الثانية ـ التي يكون العقد فيها غير موجود هي التي حكم فيها ببطلانه (راجع الفقرة الثانية من الفصل ٣٢٥) وهناك نصوص عديدة قاضية بالبطلان كنص الفصل ٥٦٦ والفصول بعده من المجلة المدنية ونص الفصل ١٥٣ وفصول اخرى من قانون المرافعات المدنية ونص القانون الجنائي في

جعل المحكوم عليهم بعض عقوبات تحت قيد الحجر القانوني وذلك بصرف النظر عن نصوص اخرى وردت باوامر خاصة .

٤١٤ الفصل الثاني في البطلان النسبي

اولا في اركان الابطال القانونية

مبدا ـ يكون العقد قابلا للابطال او الفسخ اذا كان باحد أركانه الاصلية عيب منعه من ان يكون صحيحا وعليه فان هذا العقد موجود ما دام القيام بالابطال لم يقم لكنه ناقص حيث ان القيام بالابطال يزيل عمله . فرع اول ـ العقد صحيح وعمله يجري الى وقت الفسخ فكانه اتفاق سالم من العيوب لكن اذا تقرر فسخه يبطل ما ترتب عليه في الماضي . فرع ثان ـ لايجوز الطعن فيه الا لمن جاء القانون بالنظر له كعديم الاهلية . فرع ثالث ـ تمكن المصادقة عليه اذا زال العيب الذي به فرع رابع ـ لايمكن الطعن الا في الاجال التي عينها القانون فدعوي الابطال اذن تسقط بمرور الزمان . فرع خامس ـ لابد من حكم في الابطال .

٤١٥ ثانيا في الصور التي يكون فيها العقد قابلا للابطال

اولا ـ في صورة عدم الاهلية (راجع الفصل ٦ وما بعده) كالقاصرين الذين سنهم من اثنتي عشرة سنة الى ثمانية عشر عاما والنساء والمحجور عليهم والاشخاص الذين لا يعقدون الا بمشاركة ولي شرعي . ثانيا ـ في صورة عيوب الرضاء كالاكراه والتدليس والغلط في مادة المتعاقد عليه او في ذات المعاقد ثالثا ـ في الصور الاخرى التي ضبطها القانون (الفصل ٣٣٠) كمثال صورة الفـ ٣٥٤ والفـ ٥٦٨ الخ اذا كان العقد باطلا من اصله فالقيام يكون بدعوى البطلان . واذا كان قابلا للابطال فالقيام يكون بدعوى الابطال .

٤١٦ اولا في دعوي البطلان

اولا ـ العقد الباطل من اصله لاعمل عليه (الفـ ٣٢٠) فكل من المتعاقدين

يرد للاخر ماقبضه منه . فرع اول ـ اذا لم يقم الوفاء بالعقد يبطل كل التزام وقع بموجبه . فرع ثان ـ واما اذا وقع الوفاء به فان كلا من الطرفين يرد للاخر ما قبضه منه بموجب العقد استثناء اول ـ الصغير المنصوص عليه بالفـ ٥ لايرد ثمن المتعاقد عليه اذا صرفه فيما لم يعد عليه بمصلحة (الفصل ١٣) فلا يكون ملزوما الا بقدر ما انتفع به من ذلك الثمن اي انه يرد ما انفقه في مصاريف لازمة او نافعة او ماكان موجودا عنده وعليه فيكفي ان الطرف الاخرى يثبت ان الصغير الذي عاقده كان انتفع في وقت من الاوقات من الثمن لان الفـ ١٣ لم يشترط وجود النفع في الحال . استثناء ثان ـ الحائز بشبهة ينتفع بالغلة التي حصل عليها في بحر المدة التي بين الشراء وطلب البطلان . فرع ثالث ـ البطلان يمكن ان يضر بالغير اي بمن اشترى بعض او كل ما وقع فيه اتمام العقد الباطل وفعلا فانه اذا بطل العقد ينسحب البطلان على الماضي بمعنى ان المتعاقدين يعتبر ان كانهما لم يكتسبا ادنى حق بموجب ذلك العقد فلا يمكن حينئذ ان تقع منهما للغير احالة حقوق لم يكتسباها . فرع رابع ـ اذا بطل الالتزام الاصلي بطل ما التحق به من الالتزامات (راجع الفقرة الاولى من الفصل ٣٢٦) . مثال ـ ابيع لك حيازة زيتون واحيل لك معها مسقاة ملاصقة لها فاذا بطل البيع في حيازة الزيتون يبطل بلا شك حالة المسقاة .

صورة تطبيقية ـ بطلان الالتزام التابع لايترتب عليه بطلان الاصل (راجع الفقرة الثانية من الفصل ٣٢٦) ففي المثال السابق اذا كانت احالة المسقاة باطلة فلا يترتب عن ذلك بطلان بيع الحيازة . خاصية اولى ـ بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه (الفصل ٣٢٧) . مثال ذلك ـ بعت لك مخزنا لتجعله معصرة زيت وقد تضمن العقد ايضا بيعي لك الة لعصر الزيتون فيتعذر علي تسليم المخزن لانه ليس على ملكي فالعقد يبطل بتمامه لهذا السبب لكن على مقتضى الفصل المذكور اذا امكن ان يقوم بعض العقد بدون الجزء الباطل فيه يستمر بصورة عقد خاص كما في هذا

المثال ابيع لك قنطارا قمحا وقنطارا شعيرا فاذا بطل تعاقدنا في الشعير لسبب ما فيبقى العقد فيما يتعلق بالقمح . ملاحظة ـ ينبغي اجتناب اللبس بين هاته الصورة والصورة التي فيها عقدان ممتازان عن بعضهما فبدون شك اذا بطل احد العقدين يبقى الاخر صحيحا . وعليه يلزم ليكون العقد باطلا بتمامه ان يوجد بين اجزائه ارتباط يعسر معه تفكيكها . خاصية ثانية ـ اذا بطل الالتزام وكان به من الشروط مايصح به التزام آخر جرت عليه . القواعد المقررة لهذا الالتزام . مثال ذلك ـ اقرض مسلم مسلما آخر مالا بفائض فهذا العقد باطل بالنسبة الفائض لكنه صحيح في القرض بدون فائض .

٤١٧ ثانيا ـ البطلان يقوم به كل من له مصلحة في ذلك . مثال ـ رشيد تعاقد مع صغير عمره عشرة اعوام فعقد كهذا باطل من اصله ويجوز الرشيد القيام ببطلانه (الفصل ٥) واما اذا كان الصغير عمره يزيد على الاثنتي عشرة سنة (الف ٦) وليس لغيره حق القيام بالابطال . ثالثا ـ لما كان امضاء العقد الباطل من اصله لاعمل عليه بالف ٣٢٩ فاذا طلب الطرف الاخر تنفيذه جازت معارضته دائما بالبطلان ولو كانت له وحده مصلحة في الاحتجاج ببطلان العقد .

٤١٨ ثانيا في دعوى الفسخ

ملاحظة ـ تنسحب على هاته الدعوى مهما كانت الصور القواعد المشتركة التي سنذكرها فيما بعد . قيد ـ لدعوى الفسخ لاجل الغبن قواعد خاصة بها . الاولى ـ يلزم في صورة الغبن اثبات عدم وجود التوازن بين ما على كل من الطرفين قضاؤه بخلاف الصور الاخرى في الابطال فانه يكفي فيها اثبات ان احد الامور اللازم اجراؤها لصحة العقد وقع الغاؤه او ان العقد به عيب (يعسر النظر عن الضرر الحاصل) . ثانيا ـ للمدعى عليه في خصوص دعوى الغبن الحق في الزام المدعي بقبول زيادة في الثمن يزول بها الفرق المستند اليه في القيام بدعوى الغبن وتوقف

هاته الدعوى . وفعلا فان الغرض الوحيد من دعوى الفسخ لاجل الغبن النظر لمن تضرر من تجاوز نسبة معينة فاذا زال الغبن بجبر ذلك الضرر فلا وجه لعدم توقيف الدعوى . اولا ـ قد سبق الكلام على الصور التي يفسخ فيها العقد ولنتكلم الآن على من يقوم بهاته الدعوى فنقول . ثانيا ـ يقوم بدعوى الفسخ من تقرر الفسخ قانونا لفائدتهم وهم المتعاقدون الذين اكرهوا على التعاقد او حصل لهم تدليس او غلط وكذلك عديموا الاهلية وليس ذلك لمعاقديهم الا اذا كان المعاقد الاخر محجورا عليه شرعا والسبب في هذا الاستثناء مراعاة مصلحة النظام العمومي . نتيجة للمنجر لهم حق يوجه عام الحق ايضا في القيام بدعوى الفسخ (الف ٣٣٣) وكذلك لارباب الديون (الف ٣٠٦) والمقدمين ومن لهم ولاية شرعية على المخول لهم القيام بالفسخ

ثالثا ـ فيما يترتب على الحكم بالفسخ

مبدا ـ الالتزامات المفسوخة تعتبر كانها لم تتوجد قط (الف ٣٣٦) فبالفسخ ينقضي العقد وانقضاؤه ينسحب على الماضي فالبطلان والفسخ سواء من حيث النتيجة .

اولا ـ فيما بين المتعاقدين الفصل ٣٣٦

اولا ـ اذا لم يقع تنفيذ العقد فلا صعوبة ويكون الحق لكل الطرفين في الامتناع من الوفاء . ثانيا ـ واما اذا وقع التنفيذ فانه يجب على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه (الف ٣٣٦) بحيث انهما يعودان الى ماكانا عليه عند التعاقد . ثالثا ـ يقع دائما استرداد ما وقع دفعه بغير حق ولو كان الحكم بالبطلان مبنيا على عدم جواز السبب (الف ٣٢٥) . استثناء اول ـ لايرد عديم الاهلية في صورة الفسخ الا بقدر ما انتفع به كما لو كان العقد باطلا من اصله (راجع الف ٦ والف ١٣) . استثناء ثان ـ الحيازة بشبهة ينتفع بالغلة التي حصل عليها من تاريخ وصول الشيء بيده الى تاريخ القيام بالفسخ .

ثانيا ـ بالنسبة للغير

الغير هنا هو من اكتسب الشيء موضوع دعوى الفسخ بموجب تعاقده مع من احيل له ذلك الشيء بمقتضى العقد المطعون فيه . مبدأ ـ الفسخ يعارض به الغير وذلك لان المنجرة منه الحقوق لهذا الغير لم يكن في امكانه احالة اكثر مما كان يملكه من الحقوق (كما في صورة الشرط الفسخي) . استثناء اول ـ لكن يجوز للغير الاحتجاج بالحيازة بمضي المدة الطويلة . استثناء ثان ـ طبقا للاصول التي سبق الكلام عليها لا يترتب على الفسخ بالنسبة للغير انعدام تاثير ما انعقد في موضوع العقد المفسوخ مما هو من قبيل الاداره خصوصا الاجارات فالغير لا ينتفع ولا يتضرر بشيء من ذلك (راجع الصورة التطبيقية المضمنه بالفصل ٦٩٧) . العمل هو ان طالب الفسخ يدخل الغير في القضية والا فانه يضطر بعد صدور الحكم بالفسخ للقيام بدعاوي اخرى . عويصة ـ كيف يكون الامر في صورة ما اذا حصل بائع عقار على حكم بفسخ البيع وغفل عن تنفيذه حتى امكن للمشتري رهن العقار او رهن رسمه بعد تاريخ وقوع الفسخ؟ الجواب ـ هو انه في هذه الصورة يلزم الغير عملا بالمبدايين جميع المرهون وله القيام بالغرم على الراهن الذي لم يكن له الحق في ان يحيل له اكثر مما كان يملكه من الحقوق وبما ان طريقة اشهار احالة الحقوق العقارية بالنسبة للعقارات الغير المسجلة لم يقع احداثها بالبلاد التونسيه فالحكم الصادر بالفسخ يعارض به الغير ولو انه لم يشهر . وقد تضمن الفصل ٣٣٦ ان الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بدون تدليس تجري عليها الاحكام الخاصة المتعلقة بالعقود الخاصة . رابعا في انقضاء حق القيام بالفسخ . ينقضي هذا الحق بطريقتين المصادقة (الفصل ٣٣٧) والمدة الطويلة (الف . ٣٣٣-٣٣٤) . ٤٢١ ـ اولا في المصادقة ـ اولا ـ نظريات : المصادقة عملية قانونية يترك احد الطرفين بمقتضاها ما له من الحق في القيام بابطال اتفاق معلول . فهذه العمليه تزيل العلة لكنها لا

تكسب العقد الباطل من اصله وجودا وعليه فليس لها عمل الا في العقود القابلة للابطال اذ الغاية منها تاييد اتفاق موجود لكنه معلول . المصادقة ـ عقد يتم برضاء طرف واحد وهو رضاء صاحب حق القيام بالابطال . وعليه فان رضاء الطرف الآخر يعتبر دائما حاصلا فليس اذن للصادرة منه المصادقة ان يرجع فيها بدعوى ان رضاء الطرف الآخر لم يحصل صراحة . ٤٢٢ ـ ثانيا ـ في صيغة المصادقة ـ تكون المصادقة صريحة او ضمنية . فالمصادقه الصريحة لا بد من كتب فيها (الفصل ٣٣٧) لكن هذا في الظاهر فقط لان قصد المشرع هو ان لا يوجد شك في موضوع المصادقة ومرماها ولا تكون المصادقة صحيحة الا اذا تضمنت مضمون الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ كما انها ليست من العقود ذات الشهرة التي اثباتها لا يكون الا بكيفية مخصوصة بل تنسحب عليها قواعد الاثبات العامة بحيث انها تثبت بالشهادة الى حد ثلاثة آلاف فرنك وبالكتب اذا تجاوز المال ذلك القدر وهذا الكتب يصح ان يكون بداية حجة اذا كان تحريره على غير الطريقة المرغوبة (كما ذلك صريح الفصل ٣٣٧) . وتكون المصادقة ضمنية في الامثلة الآتية . اولا ـ اجراء العمل اختيارا في كامل العقد المطعون فيه او في بعضه ممن علم عيوبه وكان له الحق في القيام بالفسخ وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد او التصديق عليه (الفصل ٣٣٨) كما في صورة الصغير الذي يدفع بعد رشده ثمن العقار الذي اشتراه او يبيع هذا العقار واذا اعطى عديم الاهلية كتبالا في الثمن يبحث هل وقع منه ذلك اختيارا ؟ ثانيا ـ مرور المدة الطويلة (وما المدة الطويلة الا مصادقة مفهومة) . ثالثا ـ قيام عديم الاهلية بطلب التنفيذ قياما لا التباس فيه واما عرض الوفاء على عديم الاهلية فلا يعتبر تصديقا اذا لم يقع قبوله منه كما ان رهن موضوع العقد او توظيف حق ارتفاق عليه لا يقومان مقام المصادقة الضمنية وكذلك طلبه تاجيلا للدفع على وجه الفضل والوفاء

بشرط بقاء حق القيام بالفسخ وعلى كل حال فالحاكم يقرر وجود المصادقة الضمنية او عدمها بحسب ما يتراءى له . ٤٢٣ ـ ثالثا ـ في اثبات المصادقة ـ ليس على المدين (وهو عديم الاهلية) سوى اثبات العيب واما المصادقة فاثباتها على الطرف الآخر لكن اذا عارض المدين بوقوع غلط قانوني منعه من معرفة نتائج العيب كان عليه اثباته .

رابعا ـ في شروط صحة المصادقة

مبدا اول ـ لاتصح المصادقة الا ممن عام عيوب الالتزام القابل للفسخ واراد محوها (الف ٣٣٧) مبدا ثان ـ لايكون وقوعها الا من يوم انتهاء العيب وهذا هو معنى قول المشرع بالف ٣٣٨ (وذلك بعد الوقت الذي امكن فيه امضاء العقد الخ) فلو كان وقوعها ممكنا قبل ذلك الوقت لكانت بنفسها معلولة بعين علة العقد المطعون فيه . مبدا ثالث ـ لاتصح المصادقة الا ممن كانت له الاهلية القانونية فالصغير لا تقبل منه المصادقة الا بعد رشده .

خامسا ـ فيما يترتب على المصادقة

اولا ـ فيما بين الطرفين . يعتبر العقد كان لم يكن به عيب بالمرة والمصادق يكون قد ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزامات القابلة للابطال (الف ٣٣٨) . ثانيا ـ بالنسبة للغير

ويعبر بغير هنا على من انجر له حق بوجه خاص من المعاقد الذي له حق القيام بالفسخ فالاصل هو ان المصادقة لايتضرر منها الغير كما في الصور الاتية . يتمم الصغير عقدة بيع ثم بعد رشده يحيل نفس المبيع للغير بموجب عقدة ثانية او يرهن المبيع عند الغير او يوظف عليه حق ارتفاق او انه يرهن عقارا ثم يرهنه مرة اخرى عند الغير بعد رشده ما لم يتضح من ظروف الاحوال ان الصغير انما اعطى بعد رشده رهنا من رتبة ثانية وفي هذه الصورة اثبات ذلك يكون على المرتهن الاول . فاذا صادق

الصغير الذي صار رشيدا على العقد الاول في الصور المذكورة فلا يتضرر الغير من ذلك ويعتبر الصغير كانه ذلك الغير قيامه بالفسخ ملاحظة ـ ومن تعاقد مع المصادق بعد تاريخ المصادقة ليس بغير بل يتحمل جميع نتائج تلك المصادقة سواء كانت ضده او لفائدته ـ ومسالة التاريخ تكون في هذه الصورة ذات اهمية كبرى ويمكن للغير ان يكون التاريخ ثابتا طبق قواعد الاثبات العامة (الف ٤٥٠) راجع ماسيقال عند الف ٥٣٨) . مثال ـ تمم صغير عقده بيع وصادق عليها بعد رشده لكن بعد هاته المصادقة يبيع للغير ماكان باعه بمقتضى العقد الاول فالمشتري الثاني تمكن معارضته بالمصادقة المذكورة . ٤٢٥ ثالثا ـ بالنسبة لمن انجر لهم حق من المتعاقدين بوجه عام (وهم الورثة والموهوب لهم والدائنون المجردة ديونهم عن الرهن) فهؤلاء يتحملون نتائج المصادقة مهما كانت اهمية الضرر الذي لحقهم منها لكن في صورة التدليس يكون للدائنين المذكورين الحق في القيام بالدعوى البوليانية ٤٢٦ رابعا ـ بالنسبة لمن انجر لهم حق بوجه خاص من المعاقد الذي لم يكن له حق القيام بالفسخ فهؤلاء ليسوا بغير وعليه فانهم يتحملون ايضا نتائج المصادقة مهما كانت اهمية الضرر . مثال ـ اشترى صغير عقارا وبعد اتمام هذا العقد اغتنم البائع فرصة ثمينة توفرت لديه وباع العقار بنفسه للغير متوقعا من الصغير القيام بالفسخ بعد رشده فالبيع الثاني لاعمل عليه اذا صادق الصغير المذكور على العقد الاول بعد بلوغه سن الرشد .

ثانيا في المدة الطويلة . او سقوط الحق بمرور الزمن

اولا ـ في مدة سقوط الحق

اذا نظرنا بين الفصلين ٣٣٠ ـ ٣٣٤ يظهر كانه بينهما تضارب قوي وفي الحقيقة لاتباين بينهما فالف ٣٣٠ تضمن مدة قصيرة جدا تساوي العام مبناها المصادقة الضمنية على العقد المطعون فيه لكن هذه المدة كغيرها من مدد سقوط الحق قد يطرا

عليها ما يوقفها او يقطعها الى ما لانهاية له وقد تحدث صورة يختلف فيها مبنى المدة بان يكون صاحب حق القيام بالفسخ جاهلا لهذا الحق فمدة عام بالنسبة له قليلة جدا . فالقانون اعتبر . اولا - ان دعاوي الفسخ مضادة للمصلحة العامة لانه ربما يغتر بها من كان جاهلا لعيوب العقد الذي هو اجنبي عنه . ثانيا - ان نوازل هاته الدعاوي خطيرة جدا لاحتياج الخصوم دائما للبينة بالشهادة وهذه البينة اذا مضت مدة قبل اقامتها يعسر ضبط الامور المطلوب تحريرها بتلك البينة ولا يامن الانسان على حقوقه . ولهاته الاسباب كلها قرر المشرع التونسي بالفـ ٣٣٤ ان في كل الاحوال يسقط القيام بالفسخ بمضي خمسة عشر عاما من تاريخ العقد القابل للابطال فهي مدة قاسية مقررة مهما كان سبب الفسخ ولرفع وجوب اسباب توقيف او انقطاع تلك (كما هو منوق الفصل المذكور)

فالمدة المذكورة هي التي عينها القانون التونسي مدة عامة لسقوط الحق (الفـ ٤٠٢) فبذلك بعدنا عن فكرة المصادقة الضمنية للاقتراب من السبب المرتكزة عليه المصلحة العامة . ولنلاحظ ان حصر مدة سقوط دعوى الابطال في خمسة عشر عاما وان كان لايتوقع منه مضرة للصغير (راجع الفصلين ٥٠٦) فهو بعكس ذلك بالنسبة للمراة المحصنة لانه قد يقع ان عدم اهليتها من تاريخ العقد القابل للفسخ لاينتهي في بحر تلك المدة (الفصل ٧) وان الدعوى تكون قد انقضت قبل انقضاء الحجر . والامر كذلك بالنسة للمعتوه (سواء كان قاطنا بماوى المجانين اولا) التي يدوم في تلك الحالة اكثر من خمسة عشر عاما فيما اذا تمم في مدة العته عقد الجهله وليه . نعم هناك صورة يتدارك فيها الامر وهي التي لم يقع فيها تنفيذ الالتزام فعندئذ تبقى وسيلة الاحتجاج بالابطال المنصوص عليها بالفصل ٣٣٠) .

٤٢٨ ثانيا - في بداية حساب المدة الطويلة ذات العام الفصل ٣٣٠

مبدا - تبتدي، تلك المدة من يوم زوال عيب الاتفاق اي من اليوم الذي

تصير فيه المصادقة الصريحة او الضمنية ممكنة . صور تطبيقية - قد تضمن الفـ ٣٣١ احوال تطبيق هذا المبدا . قرر الفصل ٢٣١ بداية حساب مدة سقوط الحق في صورة الاكراه من يوم زواله وفي صورة الخطا او التدليس من وقت الاطلاع عليه وبالنسبة لعقود القاصرين من يوم رشدهم (اي الصغير والمحجور عليه) او من وفاة عديم الاهلية بالنسبة للدعوى القائم بها ورثته . وهاته القاعدة تنطبق بطريق القياس على من عليه مقدم شرعي وعلى المجانين المقيدين الذين لم يوضعوا تحت الحجر لاتقبل الدعوى القين بعد مضي عام من تاريخ حوز الشيء المتعاقد عليه وذلك بالنسبة للمغبون الرشيد بدون شك واما اذا كان المغبون صغيرا فاجل السقوط يبتدي، من يوم رشده . اذا مات صاحب حق القيام بالفسخ قبل انتهاء مدة سقوط الحق فورثته يقومون به في المدة التي بقيت لمورثهم مع مراعاة الاسباب الشخصية القاضية بقطع مدة سقوط الحق او بتوقيفها (الفصل ٣٣٢) .

وعلى مقتضى الفصل ٣٣١ لايقبل قيام ورثة عديم الاهلية التي مات قبل زوال الحجر اذا مضى عام من تاريخ الوفاة وذلك مهما كان السبب القاضي بالفسخ .

٤٢٩ ثالثا - في العقود التي تنسحب عليها المدة الطويلة يستفاد من مقارنة الفصلين ٣٣٠ - ٣٣١ ان احكام المدة الطويلة لاتنسب الاعلى الاتفاقات القابلة للفسخ دون غيرها من الاتفاقات العديمة الوجود او الباطلة حكما فيما يترتب على المدة الطويلة مبدا - اذا انتهت مدة سقوط الحق (سواء كانت مدة عام المنصوص عليها بالفـ ٣٣٠ او مدة خمسة عشر عاما المنصوص عليها بالفـ ٣٣٤) انقضى حق القيام بالفسخ وصار العقد غير قابل للطعن . في الاحتجاج بالابطال وهي الصورة التي لم يقع فيها تنفيذ العقد القابل للفسخ كما في هذا المثال الصغير الذي يبيع عقارا ويبقي هذا العقار بيده بعد البيع ففي هاته الصورة يمكن ان يعتقد الصغير ان معاقده لايطلب تنفيذ العقد فيطمئن قلبه ولا يرى فائدة في طلب فسخ العقد حتى تنقضي مدة سقوط

الحق ومما يقوي اطمئنانه هو سكوت معاقده اي عدم قيامه بطلب التنفيذ الى انتهاء المدة الطويلة التي يتايد بها العقد فاذا قام المعاقد بعد بطلب تنفيذ ذلك العقد فلا يحرم الطرف لاخر من الاحتجاج عليه بالابطال فقد قرر القانون ان هذا الاحتجاج لاينقضي الحق فيه ما دام العقد لم ينفذ . والمصلحة التطبيقية من سن هاته القاعدة هو ان صاحب حق القيام بالفسخ لايتحمل مصاريف القيام بالابطال لكن من المسلم ان هذا الاحتجاج لاينسب على الالتزامات التي وقع تنفيذها وانه اذا وقع الوفاء بعد مضي الخمسة عشر عاما ممن له حق القيام بالفسخ فلا يقبل منه الاحتجاج المذكور بعد ذلك بل هذا الاحتجاج يسقط بنفسه ويعتبر العقد مصادقا عليه ضمنيا . ٤٣١ في فسخ العقود المشترط نظرية ـ العقد المشترط فسخه هو التي يتوجد تاما (بخلاف العقد القابل للابطال ويدوم هكذا الى ان يفسخ بحادث صرح الطرفان في الاتفاق بتوقع حدوثه او كان توقعه يستفاد ضمنا من ذلك الاتفاق او من القانون . اولا في الصور التي يفسخ فيها العقد مبدا ـ يفسخ العقد المشترط فسخه متى حصل الحادث المتوقع لابطال هذا العقد . مثال اول ـ ابيع لك آلة فلاحية مع الاشتراط بان العقد يفسخ وجوبا اذا تعذر على صاحب المعمل بباريس الذي انا نائبه بتونس توجيه تلك الآلة (الف ٢٧٤) . مثال ثان ـ وهو فسخ العقد لعدم دفع الثمن (الف ٢٧٣) يوجد في هاته الصورة شرط فسخي ضمني ناشيء عن الاتفاق لذلك صار للدائن الخيار بان يطلب اما الفسخ او تنفيذ الالتزام بطريق الجبر . ثانيا ـ في صفة العقد المشترط فسخه مبدا ـ يكون هذا العقد تاما الى حصول الحادث الفسخي لكن يترتب على فسخه انقصاؤه بالنسبة للماضي واعتبار كان لم يكن . فرع اول ـ فيما بين المتعاقدين . لاصعوبة اذا لم يقع تنفيذ العقد واما اذا وقع ذلك فيتحتم على كل من الطرفين ان يرد للاخر ما قبضه منه راجع شرط الفسخي فيما يتعلق بتلف الشيء بالقوة القاهرة والامر العطاري

وبالغلة وما الفصل ٦٩٥ المتعلق ببيع الثنيا الارجه من اوجه تطبيق تلك المبادي .
فرع ثان ـ بالنسبة للغير . الحقوق التي يكتسبها الغير من احد المتعاقدين في المتعاقد عليه تنقضي عملا بهذا المبدا نفسه بوقوع الفسخ (كحق ملكي او حق ارتفاق او الخ) لكن يلزم ادخال هذا الغير في الدعوى لايمكن الاحتجاج عليه بالحكم الذي لارجوع فيه والاوجب القيام عليه بدعوى ثانية منفصلة عن الاولى . يسقط حق القيام بالفسخ المشترط بمضي خمسة عشر عاما اي بمضي المدة الطويلة المقررة لبراءة الذمة على مقتضى الحق العام (الف ٣٨٨ ولايكون الغير في ما من الفسخ الابمرور تلك المدة ماعدى في صورة ما اذا امكن له ان يحتج من قبل بالتملك بالمدة الطويلة اي ان يحتج من قبل بالحياز . فلسائل ان يسال عن موجب تعيين خمسة عشر عاما هنا بينما جعلت سنة واحدة فقط لدعوى الابطال . نقول ان الغير المتنبه بكفية مجرد الاطلاع على العقد ليصبح شاعرا بامكانية وقوع الفسخ (لعدم دفع الثمن او لوجود شرط فسخي) فليس من المناسب اذن زيادة النظر لهم بتقليل مدة سقوط دعوى الفسخ لفائدتهم . .
ثالثا ـ في احوال الفسخ المشترط يحصل الفسخ المشترط وجوبا لمجرد عدم التنفيذ وذلك في صورة الفصل ٢٧٤ (شرط صريح) وعلى مقتضى الفصل ٢٧٣ لا بد من حكم في صورة ما إذا كان هناك شرط فسخي ضمني وهذا الحكم يصدر بطلب من المعاقد الذي تهيا للوفاء (١) وهذا المعاقد يمكن له ان يعدل عن حقه في القيام صراحة او مفهوما

٤٣٣ ـ في نقض العقود او انحلالها

هناك ثلاثة اسباب من الاهمية بمكان تنقضي بها العقود
اولا الاقالة ـ ٢ ـ المدة التي عينها الطرفان ـ ٣ ـ الموت
مبدا ـ ليس للفسخ بالاقالة سبب متوقع ينعدم به العقد وانما ينقضي العقد بعد ابرامه باتفاق حادث بين الطرفين يفيد اتحاد ارادتهما على الفسخ (٤١٤) .

عملا بالمبدأ القاضي بان للطرفين حق الرجوع فيما قرراه اذا اتفقا على ذلك

فرع اول ـ لابد من انعدام العقد تماما والا يكون هناك مجرد تجديد. (الفقرة الثالثة من الف ٤١٨) للاقالة .

فرع ثان ـ يمكن ان تحصل الاقالة كلما تيسر الفسخ اي كلما تيسر الرد وعليه فلا يكون للاقالة عمل في الاحوال الاتية . اولا ـ اذا انعدم الشيء المعين بذاته (موضوع التعاقد) او تعيب او تغير بعمل الانسان . ثانيا ـ اذا تعذر على كل من الطرفين لغير ذلك من الاسباب ان يرجع للاخر ما قبضه (الف ٤١٧) بيد انه يمكن للمتعاقدين ولو في هاتين الصورتين ان يتفقا على جبر النقص وعندئذ يصح الفسخ بالاقالة ممكن الوقوع (الف ٤١٧) . فرع ثالث ـ يمكن ان تكون الاقالة ضمنية (ومثالة ذلك نجده مسطرا بالفصل ٤١٥) وهي صورة المعاطاة . فرع رابع ـ تحسب على الاقالة الشروط اللازمة لصحة العقود وبالاخص ما كان منها متعلقا باهلية المتعاقدين (الف ٤١٦) وبمقتضى ذلك فان للنواب الشرعيين لعديمي الاهلية والمقدمين والوكلاء حق الفسخ بالاقالة ما داموا ماذونون باجرائه (نظر الف ١٥ وما بعده) حسب الموجبات القانونية ان كانت هناك (وهذا اخر الشروط التي اوجبها الف ٤١٦) منفعة لفائدة من هم قائمون في حقهم . فرع خامس ـ يترتب على الفسخ بالاقالة ما سياتي اولا ـ فيما بين الطرفين ـ يفسخ العقد بالنسبة للماضي فيترتب عن ذلك ان كلا من الطرفين يرجع ما اخذه من الاخر (الف ١٤٥) راجع الشرط الفسخي تحت العدد ١٩١ وما بعده) .

ثانيا ـ بالنسبة للغير وهم الاشخاص الذين اكتسبوا حقوقا في الشيء من تاريخ وجد العقد فهؤلاء لا يتضررون من الفسخ بالاقالة (الف ٤١٩) وهذا الامر معقول اذ لا يمكن ان يوكل لتشهي الطرفين حرمان الغير بمن التسلم بما اكتسبه قانونا من الحقوق وفي التطبيق يكون الفسخ بالاقالة نادر الوقوع نظرا لهاته القاعدة

الاخيرة ما عدى ما يتعلق بالعقود التي يتيسر امتدادها الى ما لا نهاية له لعدم النيابة كالكراء .

استثناء من المبدأ ـ في بعض الصور الواردة عن نص قانوني صريح تكفي ارادة احد الطرفين فقط للفسخ بالاقالة لكن هذه الارادة الفردية لها في الحقيقة مصدر في القانون مثال (الف ٧٩٣) المتعلق بالكراء بدون كتب ـ مثال (الف ٨٦١) المتعلق بالاجارة ـ مثال الفقرتين الثالثة والرابعة من (الف ١١٥٧) المتعلق بالوكالة

٤٣٤ ـ ثانيا تنقضي العقود بانقضاء المدة التي عينها الطرفان لذلك

ارادة المتعاقدين تقوم مقام القانون فيما بينهما (الشركة والعارية

٤٣٥ ثالثا ـ تنقضي العقود بموت احد المتعاقدين اذا كانت ذات المتعاقد معه او صفة من الاسباب الموجبة للرضاء بالعقد (الوكالة والشركة) .

٤٣٦ ـ في انقضاء الالتزامات (الف ٣٣٩ وما بعده)

جاء (الف ٣٣٩) بثمانية اوجه تنقضي بها الالتزامات

٤٣٧ اولا في الاداء (الف ٣٤٠)

نظرية ـ الاداء هو الوفاء بما وقع التعاقد عليه . فكل اداء يشعر بان هنالك دينا لذلك كان الدين محمولا على الظن . على انه اذا قامت البينة على عدم وجود الدين فيكون للدافع الحق في القيام باسترداد ما دفعه بدون موجب شرعي وحيث سبق الخوض في هذا المبحث عند الكلام على عدم تنفيذ الالتزامات فلنقتصر هنا على ذكر النصوص التي تلزم مراجعتها . اولا ـ الاشخاص الذين تمكنهم مباشرة الاداء (انظر العدد) . ثانيا ـ ما هي الشروط التي يمكن معها الاداء (انظر العدد ٣١٢)

ثالثا ـ لمن يمكن ان يقع الاداء (انظر العدد ٣١٤) . رابعا ـ اي شيء يقع اداؤه (انظر العدد ٣١٩) . خامسا ـ ايان الاداء (انظر العدد ٣٢٥) . سادسا ـ مكان الاداء سابعا ـ كيفية وقوع الاداء (انظر العدد ٣٢٠) . ثامنا ـ كيفية طرح الاداء (انظر

العدد ٣٤٣) .

٤٣٨ ـ ثانيا ـ في تعذر الوفاء

مبدا ـ ينقضي الالتزام في صورة ما اذا كانت هناك استحالة طبيعية او قانونية تحول دون تنفيذه (الف ٣٤٠)

اولا في الصور التي يتعذر فيها الوفاء

اولا ـ صورة الالتزام بتسليم شيء معين بذاته قد تلف واما الاشياء المعينة بجنسها فلا يتعذر الوفاء بها وفي الالتزام المشترط فيه خيار التعيين والقاضي بتسليم شيئين او ثلاثة اشياء معينة بذاتها يمكن ان تنعدم كل الاشياء فيتعذر اذن الوفاء بها

ثانيا ـ صورة الالتزام باجراء عمل الذي لا يمكن تنفيذه من غير شخص المدين (كالتزام المصور) فيما اذا عجز هذا المدين عجزا بدنيا عن اتمام العمل

ليست هاته الصورة تطبيقية من صور الف ٢٧٥ وذلك لان الدائن لا يتيسر له تكليف من ينجز العمل عوض المدين . ثالثا ـ صورة التعذر الناشيء عن نهي قانوني كما لو كنت التزمت لك بتسليم عبد وصدر بعد ذلك قانون في تحجير الرق وكذلك الامر فيما يتعلق بالكحول .

٤٣٩ ـ ثانيا ـ فيما يلزم ان يتوفر من الشروط لبراءة ذمة المدين

اولا ـ يلزم ـ ان لا يكون تعذر الوفاء ناتجا عن تقصير المدين او فعله (الف ٣٤٠) والا لزمه تعويض الضرر (وهذا الضرر يكون ناتجا عن جنحة او ما يشبهها) راجع الفقرة الرابعة من الفصل ١٢٩ والفصل ٦٠٧)

صورة تطبيقية ـ ففي صورة ما اذا صار الشيء المتعاقد عليه غير ممكن لا بد ان يكون تلفه متسببا عن القوة القاهرة (كسرقة او حريق) والاثبات يطلب به المدين

ثانيا ـ يلزم ايضا ان لا يكون المدين مماطلا في الوقت الذي صار فيه الشيء غير ممكن واما اذا كان مماطلا فانه يتحمل حتى نتائج القوة القاهرة . وقصد المقنن

هو ان مجرد المماطلة يصير بها المدين مفرطا واذا نشا ضرر عن هذا التفريط ولو بسبب القوة القاهرة فالمدين يحكم عليه بالغرم (الفصل ٢٨٠) لكن هناك مجرد قرينة قاضية بحمل مسؤولية القوة القاهرة على المدين المماطل . واما الاصول القانونية فانها قاضية بانه في هاته الصورة تبرا ذمة المدين اذا امكنه ان يثبت ان المتعاقد عليه كان يتلف ايضا بصفة واحدة لو كان تحت يد الدائن .

ثالثا ـ كما يلزم لبراءة ذمة المدين ان لا يكون هناك التزام منه بتحمل نتائج القوة الظاهرة في الصورة التي يكون فيها المتعاقد عليه شيء معين بذاته والا فعليه ضمان هذا التلف ولو لم يكن مماطلا .

صورة تطبيقية ـ لا ضمان على المدين في صورة عدم قابلية القسمة او التضامن اذا تلف المتعهد به الذي هو معين بذاته بسبب تفريط احد المدينين معه (الفصل ١٨٧) او تربط كفيله لكن على شرط ان لا يكون هو مماطلا ولما اذا ضمن الكفيل تنفيذ جميع التزامات المدين الاصلي فيكون عليه غرم ما نتج عن تفريط هذا المدين (الفصل ١٤٩٢) والامر ليس كذلك اذا حصرت الكفالة صراحة في مبلغ معين من المال او في جزء معين من الالتزام (راجع الفصل نفسه .

٤٤٠ ـ ثالثا ـ فيما يترتب على تعذر الوفاء

مبدا اول ـ يترتب على ذلك انقضاء الدين بسبب فقد المتعاقد عليه .

استثناء ـ اذا صار الوفاء غير ممكن في البعض بقي الخيار للدائن بين قبول التنفيذ الجزئي وبين فسخ العقد في الكل (الفصل ٣٤٦) .

فرع ـ اما بقايا المتعاقد عليه وتوابعه فانها تكون من حقوق الدائن وله ان يطلبها ممن كانت بيده .

مبدا ثان ـ اذا انقضى العقد لعدم امكان الوفاء به من غير تفريط من المدين فما كان له من الحق والدعاوي من حيث موضوع الدين ينتقل للدائن (الفصل ٣٤٧)

فهناك نوع حلول قانوني كثير التطبيق في صورة الحريق او غيره من الحوادث التي يتلف الشيء بسببها وفي التصريح بذلك فائدة لان الالتزام ينقضي بموجب عدم امكانية الوفاء وتنقطع بذلك كل رابطة قانونية بين الطرفين وهي قاعدة مسنونة ايضا بالفقه الاسلامي غير انه يمكن استنتاج ذلك ايضا من قاعدة ان بيع الشيء المعين بذاته تحال به ما لصاحبه من الحقوق فيه وان تعذر الوفاء وجه من اوجه انقضاء الالتزام لا من اوجه ابطاله على ان الف ٣٤٧ التي هو نظير الف ١٣٠٣ من القانون المدني الفرنساوي يفيد وحده ذلك الامر زيادة على القاعدة المذكورة . مبدا ثالث - ليس للمدين الذي برئت ذمته الحق في طلب ما في ذمة المعاقد الآخر فما في ذمة هذا المعاقد صار عديم السبب فاذا وفى به كان له الحق في باسترداده على انه غير واجب عليه (الفصل) ٣٤٨) .

استثناء اول - يستثنى من هذا المبدا صورة وهي اذا كان المتعاقد عليه شيئا معينا بذاته وتلف مالم يكن التعاقد على حقوق انفاعية تتعلق بالعين ففي هاته الصورة يحمل التلف على مالك العقار وهو على صاحب المنفعة الا ان يؤدي بقدر ما انتفع به . استثناء ثان - اذا كان تلف المتعاقد عليه من فعل الدائن بقي الحق للمدين في طلب الوفاء بماله على معاقده (كل ذلك مع مراعاة قاعدة عدم جواز الاثراء بدون سبب) هذا ما ضمنه المقنن بغموض بالف ١٣٤٩ . لما قال ان المدين يلزمه ان يوفي للدائن بما انتفع به من الشيء المتعاقد عليه بسبب عدم تنفيذ التزامه (راجع تطبيق ذلك بالف ٤٠٨) ١٤٤ ثالثا - في اسقاط الدين هو تبرع الدائن على مدينه بماله عليه (الف ٣٥٠) . ان هذا الوجه المقرر لاقتضاء الالتزامات يتاتي في صورتين متباينتين الاولى صورة الاسقاط بمعناه الحقيقي (راجع الفقرة من الف ٣٥١) قد عرفنا الاسقاط بقولنا انه عبارة عن اتفاق تبرعي بمقتضاه يترك الدائن للمدين كامل ماله عليه او جزء امنه .

فرع اول - تطبق احكام الهبة . فرع ثان يمكن وقوع اسقاط الدين بطريق الايماء . اولا - في صفات الاسقاط العامة مبدا اول - اسقاط الدين ينشا عن اتفاق فهناك حينئذ اتحاد ارادتين وقبول المدين يكون محمولا على الظن . مبدا ثان - الاسقاط عقد تبرعي والافالعملية عملية التصيير بالدين او التجديد وهما طريقتان متباينتان تنقضي بهما الالتزامات . مبدا ثالث - تنطبق على الاسقاط احكام الهبة وبالاخص شرط اهلية التبرع (الف ٣٥٠) استثناء - غير ان هناك بعض قيود يدخل تحتها الدائن ولو كان اهلا للتبرع وهو في صورة ما اذا اراد اسقاط الدين وهو في حالة مرضه . اولا - اسقاط الدائن على احدى ورثته لايصح الا بمصادقة جميع الورثة عليه (الف ٣٥٤) . ثانيا - اسقاط الدين لغير الوارث لايمكن ان يتجاوز ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون ومصاريف التجهيز (الف ٣٥٥

ثانيا - في صيغة الاسقاط

لا تشترط صيغة خاصة في الاسقاط لسكوت القانون عن ذلك بل يكفي فيه خط يد فالاسقاط يكون صريحا (الف ٣٥١) اذا نشا عن اتفاق او اي عقد تضمن ابراء المدين من الدين ويكون ايضا ضمنيا (راجع الفقرة الثانية من الف ٣٥١) اذا نشا عن كل ما يدل دلالة صريحة على مراد الدائن في ترك حقه .

٤٤٣ - ثالثا فيما يترتب على الاسقاط

مبدا - الف ٣٥٦) الاسقاط والابراء المطلق لا رجوع فيه وتبرأ ذمة المدين ولو جهل الدائن حقيقة مقدار دينه او وجد فيما بعد حججا يجهلها وقت وقوع الاسقاط منه . استثناء - الغلط في مقدار الدين او العشور على رسوم كانت مجهولة يمكن ان يكون سببا في ابطال الاسقاط . اولا - في صورة اسقاط الوارث في دين موروث . ثانيا - اذا ثبت وقوع التحيل او التدليس من المدين او ممن كان متواطئا معه (الف ٣٥١) واثبات هذا التحيل او التدليس يكون على الدائن . خاصية اولى -

بالنسبة للمدينين المتضامنين ـ قد تضمن الف ١٨٢ ان الاسقاط الواقع لا حدهم تبرا به ذمة الباقين ما لم يصرح الدائن بانه لم يقصد الا اعفاء المدين في حصته . (راجع باب التضامن تحت العدد) . خاصية ثانية ـ الاسقاط الواقع للمدين المضمون فيه تبرا به ذمة الضامن بخلاف ما اذا وقع الاسقاط على الكفيل فانه لايبريء ذمته المدين الف١٥١٦) . خاصية ثالثة ـ اذا وقع في صورة تعدد الكفلاء اسقاط على احدهم فلا تبرا به ذمة الباقين لا يقدر مناب (الف ١٥١٦) .

٤٥٤ ـ الثانية صورة القرينة القانونية على براءة الزمة

الفقرة الثانية من الفصل ٣٥١

ان ترجيع الدائن رسم الدين للمدين قرينة على براءة ذمة هذا المدين (سواء كان خطبك وحجة رسمية او نسخة حكم فيها الصيغة التنفيذية الخ) فالدائن يكون على مقتضى القانون محمولا على انه قصد بترجيع ما ذكر ابراء ذمة المدين .

اولا ـ في شروط القرينة القانونية على براءة الذمة

اولا ـ يلزم وقوع ترجيع الرسم من الدائن نفسه او من نائبه الماذون منه في خصوص ذلك . ثانيا ـ يلزم ان يكون هذا الترجيع للمدين او لنائبه . ثالثا ـ يلزم ان يكون الرسم قد سلم اختيارا (ما عدى ما يتعلق بالصور التجارية كما في صورة مصالحة المفلس) وعلى وجه التسليم (لاعلى سبيل القاط او بقصد الاعارة لغرض ما) . نتيجة ـ على المدين ان يرد الرسم في غير ذلك من الصور (مثلا في صورة ما اذا عثر عليه بينما كان ضائعا عن ربه او اتصل به بالاختلاس او بالغلط و بالتدليس او اثر خيانة منسوبة للغير) .

٤٥٥ سؤال اول ـ على من يكون الاثبات ؟

لا يوجد بالمجلة التونسية او بالقانون الفرنساوي ما يفيد الجواب عن هذا

السؤال ضرورة ان المحاكم لم يستقر قرارها على حال اتجاه هاته المسالة . على ان علماء الحقوق قد جازوا بوجه عام بان يكون الدائن هو المطاوب باقامة البينة على ان التسليم لم يقع اختيارا وبما ان المدين قد اصبح الرسم بيده فيحمل على انه اتصل به بوجه شرعي .

سؤال ثان ـ كيف تحصل البينة ؟

يجري العمل هنا بمقتضى المبادي العامة فاذا كان الغرض اثبات افعال مادية (مثلا اثبات وقوع التسليم من الدائن للمدين) فالبينة تكون بالشهادة واذا كان المراد اثبات وجود الروابط القانونية فالبينة تكون كتابة اذا تجاوزت اهمية الشيء المتنازع فيه فرنكات ٣٠٠٠٠ (كما في صورة ما اذا انكر الدائن انابه الحق في مباشرة تسليم الرسم) . رابعا ـ يلزم ان يقع تسليم حجة الدين نفسها .

فرع اول ـ رد الدائن توثقة الدين لا يكفي في الحمل على اسقاط الدين (الف ٣٥٢) بل يفيد التسليم في التوثقة . فرع ثان ـ تحرير العدل لكتب وتسليم نسخة منه ليسا بقرينة على خلاصه في اجرته وذلك لان النسخة المسلمة منه لاتقوم مقام وسام دينه المترتب له من الاجر وذلك حتى في صورة ما اذا كان العدول بالايالة التونسية يخرجون نسخا بها صيغة التنفيذ كعدول فرانسا . فرع ثالث ـ تسليم نسخة مجردة من الحكم خالية من الصيغة التنفيذية لايكون قرينة على الاسقاط

٤٤٦ ـ ثانيا ـ في قوة الاحتجاج بالقرينة القانونية

مبدا ـ تسليم رسم الدين كالابراء من هذا الدين لكن يجوز دائما اثبات خلاف ما يقتضيه هذا التسليم كلما قام البرهان على عدم وقوع التسليم الاختياري وله ان يوجه اليمين على المدين .

ثالثا فيما يترتب على القرينة المذكورة اولا ـ عملا بالمبادي المتقدمة تعتبر براءة ذمة المدين الناشئة عن القرينة القانونية حاصلة بادائه الدين بطريق التبرع وذلك لان

الاداء هو الوجه الذي تبقضي به الالتزامات عادة ما لم يثبت خلافه . ثانيا ـ ولما كانت القرينة قائمة على وقوع الاداء فالمدينون المشترلون والمتضامنون ايضا والكفلاء تبرا ذمتهم كما لو وقع الاداء بالفعل .

٤٤٧ رابعا ـ في اتحاد ذمة الدائن والمدين (الفصلان ٣٨٦ ـ ٤٨٣)

نظرية ـ انقضاء الالتزام باختلاط الذمة عبارة عن اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد .

اولا ـ في الصورة التي تختلط فيها الذمة

تختلط ذمة الدائن والمدين بصفة عامة في صورة انتقال الكسب بالميراث وقد يكون اختلاطها كليا او جزئيا (وذلك وفي صورة ما اذا مات الدائن وترك وارثين احد هما مدين للتركة فيقع الاختلاط في حقه بقدر منابه من الميراث الف ٣٨٢) .

ثانيا ـ فيما يترتب على اتحاد ذمة الدائن والمدين

مبدأ ـ اتحاد الذمة وجه غير اعتيادي ينقضي به الدين ومنشؤه استحالة اجراء التنفيذ.

فرع اول ـ فلا تقضي به سوى الحقوق التي صار تنفيذها من اجله متعذرا .

فرع ثان ـ ليس لاختلاط الذمة عمل فيما صار تنفيذ الدين محكنا وعليه . اولا ـ فاذا اتحدت ذمة الكفيل والدائن فلا تبرا ذمة المدين (الفقرة الثانية من الف ١٥١٨) . ثانيا ـ واذا اتحدت ذمة الدائن واحد المدينين المشتركين فلا ينقضي الالتزام الا بقدر حصة ذلك المدين (الفصل ١٨٥) . ثالثا ـ واما اذا صار المدين وارثا للكفيل او الكفيل وارثا للمدين (وهي صورة اختلاط صفتي مدين وكفيل) سقطت الكفالة باتحاد الذمة (الفقرة الثانية من الف ١٥١٨) . وتسقط ايضا في صورة انقضاء الدين باتحاد صفتي دائن ومدين اصلي وذلك الى حدما حصل فيه الاختلاط (راجع الفقرة الاولى من الفصل ١٥١٨) .

٤٤٨ ثالثا ـ في زوال اتحاد الذمة

يزول اتحاد الذمة (مثلا بالتسام في الميراث بعد قبوله بكيفية تحذوش فيها) فيعود بذلك الالتزام ممكن التنفيذ . كما في صورة ما اذا اظهر الوارث الحقيقي وحل محل من انتزعت منه هاته الصفة اظهور الاول فالدين الذي انقضى باتحاد الذمة يعود في حق هذا الوارث بجميع توابعه (من رهون وضمانات عينية او شخصية) والاختلاط يعتبر كان لم يكن تلك عبارات (الف ٣٨٣) الصريحة .

٤٤٩ خامسا في تجديد الالتزامات (الف ٣٥٧ وما بعده)

نظرية ـ التجديد وجه من اوجه انقضاء الالتزامات مفاده تعويض التزام قديم باخر جديد فالدائن يكون قد دفع له دينه بواسطة التزام جديد .

اولا فيما يلزم من الشروط لصحة التجديد

اولا ـ يلزم ان لا تكون للمتعاقدين اهلية القبض فقط بل ايضا اهلية التعاقد (راجع الف ٣٦٠) فللدائن اهلية التفويت وللمدين اهلية الالتزام .

ثانيا ـ لا بد من التزامين مرتبطين ببعظهما كل الارتباط احدهما ينقضي والاخر يتوجد .

فرع اول ـ لا تجديد اذا بقي الالتزام القديم موجودا والجديد ايضا على حدته (الف ٣٥٧) . فرع ثان ـ ولا يحصل ايضا لتجديد اذا كان الالتزام القديم باطلا من اصله فرع ثالث ـ اذا كان الدين الاول مشروطا فلا يمكن التعاقد في الثاني لاتمام التجديد الا بعد حصول الشرط وعلى كل حال فالعبرة بمقاصد الطرفين ولربما كانت لهم نية تعويض دين مشروط باخر مجرد عن الشرط ففي هذه الصورة يتم التجديد .

مبدأ ـ انقضاء الالتزام الاول يتوقف على تولد الثاني لان التجديد كما قلنا كالاداء (انظر الفصل ٣٥٠) .

فرع ـ لا ينقضي الالتزام ولا يتجدد في صورة ما اذا كان الالتزام الماني غير صحيح

(اي باطلا من اصله او قابلا للابطال) الفقرة الثانية من (الف ٣٥٩) او كان معلقا على شرط لم يحصل (الف ٣٦٨) واما اذا كان الالتزام الجديد صحيحا فلا عبرة بامكانية وقوع الوفاء من عدمها فيما بعد (الف ٣٦٧) .

ثالثا ـ لابد ان تكون نية التجديد ثابتة عند الدائن ولا مانع من ان تكون ضمنية واما حملها على الظن فلا يتيسر بحال (الف ٣٥٨) والاثبات هنا يكون بالطرق العامة فاذا وقع من مدين مطلوب بثمن عقار امضاء عدة سنوات يقصد ابداء ذمته فلا يتحتم التجديد بذلك اذا لم يقم التصريح به

٤٥٠ ثانيا ـ في احوال التجديد على اختلافها

للتجديد ثلاث حالات يكون بالنسبة للمتعاقد عليه (وهي الصورة الاولى) او بالنسبة للمتعاقدين (وهما الصورتان الثانية والثالثة الف ٣٦١) . اذا وقع التجديد بالنسبة للمتعاقد عليه فالدائن والمدين لايتحولان وانما يعوض الدين القديم بدين جديد وهناك افتراضان .

الافتراض الاول تبديل المتعاقد عليه

ملاحظة ـ التصيير بالدين يعتبر بصفة عامة كتجدير لتويل المتعاقد عليه ومما يؤيد ذلك هو انه اذا قبل الدائن شيئا اخر في مقابلة دينه فالالتزام القديم كانه ينقضي ودليله هو ان الضامن تبرا ذمته تماما وكذلك المدينون المتضامنون فان ذمتهم تبرا ايضا ذلك صريح الفقرة الاولى من الف ٣٦٢ التي هزا نصها « يجوز تجديد العقد بتبديه الشيء المتعاقد عليه في العقد القديم اذا كان التبديل من تغيير اصل العقد » . ففي هذه الصورة لايبقى للدائن سوى حق القيام على مدينه بالغرم وعلى كل حال فان عبارات الف ٣٦٢ في الموضوع دالة على ان القرينة تكون باعتبار التصيير غير مقصود منه التجديد بحيث ان الالتزام الاول يعود الى الوجود في صورة ما اذا استحق المتعاقد عليه كل ذلك مع الاحتراز احكام الفلين ١٧٩-١٥١٤

الافتراض الثاني تبديل نوع الدين القانوني

بان يصير الدين مثلا من وجه سلف بعد ان كان على وجه الوديعة وكذلك

بحذف او اضافة شرط الى غير ذلك من الوجوه ولا ينبني تجديد العقد) اولا ـ على تبديل ابان الوفاء بان يعين ابان للوفاء غير الاول . ثانيا ـ ولما على تغيير توثقة الدين . ثالثا ـ ولا على تغيير كيفية وقوع الاداء (كتعويض الاداء بالنقود بادباء بواسطة سندات تحت الاذن . فلا تجديد في هذه الصور الثلاث وعليه فلا تنقضي الالتزامات (انظر ما سيقال بمناسبة الف ٣٦٦) . هناك صورتان في التجديد بالنسبة للمتعاقدين . الصورة الاولى ـ هو ان يحل مدين جديد عوض القديم (الفقرة الثانية من الفصل ٣٦١) وهي عملية تقارب تمام المقاربة صور الحلول والحوالة فذلك يقع بكيفيتين . الكيفية اولى ـ هو ان يحل انسان من تلقاء نفسه محل المدين تبرعا منه ولا احتياج هنا لموافقة المدين (الفقرة الثانية من الف ٣٦١) لان عمليته كهاته بمثابة اداء حقيقي . الكيفية الثانية . هو ان يحيل المدين دائنه على مدين اخر يلتزم له بدينة (اي على مدين للمدين) (فليس الامر هنا كما في صورة الوكالة ويلزم هنا اي في صورة حلول مدين جديد محل القديم ثلاثة شروط . اولا ـ التصريح بارادة التجديد . ثانيا ـ ابراء الدائن المدين المحيل ابراء صريحا (الف ٣٦٣) والا فهناك حوالة ناقصة وكفالة لاتجديد (راجع عدد) . ثالثا ـ ان لايكون المدين المحال عليه معسرا حين الاصالة والدائن لايعلم ذلك (الف ٣٦١) . الصورة الثانية ـ في التجديد بالنسبة للمتعاقدين . وهي صورة التجديد بحلول دائن جديد محل القديم فالدائن في هاته الصورة يعوض نفسه بشخص آخر هو مدين له ولا تلسحب على التجديد احكام الف ٣٠٥ (القاضي باعلام المدين المحال عليه) على انه لا فائدة في هذا الاعلام في صورة التجديد لان هاته العملية اي عملية التجديد تستوجب موافقة المدين

ثالثا ـ فيما يترتب على التجديد

مبدا ـ بالتجديد ينقضي الدين القديم وتنقضي معه كل الامتيازات والرهون

المجعولة له (الفقرة الاولى من الف ٣٦٦) .

فرع اول ـ ويقف بالتجديد سير فوائض الدين الاول . فرع ثان ـ وبالتجديد ايضا تنقضي التوثقات العينية التي اعطيت في الدين القديم (وهي الامتيازات والرهون) فرع ثالث ـ كما تنقضي التوثقات الشخصية المتعلقة بالدين الاول (فينفك الالتزام بقية المدينين المتضامنين والكفلاء) . فرع رابع ـ (الفصل ٣٦٥) اذا قبل المدين الحوالة في صورة التجديد بتعويض الدائن فلا يسوغ له ان يعارض الدائن الجديد الذي قبل الدين عن حسن نية ويحتج عليه بما كان لن له يحتج به على الدائن الاول (١) وانما له الرجوع على هذا الدائن فقط .

(١) غير انه يمكن ان يعارض الدائن الجديد بما يتعلق باهلية الشخص اذا كان لتلك المعارضات اصل وقت قبول الحوالة وانه كان يجهل ذلك اذاك (الف ٣٦٥)

استثناء . يمكن بالشرط الصريح نقل توثقات الدين الاول المدين الذي اقيم عوضا عنه (الفقرة الاولى من الف ٣٦٦ وبالاخص الرهون) . الا انه اذا كان الراهن غير المدين بل شخصا اخر اجنبيا عن العقد فلا بد من تحصيل الدائن على رضاه لينقل الرهن للمدين الجديد فهذا بديهي ولو ان الفصل ٣٦٦ لم يصرح به واذا امتنع صاحب المكاسب المرهونة فالدائن يبقى مخيرا في رفض التجديد هناك قيود . فالاول ـ يقتضي بالنسبة للتوثقات الشخصية لزوم موافقة الكفلاء والمدينين المتضامنين لانهم اذا امتنعوا من ذلك فلا يتم التجديد ويبقى الدين الاول موجودا . والثاني ـ مفاده ان نقل ما ذكر من الدين الاول الى الدين الثاني لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا وقع ذلك عند تجديد العقد ونتج عن كتب ثابت التاريخ (الفقرة الثانية من الفصل ٣٦٦) . والثالث ـ هو لزوم وقوع النقل صراحة وهذا فرق مهم بين الحلول والتجديد . والرابع ـ هو لزوم وقوعه ايضا على نسبة الدين القديم (فاذا كان الرهن مثلا في عشرين الف فرنك فلا

يكون بالنسبة للدين الجديد الا في ذلك القدر ولو بلغ الدين الجديد خمسين الفا

٤٥٢ سادسا في المقاصة

المقاصة في المديون هو ان يكون الدائن مدينا للمدين بمبلغ يقل او يكثر عن دينه فيلتقي الدينان قصاصا وما يبقى لاحد الفريقين يصح له المطالبة به . بالمقاصة يجتنب عجز كل من الطرفين عن الوفاء للاخر ويجتنب نقل النقود وما يترتب عنه من تكاليف ولقد جوز القانون الفرنساوي وقوع المقاصة وجوبا وهو الانقضاء القانوني . والفصل ١٢٩٠ صريح في ذلك واليك عباراته « تجري المقاصة وجوبا بالمجرد نفوذ القانون ولو بدون علم الفريقين » فلا وجود بالمجلة التونسية لنص كهذا . وعليه فالقانون التونسي كالقانون الروماني لم يجوز اجراء المقاصة على الصفة المذكورة فاذا لم يتفق الطرفان على المقاصة فلا بد من حكم لايقاعها على مقتضى القانون التونسي فعوض ان تقع المقاصة من يوم القيام بالدعوى طبقا للقاعدة العامة قد ورد نص خاص مضمن به حكم المجلة الفرنساوية وهو نص الف ٣٨٠ القاضي بان (المقاصة التي يعارض بها المطلوب تستهلك الدينين بقدر ما تساويا فيه من وقت وجودهما معا) .

٤٥٣ اولا ـ في الشروط التي تتوقف عليها صحة المقاصة

اولا ـ لاتقع المقاصة الا اذا كان موضوع الدينين مقدارا من النقود او كمية من المثليات اذا كانت من جنس واحد (الف ٣٧٣) . صورة تطبيقية ـ وعليه فلا تصح المقاصة في دينين موضوع احدهما شيء معين بذاته وموضوع الاخر اشياء من المثليات او مبلغ من الدراهم وسبب ذلك هو ان الدائن لايمكن جبره على قبول غير المتعهد له به فيشترط في الدينين امكان تعويض كل واحد منهما بالاخر في الاداء لذلك يلزم ان يكون موضوعهما من النقود او المثليات من جنس واحد وان يكون لهما قيمة يحصل بها الابراء معلومة لانزاع فيها او على الاقل يلزم ان يكون هذان

الدينان من جنس واحد . استثناء ـ تقع المقاصة في دينين موضوع احدهما مبلغ من المال وموضوع الاخر من جنس المأكولات المعلومة اثمانها من اسعار سوق البلدة (الف ٣٧٣) لكن في هذه الصورة يلزم ان يكون موضوع الدين الاخر حقيقة من المطعومات معلومة من اسعار سوق البلدة (لاجتناب كل نزاع في قيمتها)

ثانيا ـ يشترط في المقاصة ان يكون الدينان حالين (الف ٣٧٤) . فرع ـ لا تقع المقاصة في دينين احدهما معلق على شرط او اجل (لعدم امكان او حرمان المدين من الاجل) والكلام هنا على الاجل الاتفاقي لان الاجل القانوني (الذي يمنحه الحاكم على وجه الفضل) لا يمنع وقوع المقاصة (راجع ما قيل في الاجل تحت العدد ١٩٧ من هذا الشرح) (١) حجز مال المدين (توقيفه) يمنع حلول هذا الدين (١) غير انه اذا سقط اجل الدين بسبب اعسار المدين او حلول ارت تصير المقاصة ممكنة في الدين (الف ٣٧٤) (٢) ويمنحه ايضا التفليس .

وكذلك اذا باع مدين عقارا مرهونا لدائن له فلا تقع المقاصة في الدين والثمن لاعتبار الثمن المبيع من حقوق الدائنين المرتهنين لذلك العقار (لما لهم من حق تتبع الغرماء)

ثالثا ـ ويشترط ايضا في المقاصة ان يكون الدينان معلومي المقدار (الفصل ٣٧٤) اي لا نزاع في وجودهما ولا في مقدارهما . لكن هذه القاعدة لا تطبق حقيقة الا في صورة جوز المقاصة القانونية ولما كان القانون التونسي لا يجوز الا المقاصة العدلية فلا شك في ان الحاكم الذي تطلب لديه المقاصة له حق النظر في وجود ومقدار الدين المطلوبة المقاصة به ولو كان هذا الدين متنازعا فيه . ومما يؤيد ذلك هو ان القاعدة المذكورة لا تنطبق في القانون الفرنساوي على المقاصة العدلية

٤٥٤ رابعا ـ لا يمكن وقوع المقاصة في الدينين الا بين شخصين كل منهما مدين شخصيا ومليا للاخر وعليه . اولا ـ فلا مقاصة بين الولي والصغير المولى عليه . ثانيا ـ وليس للشريك ان يقاصص دائنه بما عليه (اي الدائن) للشركة (الف ٣٧٢) .

ثالثا ـ كما لا يسوغ لدائن الشركة ان يقاصص الشريك بماله على الشركة ولا يحتج على الشركة بما لذاته على احد الشركاء (الف ٣٧٢) . رابعا ـ وليس للمدين الاصلي ان يطلب مقاصة ما وجب على دائنه للضامن اذا كان لهذا الضامن دين بذمة الدائن . خامسا ـ لا تقع المقاصة بين المسلمين مهما كان فيها ما يخالف ديانتهم . تلك هي شروط المقاصة ولا يوجد غيرها بالقانون . وعليه تاتي المقاصة في الدينين .

اولا ـ ايا ما كان سبب ترتبهما في الذمة (الفصل ٧٧) . ثانيا ـ ايا كان مقدارهما (الف ٣٧٧) . ثالثا ـ ايا ما كان المحل المعين للاداء (مع مراعاة الفرق في الاسعار او في الصرف ان كان الدين طعاما ومراعاة المصاريف) الفصلان ٣٧٤ ٣٧٥) . رابعا ـ ولو اختلف الدينان في المقدار فالمقاصة في صورة الاختلاف تقع بقدر الاصغر (الفصل ٣٧٧) . خامسا ـ ولو لم تكن للطرفين الاهلية اللازمة للاداء فالاداء بطريق المقاصة اداء من نوع خاص جاء به القانون ويوجبه الحاكم .

٤٥٥ ملاحظة ـ وهناك صور استثنائية ضبطها القانون لا تقع فيها المقاصة (الف ٣٧٨) ولا يمكن فيها الاحتجاج بها واليك هذه الصور . الصورة الاولى ـ اذا كان سبب احد الدينين نفقة او شيئا اخر لا يجوز حجزه (الفقرة الاولى من الف ٣٧٨) الصور الثانية ـ اذا كانت في استرجاع شيء مغصوب اما باكراه او بتدليس او في دين سببه جنحة (كما في صورة الزور) او شبه جنحة (الفقرة من الف ٣٧٨) ومراد المقنن بذلك هو منع التقرير التي يستعمله ارباب الديون ليقتصوا الا نفسهم بانفسهم الصورة الثالثة ـ اذا كانت الدعوى في استرجاع وديعة او عارية او في دعوى الضمان المبنية على ما ذكر في صورة تلف الشيء (الفقرة الثالثة من الف ٣٧٨) الصورة الرابعة ـ اذا ترك المدين القيام بالمقاصة من اول الامر او كانت ممنوعة بمقتضى عقد الدين لما نعلمه من ان ما يتممه المتعاقد ان من الاتفاقات يقوم فيما بينهما مقام القانون الصورة الخامسة ـ اذا كانت في الضرائب مالم يكن الدينان راجعين

لصندوق الدولة نفسه وهذا امر يدعى الصورة السابعة - اذا وقع التسليم ضمنا في المقاصة - ومثاله ان يدفع المدين جزءا من الدين بعدان وقعت فيه المقاصة وكذلك اذا قبل المدين تحويل دينه من الدائن الاصلي الى شخص اخر

٤٥٦ ثانيا - في احوال المقاصة

لم يرد نص في المجلة التونسية في المقاصة القانونية فبقيت اذن المقاصة العدلية.

فرع اول - للحاكم ان ينظر في احقية المقاصة المطلوبة لديه من عدمها وله ان يصرح مثلا بان الدين الذي فيه نزاع معلوم المقدار. فرع ثان - سقوط حق القيام بالدينين لا تسدي مدته من يوم وجودهما معا بل من يوم طلب المقاصة لدى الحاكم استثناء - لكن - ما يترتب على المقاصة يعتبر من يوم وجود الدينين معا الفـ ٣٨٠).

٤٥٧ ثالثا - فيما يترتب على المقاصة من النتائج

(نتائجها كنتائج الاداء)

مبدا اول - بالمقاصة يرتفع كل من الدينين عن صاحبه بقدر الاصغر (الفـ ٣٧٧) واذا كانت هناك عدة ديون من جهة واحدة كلها حالة فالطرح يقع طبق قاعدة الفـ ٣٨١ الذي قرر اجراء العمل في الطرح بقاعدة الفـ ٣٤٣ وبصفة عامة ينتج عن المقاصة ماينتج عن الاداء بكل معناه

فرع اول - الدين ينقضي بالمقاصة بجميع امتيازاته ورهونه وتاميناته.

فرع ثان - ينفك الضمان بالمقاصة التي يجريها المدين الاصلي (الفـ ١٦١٥)

فرع ثالث - اذا وقعت المقاصة بين المدين واحد الدائنين المشتركين فالدائن ينقضي في حق الباقين (الفـ ١٦٥).

فرع رابع - المقاصة التي تقع بين الدائن واحد المدينين المتضامنين تبرايها ذمة الباقين (الفـ ١٧٩).

مبدا ثان - المقاصة لا تضر بالحقوق التي اكتسبها الغير على مقتضى

القانون (الفـ ٣٧٩) مثال ذلك - لزيد بذمة عمر الف فرنك وعليه لبرك مثل ذلك القدر فيحل بكر ماله بذمة زيد تحت يد عمر وفي الاثناء يصير عمر المذكور دائنا لزيد بما قدره الف فرنك ايضا فاذا اراد عمر ان يقاص زيدا بما عقله بكر تحت يده يعارضه بكر في ذلك.

مثل اخر - (يتعلق بالاحالة الواقع لها الاعلام) لخالد بذمة ابراهيم الف فرنك فيحيل خالد دينه هذا لاحمد ويعلم ابراهيم بالاحالة فاذا صار ابراهيم في الاثناء دائنا لخالد فلا يمكنه ان يحتج على احمد بالمقاصة لان هذا الاخير وقعت اليه الاحالة بالوجه القانوني (الفـ ٣٧١).

ملاحظة اخيرة - هناك مقاصة من نوع اخر يعبر عنها بالمقاصة الاختيارية وهي التي وقوعها يتوقف على ارادة احد الطرفين الذي له الحق وحده في الاحتجاج بها بازالة المانع الذي جعل لفائدته خاصة كما في صورة الوديعة التي تختلط بمال المستودع فالمودع له ان يمنح المقاصة وهاته المقاصة كالاولى تقوم مقام الاداء.

٤٥٨ - سابعا في المدة الطويلة في سقوط الدعوى بمرور الزمان

نظرية - ان المدة الطويلة التي تسقط الدعاوي بمرورها هي احد اسباب انقضاء الالتزامات فمبناها غفلة الدائن وسكوته عن المطالبة. والفكرة التي ترتكز عليها هي حماية المدين اذ انها تقضي باعتبار المدين بريء الذمه اذا تقاعس دائنه مدة معلومة عن طلب حقوقه والداعي لذلك هو. اولا - من حيث المصلحة العامة تحقيق كيان التوازن الاجتماعي وتقرير نظام الامور وذلك بعدم تغيير التوازن الذي جعله المدين بميزانية وعدم جبره على دفع مال مضت عليه مدة طويلة ثم اجتناب ما يمنع عن وقوع النزاع المتاخر عن ابانه من تقدير الحجج والشهادات جزافا. ثانيا - من حيث المصلحة الخاصة رعاية حسن نية المدين اذ قد يكون انه لم يبق تحت يده بسبب قدم الدين ما يثبت خلاصه. لذلك تاوله القانون وسلبية

دفاع وهي المدة الطويلة المنبة على وقوع الاداء على ان هذا المدين له ان يترك حق التمسك بمرور المدة اذا دار في خلده من الهواجس ما اوجب عليه ذلك والقرينة المذكورة تامة ولا سبيل لمعارضتها حتى بتوجيه اليمين لعدم وجود نص يجوز هاته اليمين .

٤٥٩ اولا في في خصائصها العامة

للمدة الطويلة التي مفعولها ابراء الذمة من الديون مشابهات عظيمة مع المدة الطويلة التي مفعولها ابراء الذمة من الحقوق العينية لكن قد يوجد بينها وبين الحيازة (التملك بالمدة الطويلة) بون بعيد واليك البيان . اولا - لايتصور التملك بالمدة الطويلة بدون ان يكون هناك فكرة الحوز . اما المدة الطويلة التي تبرا بها ذمة المدين من الدين فهي حاوية لفكرة تقاعس الدائن عن طلب حقه . ثانيا - يلزم في التملك بالمدة الطويلة توفر الشروط الاتية (١) مرور مدة من الزمن (٢) ووجه صحيح (٣) حسن النية - اما في حيازة الدين الذي نحن بصدده فيكفي فيها مرور مدة من الزمان .

٤٦٠ ثانيا في الشروط التي يتوقف عليها التمتع بالمدة الطويلة

مبدا - يلزم لذلك شرطان ١ مرور مدة من الزمان ٢ اهمال الدائن للمطالبة .

تطبيق اول مرور من الزمان (الفصل ١٣٨٤)

اولا - مدة سقوط الدعوى بالنسبة للحق العام اعوام (الفصل ٤٠٢) وبالقانون الفرنساوي ثلاثون عاما . ليس للعاقدين ان يشترطا باتفاقات خاصة مدة اطول الفصل ١٣٨٨) . وقد جاء الف قاضيا بانطاق قاعدة سقوط الحق بمرور الزمان على دعوى القيام بدفع ما بالسندات المأذون بدفعها للحامل . لامشابهة حينئذ بين هاته السندات والكمبيالات التجارية المنصوص عليها بالف ٤١١ . هذا وقد يسقط طلب القاضي على السندات المأذون بدفعها للحامل بمضي خمسة اعوام (الف ٤٠٨)

استثناء (راجع الف ٣٩٠) اذا كان الدين موثقا برهن منقول اوغير منقول فالقيام به لايسقط بمرور الزمن امالو انعدمت هاته الضمانات فلا مانع من ان يجري سقوط الحق من تاريخ ذلك .

٤٦١ ثانيا - هناك بعض مدد مؤجلة بآجال قصيرة . قد جاء القانون الفرنساوي بان مدة سقوط الحق المقدرة بآجال طويلة تعلق دائما بسبب صغر السن اوغير ذلك من اسباب انعدام الاهلية بخلاف المدة المقدرة بآجال قصيرة فانها لاتعلق دائما لهاته الاسباب (راجع الف ١٨٩ من القانون التجاري الفرنساوي) . اما القانون التونسي فانه لم يجعل فرقا بينهما من هاته الحيثية فالتعليق واحد سواء كانت المدة طويلة او قصيرة .

فالصور التي يحصل فيها سقوط الحق بمرور مدة قصيرة هي الاتية اولا مرور سنة (الفصول ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ ٤٠٦ والفصل ٣٣٠ ثانيا - مرور خمسة اعوام الفصول ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ ٤١١ - ٤١٣) . في تعليق مدة سقوط الدعوى مبدأ - نتيجة تعليق المدة الطويلة هي منع بداية سريان تلك المدة اومنع استمرار سريانها اذا كانت اخذت في الجريان وماحصل من المدة قبل التوقيف لايلغى .

في الاسباب التي تعلق مدة سقوط الدعوى

الاصل هو ان المدة الطويلة تجري ضد كل شخص لكن جاء القانون باستثناءات ذات اهمية وهي . اولا - في التعليق المنسب عن عدم اهلية الدائن . الحاكم اذا عرضت عليه الدعوى يلزمه ان يتامل هل هي من العقود المسماة ام لا فاذا كان الاول فلا يطبق المدة العامة الا اذا لم يكن نص خاص يقتضي مدة خاصة تتعلق مدة سقوط الدعوى في حق المراة المحصنة اذا كانت عديمة اهلية على معنى الفصل ٢ وكذلك في حق القاصرين الغير المأذونين بالتصرف وغيرهم ممن لااهلية لهم ان لم يكن لهم وصي او مقدم (الف ٣٩٢) اوولي اما على مقتضى القانون

الفرنساوي تتوقف المدة ولو كان لهم ولي شرعي ما عدى في صورة الاجال القصيرة الحق في حق احد المدينين المتضامنين لاينسحب حكمه على الباقين ، استثناء ـ ٤٦٤ ثانيا ـ في اسباب التعليق لناشئة عن علاقة خاصة . وجودها بين القائم بدعوى والامر بخلاف ذلك في صورة عدم قابلية القسمة (راجع العدد ٢٣ من هذا مرور الزمن والدائن محمول على الظن (الف ٣٩١) (مثل ذلك لاوجود له بالنسبة للشرح) .

للحيازة) فعلى مقتضى هذا الفصل لاسقوط للدعوى بمرور الزمن في الصور الآتية .

تطبيق ثان

اولا ـ فيما بين الزوجين ما لم ينحل عقد النكاح بينهما . ثانيا ـ فيما بين مبدا ـ يشترط اهمال الدائن للمطالبة في بحر المدة المحدودة لسقوط الدعوى الوالدين وابنائهما (بصفة مطلقة) . ثالثا ـ فيما بين القاصر وجانب الوقف والذوات والاقطعت هذه المدة وانعدم بسبب ذلك ما مضي من الزمان . ولندرس مسألة قطع المعنوية وبين المقدم والناظر والوصي ما لم تنقض ولا يتم ولم يتحرر حساب المدة فنقول اذ وقع القطاع المدة المحدودة لسقوط الدعوى فما مضى منها قبل بوجه بات .

الانقطاع يلغى وتستانف المدة من وقت انتهاء العمل القاطع (الف ٣٩٨) .

ثالثا ـ في اسباب التعليق المبنية على احوال الدين وهي الصور الاتية

اولا ـ في اوجه انقطاع المدة

اولى ـ الصورة التي فيها الدين معلق على شرط الثانية ـ صورة دعوى الرجوع الوجه الاولى ـ قيام الدائن على طريق الحاكم او على غير طريقه بمطالبته بالدرك حتى يتم الاستحقاق (الفقرة الثانية من الف ٣٩٣) . الثالثة ـ صورة الدعوى مدينه بالوفاء بمالة تاريخ ثابت (الفقرة الاولى من الف ٣٩٦) تقطع المدة ولو كان المنوطة باجل محقق او غير محقق) حتى يحل الفقرة الثالثة من الف ٣٩٣) . الطلب لدى حاكم لاتنظر له في النازلة لو كان باطلا لنقص في صورته القانونية الرابعة ـ صورة حق المفقود فمن يكون بمحل بعيد عن المحل الذي تسقط به ولاقطع في صورة الطلب لدى الحاكم في الامور الاتية . اولا ـ اذا رجع الدائن الدعوى بمرور الزمن (محل المدين) يعطر حكم المفقود . الخامسة ـ صورة في الطلب . ثانيا ـ اذا مضى اجل تقديم الدعوى . ثالثا اذا رفض الحاكم الطلب حصول عذر الدائن عاقه عن القيام بحقوقه اثناء المدة المحدودة لسقوط الدعوى وابى الحكم بالدين لكن في هاته الحالة لايحتج المدين للمعارضة بمرور الزمن (الفقرة الخامسة من الف ٣٩٣) .

بل يعارض بالحكم الذي لارجوع فيه واحتجاجه هنا يكون في الاقل على الدائن

فيما يترتب على تعليق مدة سقوط الدعوى

القائم بالدعوى واما اذا كان هناك دائن متضامن مع القائم لم تشمله القضية فلاسبيل

التعليق يوقف تلك المدة موقتا .

لمعارضته بالحكم المذكور وانما يعارض بمرور الزمن . الوجه الثاني ـ هو طلب

مبدا اول ـ ما جرى من المدة قبل التعليق يعتبر اذا استؤنف سريانها ولا الدائن تقييد دينه مع بقية ديون مدينه المفلس (الفقرة الثانية من الف ٣٩٦) هذه يلغى الا الزمان الذي وقع فيه التعليق (وهذا مفيد بالنسبة للفقرتين ٤ ـ ٥ من الطريقة تدخل في التي قبلها . الوجه الثالث ـ وهو اتخاذ الدائن عملا من الاعمال الف ٣٩٣) . مبدا ثان ـ لاينتفع بالتعليق الا من كانت له اعذار قانونية اوجبت القانونية كحجز اموال مدينة لاستيفاء حقه منها ارستئذان الدائن المذكور من له لنظر في ذلك وقد تضمن الف ١٨٦ مثالا في ذلك حيث قال ، وتوقيف مرور مدة سقوط اتخاذ تلك الوسائل (الفقرة الثالثة من الف ٣٩٦) وقد تعرض المفتن بهاته الفقرة

صورة التنبيه على طريق اللوسي ولصورة العقلات بانواعها. الوجه الرابع - وهو اعتراف المدين بحق دائنه اعترافا صريحا او مفهوما. واحسن مثال في الاعتراف المفهوم هو دفع المدين فوائض الدين. وقد تضمن الفصل ٣٩٨ عدة صور اخرى منها تحرير الحساب بين الدائن والمدين او دقم شيء من الدين على الحساب او طلب المدين اجلا للدفع على وجه الفضل الخ. استثناء - الفصل ٣٩٧ - لا تنقطع المدة الطويلة في صورة الفصول ٤٠٣-٤٠٤-٤٠٥ ٤٠٦ ولو مع استمرار التعامل بعد ذلك بين من ذكر بها بالاخذ والاعطاء. فكل دين يعتبر على حدته من حيث شروط مرور الزمن وخصوصا من حيث بداية حساب تلك المدة.

٤٦٧ ثانيا فيمن ينتفع بقطع مدة سقوط الحق بمرور الزمان وفيمن يحتج به عليه

الاصل ان قطع المدة ينتفع به من تسبب فيه ويكون ضد من قصد الاحتجاج به عليه. استثناء اول - (الف ١٦٩) اذا كان هناك عدة دائنين مشتركين بالخيار وقطع واحد منهم مدة سقوط الحق فهذا القطع ينتفع به الباقون. والامر بخلاف ذلك فيما يتعلق بالمدينين المتضامنين (راجع الفقرة الثالثة من الف ١٨٦) بحيث ان قطع مدة سقوط الحق في الحق احدهم لاينسحب حكمه على الباقين منهم.

استثناء ثان - (الف ١٩٥) اذا وقع من احدار باب الدين الذي لا يقبل القسمة فصل في مدة سقوط الدعوى انتفع بذلك من معه. وكذلك اذا وقع من احد المدينين فصل في مدة سقوط القيام عليهم انسحب ذلك على جميعهم.

استثناء ثالث - (الف ٥٢٠ لا) اذا قطعت مدة سقوط الدعوى في حق الاصيل انسحب ذلك على الكفيل. ملاحظة - ومن المسلم ان المنجر لهم حق من المدين ينسحب عليهم حكم قطع المدة ونتائجه بالصفة التي ينسحب بها على المدين نفسه ولو كان القطع واقعا تلقاء من كان وارثا في الظاهر او غيره ممن حاز الدين.

ذلك هو معنى الفصل ٣٩٩ والفصل ٤٠٠ لكن تحريرهما فاسد حيث لاتمكن معه التفرقة بين الحيازة وسقوط الدعوى بمرور الزمن ففي صورة مدة سقوط الدعوى يكون القطع دائما لفائدة الدائن ولا يمكن تصوره بكيفية اخرى.

٤٦٨ ثالثا لمن يكون الاحتجاج بمرور الزمان

مبدا اول - لما كان مرور الزمان وسيلة يبرىء بها المدين ذمته فالاحتجاج به يكون اما من للمدين نفسه او من دائنيه حيث لهم مصلحة في تنمية ضمانهم المشترك او من الكفيل او غيره ممن له مصلحة في انقضاء الدين ولو في صورة تسليم المدين في التمسك به (الفصل ٣٨٧) فالمدين اذن له ان يتبرع بحقه في التمسك بمرور الزمان (الف ٣٨٦) لاكن على شرط ان لايضر بغيره (الف ٣٨٧).

مبدا ثان - يمكن القيام بمرور الزمان في كل حال من احوال القضية وما على الدائن الا الامتثال لنتائجه ولا يقبل منه اثبات ينافيه ماعدى الوسائل الدفاعية التي نص عليها القانون.

مبدا ثالث - حق مرور الزمان لا يقوم بنفسه في سقوط المطالبة بل يقوم به من له مصلحة فيه وليس للحاكم ان يستند اليه من عند نفسه حتى يقوم به الخصم (الفصل ٣٨٥). ٤٦٩ - رابعا فيما يترتب من النتائج على مرور الزمان - مبدا - مرور الزمان تبرا به ذمة المدين ويستند عمله الى الماضي (اي يعتبر المدين بريء الذمة من يوم بداية المدة الطويلة) فهناك قرينة قانونية على الاداء. فرع - سقوط الدعوى بمرور المدة على الاصيل ينجر الى الكفيل (الفصل ١٥٢٠). استثناء اول - والامر ليس كذلك فيما يتعلق بالمدينين المتضامنين اي ان سقوط الطلب عن احدهم بمضي المدة لا يكون حجة في سقوطه عن باقيهم (الفصل ١٨٦). وقد جاء بخلاف ذلك القانون الفرنساوي. استثناء ثان - براءة ذمة المدين بمرور الزمن ليست تامة لان هذا الحق لا يقوم بنفسه في سقوط المطالبة (كما هو صريح الفصل ٣٨٥) بل

يبقى التزام طبيعي . ونتيجة ذلك في التطبيق هو ان المدين اذا دفع بعد الحكم بسقوط الدعوى عنه بمرور الزمان ما كان بذمته لما دار بخلده من الهواجس فان هذا الدفع يعتبر اداء صحيحا لا هبة .

٤٧٠ - خامسا - في ترك حق التمسك بمرور الزمان - اولا - لا يسوغ ترك حق التمسك بمرور الزمان قبل حصوله (الفصل ٣٨٦) وذلك لاجتناب شرط كهذا من الدائن يعفى به من نتائج اهمال مطالبته . فرع - ليس للعاقدين ان يشترط باتفاقات خاصة زيادة عما حدده القانون لسقوط الحق بمرور الزمان (الف ٣٨٩)

ونرى ان هذا التحجير الذي جعله القانون فيما يتعلق بالمدة الطويلة التي اجلها اعوام ١٥ ينطبق ايضا على المدة القصيرة المحدودة لسقوط الحق . ثانيا - يسوغ دائما ترك التمسك اذا انقضى الزمان المجعول لسقوط الدعوى (الفصل ٣٨٦) فيكون المدين حينئذ قد فوت بغير الطريق المعتاد في شيء من مكاسبه يساوي له قدر ما دفعه بموجب الترك . فرع اول - فمن ليس له التبرع ليس له الحق في ترك الحق الحاصل من مرور الزمان (الفقرة الثانية من الف ٣٨٦) . فرع ثان يسوغ للغير اي للدائنين ومن تضرر من الترك ان يطعن فيه كما ذلك صريح الفصل ٣٨٧ وما مضمون هذا الفصل الا تطبيق المبدا العام التي جاء به الف ٣٠٦ .

ملاحظة - لا تشترط صيغة خاصة لترك حق التمسك بمرور الزمان وهذا الترك يكون صريحا او مفهوما فما هو في الحقيقة الا ضرب من ضروب الاداء .

اصول طرق الاثبات

اولا - في حقائق الاثبات

اثبت هنا بمعنى ايدلي الحاكم صحة دعوى انكرها الخصم تتعلق بتحقيق الالتزام او دفع مباشره او بواسطة . القصد هو التحصيل على اقناع الحاكم وقد يحصل ذلك عند ما يؤدي الاقناع الى اعتقاد ثبوت الدعوى بمقتضى قواعد التجربة

او المعقول او بمقتضى اصول القانون . نتيجة - لا يمكن ان يتسلط الاثبات الا على امور فعلية قابلة للانكار فالقواعد القانونية لا يمكن اثباتها بل يكفي ذكرها او الاشارة اليها .

ثانيا - في مراضع الاثبات المختلفة

مبدا اول - يمكن اثبات امور فعلية او مادية او قانونية . والاصل ما كان من النوع الثاني تجري عليه قواعد اثبات ضبطها القانون . استثناء اول - لا يجوز الاثبات الا لتحقيق امور جائزة او صالحة للدعوى (الف ٤٢٦) استثناء ثان - يقتضي عدم لزوم الاثبات فيما يعتبره القانون ثابتا بناء على قرائن عامة كما في صورة اسقاط الدين او قرائن نسبية كما في صورة الاقرار واليمين والحكم الذي لا رجوع فيه .

مبدا ثان - لا يسوغ للحاكم ان يستند لعمله الشخصي فيما يتعلق بالشيء المدعى به ولا للراي العام في الشيء المذكور بل الواجب عليه ان لا يؤسس رايه الا على طرق الاثبات المعروضة عليه .

ثالثا - في عباء الاثبات ومن المطلوب به ؟

مبدا اول - الاصل ان كل شخص يقوم بدعوى لدى الحاكم (اي كل من يقوم بحق او التزام) او يعارض تلك الدعوى بوجه من الوجوه مطالب باثبات الامور التي تستوجب الدعوى او المعارضة وجودها (الفصلان ٤٢٠ - ٤٢١) .

مبدا ثان - يجب ان يتسلط الاثبات على جميع الاركان المادية او القانونية التي يتولد من مجموعها الالتزام لكن بعد حصول الاثبات يكون للخصم الحق في ان يبين ان احد هاته الاركان تعدم او تعيب . مبدا ثالث - من كان مطالبا بالاثبات لا يمكنه ان يتقصى منه بطريقة منحرفة ويجعل عباءه على خصمه بان يدعي مثلا وان بيد الخصم رسما صالحا للاحتجاج لم يدل به وان الرسم المذكور يعينه على الاثبات . استثناء - غير انه يمكنه ان يستند للكتائب المشتركة او الموصوفة بذلك (جرائد

التقييد وتصفيات الحساب ودفاتر التجارة) او الكتائب المدلى بها في القضية .

رابعا في طرق الاثبات

مبدا اول ـ الاثبات يكون متصلا او استنتاجيا . يكون متصلا اذا ايد الامر المدعى به بكيفية قطعية . ويكون استنتاجيا اذا لم يثبت الا بواصطة استنباطات ونتائج مستخرجة من امور اخرى فعلية (قرائن فعلية او شخصية) مثال لاثبات المتصل ـ (العقود والرسوم وابحاث وتحاريز الخبراء وغير ذلك) . ومثال الاثبات الاستنتاجي ـ) القرائن القوية المنضبطة المتظافرة) . مبدا ثان لايقبل الاثبات الاستنتاجي الا في الحالات التي عينها القانون . اما الاثبات المتأصل فانه يقبل دائما في كل الاحوال وكل الدعاوي . الاصل ان القانون يترك للطرفين او للحاكم اختيار الطرق التي يمكن بها عرض الاثبات (الف ٤٢٢) . استثناء ـ يحتم القانون احيانا بكيفية التزامية استعمال طريقة معينة من طرق الاثبات (الف ٤٢٣) مبدا ثالث ـ عين القانون درجة قوة حجة الاحتجاج لبعض طرق الاثبات الحتمية على الحاكم (الكتائب الرسمية وغيرها) وذلك لانتزاع بعض السلطة منه ولتقليل اخطار الغلط مع ان للقانون عناية قوية بان يكون اقناع الحاكم هو الغرض الاصلي من الاثبات . مبدا رابع ـ الاثبات المتأصل يجب تقديمه في عين القضية بمحضر الخصم (وسنرى ان ذلك غير واجب بالنسبة للاثبات الاستنتاجي ولبداية الحجة .

طرق الاثبات خمسة القرائن الاقرار ـ اليمين الحجة ـ البينة بالشهادة

اولا في القرائن القانونية

ـ يعبر بالقرينة القانونية عن النتيجة التي يستخرجها القانون من امر معلوم الى امر مجهول واما التعريف الذي جاء به الف ٤٧٩ من القانون التونسي فهو فاسد لفرط توسعه اذ يمكن انطباقه على كل حجة ـ مثال ـ يحمل القانون المدين على الخلاص بسبب تسليم الدائن رسوم الدين الف ٣٥١) .

ملاحظة ـ اذا كانت القرينة غير منصوص عليها كتابة في القانون وكانت نتائجها موكولة لراي الحاكم فهي قرينة مجردة (الفصل ٤٨٦) .

في الصورة التي فيها القرينة القانونية

مبدا اول ـ مهمى نص القانون على قرينة فهي قانونية . اولا ـ الكتائب التي صرح القانون ببطلانها بمجرد صفتها (الفصلان ٥ ـ ٦ وغيرهما) (وهاته الصفة التدليس مثلا) . ثانيا ـ الصور التي يعطي فيها القانون لبعض الاعمال معنى الابراء والالتزام (سقوط الدعوى بمرور الزمن واسقاط الذين والمصادقة وغيرها) .

ثالثا ـ ما اناطه القانون من النفوذ للحكم الذي لا رجوك فيه ويمكن اضافة عدة صور اخرى باستقصاء المجلة . امثلة ـ اولا قرينة ان لا يحمل احد على جهل القانون الجنائي . ثانيا ـ قرينة بنوة الولد المولود بعد النكاح الشرعي « الولد للفراش » . ثالثا ـ قرينة بطلان الابتياعات الواقعة بين المقدم ومنظوره مدة التقديم رابعا ـ قرينة موت المفقود القانونية . خامسا ـ قرينة ان بعض الهبات والوصايا تدرج في الثلث الجائز فيه التصرف بما ذكر ولا تعبر من المخلف . سادسا ـ قرينة ان الحائز حائز لنفسه . سابعا ـ قرينة الحمل دائما على حسن نية .

مبدا ثان ـ القرائن يجب الوقوف ـ عند نصها ولا يسوغ التوسع في تطبيقها بطريق القياس .

في الاحكام التي تنطبق عليها هاته القرينة

مبدا اول ـ قوة اتصال القضاء لا تنسحب الا على الاحكام الصادرة فيما فيه نزاع وبصفة باتة . نتيجة اولى ـ ليست من هذا القبيل صورة الحكم الصادر بالتعويض لمكتسب المفقود . نتيجة ثانية ـ ولا صورة الاحكام او الاذناوات التي لا تفصل الا في جزئية من الجزئيات الواقع فيها النزاع بين الطرفين (الاحكام التحضيرية او الوقتية . نتيجة ثالثة ـ ولا صورة الاحكام الغير البانة القابلة للاستئناف .

مبدا اول ـ تنتفع بباته القرينة ولو الاحكام الملونة بعيب في صورتها اي الصادرة من مجبس ليست من نظره . مبدا ـ ثان ـ قوة اتصال القضاء في احكام مجالس البلاد الاجنبية لا تعتبر من الاحكام التي لا رجوع فيها حتى يصدر الحكم بتنفيذها من المجالس التونسية (الفقرة الثانية من الفصل ٤٨٢) والسبب في ذلك هو ان سلطة القاضي تكتسب من سلطة اميره حفظا لنظام البلاد العام . ملاحظة ـ يلزم لتنفيذ الحكم الاجنبي اعادة النظر في اصل الدعوى (مثلا احكام الجزائر) بخلاف الاحكام الفرنساوية الموجودة بالايالة فلا تلزم اعادة النظر في الاصل وانما في الاجراءات وذلك لانها مكسوة من رئيس المحكمة الفرنساوية بالقوة التنفيذية .

استثناء ـ جار بصفة عامة عدم لزوم اعطاء القوة التنفيذية للاحكام الاجنبية القاضية بتغير حالة الشخص او اهليه او بعدم تغييرهما . مبدا ثالث ـ قوة اتصال القضاء لا تعلق بمستندات الحكم بل بخصوص نصه فقط (الفصل ٤٨١) وبما به من النقط المحكوم فيها صراحة او مفهوما (لكن على شرط ان لا يكون هناك شك)

في الشروط التي يلزم ان تتوفر للاحتجاج بالحكم الذي لا رجوع فيه

اولا ـ وحدة الخصوم ـ مبدا اول ـ يلزم ان يكون الخصوم في نظر القانون هم عين الخصوم الذين صدر بينهم الحكم . نتيجة اولى ـ اتصال القضاء لا يمكن الاحتجاج به من الغير ولا معارضته به . نتيجة ثانية ـ الوارث والمنجر لهم حق بوجه عام من الخصوم يعتبرون كالخصوم (الفقرة الاخيرة من الفصل ١٨١) وارباب الديون الغير الموثوقة ديونهم برهن . نتيجة ثالثة ـ وكذلك الاشخاص المنجر لهم حق من الخصوم بوجه خاص بشرط ان تكون اسباب تملكهم للحق متاخرة عن تقديم الدعوى .

ملاحظة ـ تصح معارضة المحجور عليهم والذوات المعنوية بالحكم الذي لا رجوع فيه لما كانت لنائبهم صفة جائزة في النيابة عنهم لدى المحاكم كان هؤلاء المحجور

عليهم والذوات المعنوية ينتفعون بالحكم الذي لا رجوع فيه .

مبدا ثان ـ الطرفان الواقع بينهما اتصال القضاء بنازلتهما يجب ان تكون لهما في الدعوى الجديدة عين الصفة السابقة سواء كانا طالبين او مطلوبين . مثال ـ زيد كان مدعى عليه في الدعوي الاولى بصفة وكيل عن عمرو وفي الدعوى الثانية ادعى عليه في حق ذاته . ثانيا ـ اتحاد الموضوع (الفقرة الاولى من الفصل ٤٨١)

مبدا اول ـ لا يوجد اتصال القضاء الا اذا كانت الدعوى الثانية تتعلق بذات الشيء نفسه او بكمية واحدة من مواد من جنس واحد او بحق واحد . مثال ـ حكم في الدعوى الاول بعدم سماع الدعوى لمسلم لقيامه بطلب فوائض دين الا ان ذلك لا يمنعه من ان يطلب في دعوى ثانية اصل دينه اذ لا وجود هنا لاتصال القضاء .

مبدا ثان ـ وحدة الموضوع تكون موجودة ولو تغير الشيء او زيد فيه او تعيب بشرط ان تكون ذاته لا ريب فيها . ثالثا ـ اتحاد السبب (الفقرة الثانية من الفصل ٤٨١) . مبدا اول ـ لا يوجد اتصال القضاء الا مع وجود وحدة السبب اي الامر القانوني الذي كان اساسا للحق وهو غير الظروف والبواعث المختلفة ويكون السبب واحدا ولو وقع الاحتجاج في الدعوى الثانية بمستند جديد مقتبس من نص قانوني وقع اغفال الاحتجاج به في المرة الاولى .

نتيجة اولى . اتحاد السبب لا يكون موجودا في مطلبي ابطال عقد مبنيين على سببي ابطال مختلفي النوع . نتيجة ثانية ـ هناك صورة تكون خالية في ءان واحد من وحدة السبب ووحدة الموضوع مثال دعوى الابطال ودعوى الفسخ المبنية على الغبن (دعوى حوزية ودعوى استحقاقية)

مبدا ثان ـ اتصل القضاء يكون موجودا اذا اتحد السبب ولو كانت الدعوى الثانية اوسع او قصد منها خلاف ما قصد من الاولى

مثال قام زيد طالبا تنقيص ثمن المبيع بمقتضى (الف ٦٢٦) فيحكم بعدم

سماع دعواه ثم يقوم مسقط السبب الاول بدعوى فسخ البيع فهنا يوجد اتصال القضاء وعليه فتمكن معارضته بالحكم الذي لا رجوع فيه .

فيما يترتب على اتصال القضاء من النتائج

اولا فيما بين الطرفين

اتصال القضاء يتحقق به قانونا وجود او عدم وجود العلاقة القانونية التي هي موضوع الالتزام . نتيجة ـ هذه القوة اي قوة اتصال تنسحب بوجه تقديري على كل ما تعتبر نتيجة تابعة ولازمة لتلك العلاقة (الغلة والتوابع)

استثناءات من المبدا

اولا ما هو مستخرج من المبادي العامة لا وجود لاتصال القضاء اذا اسقط مرور الزمن حق القيام بطلب ما حكم فيه . ثانيا ـ ما هو مستخرج من القانون (الف ٤٨٤) وهذا الفصل تعرض لثلاث صور . الصورة الاولى ـ اثبات عدم صحة الرسوم وغيرها من الحجج المبني عليها الحكم اذا كانت هي السبب الوحيد او الاصلي في ذلك . الصورة الثانية ـ اثبات الغلط المادي اذا كان الغلط هو السبب الوحيد او الاصلي في الحكم . الصورة الثالثة ـ اثبات الامور التي ربما تسلم بمؤاخذة الحاكم (راجع قانون المرافعات) . نفوذ اتصال القضاء كما يقع الاحتجاج به بالنسبة للدعاوي الاصلية كذلك يحتج به بالنسبة لدعاوي المعارضة وذلك يعرض صورة معارضة يقوم بها المدعى عليه في الدعوى الثانية (الفصل ٤٨٣) ولكن الطرفين حق المعارضة به فمن له مصلحة فيه له الاحتجاج به ويمكن له القيام به لدى الاستئناف او لدى المحكمة الابتدائية . الا انه لا يجوز للحاكم القيام به من تلقاء نفسه (الفصل المذكور)

فاذا وقع رفض الاحتجاج باتصال القضاء بدون موجب فانه يكون ذلك سببا في التعقيب لوقوع خرق القانون . وفي غير هاته الصورة لا يسوغ للحاكم

بحال ولو وقع السهو اضافة امر جديد بالحكم او اجراء تغيير به لكن هذا لا يمنع الحاكم من اصلاح الغلط الذي بالحكم .

ثانيا بالنسبة للغير

لايحتج على الغير بالحكم التي لارجوع فيه لكن كثير اما يقع تنفيذ الحكم عليهم ولو موقتا فعندئذ يمكن لهم القيام بنازلة اعتراضية .

ثالثا ـ بالنسبة لمحكمتين جزائية ومدنية

مبدا اول ـ المحاكم الزجرية تحكم بصفة مطلقة فيما يتعلق بوجود الجنحة اي المخالفة للقانون الجنائي وبثبوت التهمة على المقوم عليه واتصال القضاء يكون موجودا بالنسبة للامور التي هي موضوع التتبع الجنائي . هذا ويجب ان لايكون الحكم المدني مناقضا للجنائي وعليه فالحاكم المدني يتحتم عليه رفض كل طلب يرمي الى استصدار حكم يناقض ما حكمت به المحكمة الزجرية . نتيجة الخصم الذي يقوم فيما بعد بالدعوى المدنية يكون معفي من اثبات الامور التي كانت اساسا للحكم الجنائي وذلك ولو وقع الحكم بالبراءة .

مبدا ثان ـ المحاكم الجفائية لاتحكم في الامور التي لها صفات جنح او شبه جنح مدنية (غرم ضرر وغيره) والتي تحتمل ان تكون لها نتائج من القانون .

استثناء ـ اذا تداخل الخصم الواقع عليه الضرر بالقيام بالحق المدني يجب على المحاكم الزجرية ان تحكم في الاضرار المدنية ولو في هاته الصورة تبقى دعاوي لابطال والاقالة والفسخ وغيرها من انظار المحاكم المدنية .

فيما يترتب على القرائن القانونية من النتائج (الف ٤٨٥)

مبدا ـ من وجدت القرينة القانونية لفائدته لايطالب بالاثبات فالامر يعتبر ثابتا ولا تقبل ادنى حجة لمعارضة القرينة القانونية . استثناء اول ـ توجد صور كثيرة نص فيها القانون على جواز معارضة القرينة القانونية باصول الاثبات العامة .

استثناء ثان ـ من يحتج بقرينة قانونية ملزوم طبعا باثبات وجود الامور التي هي اساس لها . استثناء ثالث ـ القرينة القانونية مع حفتها المطلقة لاتمنع قوة تاثير الاقرار لكن على شرط ان تكون القرائن مقامة في مصلحة خاصة بحتة . بخلاف اليمين الحاسمة فانها لاتتوجه لمعارضة القرينة القانونية

في القرائن التي لم يذكرها القانون (الفصل ٤٨٦)
وهي القرائن المجردة او الفعلية

نظرية ـ حقيقة هذه القرائن هو عين حقيقة القرائن القانونية . والفرق بين النوعين هو كون الاولى غير مستخرجة من القانون وتسمى قرائن فعلية او قرائن ظاهرة فهي عبارة عما يستنتجه الحاكم من احوال القضية ليحصل له اليقين فيما يتعلق بالامر المجهول المراد الاطلاع عليه . وهذه القرائن اوكلها القانون لاجتهاد الحاكم غير انه يلزم توفر شرطين اقتضاهما القانون (الفصلا ٤٨٦-٤٨٧) وهما .

اولا ـ يشترط في القرائن ان تكون قوية مضبطة ومتظافرة واذا لم تكن قوية ومنضبطة فيلزم ان تكون متعددة ومتظافرة . ثانيا ـ لا تعتمد هاته القرائن الا اذا كانت معضدة بيمين المتمسك بها . واليكم صور القرائن الظاهرة المذكورة بالمجلة .

اولا ـ من حاز شيئا منقولا او صبرة من المنقولات بشبهة حمل على انه ملك ذلك بالوجه الصحيح (الفصل ٤٨٨) ولا يحمل على الشبهة من علم انه توصل بالشيء من غير المالك . فلنقف قليلا عند ذكر هاته القاعدة لنذكر ما سياتي .

مبدا اول ـ يلزمنا ان نعطي لهاته القاعدة شيئا من البسط اذ يستفاد منها ان حوز المنقول ليس بحجة بل هو مجرد قرينة غير قانونية تمكن معارضتها باثبات خلاف ما تقتضيه . نتيجة ـ هاته الحجة اي الحجة المضادة يمكن اقامتها بشهادة الشهود وبالقرائن المجردة القوية المنضبطة المتظافرة . مبدا ثان ـ لم يتعرض الفصل ٤٨٨ الا للمنقولات المعينة بذاتها او صبرة من المنقولات المعينة بذاتها واما الشائعة فلم

تتعرض اليها وحينئذ فلا ينطبق على صبرة من المنقولات (التركة) ولا على المنقولات الغير المجسمة (يستثنى من ذلك رقاع الشركات التي تسلم للحامل) . مبدا ثالث هذا النص لا يتعلق الا بالغير الحائز لنفسه بصفة مالك ولا تعلق له بمن صار الشيء بيده بوجه الوديعة او القراض او بوجه اخر لا يقتضي التملك .

ثانيا ـ تضمن الفـ ٤٨٩ قرينة فعلية اخرى حيث افاد انه عند تساوي الطرفين في الشبهة فالقول قول الحائز ولو كان تاريخ وجه حوزه متاخرا عن تاريخ حجة خصمه . ثالثا ـ تضمن الفـ ٤٩٠ انه عند تساوي الحجتين يقضي بالحجة الاقدم تاريخا واذا كانت احدى الحجتين ثابتة التاريخ فانها ترجح على الاخرى . رابعا تضمن الفصل ٤٩١ انه في صورة المنقولات يرجح حائز العين على حائز الحجة وتذاكر النقل وعند تساوي الطرفين في حسن النية .

(فالامثلة المتقدمة مقتبسة من الفقه الاسلامي) .

ثانيا في الاقرار نظريات عامة

مبدا اول ـ الاقرار هو اعتراف الشخص بصحة امر بالنسبة اليه من شانه ان يوجب عليه نتائج قانونية . نتيجة اولى ـ الخبر لايقوم مقام الاقرار اذا لم يكن بذهن قائله ان احتجاج خصمه لهذا الخبر يغنيه عن اثبات موضوع الاقرار . نتيجة ثانية ـ تصريحات الشاهد بالنسبة للغير ليست باقرار .

نتيجة ثالثة ـ سكوت احد الطرفين الذي وقع سؤاله لايعتبر اصلة اقرار . لكن في صورة الاقرار الحكمي (انظر الفـ ٤٢٩) يعتبر اقرارا . الا اذا كانت السكوت لعذر

مبدا ثان ـ الاقرار عقد يتكون بارادة احد الطرفين (ارادة المقر) فقوة الاحتجاج به تعمل بدون احتياج لرضاء الخصم .

في انواع الاقرار

الاقرار حكمي او غير حكمي الاقرار الحكمي - هو الذي يقع لدى المحاكم من الخصم او من وكيله المأذون بخصوص ذلك (الف ٤٣٦) . تعتبر اقرارات حكمية الاقرارات الاتي بيانها . اولا - التي تصدر اثناء اجراءات حكمية او تضمن بيطاقات الاستنطاق . ثانيا - التي تصدر بالجلسة ولو كان امام حاكم لانظر له في القضية (الف ٤٢٨) ثالثا - الواقع التصريح بها في قضية اخرى (الف ٥٦٨)

تطبيق - يلزم ان يكون الاقرار صادر لدى الحاكم او لدى خبراء او امناء مكلفين من طرف الحاكم بمأمورية رسمية . نتيجة - فليس بحكمي الاقرار المضمن بمكتوب مرسل من احد الطرفين للاخر ولو في اثناء نشر القازلة

ثانيا - الاقرار الغير الحكمي - وفي غير هذه الصور الاقرار غير حكمي (الف ٤٣٩) فهو اذن الاقرار الذي لم يقع لدى الحاكم او غيره كما تقدم . وهذا الاقرار يستنتج من كل الظروف ويكون ايضا مفهوما كما ذلك بالفصل المذكور غير ان مجرد طلب الصلح في اصل الحق لا يقوم مقام الاقرار .

ممن يصح الاقرار ؟

مبدأ - لا يصح الاقرار الا ممن كان مالكا لحقوقه (الفصل ٤٣٢) وذلك لانه يلزم ان تكون للشخص اهلية التفوق في المنازع فيه . نتيجة اولى - لما كان الاقرار مرتبطا بالاهلية فلا يعارض به من كان عديمها كالقاصر والمحجور عليه والمرأة المحصنة . نتيجة ثانية - الاقرار الصادر من الوكيل لا يؤاخذ به الموكل الا اذا كان بتوكيل خاص (الف ٤٢٨) واما التوكيل على مباشرة الخصام فلا يخول حق الاقرار (الف ١١١٨) . نتيجة ثالثة - تضمنت الفقرة ٢ من الفصل ٤٣٣ ان اقرار الوالد على ولده القاصر او اقرار المقدم او الولي او المدير لا يمضي على من هم تحت نظرهم الا فيما يتعلق باعمال الوكالة الشخصية التي امر بتجاوز حدود سلطتهم .

نتيجة رابعة - كما تضمنت الفقرة ٢ نفسها من الفصل المذكور ان الصغير

المأذون بالتجارة اقراره ماض في الذي لا يتجاوز حد المأذون فيه بشرط ان لا يكون موضوع اقراره تبرعا منه لانه في هذه الصورة يبطل اقراره .

في قوة الاحتجاج بالاقرار الحكمي

بالنسبة للاقرار الحكمي (الفصل ٤٣٤) المرؤ يؤاخذ باقراره الحكمي ومن البديهي ان ورثته ومن انجر لهم منه حق يؤاخذون به ايضا . نتيجة اولى - الاحتجاج بالاقرار يغني عن بينة اخرى . نتيجة ثانية - على الحاكم ان يعتبر الاقرار صحيحا

نتيجة ثالثة - لا رجوع في الاقرار ولو لم يشهد عليه الخصم (انظر اخر (الف ٤٣٨) . استثناء - يمكن الرجوع في الاقرار اذا كان متسببا عن غلط مادي اي اذا وقع الاقرار غلطا بما لا وجود له والغلط القانوني نتائج المقر به القانونية لا يكون عذرا في الرجوع (الفقرة السادسة من الف ٤٣٨) .

قاعدة الاقرير يعمل بالنسبة بما تضمنه ما عدى الاشارات ..

استثناءات من المبدا

استثناء اول - ليس للاقرار تاثير على الغير الا في الصور التي عينها القانون الف ٤٣٤ فاقرار الوارث لا يعتمد ضد من شاركه في الارث ولا ينفذ الا في حصة المقر (الف ٤٣٥) . استثناء ثان - لا يعتمد الاقرار في الصور الآتية (الف ٣٣٩)

الصورة الاولى - اذا كان بشيء مستحيل حسا . الصورة الثانية - اذا اثبت خلافه بحجج لا تقبل الطعن . الصورة الثالثة - اذا رده المقر له بوجه صريح . الصورة الرابعة - (موضوع الفقرة الثالثة من (الف ٤٣٩) . الصورة الخامسة - اذا صدر حكم بات وتبين منه خلاف ما يقتضيه الاقرار .

تطبيق - لما كان الاقرار الحكمي حجة فهو يستلزم قاعدة عدم تجزئة الاقرار مبدأ - الاقرار لا يتجزا (الفقرة الاولى من (الف ٤٣٩) . ومسالة تجزئة لاقرار لا تتصور في الاقرار المجرد المتركب من شيء لا يشمل اجزاء وانما تصورها

يكون في خصوص الاقرار المركب الذي موضوعه يتركب من اجزاء منها ما يقتضي المعارضه في الجزء الاول .

مثال ذلك ـ اعترف بان ذمتي كانت عامرة لك غير اني خلصت منك . وكذلك تتصور مسالة عدم التجزئة اذا احتوى الاقرار على ما يغير طبيعة الشيء القانونية

مثلا ـ تطلب مني استرجاع فرنكات ١٠٠٠ كنت ابقيتها عندي على وجه الوديعة فاعترف بتوصلي منك بالفرنكات ١٠٠٠ غير اني ادعي ان توصلي بها كان على وجه القرض لا على وجه الوديعة . نتيجة ـ لا يجوز لمن يحتج بالاقرار ان ياخذ منه ما هو عائد عليه بالنفع ويترك ما كان مضادا المصلحة .

تطبيق ـ اذا تعلق الجزء الثاني من الاقرار المركب بامر ممتاز عن كل وجه عن الجزء الاصلي فهذا الاقرار يمكن تقسيمه .

مثال ذلك ـ اعترف لك بدين واقول لك انه وقعت فيه المقاصة بيننا فيما بعد ـ

استثناءات لقاعدة عدم تجزئة الاقرار الفصل ٤٣٨

اولا ـ الاستثناءات التي نص عليها القانون (الفصل ٤٣٨) ـ

اولا اذا ثبت بحجة اخرى احد الامور التي تعلق بها الاقرار . ثانيا ـ اذا تعلق الاقرار بامور متفرقة ممتازة عن بعضها بعضا (وقد رأينا ان هذا تطبيق للقاعدة العامة لاستثناء . ثالثا ـ اذا ثبت عدم صحة جزء من الاقرار . ثانيا ـ الاستثناءات المستخرجة من الاصول العامة . اولا ـ اذا وقع الاحتجاج بالاقرار لا بصفة حجة مطلقة بل بصفة بداية حجة كتابية .

ثانيا اذا كان الاقرار متشعبا ومجملا فالحاكم هنا يؤوله . ثالثا اذا كان الامر المقر به يمكن للخصم اثباته بوسائل اخرى .

في قوة الاحتجاج بالاقرار الغير الحكمي

مبدا قوة الاحتجاج بالاقرار الغير الحكمي اضعف بكثير من الاخرى وان

وان اتحك في جميع الاحكام . مبدا ـ الاقرار الغير الحكمي يجوز اثباته بالشهادة في الصور التي لا تشترط فيها

في شروط صحة الاقرار

مبدا اول : يشترط في صحة الاقرار ان يكون واقعا عن اختيار وتبصر ، وعين عيوب الرضاء المقررة في الالتزامات تنطبق عليه . مبدا ثان ـ يلزم ان يكون الشيء المقر به معينا او قابلا للتعيين . مبدا ثالث ـ يجب ان يكون الاقرار لشخص له اهلية التملك .

ملحق . في اثبات الاقرار بالكتابة

ليس للاقرار صيغة خاصة فيمكن ان يكون بالكتابة (حكميا كان او غير حكمي) الف . ٤٤٠) . يحصل الاقرار من الكتب الرسمي او من خط اليد او من الكتائب المذكورة بالفصل ٤٤١ .

قوة الاحتجاج بالاقرار المضمن بكتب هي عين قوة الاحتجاج بالاقرار الشفاهي . فيلزم حينئذ التفريق بين الاقرار الحكمي الذي يؤاخذ به صاحبه والاقرار الغير الحكمي الذي هو داخل تحت قواعد الاثبات العامة لكن هذا انا قرار الاخير يصلح دائما ان يكون على الاقل بداية حجة كتابية .

ثالثا ـ في اليمين (الفصل ٤٩٢)

تعريف ـ اليمين هي امر ديني تتولد عنه نتائج مدنية القصد منه تحقيق شيء باتخاذ الله شاهدا . وقد عرفها الفقهاء بقولهم تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله او صفة من صفاته . اليمين حكمية وغير حكمية . فالحكمية هي التي يقع اداؤها لدى الحاكم . وغير الحكمية هي التي تقع على غير طريقه . قد تعرض القانون التونسي لنصوص اليمين الحكمية والقضي الاخرى تماما اليمين الغير الحكمية لا تميز من الاتفاق الاعتيادي وعليه فلا قاعدة خاصة بها .

اما لليمين الحكمية فلا تكون لها قوة الرابطة الدينية الا اذا وقعم اداؤهـا على صورة معينة بطريقة خاصة حسب ديانة الحالف لذلك تضمن الف ٤٩٥ ان لليمين يقم اداؤها في جامع الخطبة او غيـره من المعـاهد الدينية التي يعينهـا الخصم التي وجهها على مقتضى معتقد خصمه كجامع اليهود . فاذا كان محل ادائها بعيدا عن محل المجلس التي حكم بها باكثر من ثلاثة اميال كان للخصم ان يمتنع من الذهـاب اليه (فالمستحلف يعين حينئذ محلا آخر لاداء اليمين) . اليمين الحكمية اما ان تكون يمينا حاسمة او يمين استيفاء

اولا ـ في اليمين الحـاسمة

وهي التي يوجهـ احد الخصمين على الآخر حسما للنزاع (الفصل ٤٩٢) . كل خصم يحتاج في دعواه او في رد الدعوى الى اقامة حجة يكون لـه الخيار بوجه عام في التخلص من ذلك بتوجيه اليمين على خصمه فيما يتعلق بالامـر المبنية عليه الدعوى او المعارضة

في توجيه اليمين الحاسمة

مبدا ـ اليمين الحاسمة تفيد تسليم موجهها في دعواه او وجه معـارضته تسليما شرطيا فهي اذن بمثابة صلح فيجب على الخصم ان لا يرفض توجيه اليمين عليه عند توفر الشروط المطلوبة .

اولا في الشروط اللازمة لتوجيه اليمين

اولا ـ لا يمكن توجيه اليمين الا من احد الخصمين على الاخر . فلا توجه على الغير ولا على النواب الشرعيين عن عديمي الاهلية . وبمقتضى استثناء صريح جاء به القانون بتحجير توجيه اليمين من الابن على والديه (الفصل ٤٩٩) .

ثانيا ـ منحة توجيه اليمين لا تكون الا للاشخاص المتمتعين بالاهلية اللازمة لعقد الصلح . فرع اول ـ ليس للوالد والوصي والمقدم والوكيل حق توجيه اليمين

الا على مقتضى الصور التي قررها القانون لتفويت اموال من لنظرهم (الف ٤٩٩)

استثناء اول ـ يجوز للنائب ان يوجه اليمين باسمه الخاص فيما يباشره بنفسه مما هو مسؤول عليه كدفع مبلغ من المـال لم يأخذ فيه توصيلا . استثنـاء ثان ـ يمكن للصغير المأذون له في التجارة توجيه اليمين الى حد ما هو مأذون فيه .

فرع ثان ـ لا يجوز للوكلاء توجيه اليمين ان لم تكن لهم نيابة خاصة في ذلك

ثالثا ـ يجوز توجيه اليمين اصالة في كل دعـوى مطلقـا وفي كل درجة من درجات المرافعة اي ما دام لم يصدر حكم نهائي (٤٩٧) استثناء اول ـ لا يمكن توجيهها بمناسبة الحقوق التي لا يمكن التنازل فيها او احالتها وكذلك المسائل المتعلقة بمرور الزمن . استثناء ثان ـ لا يمكن توجيهـا في امر قد الغي بحكم لا رجوع فيه (الفقرة ١ من الفصل ٥٠٠) . استثناء ثالث ـ لا يمكن توجيهـا بمناسبة امر جزائي اذا كان المتهم يريد توجيهها على المدعي . استثنـاء رابع ـ لا يمكن توجيهها لمعارضة الحجة الرسمية او لاتيـان ما زاد على مضمونها مـا لم يقم قبـول دعوى التدليس التي يترتب عليها سقوط الكتب الرسمي وذلك مبني على قوة الاحتجـاج للكتائب الرسمية كما يستفاد ذلك من المبادي العامة الفصل ٥٠٠ .

استثناء خامس ـ لايمكن توجيهها فيما يتعلق باتفاق ما يحكم فيه القانون بالحجة الرسمية او التسجيل استثناء سادس ـ لايمكن توجيهها لاثبات التزام يمنع القـانون القيام به لدى المحاكم لاسباب تتعلق بالمصلحة العامة والاخلاق الحميدة ولكن يمكن توجيهها في جميع الامور ولو المنافية للاخلاق او الغير الجائزة اذا كانت وسيلة لاثبات التزام . استثناء سابع ـ لايمكن توجيهها في صورة مـا اذا ثبت ان الغرض من ذلك مجرد الشعب والاعنات او كانت ليمني غير مفيدة اولا وجه لها بحسب الظاهر وبمقتضى موضوع النازلة . استثناء ثامن ـ لا يمكن توجيهها اذا لم يكن هنـاك امر شخصي بالنسبة للخصم او على الاقل امر هو على علم منه (الف ٤١٨) وفيما يخص

الورثة وغيرهم لا يمكن توجيهها عليهم الا فيما يتعلق بامر شخصي بالنسبة لمن انجر لهم منه الحق وهم على علم منه . فرع ـ لا يجوز اصلا توجيه اليمين في المسائل القانونية وانما في الامور الفعلية كالحلف في حق التمسك فقط (الف ٤٩٨) . خامسا يمكن توجيهها فيما لم تقم فيه ولو بداية حجة (٤٠٧) .

ثانيا ـ فيما يترتب على توجيه اليمين

اولا ـ توجيه اليمين يستلزم الاعراض عن كل طريقة اخرى من طرق الاثبات (الف ٥٠٥) . ثانيا ـ لا يمكن الرجوع فيها اذا رضي الخصم باداءها (الف ٤٠٥) لان توجيهها للتخلي عن الدعوى او المعارضة تحليا معلقا على شرط (وهو اداء اليمين) . ثالثا ـ على الحاكم قبول اليمين اذا وقع توجيهها على الطريقة القانونية

رابعا ـ توجيه اليمين يوجب على الخصم اما اداؤها او النكول عنها او قلبها على موجهها فلنتامل من كل هاته الامور الثلاثة .

اولا ـ في قلب اليمين

مبدا اول ـ من طلب باليمين له قلبها . فرع ـ هذا المبدا ينطبق ولو فيما يخص الاين الذي وجب ابواه عليه اليمين مع انه لا حق له في توجيهها عليهما فالاين يسوغ له القلب لا التوجيه الف (٤٩٩) .

استثناء ـ (الف ٥٠٣) لا يمكن للشخص ان يقلب اليمين الموجهة عليه بعدان صرح انه مستعد لاداءها . مبدا ثان ـ قلب اليمين له صفات توجيهها القانونية .

فرع اول ـ تشترط في الصورتين اهلية واحدة وشروط واحدة . مبدا ثالث نتائج قلب اليمين تخالف نتائج توجيهها من جهة الخصم الذي قلبت عليه اليمين ليس له الارتكاب احد امرين بدل ثلاثة فيجب عليه اما اداؤها والنكول عنها وفي هاته الصورة يقضى عليه او يؤديها بحيث لا يجوز له بحال قلبها من جديد (النكول بالنكول تصديق للناكل الاول) واما بقية النتائج فهي عين نتائج توجيه اليمين .

ثانيا ـ في النكول عن اداء اليمين

مبدا اول ـ من نكل عن اداء اليمين اعتبر معترفا بصحة دعوى الخصم غير ان المجلة التونسية (الف ٥٠٣) ترى ان ذلك غير كاف لاثبات حق الخصم فيكلف هو اذاك بالحلف مالم يتنازل عنها المدعى عليه اذا امتنع الطرفان من اداء اليمين قضي على المدعي . مبدا ثان ـ النكول عن اليمين لا ينتفع به الا الخصم الذي وجهها ولا يتضرر منه الا الخصم الذي نكل عنها . وورثتهما ومن انجر له حق منهما كذلك (الف ٥٠٧)

قيد ـ نكول احد الورثة عن اليمين لا يعارض به بقيتهم (الف ٥٠٧) .

فرع ثان ـ نكول احد الدائنين لا يمكن ان يتضرر منه بقية الدائنين المشتركين بالخيار فلا يبر المدين الا بقدر مناب ذلك الدائن . فرع ثالث ـ نكول احد المدينين لا يتضرر منه بقية المدينين المتضامنين ولا يؤثر الا على مناب . فرع رابع ـ نكول المين عن اداء اليمين لاحد الدائنين لا ينتفع به بقية الدائنين المشتركين بالخيار

استثناء ـ نكول الدائن عن اداء اليمين لاحد المدينين ينتفع به بقية المدينين بالخيار . مبدا ثالث ـ يشترط في النكول ان يكون حقيقيا ليترتب عليه النتائج المقررة اعلاه . نتيجة ـ اذا توفي من توجهت عليه اليمين قبل ان يقبلها بوجه صريح فذلك لا يعد نكولا

استثناء ـ الامتناع من اداء اليمين في المحل المعين يعد نكولا (الفصل ٤٩٦) الا في صورة الاثر من ثلاثة اميال

ثالثا ـ في اداء اليمين

مبدا ـ اداء اليمين يحصل به الشرط الذي بمقتضاه اعرض موجه اليمين او قالبها عن دعواه . فرع ـ اليمين اذا وقع اداؤها تصير عنوان الحقيقة القضائية فيما بين الطرفين وعليه فلا يمكن الرجوع في اليمين ولا اثبات بطلانها مباشرة او بواسطة

(الفصل ٥٠٥) . (لاداء اليمين صفة تصريحية وهذ من خصائص الصلح فلا يقبل من الطرفين ما ذكر) استثناء . يقبل الاحتجاج ضد البين في صورة التتبع الجنائي لاجل زور اليمين (الفصل ٥٠٥) يعرض هنا تداخل صاحب الحقوق الشخصية لطلب غرم الضرر في دعوى قام بها المدعي العمومي بجناية زور اليمين (راي علماء الحقوق الفرنساويين خلاف ذلك) .

ثانيا في قوة الاحتجاج باليمين

مبدا ـ اليمين التي وقع اداؤها كالاتفاق الذي وقع امضاؤه بحكم فله بالنسبة للطرفين قوة النص القانوني ولو ضد حقيقة الواقع . فرع اول ـ لما كان اداء اليمين يكون منه اتفاق فيمكن الطعن فيه بسبب الاكراه او التغرير وبلا ريب عدم الاهلية (الف ٧٠٤) وبالزور . استثناء ـ وبما ان الاتفاق المذكور له صورة حكم فيمكن الطعن فيه بالطرق التي خولها القانون في الاحكام (الاستئناف والتعقيب) . فرع ثان ـ الحكم الصادر باداء اليمين ليس له قوة ما اتصل به القضاء الا فيما بين الطرفين اولا ـ وعليه فاليمين التي وقع اداؤها لا تكون حجة الا فيما بين الطرفين او ورثتهم او من انجر له حق منه واداء اليمين من وارث لايعارض بها شركاؤه في الارث (الف ٥٠٧) . ثانيا ـ اداء اليمين من مدين لاحد دائنيه المشتركين بالحبار لايتضرر بها بقية الدائنين (الف ١١٧٤) . ثالثا ـ اداء اليمين من احد المشتركين بالحبار للمدين لايتضرر به بقية الدائنين (الف ١٦٧) رابعا ـ اداء اليمين من احد المدينين المتضامنين لا يتضرر منه بقيتهم . استثناء اول ـ الا انهم ينتفعون بها استثناء ثان ـ اذا كانت نتيجة اداء اليمين ابراء المدين من كل او بعض الدين انتفع بذلك الضامن الف ١٥١٢) . وليس الامر كذلك في صورة المعاكسة (مفهوم المشابهة) الف ١٥١٦) .

ثانيا في يمين الاستيفاء

هاته اليمين يوجهها الحاكم على احد الطرفين او عليهما معا في صورتين

معينتين بالفصل ٥٠٨ ـ الاولى ـ يترتب عليها فصل الدعوى اي يكون فيها دراية عند فقد حجة قطعية اخرى . الثانية ـ لضبط قيمة الشيء المدعى به اذا لم توجد طريقة اخرى لتحقيق القيمة (الفصل ٥١٢)

اولا في شروط توجيه يمين الاستيفاء

مبدا اول ـ القانون الفرنساوي (الفصل ٣٦٧) من المجلة المدنية يبيح للحاكم توجيهها على مقتضى الشرطين الآتيين . اولا ـ اذا كانت الدعوى المعارضة غير مدعمة تدعيما عمليا .

ثانيا ـ اذا لم تكن مجردة تماما على الحجة . لم ينقل القانون التونسي (الفصل ٥٠٨) هذين الشرطين فيظهر حينئذ ان الحاكم يمكنه دائما توجيه يمين الاستيفاء ومن عجيب ما يذكر ان مسودة المجلة نصت على ان هذا الحق الذي للحاكم يقع القيام به في جميع اطوار الدعوى ولكن الاعمال التحضيرية للمجلة الغت هذا التعبير ومع ذلك فقد نتج عنه هوان للحاكم دائما توجيه اليمين متى راى نفسه في حاجة الى الايضاح ولكن ذلك اختياري .

استثناء ـ (الفصل ٥١٠) هناك صورة تكون فيها اليمين حتمية فالحاكم يكون مجبورا دائما بتوجيه اليمين على المدعي اذا كانت الدعوى موجهة ضد غائب او تركة المدين او عدم اهليته او جانب وقف واذا لم يفعل يكون الحكم باطلا لكن القانون يجوز وقوع الصلح دائما في هاته اليمين (الفصل ٥١٠) مبدا ثان ـ اليمين يمكن توجيهها على الخصم الذي يخبره الحاكم فالمسالة موكولة لثقته او عليهما معا ويمين الاستيفاء الموجهة على احد الخصمين لا يمكن قلبها على الاخر (الف ٥٠٩) . والسبب في ذلك هو ان هاته اليمين مجرد وسيلة بحث فالحاكم مخير على مقتضى رايه . مبدا ثالث ـ خلافا لليمين الحاسمة يمكن توجيه يمين الاستيفاء لا في امور الشخصية للخصم فقط بل ايضا في الصور التي له مجرد الصلح فيها (الفصل ٥٠٨)

وانما المراد اقناع الحاكم .

ثانيا فيما يترتب على يمين الاستيفاء - مبدا - يمين الاستيفاء مجرد وسيلة بحت لتبصر الحاكم . فرع اول - الامتناع من اداء هاته اليمين لا يستوجب الحكم على الناكل بوجه اللزوم .

فرع ثان - اداء اليمينين المذكورة لا يفيد الحاكم خصوصا اذا اكتشف حججا جديدة اقطع من الاخرى كما انه لا يقيد ايضا الحاكم الاستئناف الا اذا امتثل المستانف صراحة للحكم باداء اليمين . فرع ثالث - ليس ليمين الاستيفاء الا قيمة الحجة التي تمكن معارضتها بما يثبت خلافها فيقبل مثلا اثبات زور اليمين الموجهه . استثناء - الا انها تستمد قوتها من الحكم المؤسس عليها ويمكن بذلك ان تكتسب قوة اتصال القضاء وفي هاته الصورة لا تقبل الحجة المضادة اذا كانت الدعوى في طلب ترجيع شيء يلزم تعيين قيمته فالحاكم يجوز له عند فقدان طريقة اثبات اخرى توجيه اليمين على المدعي فيما يخص القيمة المذكورة ويوكل لاجتهاده النظر في تلك القيمة بحيث يمكنه الحط منها . وقد اشير في هذه الصورة الى الدعى الثابتة تمام الثبوت (لكن مبلغ المال المطلوب لا يمكن تعيينه) .

رابعا في البينة بالكتابة

نظرية - اثبات الامر القانوني يمكن استنتاجه من اي نوع من انواع الكتائب ولو التي لم تحرر قصد الاثبات - تلك هي البينة بالكتابة (الفـ ٤٤٠) . يعبر بحجج عن الكتائب المعدة لامر قانوني وصالحة للاثبات .

تنقسم هاته الحجج الى حجج رسمية وخطوط يد - وحجج اصلية ونسخ - وحجج اولية وتعويضية . وعلى كل حال فان كل الكتائب الاخرى تصلح للاثبات (الفـ ٤٤١) الموكولة قوتها لاجتهاد الحاكم اي الصورة التي لم يضبط فيها القانون هاته القوة .

اولا في الحجة الرسمية

يضمن الفـ ٤٤٢ تعريف الحجة الرسمية حيث قال انها هي التي يتلقها المامورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون

اولا في الشروط اللازمة لصحة الحجة الرسمية (الفـ ٤٤٢)

مبدا اول - يلزم ان تكون محررة من مامور عمومي منتصب لذلك . ويعبر بمامور عمومي على العون او المتوظف المكلف بخطة عامة والذي اوجب القانون او التراتيب تداخله لاعطاء بعض حجج الصفة الرسمية كاعوان الحالة المدنية مثلا . ملاحظة - على مقتضى الفصل ٤٤٣ يعتبر حججا رسمية . اولا - ما يحرره القضاة رسميا بمجلسهم طبقا للشرع (وهي احكام حقيقية في الحالة الشخصية) .

ثانيا - الاحكام الصادرة من المجالس القضائية التونسية والاجنبية على معنى ان ما ثبت لدى هاته المجالس يعول عليه ولو قبل اكتسابه صفة التنفيذ . ملاحظة - ما يحرره المامور العمومي الموقف عن الخدمة او المعزول او التي عوض بغيره يعتبر عاريا عن الصفة الرسمية .

مبدا ثان - يلزم ان تكون للمامور العمومي الصفة اللازمة لتلقي الحجة وان يكون قد تلقاها بصفته المذكورة ولا تتوفر هاته الصفة في الصور الاتية . الصورة الاولى - اذا تلقى المامور العمومي حجة مضمونها يهمه شخصيا . الصورة الثانية - اذا تجاوز حد ماموريته (مثلا) في الصورة التي فيها ادارة الاشغال العامة امضت اتفاقا بخص ادارة املاك الدولة الخاصة . الصورة الثالثة - اذا تلقى ما ذكر خارج منطقة محل التحرير .

مبدا ثالث - يلزم ان يكون تحرير الحجة على الصورة التي يقتضيها القانون والا فهي باطلة .

ثانيا في قوة الاحتجاج بالحجج الرسمية (الفصل ٤٤٤)

مبدا اول - الكتب الرسمي معتمد ولو في حق غير المتعاقدين وذلك في الاتفاقات والامور التي شهد المامور الذي حرره بانها وقعت بمحضره. مبدا ثان - الكتب الذي ظواهره تدعى على الصفة الرسمية يعتبر الى ان يثبت ما يخالف ذلك فرع اول - يعتمد الكتب الرسمي حتى يقم القيام بدعوى الزور في الاحوال الاتية اولا - في تاريخه وفي الامضاءات الموجودة به . ثانيا - في اتمام الاعمال القانونية المنصوص عليها به. ثالثا - في الاتفاقات والشروط الواقعة بين الطرفين. رابعا - في الاسباب المنصوص عليها وغيرها من الامور التي لها علاقة متصلة بجوهر العقد . خامسا - فيما يثبته المامور العمومي عند تنصيصه على الكيفية التي عرف بها تلك الامور. (الشروط الاصلية هي التي تتعلق بالشيء الاصلي الذي اريد اثباته والشروط الفرعية هي التي تتعلق بامور فرعية يمكن حذفها من العقود بدون ان يتغير جوهر الشيء الاصلي». وقد نص الفصل ٤٤٥ ايضا بان ما عدى ذلك من التنصيص على امور لا علاقة لها متصله بجوهر العقد لا عمل عليه . وما بالحجة الرسمية من الامور المنصوص عليها يتعلق اما بجوهر العقد المحرر في شانه الكتب الرسمي او بامور تابعة له حذفها لا يغير شيئا من جوهر ذلك العقد. وهنا خلاف بين الفصل ٤٤٥ من القانون التونسي والفصل ١٣٢٠ من القانون الفرنساوي الذي يرى ان التي لا علاقة لها متصلة بجوهر العقد تعمل بالنسبة للطرفين بصفة بداية حجة. فرع ثان - تضمن الفصل ٤٤٤ ان الكتب الرسمي يعتمد ولو في حق غير المتعاقدين حتى يقم القيام بدعوى الزور وذلك فيما يتعلق بالامور التي شهد بها المامور الذي حررها على انها وقعت بمحضره اما ما يتعلق بحقيقة وصحة الامور القانونية التي تضمنها العقد الرسمي فانه يعتمد الى حد وقت القيام بالحجة المضادة .

وللغير وحتى الطرفين اثبات ما هو غير حقيقي بالعقد (كاثبات مثلا ان البيع المنصوص عليه في العقد هو في الحقيقة هبة) لكن هذا الاثبات يقع حسب القواعد

العامة المتعلقة بالاثبات ما لم تتوجد الصورة المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل ٤٤٤ (اي الاكراه وما عطف عليه)

- استثناء اول - (من صورة الفقرة الثانية من الف. ٤٤٤) اذا وقع الطعن من الطرفين وحتى الغير في الرسم بسبب اكراه او تدليس او توليج او غلط مادي جاز الاثبات بجميع طرق الاثبات ولو بالقرائن بدون التجاء الى القيام بدعوى الزور . استثناء ثان - يعتمد الكتب الرسمي في حق الغير (الفصل ٤٤٤) . لكن مجرد ذكر امر بالحجة الرسمية لاتتكون منه حجة على الغير اي على من لم يشمله الكتب ومعنى ذلك هو ان تاريخ الكتب وما شهد بوقوعه المامور العمومي لا يمكن للغير الطعن في صحته وانما ما يصرح به المتعاقدان مما له مساس باصل الامر او الحق لايحتج به على الغير ولاتقع معارضته به وهذا يستفاد من القواعد القانونية العامة .

استثناء ثالث - (الفصل ٤٤٦) اذا وقع القيام بدعوى الزور في الرسم وقف العمل به بمقتضى قرار صادر من قاضي البحث اودائرة الاتهام بمحكمة الوزارة (وذلك بالرغم عن عدم وقوع الحكم في الرسم لان هناك قرينة قانونية على ان هذا الحكم يقع) . يقم القيام بدعوى الزور اذا اتهم المامور العمومي بانه شهد بخلاف ما وقع بمحضره وفي غير هاته الصورة ينبني القيام بالزور على الطعن في اتفاقات وتصريحات الطرفين واثبات ما يرد هذه الدعوى يقع بكل الطرق في الصور المنصوص عليها في الفرع الثاني من المبدا الثاني المتقدم وفي غير هذه الصورة يقع اثبات الرد طبق قواعد الاثبات العامة . للمجلس الخيار في ان يوقف موقتا العمل بالرسم في صورتين .

الاولى - صورة القيام بدعوى الزور الاصلية قبل الاحالة على دائرة الاتهام اذا تبين ان البحث محتو على امور قطعية . الثانية - صورة القيام بدعوى الزور عرضا

اي في اثناء تتبع نازلة مدنية اذا تحقق المجلس ان الزور موجود (الفصل ٤٤٦) .

استثناء رابع - (الفصل ٤٤٧) اذا تضمن الكتب الرسمي شهادة الاستغفال او شهادة الايداع فانه باطل من اصله ولا عمل عليه ولا تكون منه ولو بداية حجة .

مبدا ثالث - الحجج الرسمية لاقوة تنفيذية لها بالعمالة التونسية اي لا تعمل وحدها بدون حكم بل لابد من الحكم واعطاء هذا الحكم الصفة الرسمية لتنفيذها .

ملحق في قوة الاحتجاج بالحجج الرسمية التي بها خلل (الفصل ٤٤٨)

الكتب الرسمي الذي به خلل يعتبر بصفة خط اليد . لكن هذا ليس صفة عامة بل يشترط ليترتب عن وجود الخلل ما ذكرناه . اولا - ان الخلل وجد بسبب عدم تحريره ممن وظيفته ذلك او عدم اهلية المحرر او عدم اهلية الشهود او نقص في الصورة (مثلا) اذا وقع تحريره من عدل موقف عن تعاطي الاشهاد او معزول لكن يعتبر الكتب باطلا ما اذا كان المحرر له شخصا اختلس صفة مامور عمومي او حرره كاتب مامور عمومي ثانيا - يجب ان يكون الكتب مختوما من جميع الملتزمين به .

ثانيا في العقود التي بخط اليد (الفصل ٤٤٩)

الحجة عبارة عن كتب محرر في امر قانوني . وخط اليد عبارة عن حجة ممضاة من الطرفين لم يحررها مامور عمومي سواء كانت ممضاة من احد الطرفين او منهما معا . فرع اول - المكاتيب والتلغرافات ولو كانت ممضاة ليست عقودا بخط اليد . فرع ثان - المتعاقدون الاميون الذين لا يحسنون القراءة ولا الكتابة لا يمكنهم جعل عقود بخط اليد (الف ٤٥٤) لذلك صرح هذا الف فان الكتائب المتضمنة التزام اشخاص اميين لا تعتبر الا اذا تلقاها عدول او مامورون عموميون من ذوي الاهلية . فرع ثالث - العقود التي بخط اليد لا تعتبر طريقة اثبات اذا رسم به بدل الامضاء صليب او طابع او علامة « ختم مثلا الف ٤٥٣ » . فرع رابع -

يكفي وجود الامضاء على البياض ويحرر العقد فيما بعد ويسمى ذلك لامضاء على البياض . فرع خامس - يمكن ان يكون العقد مكتوبا بلغة اجنبية بشرط ان يكون ممضى من المعاقد (الف ٤٥٢) .

اولا في شروط صحة العقد الذي بخط اليد

لا تشترط المجلة التونسية الا امضاء المتعاقدين . فرع اول - يمكن ان يكون العقد محررا باي لغة اجنبية - فرع ثان - لا لزوم لان يكون مؤرخا (عدى الوصية المكتوبة بغير يد الموصي) . فرع ثالث - يمكن ان تكون به الفاظ زائدة او مقحمة بدون مصادقة عليها .

ثانيا - في الاحتجاج بالكتب الذي بخط اليد

اولا - في قوة الاحتجاج بالكتب نفسه بصفة حجة على الامور القانونية التي يتضمنها . مبدا اول - ليس لها ادنى قوة احتجاج ما دام الامضاء لم يقع الاعتراف به او يعتبر قانونا معترفا به (اي محرر لدى محكمة ومصرحا بصدقه) .

فرع - ليس المقصود من ذلك ان المنتفع بالكتب يجب عليه ان يقوم اولا بدعوى الاختبار لهذا الكتب للتحصيل على ثبوت الامضاء كلا بل يجب عرضه على الخصم الممضي به ظاهرا وهذا يمكنه باحد ثلاثة امور (الف ٤٥٨)

اولا - اما ان يعترف بامضائه اعترافا صريحا وفي هاته الصورة لا صعوبة (انظر فيما بعد المبدا عدد ٣ المتعلق بقوة الاحتجاج) . ثانيا - او ينكر الامضاء انكارا صريحا وفي هاته الحالة يجب على الحاكم ان ينظر قبل كل شيء فيما يتعلق بصحة الكتب . فرع - يشترط القانون الانكار الصريح لان الشخص المحمول على الامضاء يعرف امضاءه فيجب عليه ان يصرح هل هو له ام لا ؟ ولا يسوغ له ان يقتصر على القول بانه لا يعرف ذلك الامضاء . استثناء - الفقرة الثانية من الفصل ٤٥٨ . اذا وقعت بالكتب معارضة ورثة الشخص المحمول على الامضاء او من انجر

لهم حق منه يمكنهم ان يكتفوا بقولهم انهم لا يعرفون الخط او الامضاء والحاكم يتامل

ملاحظة اولى ـ يمكن ان يتعلق الانكار بجزء من الكتب المدعى تغييره .

ملاحظة ثانية ـ يمكن للمجلس ان يعتبر الكتب او الامضاء بنفسه او بواسطة خبير (الفـ ٤٠٩) واذا باشر الاختبار بنفسه امكنه تلقي الشهود . ثالثا ـ او انه يلزم السكوت وفي هاته الصورة يعتبر الكتب معترفا به اذ السكوت مساوا للاعتراف (الفضرة الاولى من الفـ ٤٥٨) .

ملاحظة تتعلق بالاعتراف ـ الخصم الذي اعترف بامضائه لا يعدم حقه في معارضة الكتب بكل الطرق الاخرى المتعلقة بالاصل . والصورة التي يمكنه القيام بها كالمعارضة بالتغرير والاكراه والغلط وعدم الاهلية الخ .

مبدا ثان ـ اذا وقع ثبوت الامضاء يكون العقد الذي بخط اليد حجة على كل الناس مثل العقد الرسمي (الفـ ٤٤٩) . فرع اول ـ فيكون حجة حينئذ الى القيام بدعوى الزور على حقيقة الاتفاق او الامر القانوني الذي يتضمنه وعلى الايضاحات المتعلقة مباشرة بالامر المذكور اي ان الامر الذي تضمنه العقد وقع حقيقة . فرع ثان ـ لا يكون حجة على صحة ما يوجد من التصريحات الا الى قيام الحجة المضادة (الفـ ٤٤٤) ويمكن الطعن في العقد حتى بينة الشهود او بمجرد القرائن في الصور المشار لها بالفقرة الثانية من (الفـ ٤٤٤) وهي الاكراه والتدليس والتزليج فرع ثالث ـ بما انه لا يتداخل ادنى مامور عمومي في تحرير العقد الذي بخط اليد فلا يقع ابدا تطبيق . فرع رابع ـ بالنسبة للتصريحات الاضاحية المحضة تكون القواعد عين قواعد (الفـ ٤٤٥)

ثانيا ـ في قوة الاحتجاج بخط اليد بالنسبة لتاريخه (الفـ ٤٤٥

مبدا اول ـ العقد الذي بخط اليد يكون حجة على تاريخه بين المتعاقدين وورثتهم ومن انجر له حق منهم بوجه خاص عند ما يقوم هؤلاء باسم المدين

(الفـ ٤٥٠) . ضابطة ـ يعتمد التاريخ الى قيام الحجة المضادة فقط وفعلا فلا يمكن الطعن في التاريخ الا لادعاء تدليسه (لتقديم تاريخه مثلا) ففي هاته الحالة تقع في صورة التغرير ونطبق « الفـ ٤٨٦) وبقع الاثبات بكل الطرق ولو بمجرد القرائن . مبدا ثان ـ لا يعتمد خط اليد حجه على الغير بالنسبه لتاريخه الا . اولا من يوم تسجيله . ثانيا ـ من يوم ايداعه عند مامور عمومي . ثالثا من وفاة الشخص الذي امضى به اما بصفة معاقدا وبصفه شاهد . رابعا ـ من يوم عجز الشخص المذكور عجزا طبيعيا محققا (كقطع الايد مثلا) . خامسا ـ من يوم وضع العلامة او الامضاء من مامور عمومي او حاكم . خامسا ـ من يوم ثبوت التاريخ بمقتضى حجج ثابتة ثبوتا قطعيا .

ثالثا ـ فيما يترتب على التاريخ من النتائج

يكون حجة الى القيام بدعوى الزور . استثناء للمبدا الثاني ـ سندات الاحالة والكمبيالات الماذون فيها بالتحويل واحالتها تكون حجة تواريخها ولو بالنسبة للغير ما لم تقم الحجة المضادة .

ذيل ـ في قوة الاحتجاج بالتلغراف ـ الفصل ٤٥٥ ـ ٤٥٦ ـ ٤٥٧ .

البحث في هاته المسالة بمناسبة العقود التي بخط وهذا غلط في الترتيب لان التلغرافات ليست بعقود بل هي مجرد كتائب خاصة والسبب في ذلك هو ان المجلة التونسية ارادت ان تجمع في بابها الثاني الخاصيات المتعلقة بثبوت تاريخ الكتائب الخاصة لا سيما التلغراف فانتهزت هاته الفرصة وبسطت القول في المبحث القانوني المتعلق بالتلغرافات .

اولا ـ في قوة الاحتجاج بالتلغراف بصفة كونه كتبا خاصا .

مبدا اول ـ يكون حجة بصفة كتب خاص اذا كان به امضاء المرسل (الفـ ٤٥٥) استثناء ـ يجوز القانون ايضا امكان تعويض الامضاء بقيام حجة

على ان اصل التلغراف سلم المرسل بنفسه لقسم ارسال التلغرافات . مبدا ثان - من المطالب بالحجة في صورة الغلط او التغيير او التاخير في نسخ التلغرافات ؟ القاعدة الاساسية مستخرجة من مبحث الخطا والقرينة المبررة تكون في منفعة المرسل اذا قابل التلغراف باصله او جعله مضمون الوصول على مقتضى النظامات التلغرافية .

ثانيا - في قوة الاحتجاج بتاريخ التلغراف . مبدا اول - التاريخ يعتمد الى قيام الحجة المضادة وذلك بالنسبة لليوم والساعة التي فيها وقع تسليم او ارسال التلغرافات بمكتبة التلغراف . مبدا ثان - يكون التاريخ ثابتا الى القيام بدعوى الزور اذا اخذ المرسل نسخة من التلغراف مشهودا فيها من مكتب التلغراف الصادرة منه ومبين بها يوم وساعة التسليم .

في الكتائب الاخرى التي يمكن ان تتكون منها حجة بالكتابة

اولا - فيما يتعلق بقوة الاحتجاج

اولا - دفاتر التجارة (الفصل ٤٦٦) . ان دفاتر التجارة ليست بحجة ولا يفرق بين كون الاحتجاج بالدفتر واقعا ضد تجار او غير تجار . استثناء اول - هاته الدفاتر تعتبر حجة تامة ضد الخصم او في منفعته (الفصل ٤٦٦) . اولا - اذا كان بها تقييدا واعتراف بالكتابة من الطرف الاخر . ثانيا - واذا كانت مطابقة لنظير يكون بين الطرف الاخر (الفصل ١٢ من المجلة التجارية الفرنساوية) استثناء ثان - دفاتر السماسرة المتعلقة بالنوازل المنعقدة على يدهم ودفاتر الغير ممن ليس له مصلحة في النزاع تعتبر (شهادة لا شبهة فيها) اذا مسك الدفاتر كما يجب قانونا (الفصل ٤٦٧)

الاوراق المتفرقة تعتبر ولو كانت مجموعة او مسفرة وبرمتها يقيده صاحبها من الحوادث الشخصية والاحوال المتعلقة به كبيوعاته ومصاريفه ومقابيضه الخ (الفصل ٤٦٨) وهذا الفصل تعرض لخصوص الاوراق الشخصية التي بخط يد صاحبها او الممضاة

منه والاوراق المذكورة لاتصلح ان تكون حجة لصاحبها وهذا مفهوم لان الشخص لايجوز له ان يكون حجة بنفسه لنفسه سواء كان في اثبات دين له او في خلاص دين عليه اي لاتصلح ان تكون بداية حجة كتابية - قاعدة الكتائب المشار اليها تصلح ان تكون حجة عليه (الى ان يثبت خلاف ذلك لاغاية) اولا - اذا نص على وقوع الدفع لصاحبها - ثانيا - اذا تضمن التصريح او الاعتراف بدين للغير لكن على شرط ان يذكر بها صراحة ان التصريح بما ذكرا والاعتراف به قصد منه القيام مقام الحجة للدائن الذي ليس بيده رسم .

في كتب الغريم على حجة الدين ما يقتضي الخلاص (الفصل ٤٦٩)

مثال اول - زيد كتب على حجة الدين الذي له على عمر وما ياتي توصلت بفرنكات ٤٥٠٠ على الحساب او توصلت بما بالحجة .

في الاجراءات المتعلقة بعرض الدفاتر على الحاكم وتقديمها له للاطلاع عليها

للمجلس ان ياذن من تلقاء نفسه اثناء المرافعة (واحرى بطلب من الطرف الاخر الا اذا اقتضى نظر الحاكم خلاف ذلك) بتقديم دفاتر التجارة وغيرها (ولو الشخصية) من الرسائل والتلغرافات الخ التي بيد احد الخصمين . ملاحظة - تقديم الدفاتر يكون اما بمجلس الحكم او بالمحل الموجود فيه الخصم او للحاكم نفسه او لكاتب المجلس او العدل المعين لذلك واذا لم يكن نزاع في نظام الدفاتر او الحجة المراد اختبارها جاز اخذ نسخة منها . واذا امتنعت المطلوب من تقديم الدفاتر من ذلك بدون عذر مقبول حكم الحاكم لخصمه بيمينه . قاعد - يجوز للحاكم ان ياذن باطلاع الخصم على دفاتر خصمه اما من عند نفسه او بطلب احد الفريقين اثناء النزاع او قبله اذا احوجت الضرورة لذلك كما في صورة تحرير الحساب (الفصل ٤٦٣) . بين هذا الفصل نوع الكتائب التي تقدم لكن لم تكن محصورة بالعد خلافا لما جاء به الفصل ١٤ من القانون التجاري الفرنسي كما تضمن الفصل المذكور ان ما ذكر يقع ايضا في

صورة التفليس . نتيجة . ماذا يشترط لتقديمها؟ قاعدة . وجود الضرورة والى حد هذه الضرورة الف ٤٦٣) . قاعدة تطبيقية . (الفقرة الثانية من الف ٤٦٥) ليس للخصم ان ينظر الا فيما يتعلق بالنزاع بالكيفية التي يعينها المجلس والسر في ذلك هو عدم افشاء بدون فائدة ما يتعلق بعمليات التاجر حفظا لسمعته بين التجار واحتراما لما تضمنته كتائب الغير الشخصية من الاسرار .

في نسخ الحجج

تعريف . النسخة كتب يعادبه نصا سول مابكتب آخر بحجة اورسم او كتب مجرد يعبر عنه فاصل . اذا لم يكن للاصل قوة احتجاج فالنسخة ايضا منعدمة منها هذه القوة لكن اذا كان الاصل قوة احتجاج فهل لهذه النسخة كذلك ايضا ؟ الجواب عن هذا السؤال مبسوط بالفصل ٤٧٠ وما بعده قاعدة . للنسخ اصالة عين القوة التنفيذية التي لاصولها لكن تحت شروط ثلاثة .

الشرط الاول . بالنسبة للحجج الرسمية او الحجج الغير الرسمية لابد ان يشهد المامورون العمومين ذو والنظر بمطابقة النسخة للاصل وبالنسبة للحجج الخاصة او العامة الموجودة بخزائن الكتب العمومية فالمكلف بالخزينة العامة يقوم مقام المامور العمومي ويشهد بمطابقة النسخة للاصل وبالنسبة للحجج المضمنة بدفاتر القضاة فالقاضي هو الذي يشهد بمطابقة النسخة للاصل .

الشرط الثاني . وبما ان قوة الاحتجاج بالنسخة مستخرجة من الاصل فمن يعارض بهذه النسخة يكون له الحق طبيعة في اشتراط مقابلتها بالاصل وهناك طريقتان . الاولى . ان المعارض بما ذكر يمكن له طلب تقديم الاصل الثانية . هو ان من ذكر لايطلب تقديم الاصل لدى المحاكم لما ينشا عن ذلك من الاخطار للاصل وانما يستعمل عوض ذلك وسائل تقابله . مثلا . يحصل من المجلس على تعيين خبير يقابل النسخة بالاصل بالخزينة العامة اين يوجد الاصل اونسخته او

انه يطلب إخراج نسخة بالفوتغرافية على نفقته وهذه الطريقة هي التي جاء بها الفصل ٤٧٢ من ق . ت . الشرط الثالث . اذا لم يوجد الاصل او النسخة المحفوظة بخزينة المكاتيب العمومية اعتبرت النسخ الرسمية المحررة على مقتضى ما قرر بالفصل ٤٧٠ والف ٤٧١ اذا لم يكن بها تشطيب او تغيير ولا شيء آخر يقتضي الريبة

خامسا البينة بالشهادة

تعريف . الشهادة هي البينة التي تستنتج من تصريح الغير بمشاهدته اوسماعه امرا من شانه ان تترتب عنه نتائج قانونية .

قد ضبطت مجلة الالتزامات التونسية الصور التي تقبل فيها هذه البينة (الف ٤٧٣ ومابعد واما قانون المرافعات المدنية فانه ضبط الكيفية التي يقع بها قبول الشهادات . فلنتامل من قبول البينة .

اولا في الصورة التي لا تقبل فيها البينة بالشهادة

قاعدة اولى . شهادة الشهود لا تكون بينة في الاتفاقات وغيرها من الاسباب القانونية التي من شانها احداث التزام اوحق او تحويل ذلك او تغييره اوالابراء منه اذا كان قدر المال اكثر من ٣٠٠٠ فرنكات ولو اتفق المتعاقدين عليها صراحة نتيجة اولا . يجب تحرير حجة رسمية او خط يد في الامور المذكورة (الفصل ٤٧٣) نتيجة ثانيه . تحجير قبول الشهادة لا بالامور القانونية التي من شانها احداث اوتحويل او تغيير او ازالة الحقوق وعليه فالامور المجردة التي لا يتولد عنها حالا الالتزام او الابراء منه يجوز اثباتها بالشهادة . مثلا فتح نافذه بحائط مشترك اوالمرور بارض الجار . نتيجة ثالثة . يستفاد من مضمون الفصل ٤٨٣ ان الحاكم يلزمه النظر في قيمة الامر المشترط اتيانه بالكتابة اعتبارا من الوقت الذي تكون او تغير او انقضى فيه الحق وقد يحدث في كثير من الاحوال ان قيمة الشيء (خصوصا في الالتزامات

باجراء عمل) لاتكون معينة بحيث انه يكون على الحاكم تعيين بنفسه او بواسطة خبير

نتيجة خامسة ـ تقبل البينة بالشهادة فيما قيمته دون ٣٠٠٠ الفرنكات ولا تقبل ابتداء من فرنكات ٣٠٠١ (على مقتضى القانون الفرنسي تقبل البينة بالشهادة الى حد فرنكات ١٥٠٠ فقط) فكان المبلغ باهضا على مقتضى القانون التونسي ولذا تعددت فيه الصور التي لا تقبل البينة بالشهادة ولو كانت القيمة طفيفة جدا كما ذلك بالفصول ـ ٥٨٠ ٧٢٩ ـ ٧٩٩ ـ ٨٠٥ ـ ٩٥٦ ـ ٧١٩ ـ والفقرة من الفصل ٩٨٥ والفصول ـ ١٤٦٦ ١٤٧٩ ـ ١٦١٤ الخ .

قاعدة تطبيقية اولى ـ من قام بدعوى اكثر من ثلاثة آلاف فرنك لا يجوز له ان يثبتها بالشهود ولو جعل من المقدار المذكور (الف ٤٧٥) فقصد المشرع بذلك منع التخلص من نتائج الفصل ٤٧٣) باستعمال هاته الحيلة . وقد اضاف الف ٤٧٥ عما ذكر انه تقبل الشهادة اذا كان المطلب الاول مبينا على غلط ثابت .

قاعدة تطبيقية ثانية ـ (الف ٤٧٦) لا تقبل البينة بالشهادة ولو فيما هو اقل من ثلاثة آلاف فرنك اذا ذكر المدعي ان ذلك المبلغ جزء من دين يتجاوز المقدار المذكور ولا حجة فيه بالكتابة . لكن ما يطلبه الدائن جبرا للضرر المنسب فيه المدين لا يضاف لاصل الدين بالنسبة لقبول البينة وذلك لان غرم الضرر متسبب عن خطا المدين وهو الامر الذي كان لا يمكن للدائن توقعه .

قاعدة تطبيقية ثالثة ـ لا تقبل بينة الشهود فيما بين المتعاقدين لمعارضة ما تضمنه الكتب او لاثباتها ما ليس به ولو كان ذلك في مال قدره اقل من ثلاثة آلاف فرنك (الفصل ٤٧٤) ـ وذلك لان البينة بالشهادة التي هي غير تامة ولا تخلو من النقص لا يمكن ان ترجح عن البينة بالكتب لما اتصفت به هاته من الدقة والضبط

محل توقف

على مقتضى القانون الفرنساوي (الف ١٣٤١) ينسحب عدم قبول البينة

بالشهادة على جميع الاتفاقات الشفاهية الواقعة قبل او بعد تحرير الكتب او وقت تحريره فكيف يكون الامر عند المحاكم التونسية التي قانونها لم يتعرض لهذا الف ١٣٤١ الجواب على قسمين .

القسم الاول ـ اذا وقع الاتفاق الشفاهي القاضي باضافة شيء لمضمون الكتب او بتغييره قبل او وقت تحرير الكتب فمن المسلم عدم امكان اثباته بالشهادة والا فيكون قد وقع معارضة الكتب او اثبات ماليس به .

القسم الثاني ـ اذا كان الاتفاق بعد الكتب وكان بمقتضى تغيير او تحويل او تكوين او ازالة حق (الف ٤٧٣) فالبينة بالشهادة تكون جائزة اذا لم يتجاوز مقدار المال فرنكات ٣٠٠٠

استثناء اول ـ تقبل الشهادة فيما كان المراد اثبات امور من شانها ضبط معنى فصول مبهمة او معقدة بالكتب وتعيين من مدلولها واثبات اجراء العمل بها

استثناء ثان ـ لا ينسحب تحجير الشهادة على الدفاتر والكتائب الشخصية وما يكتب بمحول حجج الديون

ثانيا في الصور التي تقبل فيها الشهادة (الفصلان ٤٧٧ ـ ٤٧٨) .

قاعدة اولى ـ تقبل الشهادة دائما اذا كان هناك بداية حجة بالكتابة (الف ٤٧٧) .

تعريف بداية الحجة ـ كل كتب صدر من الخصم او من نائبه يقرب احتمال ما تضمنته الدعوى (الف ٤٧٧) .

نتيجة اولى ـ كل كتب مهما كانت صفته يكون صالحا (مكتوب محرر او ورقة ولو بدون امضاء) .

نتيجة ثانية ـ يمكن ان يكون الكتب قد صدر من المدعى عليه او المدعي ولا يشترط الا كونه قد صدر من الطرف الذي وقعت معارضته به او من نائبه او ممن انجرت له منه حق ولا يشترط ان يكون ممضى منه

نتيجة رابعة ـ يلزم ان يكون الكتب من شانه ان يقرب احتمال المدعى به والنظر في ذلك للمحاكم

مثلا ـ اقوم عليك بطلب قرنكات ١٠٠٠٠ واطلب قبول الشهادة استناد الى بداية حجة كتابية وهي مكتوب ارسلته الي للالحاح علي في اخراج المبلغ الذي كنت وعدتك به من البانكة .

قاعدة ثانية ـ تقبل البينة بالشهادة اذا تعذر على المدعي الحصول على حجة مكتوبة فيما يدعيه (الفقرة الاولى من الفصل ٤٧٨) . وهناك عدة صور ذكرها هذا الفصل وهي .

الاولى ـ صورة الالتزامات الناشئة عن شبه العقود او عن الجنح او شبيها .

الثانية ـ صورة اثبات وجود غلط مادي في كتابة الحجة (تطبيق هاته الصورة موجود بالفصل ٤٤٤)

الثالثة ـ صورة اثبات الاكراه او التوليج او تدليس او الاختلاص

قاعدة ثالثة ـ تقبل البينة بالشهادة اذا فقد الخصم الكتب الذي هو حجة الدين او الابراء بسبب امر طاريء او قوة قاهرة (الفصل ٤٧٨) وذلك لانه ليس هنا كبير خطا منه بل اعماله كانت على وفق ما اقتضاه الفصل ٤٧٣ فيجوز له حينئذا اثبات فقد ماذكر بكل الوسائل حتى بالقرائن المجردة .

استثناء ـ وقد استثنى من ذلك الفصل ٤٧٨ تذاكر البانكات والرسوم التي عنوانها للحامل فالعمل فيها بمقتضى قوانينها الخاصة .

قاعدة رابعة تقبل البينة بالشهادة فيما اعتيد بين التجار من عدم اخذ حجة بالكتابة (الفصل ٤٧٨) .

نتيجة ـ تقبل البينة (مالم يقرر الحاكم من قرائن الاحوال عدم قبولها) ولو كان المبلغ يتجاوز الثلاثة الاف قرنك ولو ايضا لمعارضة الكتب (كادعاء انه

غير صحيح) او لاثبات ما ليس به (كادعاء انه غير تام) .

والسبب في وضع هاته القاعدة لاتعذر تحرير الكتب وانما الضروريات التجارية التي تقتضي السرعة التامة احيانا وكذلك تكاثر المعاملات .

قاعدة ـ النظر في الصور التي يتعذر فيها على الخصم اخذ حجة بالكتابة و كول لتبصر المجلس (انظر اخر الفصل ٤٧٨) ...

تم بعون الله تعالى في شهر ماي ـ سنة ١٩٤٩

فهرست الجزء الاول

حقيقة الالتزام : صفحة ٣ - المقالة الاولى في مصادر الالتزامات - صفحة ٥ - الفقرة الاولى في الاتفاقات والعقود - صفحة ٦ - شروط الالتزامات التعاقدية وصحتها - صفحة ٩ - الالتزات العديمة الوجود ثلاثة - صفحة ١٠ اولا رضاء الطرفين المتكون من الايجاب - صفحة ١٤ - والقبول صفحة ١٧ - ثانيا موضوع الالتزام - صفحة ٢١ - ثالثا سبب الالتزام - صفحة ٢٦ - في الالتزامات والانفاق القابلة للابطال فقط - ٣١ - شروط صحة الالتزامات اثنان صفحة ٣٢ - اولا الرضاء السالم من العيوب وهي - ١ - الغلط صفحة ٣٢ - ٢ - الاكراه - صفحة ٣٧ ٣ - التدليس - صفحة ٤١ - ٤ - الغبن - صفحة ٤٣ - الشرط الثاني في صحة العقود - اهلية المتعاقدين القانونية - صفحة ٤٧ - الوعد في حق الغير - صفحة ٥٣ - اشتراط الشروط في حق الغير - صفحة ٥٧ المصدر الثاني للالتزامات وهو شبه العقود - ثلاثة صفحة ٧١ - ١ - الاثراء بدون سبب صفحة ٧٣ - ٢ - دفع ما لا يلزم - صفحة ٧٦ ٣ - تصرف الفضولي - صفحة ٨١ المصدر الثالث الالتزامات وهو الارادة الفردية - صفحة ٩٠ - المصدر الرابع والخامس للالتزامات وهما الجنح وشبهها - صفحة ٩٥ - اولا في الكلام على حقيقة الجنح واركانها صفحة ١٠٠ - الغرامة التعويضية - صفحة ١١١ في اشتراط عدم الضمان - صفحة ١١٣ - في تقدير الخسارة الناشئة عن الجنح او ما ينزل منزلتها - صفحة ١١٤ - في سقوط حق القيام بالخسارة - صفحة ١١٧ -
ثانيا : في الكلام على شبه الجنح - صفحة ١١٨ - مسؤلية الحائز بشبهة والغاصب - صفحة ١٢٧ - في المسؤولية المدنية المترتبة عن فعل الغير - صفحة ١٣٢ - ١ - الضمان الذي على من حفظه انسان - صفحة ١٣٣ - ٢ - الضمان الذي على من في حفظه حيوان - صفحة ١٣٥ - ٣ - الضمان المترتب على من في حفظه اشياء - صفحة ١٣٧
المقالة الثانية : في احوال الالتزامات - صفحة ١٤١ - اولا الشرط - صفحة ١٤١ - في الكيفيات التي يحصل بها الشرط - صفحة ١٤٨ - فيما يترتب على الشرط التعليقي - صفحة ١٥٠ - فيما يترتب على الشرط الفسخي صفحة ١٥٤ -

ثانيا في الاجل - صفحة ١٥٩ - في انواع الاجل على اختلافها - صفحة ١٦٠ - فيما يترتب على الاجل صفحة ١٦٤ - في سقوط الاجل صفحة ١٦٦ -
ثالثا : في خيار التعيين - صفحة ١٦٨ - في التمييز بين خيار التعيين والالتزام التخييري صفحة ١٧١ -
رابعا في التظامن - صفحة ١٧١ - ١ - في تضامن الدائنين - صفحة ١٧٢ - في غاية تضامن الدائنين ومصادره - ١٧٣ - فيما يترتب على تضامن الدائنين من النتائج - صفحة ١٧٤ - ٢ - في تضامن المدينين - صفحة ١٧٧ - الاختلافات التي بين تضامن المدينين والضمان - صفحة ١٧٧ - فيما يترتب من النتائج على تضامن المدينين صفحة ١٨٠ في الاسباب التي يتغير او ينقضى بها تضامن المدين صفحة ١٨٨ -
خامسا : في عدم قابلية القسمة - صفحة ١٩٠ - تنظير بين عدم قابلية القسمة والتضامن - صفحة ١٩٦ -
المقالة الثالثة : في انتقال الالتزامات - صفحة ١٩٨ - الباب الاول في الاحالة وحقيقتها صفحة ١٩٨ - الصور التي لا تجوز فيها الاحالة - صفحة ١٩٩ - في احالة الدين بعوض - صفحة ٢٠٠ - في واجبات المحيل - صفحة ٢٠١ - في واجبات المحال له - صفحة ١٥٦ - في جزاء عدم القيام بواجبات الفصل ٢٠٥ - صفحة ٢٠٨ - في تحويل الدين بدون مقابل - صفحة ٢١٣ - في احالة التركة صفحة ٢١٤ - ما يترتب من النتائج على احالة التركة - صفحة ٢١٧ - في تحويل الكسب والحقوق جملة - صفحة ٢١٨ في احالة محل تجارة لجميع ما فيه - صفحة ٢١٩ -
الباب الثاني في حلول الغير محل الدائن صفحة ٢٢١ في طبيعة انواع الحلول المختلفة صفحة ٢٢٣ - ١ - في الحلول الاتفاقي - صفحة ٢٢٣ - في الحلول القانوني - صفحة ١٢٥ - فيما يترتب من النتائج على الحلول قانونيا او اتفاقيا - صفحة ٢٢٨
الباب الثالث : في الحوالة - صفحة ٢٣٢ - في شروط صحة الحوالة - صفحة ٢٣٤ - فيما يترتب على الحوالة من النتائج - صفحة ٢٣٥

فهرسة الجزء الثاني

المقالة الرابعة فيما يترتب على الالتزامات والاتفاقات - صفحة ٣ - أولا في النتائج المشتركة بين جميع الاتفاقات - صفحة ٣ - في الاتفاقات الناقضة للعقد - صفحة ٧ - سؤال هل هناك تأثير للاتفاق على غير المتعاقدين - صفحة ٩ -
ثانيا فيما يترتب عن الاتفاقات من النتائج الخاصة صفحة ١٢ - في الوفاء بالالتزام - صفحة ١٥ - في الاشخاص الذين يمكن لهم تنفيذ الالتزام - صفحة ١٥ - في الاشخاص الذين يمكن لهم تنفيذ الالتزام - صفحة ١٦ - في الاشخاص الذين يمكن لهم قبول الوفاء بالالتزام - صفحة ١٩ - ما هو الشيء الذي يلزم أداؤه - صفحة ٢١ - في مكان الاداء - صفحة ٢٥ - في الوقت الذي يقع فيه الوفاء بالالتزام - صفحة ٢٦ - في عدم الوفاء بالالتزام - صفحة ٢٧ - الفقرة الاولى في الحقوق الاصلية - صفحة ٢٧ - الفقرة الثانية في الحقوق الفرعية - صفحة ٢٩ - في الخسارة التي يعينها الحاكم صفحة ٢٩ - في الشروط اللازمة لاستحقاق الغرم - صفحة ٣٠ - الكلام على مماطلة المدين - صفحة ٣٠ - في الخطأ التعاقدي - ٣٤ - في ضمان التلف الناشيء عن الامر الطاري والقوة القاهرة - صفحة ٣٨ - على اي قاعدة تقدر الخسارة - صفحة ٣٩ - في الغرامة التي يعينها الحاكم - صفحة ٤١ - الشرط التغريمي - صفحة ٤٤ - في مماطلة الدائن - صفحة ٤٩ - في عرض المدين الوفاء - صفحة ٥١ - في التأمين - صفحة ٥٥ - في العربون - صفحة ٥٩ - الفقرة الثالثة في الحقوق التكملية - صفحة ٦١ - أولا في الحقوق التكملية العامة - صفحة ٦١ - ثانيا في الحقوق التكملية الخاصة - صفحة ٦١ - في الامتيازات المرتبطة بحق الضمان العام - صفحة ٦٢ - الامتياز الاول قيام الدائن بالوسائل التحفظية صفحة ٦٣ - الامتياز الثاني يخول للدائن القيام بمدينه من الحقوق والدعاوي الفصل ٣٠٦ - صفحة ٦٣ - الامتياز الثالث قيام الدائن بالدعوى البليانية - صفحة ٧٠ - الامتياز الرابع قيام الدائن بالطرق التنفيذية - صفحة ٧٨ - الامتياز الخامس حق الحبس - صفحة ٧٨ - المقالة الخامسة في بطلان الالتزامات وفسخها - صفحة

٨٧ - في التمييز بين العقود المعدمة الوجود أو القابلة الابطال فقط - صفحة
٨٩ - الفصل الاول في اركان البطلان القانونية - صفحة ٩٣ - الفصل الثاني
في أركان الابطال القانونية - صفحة ٩٦ - في دعوى البطلان - صفحة - ٩٦
في دعوى الفسخ - صفحة ٩٨ - في انقضاء حق القيام بالفسخ - صفحة ١٠٠ -
اولا المصادقة - صفحة ١٠٠ - في شروط صحة المصادقة - صفحة ٢ ١ -
فيما يترتب على المصادقة - صفة ١٠٢ - ثانيا المدة الطويلة - صفحة ١٠٣ - في نقض
العقود أو انحلالها هناك ثلاثة اسباب الاقالة والمدة التي عينها الطرفان والموت -
صفحة ١٠٧ -
في انقضاء الالتزامات تنقضي بأوجه - صفحة ١٠٩ - اولا الاداء - صفحة
١٠٩ - ثانيا تعذر الوفاء - صفحة ١١٠ - ثالثا اسقاط الدائن - ١١٢ -
رابعا في اتحاد ذمة الدائن والمدين - صفحة ١١٦ - خامسا في تجديد الالتزامات
- صفحة ١١٧ - سادسا المقاصة - صفحة ١٢١ - سابعا في المدة الطويلة - صفحة
١٢٥ - المقالة السادسة في طرق الاثبات - صفحة ١٣٢ - في عبء الاثبات ومن
المطلوب به - صفحة ١٣٣ - اولا في القرائن القانونية - صفحة ١٣٤ - في
الاحكام التي تنطبق عليها القرائن القانونية - صفحة ١٣٥ - في القرائن التي
لم يذكرها القانون - صفحة ١٤٠ - ثانيا في الاقرار - صفحة ١٤١ - ممن
يصح الاقرار - صفحة ١٤٢ - في قوة الاحتجاج بالاقرار الحكمي - صفحة ١٤٣
- في قوة الاحتجاج بالاقرار الغير -
الحكمي - صفحة ١٤٤ - في شروط صحة الاقرار - صفحة ١٤٥ -
ثالثا في اليمين - صفحة ١٤٥ - اولا في اليمين الحاسمة وشروطها - صفحة ١٤٦ -
فيما يترتب على توجيه اليمين - صفحة ١٤٨ - ثانيا في يمين الاستيفاء - صفحة -
١٥٠ في شروط توجيه يمين الاستيفاء - صفحة ١٥١ - رابعا في البينة بالكتابة - صفحة
١٥٢ - اولا في الحجة الرسمية - صفحة ١٥٣ - في قوة الاحتجاج بالحجة
الرسمية صفحة ١٥٣ - ثانيا في العقود التي بخط اليد - صفحة ١٥٦ - في
الاحتجاج بالكتب التي بخط اليد - صفحة ١٥٧ - في نسخ الحجج - صفحة ١٦٢ -
خامسا البينة بالشهادة - صفحة ١٦٣ - اولا في الصور التي لاتقبل فيها البينة
بالشهادة - صفحة ١٦٣ ثانيا في الصور التي تقبل فيها البينة بالشهادة - صفحة ١٦٥