محمد محفوظ

دروس في العقد

مركز النشر الجامعي

كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية والسياسية بسوسة
Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse
المكتبة
BIBLIOTHEQUE

دروس في العقد

(مفهومه - قيامه - بطلانه - تنفيذه - انقضاؤه)

دروس في العقد

(مفهومه - قيامه - بطلانه- تنفيذه - انقضاؤه)

محمد محفوظ

أستاذ محاضر للتعليم العالي بكلية الحقوق بصفاقس

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES
ECONOMIQUES ET POLITIQUES DE SOUSSE
BIBLIOTHEQUE
Inventaire N° 53432
COTE .....

مركز النشر الجامعي
2004

إلى

خديجة الكسيبي، والدتي

والبعض

دلال والمنصف

تقديـــــــــم

يستوجب التـــقديم لهذا المؤلـــف إتيان بعض الملحوظات فيما يتعلّق بمحتواه وبمنهجيّته.

فأمّا من حيث محتواه فهو يُعنى بالعقد، أو بما يصطلح عليه بالنـــظريّة العامّة للعقد. وقد حاولت أن أركّز في ذلك، على القانون التـــونسي بالخصوص، لا سيّما النصوص القانونيّة منه. وحاولت قدر جهدي، أن أبيّن أوجه التـــقارب في هذا الشـــأن بين أحكام العقد بالقانون التـــونسي وبغيره من القوانين. كما حاولت، قدر جهدي أيضا، أن أورد ما أمكن لي أن أتحصّل عليه من فقه القضاء، ولكنّ إيراد ذلك ليس بالأمر الهيّن... فأكون شاكرا لمن يعلمني بما اعتمدته محاكمنا في بعض المسائل، عساي أستغلّ ذلك في الطـــبعات القادمة بإذن الله...

وأمّا من حيث المنهجيّة، فهي منهجيّة الدّروس الجامعيّة الـــتي قدّمتها في مادّة العقد بعديد المؤسّسات العليا بمدينة صفاقس، وعلى رأسها كليّة الحقوق بها. وقد كان بإمكاني أن أعتمد التـــقسيم المتداول من قبل مدرّسي هذه المادّة في العادة، والـــذي يعتمد جزءين، يعنى أولاهما بقيام العقد وثانيهما بتنفيذه. ولكنّني آثرت اعتماد عديد الفصول المهتمّة بالمسائل المطروحة في عرض هذا وذاك، حتـــى يسهل الرّجوع إلى كل فصل، بحسب حاجة رجل التـــطبيق والباحث. فألتمس العذر من القارئ إن بدت هذه المنهجيّة تقليديّة في محتواها، أو غير مألوفة بعض الشيء في تقديمها...

ولا يفوتني وأنا أنهي هذا التـــقديم، أن أتوجّه بالشكر إلى العديد من أساتذتي الأجلاّء وهم كثيرون ممّن تعلـــمت القانون بمدارجهم وأحببته عنهم...، أو أنـــني تدرّجت في سلـــم المعرفة بفضل دروسهم، كما أتوجّه

بالشـــكر إلى العديد من زملائي وأصدقائي ممّن زاد شغفي بالقانون معهم، وأخصّ بالذّكر منهم صديقيّ التـــيجاني عبيد، المستشار لدى محكمة التـــعقيب سابقا، ورئيس المحكمة العسكريّة بصفاقس الآن، والمنصف الكشو، رئيس محكمة النّاحية بصفاقس سابقا، والمستشار لدى محكمة التـــعقيب الآن، اللذين قبلا القراءة الأوّليّة لهذا المؤلـــّف وإثراءه بعديد ملحوظاتهم البنّاءة وآرائهم النيّرة...

محمّد محفوظ، جانفي 2004.

فصل تمهيدي

التّمهيـــد للعقـــد

1- تقديم – يتطلّب التّمهيد **للعقد** التّقديم له **كمصدر للإلتزامات بوجه عامّ (مبحث 1)**، له **خصوصيّاته** على وجه التّحديد **(مبحث 2)**.

مبحث 1 - العقد كمصدر إلتزام بوجه عامّ

2- تقديم – لمّا كان العقد من مصادر الإلتزام عامّة[1]، وجب **تعريفه (في فقرة 1)** ونوعية ما يمكن أن يتضمّنه من **الإلتزامات (في فقرة 2)**.

---

[1] يكتسي الإلتزام أهمّيّة كبرى في المادّة القانونية بوجه عام (« S'il n'y avait pas d'obligation, il n'y aurait pas de droit » F. TERRE, « Présentation », in L'obligation, *Archives de philosophie de droit*, n° 44, Dalloz, 2000)، سواء ما ينتمي منها إلى القانون الخاصّ أو حتى القانون العامّ (R DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », in L'obligation, *Op. cit.*, pp. 43 et ss.)، بشتى فروعه (ومن ذلك القانون الدّولي العامّ: P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », Op. cit., pp. 217 et ss.). وذاك ما يبرّر الإهتمام بتقنينه منذ أقدم العصور. ويعترض هذا الأمر في أقدم القوانين عامّة. فلائحة حمورابي تخصّ بعض الإلتزامات بجملة من الأحكام (ومن ذلك البيع والشراء، وعارية الإستعمال والقرض...) (S. LAFONT, « La valeur de la loi dans les droits cunéiformes », *Arch. Phil. Dr.* n° 32, 1987.). وكذلك قانون الألواح الإثنا عشر (Loi des douze tables) بروما. وما تلاها بعد ذلك من القوانين التي وقع اتّخاذها من عديد الأباطرة بهذا العهد (حول هذه الأهمّيّة، يراجع: J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion. Les débuts de 'l'obligation' dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, *Op. cit.*, pp. 19 et ss). وما تكوّن بعد ذلك من المادّة القانونية بحكم التفاعلات السّياسية والإقتصادية والإجتماعية (حول تأثير العوامل الخارجيّة عن القانون في مادّة الإلتزام بوجه عامّ، يراجع بالنسبة إلى فرنسا : D. GUTTMAN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », in *L'obligation*, *Op. cit.*, pp. 115 et ss.). وهو ما ينطبق على جل البلدان. ويضاف ببلادنا ما ازداد بالمادّة من الأحكام انطلاقا من التشريع الإسلامي بمجمل أصوله... وقد لاقت جملة القواعد المتعلّقة بالإلتزام إثراء بما طرأ عليها من أحكام القضاة. كما حظيت باهتمام الفقهاء على مختلف انتماءاتهم ومشاربهم. ممّا أدّى إلى تكوين مادّة قانونية تعرف بمادّة الإلتزامات، تشهد عديد الأوجه في التقارب. وإذ تكوّنت هذه المادّة فإلى حدّ بعيد كذلك، بما تشهده من إشكاليات، لا يزال بعضها يطرح إلى حدّ السّاعة.

فقرة 1 - تعريف الإلتزام التـــعاقدي

3- **مفهوم الإلتزام** – العقد من مصادر الإلتزام عامّة[2]. والالتزام لغة هو التـــعهّد والموجب[3]، ويمكن أن يضاف إليه الإجبار أيضا[4]؛ وهو في القانون رابطة[5]، تعطي لأحد أطرافها، (الدّائن[6])، الحقّ في أن يُجبر طرفا آخر (المدين[7])، على تنفيذ أمر سلبي أو إيجابي يكون ملزما به[8].

---

[2] استعمل الفصل الأوّل من مجلـّة الإلتزامات والعقود في التـــعبير عن كلمة "إلتزام" عبارة "تعمير الذّمّة". وكذلك عنوان الكتاب الأوّل "فيما تعمـــّر به الذّمّة مطلقا" وعنوان المقالة الأولى "في أسباب تعمير الذّمّة". وعنوان الباب الأوّل من المقالة الثـــّانية "في تعمير الذّمّة بالعقود وما شاكلها". وكلـــّها ترجمة للمصطلح الفرنسي الـــّذي صيغت به ابتداء مجلـــّة الإلتزامات والعقود "Obligation (s)". ومع ما تستوجبه عبارة "تعمير الذّمّة" من النـــّقد، فإنّ استعمالها يمكن أن يجد مبرّرا في كونه يتضمـــّن لبّ ما يقتضيه مفهوم الإلتزام من المعنى، وهو سبب من أسباب تعمير الذّمّة...

[3] Obligation في الإصطلاح الفرنسي.

[4] حول الإلتزام وما يثيره من إشكاليات، يراجع: L'obligation, *Archives de philosophie de droit,* Dalloz, 2000؛ وحول أهمّيّة دراسة الإلتزام يراجع: J.-L. SOURIOUX, « Introduction au cours de droit des obligations », *Clés pour le siècle,* Dalloz 2000, pp. 507 et ss., n° 623 et ss. et spéc. pp. 510-511, n° 625، أين نجد هذه الفقرة : « Que tout un cours annuel et même parfois davantage avec son cortège de travaux dirigés lui sont consacrés (aux obligations) dès le premier cycle des études juridiques est révélateur de la place qu'il occupe dans le droit civil. Le droit commercial (ou « des affaires ») lui est redevable de beaucoup de ses mécanismes, ce qui ne saurait surprendre, le rapport d'obligation se trouvant au point d'intersection du droit et de l'économie ».

[5] يعود تعريف الإلتزام كرابطة قانونية إلى الفقهاء الرّومان. ويعبّرون عن ذلك بـــ *Vinculum juris*.

[6] تستعمل مجلـــّة الإلتزامات والعقود مصطلحي "صاحب الدّين" وربّ الدّين" في بعض الفصول كذك (الفصول 148 و160 و172).

[7] تستعمل مجلّة الإلتزامات والعقود كذلك مصطلح "المديون"، وقد كان ذلك في عدّة فصول (179 و186 وغيرها).

وبما أنّ الإلتزام التّعاقديّ[9] علاقة شخصيّة، فذاك ما يجعل منه حقّا شخصيّا يتميّز بصفته تلك عن الحقّ العيني[10]؛ فالحقّ العيني يولّد

---

[8] الدّائن والمدين أشخاص قانونيون، يمكن أن تكون مادّية أو طبيعية (شركات، جمعيّات...). ولكنّ هناك من يرى بتطوير مفهوم الإلتزام نحو أشخاص لم توجد بعد، ولكنّها سوف توجد بالمستقبل، بل وهناك من يرى بأن المقصود بالإلتزام ايجابا يمكن أن يتمثّل في حيوانات جديرة ببعض الحقوق كذلك، حول هذه الآراء، يراجع: J.-Y. GOFFI, « Le destinataire de l'obligation », in L'obligation, *Op. cit.*, pp. 233 et ss.

[9] حول التّعاريف المختلفة وعناصر الإلتزام يراجع: F. TERRE, « Présentation », in L'obligation, *Op. cit.*

[10] وممّا يثيره الإلتزام من إشكاليات، مدى اعتباره كقيمة ماليّة قابلة للتّداول (يراجع: Ch. KRAMPE, « L'obligation comme bien », in L'obligation, *Op. cit.*, pp. 205 et ss). ويرسي النّقاش هنا حول ارتباط الإلتزام بشخص الملتزم من عدمه. وممّا يثيره الإلتزام من الإشكاليات أيضا مصادره. وموقع الإرادة في ذلك(حول هذه المسائل، يراجع: M.-A. FRISON-ROCHE, Volonté et obligation », in L'obligation, *Op. cit.*, pp. 129 et ss). وإرادة من يتّجه الإعتداد بها. فهل إرادة طرفيه معا؟ أم إرادة إحداهما؟ وإلى أي حدّ يمكن الأخذ بتدخّل السّلطة في ذلك؟ وأي سلطة يخوّل لها ذلك؟ (انظر الملحوظات اللاّحقة حول نظريّة النّظام العامّ.) وممّا تثيره التّساؤلات الأخيرة في الذّكر، العلاقة بين مادّة الإلتزامات وبقيّة الموادّ الأخرى، لا سيما موادّ القانون العامّ منها، وعلى رأسها مادّة القانون الدّستوري. وممّا تتّجه ملاحظته في هذا الشّأن خاصّة تنصيص الفصل 34 من الدّستور (الصّادر بتاريخ غرّة أكتوبر 1959) تبعا لتحويره سنة 1976 (بمقتضى القانون الدّستوري عدد 37 لسنة 1976 المؤرّخ في 8 أفريل 1976) والذي لم تتغيّر صياغته فيما بعد (التّحويرات الدّستوريّة اللاّحقة لم تطل الصّياغة، ولكنّها طالت مسائل أخرى، ومن ذلك توزيع الإختصاص بين السّلطتين التّشريعية والتّنفيذية، وهو ما حصل بمقتضى القانون الدّستوري الصّادر بتاريخ 27 أكتوبر 1997) على أنْ "تتّخذ شكل قوانين النّصوص المتعلّقة ... بالجنسية والحالة الشّخصية والإلتزامات...". ممّا يجعل من المسألة الأخيرة في الذّكر مسألة هامّة لا يمكن للسّلطة التّنفيذية أن تنظّمها اعتبارا لما لها من سلطة ترتيبية عامّة تمكّن قائدها (رئيس الجمهورية) من اتّخاذ أوامر تتضمّن قواعد قانونية في بعض الميادين (طبقا للفصلين 34 وخاصّة 35 من الدّستور). إذ تبقى مسألة الإلتزامات وتنظيمها من المسائل الرّاجعة

سلطة للشّخص على الشّيء موضوع الحقّ، يعطي لصاحبه الإمتيازات المترتّبة عن الحقّ العيني بوجه عامّ (حقّ الإنتفاع، حقّ الإستغلال، حقّ الإهدار)، خلافا للحقّ الشّخصي الّذي ينشىء علاقة فلا يقع تنفيذ مقتضياته إلاّ بالمرور بشخص المدين[11]؛[12].

بالإختصاص الصّرف -مبدئيا على الأقل-، للسّلطة التّشريعية بمجالسها النّيابية وما تتّخذه هذه من قوانين يسند لها، حسب فقهاء القانون العام، صبغة القوانين بالمفهوم الشّكلي... وممّا يعدّ من هذا القبيل، أي من قبيل القانون بالمفهوم الشّكلي (حول مفاهيم القانون، يراجع عبد الفتّاح عمر، الوجيز في القانون الدّستوري، مركز الدّراسات والبحوث والنّشر، تونس 1987)، مجلّة الإلتزامات والعقود كذلك (صدرت مجلّة الإلتزامات والعقود بشكل الأوامر العليّة التّي كان يتّخذها البايات في سنّ القواعد القانونية، ومع ذلك فلا شكّ في اعتبارها من قبيل القانون بالمفهوم الشّكلي، وذاك ما درجت عليه محكمة التّعقيب في عديد قراراتها (حول نظام النّصوص القانونية بتونس قبل دخول دستور 1959 حيّز التّنفيذ، يراجع: R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie,* Préface G. LEBRAS, LGDJ 1960)، وحول موقف محكمة التّعقيب في اعتبار الأوامر العليّة قوانين بالمفهوم الشّكلي، يراجع نذير بن عمّو: *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation,* thèse d'Etat de droit privé, Tunis 1996, n° 655.).

[11] لا يوافق الفقيه PLANIOL على تعريف الحقّ العيني بكونه سلطة لشخص على شيء. فلا يعتقد بلانيول بأنّ الشيء يمكن أن يكون طرفا في علاقة قانونيّة، وإنّما محلاّ للعلاقة المذكورة لا غير. بل يرى بلانيول أن كافّة الحقوق، عينية كانت أو شخصيّة علاقات. والفرق بين ما يعرّف من بقيّة الفقهاء بكونه حقّا عينيا هو علاقة تتميّز عمّا يوصف بالحقّ الشّخصي في كون المدينين في الصّنف الأوّل الكافّة، وفي الصّنف الثّاني (أي في الحقّ الشّخصي) طرفا معيّنا أو أكثر (لمزيد التّعمّق، يراجع: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، قانون الأموال، مركز النّشر الجامعي، تونس 2003، نبذة31).

[12] حول التّمييز بين الحقّ الشّخصي والحقّ العيني، يراجع: يوسف الكناني وفوزي بالكناني، المرجع السّابق، نبذة 15 وما بعد؛ H. KOTRANE, *Introduction à l'étude du droit, Cadre juridique des relations économiques,* CERP, Tunis 1994.

وإذ تترتب الصّفة الشّخصيّة للإلتزام التّعاقدي، فلكونه وضعيّة قانونية، تشكّل شخصية المدين فيها، القناة التي يقع بواسطتها تنفيذ ما وقع التعهد به. وذاك ما يميّز الحق الشّخصي (بما له من نتائج ونسبيّة) عن الحق العيني، حيث يتمثّل هذا الأخير في سلطة على شيء معيّن، تعطي لصاحبها جملة من الإمتيازات الّتي تمارس مباشرة على ذلك الشّيء، مواجها بها الكافّة (*erga omes*)[13]؛ ولنا مثال في حق الملكية الّذي يمكّن المالك من أن يفوّت في الشّيء الّذي يملكه، ومن أن ينتفع به ويستغلّه، دون محاسبة من الغير، اللّهمّ ما تقتضيه القوانين، تحديدا للتّعسّف (الفصلان 14 من الدّستور و20 من مجلّة الحقوق العينيّة)[14]...

4- قوة الإلتزام التّعاقدي – العقد من مصادر الإلتزام القانوني[15]؛ وهو ما يميّزه عن مصادر الإلتزام غير القانوني. ومن الإلتزامات غير القانونية، الإلتزامات الدّينية، والإلتزامات الأخلاقية... ومن الإلتزامات الدّينية، الإلتزام بأداء طقوس الصّوم والصّلاة... وغيرها ممّا يختلف من

---

[13] يطرح إشكال التّفرقة بين الحقّ الشّخصي والحقّ العيني فيما يتعلّق بالوعد بالبيع، إن كان ينشئ حقّا عينياً أم حقّا شخصيّا؟ وللتّمييز بين هذه الطّبيعة وتلك عدّة فوائد. فإذا كان الحقّ عينيّا يعتمد في تحديد المحكمة المختصّة على المكان الّذي يوجد بدائرته الشيء. وإذا كان ما ينشئه حقّا شخصيّا يكون القيام بمحكمة المكان الّتي توجد بمقرّ المدين...

[14] يوسف الكناني وفوزي بالكناني، المرجع السّابق، نبذة 162 وما بعد.

[15] ذاك ما وقع التّنصيص عليه بصريح الفصل الأوّل من مجلّة الإلتزامات والعقود في قولته: "تعمير الذّمّة يترتّب على اتّفاقات وغيرها..." وتخصيص فصول الباب الأوّل من المقالة الثّانية بالمجلّة المذكورة إلى ما ينشأ من "تعمير الذّمّة" عن "العقود وما شاكلها".

دين لآخر... ومن الإلتزامات الأخلاقية، الإلتزام بالصّدق، وتحاشي النـّفاق والنـّميمة في المعاملات الإجتماعيـّة[16]...

5- الإلتزام الطـّبيعي (L'obligation naturelle) – لمّا كان العقد من مصادر الإلتزام القانوني، فهو ممّا تتدخّل فيه السّلطة العامّة قصد الجبر بمقتضياته. وذاك ما يميـّزه عن الإلتزام الطـّبيعي[17]. ومن أمثلة الإلتزام الطـّبيعي، إلتزام الشـّقيق بالإنفاق على شقيقته، حيث إنـّه يأخذ من الإلتزامات الأخلاقية فيما يتعلق بمصدره؛ نتيجة ذلك، وأن ليس للشـّقيقة أن تقوم على شقيقها بقضية عدلية في إجباره على أن ينفق عليها؛ وهو يأخذ من الإلتزامات القانونية، حيث أنّ ما يؤدّيه الشـّقيق لشقيقته في مثالنا، ليس من قبيل الدّفع غير المستحقّ (والـّذي يشاكل العقود[18])، وإنـّما تنفيذا لالتزام قانوني[19]. نتيجة ذلك، على الصّعيد القانوني، وأن ليس للشـّقيق أن يقوم على شقيقته بدعوى قصد استرجاع ما دفعه لها، ولو

---

[16] حول هذه الإلتزامات واختلافاتها، محمّد بقبق، مدخل عامّ لدراسة القانون، مركز النّشر الجامعي، سلسلة معرفة القانون، تونس 2002، الأرقام 192 وما بعد.

[17] حول الإلتزام الطّبيعي، تراجع : M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle,* Sirey 1957 ; N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation », *D* 1997, Chron. pp. 85 et ss.

[18] وممّا يعطي للدّافع الحقّ في استرجاع ما دفعه (طبقا لمقتضيات الفصلين 1 و 77 وما بعد من مجلـّة الإلتزامات والعقود).

[19] من تطبيقات الإلتزام الطـّبيعي بالقانون التـّونسي ما اقتضاه الفصل 49 من مجلـّة الأحوال الشـّخصيـّة في قوله: "من التزم بنفقة الغير، كبيرا كان أو صغيرا لمدّة محدودة لزمه ما التزم به. وإذا كانت المدّة غير محدودة وحدّدها فالقول قوله في ذلك" (قـُضي: "قيام المفارقة بطلب نفقة ابنتها بعد التزامها بالإنفاق عليها بدون تعيين المدّة يعتبر منها تحديدا لمدّة الإلتزام" قرار تعقيبي مدني، عدد 1464، مؤرّخ في 2 ماي 1978، نشريـّة 1978، قسم مدني، جزء 1، ص، 238).

تغيــّرت حالته من اليسر إلى العسر، وتغيــّرت حالة شقيقته من الفقر إلى الغنى[20].

خلاصة القول وأن الإلتزام الطــّبيعي إلتزام قانوني، لا يمكن لدائنه أن يتحصّل على أدائه باللــّجوء إلى طرق التــّنفيذ القسري، ولا يمكن لمدينه أن يسترجع ما أدّاه، باللّجوء إلى نفس الطــّريقة في التــّنفيذ، حيث أنّ ما يؤدّيه المدين فيه يكون أداءً لالتزام قانوني، لا من قبيل الهبة.

الصّبغة القانونيّة للإلتزام الطــّبيعي، تتأتــّى له، بالنــّظام القانونيّ التــّونسيّ، من أحكام الفصل 78 من مجلــّة الإلتزامات والعقود القائل "لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدّة أو بأمر مستحسن ليس بواجب إذا كان الدّافع ممّن يملك التــّفويت مجّانا ولو دفع ظنــّا منه أنــّه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدّين"[21].

---

[20] يمكّن الإلتزام الطّبيعي من الوقوف على عناصرالإلتزام القانوني بوجه عامّ. وقد ألّف في ذلك الفقهاء الرّومان في البداية والألمان فيما بعد. ووصل الجميع إلى أن للإلتزام عنصرين: عنصر المديونية (*Debitum* في اللاّتينية، *Sculd* في الألمانية، dette في الفرنسية) وعنصر الإلزامية (*Obligatio* في اللاّتينية، *Haftung* في الألمانية، و*Engagement* في الفرنسيّة). ويؤدّي العنصر الأوّل إلى التّركيز على الإلتزام كقيمة في الذّمّة، في حين يؤدّي العنصر الثّاني إلى التّركيز عليه كحقّ للمستفيد به من أن يجبر الملتزم به على تنفيذه ولو بالجبر. وإذا كانت لهذه العناصر من فائدة بالنّسبة إلى الإلتزام الطّبيعي فلكون هذا الأخير يتضمّن العنصر الأوّل من دون العنصر الثّاني. فالجبر لا يتدخّل لا بالإيجاب ولا بالسّلب. (حول الإلتزام الطبيعي، يراجع: M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit,* Ed. Cérès-Editions, 3ème éd., 1997, n° 527 et ss. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit,* Précis Dalloz, Collect. « Droit privé », 5ème éd., année 2000, n° 15 et ss. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit,* Dalloz – Précis - Droit privé, n° 15 et ss.).

[21] ويمكن من خلال الفصل 78 م ا ع أن يقع التــّأليف في أنواع الإلتزام الطــّبيعي وشروط إعماله. فأمّا من نوعيّة الإلتزام الطــّبيعي فيمكن أن تكون نتيجة إلتزامات مدنيّة ناقصة، مثال عقد باطل (كالشــّخص الــّذي يتصرّف في مبيع مدّة من الزّمن يقع بعدها

6- الإلتزام التّعاقدي والجبر البدني - لمّا كان الإلتزام التّعاقدي من الإلتزامات القانونيّة، فإنّه يعطي الحقّ للدّائن في أن يجبر مدينه على تنفيذ مقتضياته، بسائر الوسائل القانونية[22]. فالبائع مثلا، ملزم بأن يسلم المشتريَ، ما تعهد ببيعه، لكون إلتزامه من إلتزامات الإعطاء. بل ويمكن للمشتري أن يقوم على بائعه بدعوى للغرض؛ وله في تنفيذ الحكم القاضي عليه بتسليم المبيع، وأن يتحصّل على تدخّل القوّة العامّة (الشّرطة) لإجباره بذلك...

لكنّ حقّ الدّائن في استعمال الجبر على مدينه له حدود؛ فلا يجوز له إجبار غريمه بتنفيذ ما التزم به رأسا، وإنّما عليه أن يستصدر القرارات اللاّزمة للغرض؛ وتلك هي القاعدة في الإلتزامات المدنية، عملا بمبدإ منع

التّصريح بإبطال عقد البيع، فما ينشأ له من إلتزامات عن المدّة المذكورة يكون محمولا عليه طبيعيّا) أو نتيجة إلتزامات مدنيّة ناقصة؛ ومن ذلك حالة الدّين الّذي سقط بطول المدّة. أمّا شروط العمل بالإلتزام الطّبيعي، والّتي تؤدّي إلى إثارة نقاش بشأن المطالبة باسترداد ما دفع أحيانا، فهي تتطلّب من الدّافع أن تكون له أهليّة التّفويت في الشيء مجّانا. نتيجة ذلك مثلا، وأن المفلس لا حقّ له في تنفيذ إلتزامات طبيعيّة، وأنّ ما يدفعه بهذا العنوان يمكن أن يطالب بردّه. ولا يشترط الفصل 78 م ا ع، أن يكون الموفي بالتزام طبيعي بجهل الإجبار... وممّا يثيره الإلتزام الطّبيعي من الإشكاليّات إن كان بإمكان طرف أن يواجه طرفا آخر بالتزام طبيعي؛ كفي مقاصّة مثلا أو حقّ حبس... والرّأي أن لا وجه لذلك. فالإلتزام الطّبيعي يتطلّب الوفاء التّلقائي. وممّا يثير من الإشكاليّات أيضا، إن كان بإمكان شخص أن يضمن -بالطّرق القانونيّة (تعهّد كتابي مثلا)- تنفيذ إلتزام طبيعي. الرّأي الغالب أنه لا يمكن ذلك أيضا، المبرّر لذلك، أنّ الضّمان له طبيعة تبعيّة، فلا يصحّ دون صحّة الإلتزام الأصلي... (حول هذه المسألة وما أثارته من نقاش، يراجع: G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Tome III, 1°* (*volume, Les sûretés, La publicité foncière,* Sirey 1971, n° 645.

[22] حول طرق الجبر ووسائله، يراجع صلاح الدّين الملّولي: *Voies d'exécution, Procédures juridiques de l'entreprise,* Ed. CLE, « Contribution à la littérature de l'entreprise », Tunis 1991.

الاقتصاص للنّـــفس بالنّـــفس، مما يجعل من القضاء المؤسّسة الـــتّي تأذن، في نهاية المطاف، بتنفيذ الإلتزامات المدنيّة وفي مراقبة ذلك بما يحدّد من التـــجاوزات الممكنة في المعاملات الإجتماعية بوجه عامّ.

والصّبغة القانونية للإلتزام، لا تصل به إلى حد التـــنّفيذ على بدن المدين، كما كانت الحال في القانون الرّوماني مثلا[23]. ويعود السّبب في ذلك إلى إنهاء العمل بالجبر البدني، اعتبارا لما لجسم كلّ آدمي من الحرمة، ولو كان مدينا[24]...

7- الإلتزام التـــعاقدي والذّمّة (الطـــبيعة الذّاتية والطـــبيعة الموضوعية للإلتزام) - تؤدّي الصّبغة الشّخصية للإلتزام التـــعاقدي، إلى التـــساؤل عن موقعه بالنّسبة الى الذمّة؛ فهل يمكن اعتباره ممّا تُعمّر به هذه الأخيرة؟ وهل له أن ينتقل سلبا أو إيجابا من ذمّة لأخرى؟

ظهرت في هذا الشّأن نظريـــتّان على الأقلّ. الأولى شخصيـــةّ وترى أن الإلتزام -مهما كان مصدره- لا ينتقل من طرف لآخر؛ فالمعنيّ

---

[23] كان بإمكان الدّائن أن يستخلص دينه بالتـــنّفيذ على المدين، إلى حدّ استرقاقه وبيعه، بل واقتسام بدنه إن كان له أكثر من دائن بين مجمل دائنيه، وهو ما وقع التـــنصيص عليه بقانون الألواحي الإثني عشر في فصله III فقرة 6 (راجع: J.-L. THIREAU, Introduction historique au droit, Champs-Université, Flammarion 2001, p. 63، ويراجع كذلك: R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, « Domat (Droit privé », 1ère éd., 1989 -.

[24] تشهد النـــّظم القانونيـــّة في هذا الصـــّدد تطوّرا. ففي القانون الرّوماني كان بإمكان الدّائن أن يستخلص دينه بالتـــنّفيذ على المدين، إلى حدّ استرقاقه وبيعه، بل وانقسام بدنه إن كان له أكثر من دائن، حول هذه المسألة يراجع : مصطفي لوصيـــّف، القانون الجنائي وحماية المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد المدني، مذكـــّرة مرحلة ثالثة، كلـــّيـــّة الحقوق والعلوم السـّياسيـــّة بتونس، سنة جامعيـــّة 1995-1996 (بالفرنسيّة) وكذلك: منصور الشـــّفـــّي وعبد السـّلام بللّعج، الجبر بالسـّجن، القضاء والتـــّشريع، عددي 6 و7، - جوان وجويلية 1966- ص 39 وما بعد).

به هو المطالب بتنفيذه، وهو في العقد الطـرّف المقابل؛ وقد اعتـُمدت النظرية المذكورة من قبل الفقهاء الفرنسيين خاصّة. أمّا النّظرية الثـّانية فموضوعية، ترى بإمكانية فصل الإلتزام -ولو كان تعاقديـّا- عن شخصيـّة صاحبه بما يمكـّن من انتقاله -باعتباره قيمة مستقلـّة بذاتها- من ذمّة لأخرى. والنـّظريـّة السـّالفة الذّكر اعتمدها الفقهاء الألمان[25]، وتذهب أشواطا في التـّجرّد القانوني. وهي ممّا أخذ به القانون التـّونسي. ويتـّضح ذلك من عدّة مواضع بمجلـّة الإلتزامات والعقود. ومن ذلك القبول بإمكانيـّة الإنتقال (أي انتقال الإلتزامات من ذمّة لأخرى) بالفصل 199 بالمجلـّة المذكورة، وحوالة الحقّ المنظـّمة بالفصول من 229 إلى 239 بنفس المجلـّة.

8- الإلتزامات التـّعاقدية والإلتزامات الإرادية والإلتزامات اللاّإرادية – يقصد بالإلتزامات الإرادية ما يتكوّن من تعهّدات تنشأ عن إرادة أحد أطرافها أو أكثر، وهو ما يختلف عن الإلتزامات اللاّإرادية الـّتي تتكوّن من تعهّدات يكون لها منشأ آخر من دون إرادة هؤلاء.

ويقابل هذا التـّقسيم، تقسيم آخر (يقع التـّعرّض له من قبل فقهاء المدخل لدراسة القانون بباب الإثبات)[26]، يعتمد التـّفرقة بين التـّصرّفات (أو الأعمال) القانونية[27]، من جهة، والوقائع (أو الأحداث) القانونية[28]، من

---

[25] حول خصائص القانون الألماني، يراجع: M. FROMENT, *Droit allemand des affaires, Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail,* Ed. Montchrestien, Collec. « Domat-Droit privé », 2001.

[26] يراجع محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني (النّظريّة العامّة، الأشخاص، إثبات الحقوق)، المطبعة الرّسمية للجمهوريّة التّونسية، سلسلة "معرفة القانون"، الطّبعة الأولى، تونس 2002، الأرقام 251 وما بعد، وخاصّة 269 وما بعد.

[27] تعرّف التّصرّفات القانونيّة بكونها أعمالا جائزة، منشؤها إرادة أصحابها ويترتّب عنها آثار قانونيّة ومنها الإتّفاقات، والتّعهّدات الآحاديّة.

جهة أخرى. ويمكن للتصرّفات القانونية أن تشمل الإلتزامات الإرادية؛ في حين تتطابق الوقائع القانونية مع الإلتزامات اللاّإرادية.

وتشمل الإلتلزامات الإرادية التـــعهّدات الآحادية والإتـــفاقات. في حين تشمل الإلتزامات اللاّإرادية الجنح وأشباهها الـــتي يتعرّض لها الفقهاء عادة فيما يصطلحون عليه بالمسؤولية المدنية، وأشباه العقود (أو ما شاكلها)[29] من أمثال الإثراء بدون سبب[30]، والدّفع غير المستحقّ[31]

---

[28] تعرّف الوقائع القانونيّة (ويقال الأعمال القانونيّة كذلك)، بكونها أعمالا قد تكون جائزة وقد لا تكون جائزة ويترتّب عنها أضرار يحقّ لضحاياها في المطالبة والحصول على تعويضها. وتتمثّل في الجنح وشبه الجنح، وفي أشباه العقود.

[29] تختلف أشباه العقود عن الجنح وأشباه الجنح في كون هذه الأخيرة تنشأ من عمل يأتيه المدين، بخلاف الأولى الّتي تنشأ من عمل يأتيه الدّائن نفسه. حول التـــفرقة بين الجنح وأشباه الجنح، تراجع مؤلـــفات المدخل لدراسة القانون. حول أشباه العقود، يراجع: A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations,* Montchrestien, 5ème éd., 1999, n° 450 à 519.

[30] الإثراء بدون سبب مؤسّسة قانونيّة تجيز لمن تضرّر من إثراء على حسابه، من أن يتحصّل على تعويض ذلك. وقد وقع إرساء هذه المؤسّسة بالقانون التـــونسي بمقتضى الفصل 71 بمجلّة الإلتزامات والعقود في قوله "من اتّصل بشيء أو غير ذلك من الأموال ممّا هو لغيره أو صار ذلك في قبضته بلا سبب موجب لاكتسابه فعليه ردّه لصاحبه". وممّا لا شكّ فيه أن المشرّع التّونسي قد تأثّر في أخذه بها بما آل إليه فقه القضاء الفرنسي في آخر القرن التّاسع عشر، لا سيما في واقعة بائع الأسمدة (Cass. civ. 12 mars 1850, *DP* 1850, 1, 86 ; *S.* 1850, 1, 257 ; 16 fév. 1853, *S.* 1853, 1, 209 ; 9 mai 1853, *DP* 1853, 1, 251). غير أنّه بتخصيصه المؤسّسة بنصوص خاصّة يكون القانون التّونسي مختلفا عن نظيره الفرنسي الّذي لم يفرد المؤسّسة المذكورة بنصوص عامّة، ولئن شمل بعض التـــطبيقات (حول مؤسّسة الإثراء بدون سبب بوجه عامّ، يراجع: F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome générale d'obligation en droit privé français,* thèse Paris, 1945).

[31] يعدّ الدّفع غير المستحقّ من تطبيقات الإثراء بدون سبب. وتسمح لمن تولّى خلاص شيء، حال أنّه غير مطالب بذلك، أو سبق له أن وفّى بدينه من المطالبة باسترجاع ما

والتّصرّفات الفضوليّة[32]... وجميعها ممّا وقع التّنصيص عليه بمقتضى الفصل الأولّ من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل: "تعمير الذّمّة يترتّب على اتّفاقات وغيرها من التّصريحات الإختياريّة وعن شبه العقود والجنح وشبهها".

فقرة 2 - نوعية الإلتزامات التّعاقدية

9- تنوّع الإلتزامات التّعاقدية - تختلف الإلتزامات التّعاقدية بحسب نوعيتها. ويمكن بحسب المعيار المعتمد، أن ندرج إلتزاما ضمن تقسيم أو آخر. وممّا اعتمد للغرض ثلاثة معايير على الأقلّ، يعدّ كلّ واحد منها سببا في نوعيّة من الإلتزامات : معيار أول يأخذ في اعتباره بمحل

دفعه بدون حقّ، أو ما دفعه زيادة على الحساب. وقد تعرّض المشرّع التّونسي لهذه المؤسّسة أيضا بمجلّة الإلتزامات والعقود، حيث خصّها بالفصل 73 القائل: "من دفع ما ليس عليه ظنّا منه أنّه مدين لجهل كان به من حيث الحقوق أو من حيث حقيقة الأمر له أن يسترجع ما أدّاه ممّن اتّصل به..." (حول مؤسّسة الدّفع غير المستحقّ بالقانون الفرنسي، يراجع: S. NIZARD DE SAINT DIDIER, *La répétition de l'indu*, thèse Paris II, 1998).

[32] التّصرّفات الفضوليّة من أشباه العقود. تتّفق مع هذه في كونها تنشأ عن مواقف يأتيها الدّائنون أنفسهم، وتعطي لهم الحقّ في تعويض ما نالهم من الخسارة بسبب تدخّلهم قصد تلافي وضعيّة ضارّة يستفيد بها شخص، كانت أمواله سوف تهدر لو لم يقع التّدخّل من الفضولي لإنقاذها. كأن يتولّى الجار إصلاح باب جاره الّذي وجده مهشّما في غياب هذا الأخير. وبالرّغم ممّا يميّز الفضالة من الخصائص، فهي تتشابه إلى حدّ بعيد مع عقد الوكالة. وربّما كان هذا المعطى ممّا دفع بالمشرّع التّونسي إلى التّعرّض لنظام هذه المؤسّسة (أي مؤسّسة الفضالة) بعد التّعرّض إلى عقد الوكالة. حيث خصّتها (أي المجلّة بالنّسبة للفضالة) بالفصول من 1179 إلى 1194. (وحول التّصرّف الفضولي بالقانون الفرنسي، يراجع: R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, thèse Aix, éd. 1972).

الإلتزام (عنصر 1)؛ معيار ثان يعتمد قوّته (عنصر 2)؛ ومعيار ثالث يعتدّ بدرجة تأكيده (عنصر 3).

عنصر 1 - تقسيم الإلتزامات التّعاقدية بحسب محلّها

10- الإلتزام بالإعطاء والإلتزام بعمل والإلتزام بعدم القيام بعمل[33]

- يؤخذ هذا التّقسيم من تعريف الإلتزام نفسه كرابطة قانونية يتعهّد بمقتضاها مدين على أن يعطيَ دائنَه شيئا، أو أن يقوم له بعمل، أو أن لا يقوم له بعمل.

والمقصود بإعطاء الشيء، لا أن يهبه الملتزم للمتلتزم له، وإنما أن ينقل ملكيته إليه؛ وذاك الشأن في جميع العقود النّاقلة للملكية، سواء كانت

---

[33] يمكن أن ندمج ضمن التّقسيم الّذي يعتمد معيار المحلّ التّمييز بين الإلتزامات البسيطة والإلتزامات المعقّدة. فالأولى تتمثّل في شيء واحد يلتزم به المدين (بيع عقّار، مثلا). بخلاف الثّانية الّتي يمكن أن تتمثّل في أكثر من شيء. كأن يتمثّل محلّ البيع في عقّار وفي أصل تجاري يوجد به. وتعرف هذه الوضعية بوضعية الإلتزامات غير القابلة للقسمة. وتنطبق عليها الفصول 191 وما بعدها من مجلّة الإلتزامات والعقود (Obligations indivisibles). ويمكن أحيانا أن يتضمّن الإلتزام خيارا يترك للمدين أو للدّائن، كأن يكون الحقّ لهذا أو ذاك في تنفيذ إلتزام أو آخر (أداء شيء، أو مبلغ مالي بدله، أو بالقيام بعمل أو بآخر ضمن عقد مقاولة...(Obligations alternatives). وقد وقع التّعرّض إلى التزامات الخيار بالفصول من 151 إلى 162 بمجلّة الإلتزامات والعقود. وتندرج ضمن هذا التقسيم التفرقة بين الإلتزامات الآحاديّة والإلتزامات الجماعية (Les obligations -à objet et sujet uniques- et les obligations plurales). ويمكّن هذا التّمييز من تناول الإلتزامات من وجهة موضوعية، حيث يقع تقديمها بحسب محلّها؛ أو شخصية فيقع الإهتمام في تقديمها بعدد أطرافها، حيث يمكن للدّائن وللمدين أن يكون كلاهما شخصا واحدا، أو عدّة أشخاص. وهي وضعيّة تعرّضت لها مجلّة الإلتزامات والعقود بالفصول من 163 إلى 173 بالنّسبة الى تعدّد الدّائنين، ومن الفصول من 174 إلى 190 بالنّسبة الى تعدّد المدينين.

بعَوض أو بدونه، والـــتّي من أهمـــّها، عقد البيع[34]، حيث يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع منه الى المشتري، مقابل ما يتسلـــّمه من مبلغ ماليّ (ثمن) تنتقل ملكيـــّته من الثـــّاني إلى الأوّل كذلك[35].

أما القيام بعمل، فالمقصود به، أداء خدمة يتولـــّى المدين إتيانها لفائدة دائنه، وهو ما يُعترض في جلّ العقود التي يتمثـــّل محلـــّها في عمل يؤدّيه أحد الأطراف للآخر. ومن تطبيقات ذلك عقد الشّغل، والـــّذي يتعهد فيه الأجير لمؤجره بأداء عمل ما، مقابل ما يتحصّل عليه من أجرة مقابل ذلك[36]؛ وكذلك الحال في عقد الإجارة على الصّنع (المقاولة)، حيث يلتزم أجير الصّنعة فيه (المقاول)، على تقديم خدمة (إصلاح آلة مثلا) للمستأجر (ويقال صاحب المشروع كذلك)، مقابل ما يسلـــّمه هذا لذاك من الأجر[37].

---

[34] للعقد المذكور أهمـــّيـــّة قصوى، لا في المعاملات باعتباره الدّارج فيها، بل وفي القانون أيضا، حيث أن جلّ ما صيغ للعقود الخاصـــّة من القواعد كثيرا ما يعود للعقد المذكور في تنظيم أحكامه (حول البيع عامّة، يراجع، عبد الله الأحمدي، البيع).

[35] تعرّض المشرّع التـــّونسي لأحكام البيع بالفصول من 565 إلى 711 بمجلـــّة الإلتزامات والعقود. ولكنّ هذه الفصول إنـــّما تتضمـــّن القواعد العامّة في البيع، حيث ظهرت إلى جانب البيوعات العامّة إن صحّ التـــّعبير بيوعات خاصـــّة (ومن ذلك البيع بالتـــّقسيط وتنظّمه أحكام القانون عدد 98 – 39 المؤرّخ في 28 أكتوبر 1998).

[36] تعرّض المشرّع التـــّونسي لأحكام عقد الشـــّغل بالفصول من 828 إلى 865 بمجلـــّة الإلتزامات والعقود وخاصـــّة الفصول من 853 إلى 865 الواردة تحت قسم عنوانه "في إجارة الخدمة". وكذلك بمجلـــّة الشـــّغل الصـــّادرة سنة 1966.

[37] تعرّض المشرّع التـــّونسي لأحكام عقد المقاولة بالفصول من 828 إلى 953 بمجلـــّة الإلتزامات والعقود وخاصـــّة الفصول من 866 إلى 953 الواردة تحت قسم عنوانه "في الإجارة على الصـــّنع". والفصول المذكورة إنـــّما تتضمـــّن القواعد العامّة المتعلـــّقة بالإجارة على الصـــّنع، حيث ظهرت إلى جانب عقود المقاولة العامّة إن صحّ التـــّعبير عقود مقاولة خاصـــّة (ومن ذلك في ميدان البناء، إذ يحكمها قانون خاصّ، وهو القانون المؤرّخ في 31 جانفي 1994 والمتعلـــّق بالمسؤوليـــّة وبالتـــّأمين في ميدان البناء...).

وإمّا من الإلتزام المتمثّل في عدم القيام بعمل، فيكون بامتناع المدين عن إتيان تصرف معيّن؛ ومن تطبيقات ذلك، إلتزام كلّ شخص بعدم الإضرار بغيره. وهو من الإلتزامات العامّة بجلّ النّظم القانونية[38]. يُعترض في عديد العقود، ومن ذلك في عقد بيع الأصل التّجاري، حيث يتمثّل إلتزام البائع هنا بالإمتناع عن الإستقرار في أصل يُتعاطى به نفس النّشاط إلى جانب الأصل المباع.

عنصر 2 - تقسيم الإلتزامات التّعاقدية بحسب قوّتها

11- الإلتزامات ببذل عناية والإلتزامات بتحقيق نتيجة - (L'obligation de moyen et l'obligation de résultat)[39]

تختلف الإلتزامات بحسب قوّتها. ويؤدّي ذلك إلى تدرّجها في إلزام المدين بالإكتفاء بما يبذله من عناية في تنفيذ مساهمته إلى مطالبته بتحقيق نتيجة

---

[38] يمكن أن نجد أساسا لذلك في مقتضيات الفصلين 82 و83 بمجلّة الإلتزامات والعقود في قول الأوّل : "من تسبّب في ضرر غيره عمدا منه واختيارا بلا وجه قانوني سواء كان الضّرر حسّيّا أو معنويّا فعليه جبر الضّرر النّاشئ عن فعله إذا ثبت أنّ ذلك الفعل هو الموجب للضّرر مباشرة (فقرة 1). ولا عمل بكلّ شرط يخالف ذلك (فقرة 2)"؛ وفي قول الثّاني: "من تسبّب في مضرّة غيره خطأ سواء كانت المضرّة حسّيّة أو معنويّة فهو مسؤول بخطئه إذا ثبت أنّه هو السّبب الموجب للمضرّة مباشرة (فقرة 1). وكلّ شرط يخالف ذلك لا عمل عليه (فقرة 2). والخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضّرر (فقرة 3)".

[39] حول التّقسيم، يراجع : أحمد بن حسّانة، إقرار مبدأ التّفرقة بين الإلتزام بتحقيق نتيجة والإلتزام ببذل عناية في القانون المدني التّونسي، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، سنة جامعيّة 1999-2000.

يعدّ دونها مقصّرا في تنفيذ ما التزم به[40]. وتعرف الأولى بالإلتزامات ببذل عناية، في حين يصطلح على الثـّانية بالإلتزامات ببذل عناية.

ففي الإلتزامات ببذل عناية، يقتصر دور المدين على القيام بما من شأنه أن يحقـّق النـّتيجة المرجوّة، دون إلزامه بالحصول عليها؛ ومن الأمثلة الدّارجة على ذلك، إلتزام الطـّبيب الـّذي لا يتمثـّل في تحقيق الشـّفاء لمريضه وإنّما في علاجه العلاج الكفيل بذلك؛ والتزام المحامي الـّذي لا يتمثـّل في ربح القضيـّة، وإنـّما في تقديم الدّفاع الأنسب للغرض. وهو ما يوجب على معاقد كلّ منهما (المريض في مثال الطـّبيب؛ الموكـّل في مثال المحامي) أن يثبت تقصير معاقده (الطـّبيب في حالة والمحامي في حالة) عند السّعي في تحقيق الغاية الـّتي استؤجر لها. أما في الإلتزامات بتحقيق نتيجة، فإن تعهـّد المدين يتمثـّل في تحقيق الغرض الـّذي وقع التـّعاقد معه لأجله، فلا يعفى إلاّ بتحقيقه؛ ومن أمثلة ذلك، إلتزام البائع بتحقيق انتقال ملكيـّة المبيع منه إلى المشتري، والتزام النـّاقل بإيصال حريفه إلى وجهتة (سليما معافى)؛ ممّا يقوّي في التزامات المدين في كلا الحالتين، فيعدّ مقصّرا بعدم تحقيق النـّتيجة الـّتي استؤجر لها (عدم نقل الملكية في المثال الأوّل؛ عدم إيصال الحريف إلى وجهته في المثال الثاني)؛ ولا يمكن له أن يتفصّى من المسؤوليـّة، إلاّ بإثبات أمر (له خصائص القوّة القاهرة -الخارجيـّة وإستحالتي التـّوقـّع والدّفع-) يحول دون تحقيق النتيجة المرجوّة.

وما من شكّ في أخذ النـّظم القانونيـّة عموما، والنـّظام القانوني التـّونسي كذلك، بهذه التـّفرقة، حيث يمكن أن نجد لها تأصيلا في النـّصوص التـّشريعيـّة[41] وفي فقه القضاء، هنا[42] وهناك[43].

---

[40] حول هذا التّقسيم يراجع: F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Ed. Dalloz, Collect. « Précis-Droit privé », 8ème éd., n° 6 et 577 et ss.

ومع ما تكتسيه التـــفرقة المذكورة من الأهمّيـــة بجلّ النـــظم القانونيّة، فإن تطبيقها لا يخلو من الصّعوبات؛ بعضها مردّه معايير التـــفرقة نفسها؛ وبعضها نسبية التـــقسيم المؤسّس لها ذاته.

---

[41] من تطبيقات الفصول المرسية للإلتزام بتحقيق نتيجة، ما جاء بالفصل 276 بمجلـــة الإلتزامات والعقود في قوله: "إذا كان موضوع الإلتزام النـــهي عن عمل شيء، فالملتزم مطلوب بالخسارة بمجرّد مخالفته لذلك..."؛ وممّا يرسي الإلتزام ببذل عناية ما جاء بالفصل 667 بخصوص إلتزام المتسوّغ حيث جاء فيه ما يلي: "على المكتري أداء الكراء وحفظ ما اكتراه واستعماله بدون إفراط ولا تعدّ، حسبما أعدّته له طبيعته أو العقد" .

[42] من ذلك حكم صادر عن محكمة ابتدائيـــة المهديـــة جاء فيه ما يلي: "صاحب سيـــارة نقل الأشخاص يعتبر مسؤولا من وقت تعهّده بالمسافر بما يصيبه من الأضرار الطـــارئة عليه مدّة النـــقل، إذ يجب عليه أن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالما (الفصلان 653 و655 المجلـــة التـــجاريـــة)" ابتدائيـــة المهديـــة عدد: 212، مؤرّخ في 29 أكتوبر 1962، قضاء وتشريع 1963، عدد 7 صفحة 63). وكذلك ما جاء بأحد القرارات التـــعقيبيـــة من "حيث أنّ طبيعة العقد بين الحريف وصاحب النـــزل تقتضي أنّ هذا الأخير ملزم باتـــخاذ جميع التـــدابير الكفيلة بضمان سلامة الحريف وحفظه من الأخطار المضرّة... وتبعا لذلك، كان على شركة النـــزل التـــونسيـــة أن توفـــر كلّ المعدّات اللاّزمة لضمان راحة وسلامة النـــزلاء... وحيث أن شركة النـــزل لمـــا لم تجهّز مرحاض الغرفة المذكورة بآلة الســـيفون فقد أخلـــت بواجب بذل العناية اللاّزمة التـــي تفرضها عليها طبيعة العقد، وبذلك فهي مسؤولة عن مقتضاه بهذا الحادث" (تعقيبي مدني عدد 10578، مورّخ في 7 نوفمبر 1974 نشريـــة 1974، جزء 2، ص 118). وجاء بحكم صادر عن محكمة تونس الإبتدائيـــة ما يلي : "يتكوّن بين الطـــبيب والمريض عقد يلتزم بموجبه هذا الأخير ليس بشفاء المريض وإنما ببذل العناية الـــتي تتوافق مع الضـــمير والإنتباه والمعطيات العلميـــة ممّا يؤدّي إلى القول أنّ إلتزام الطـــبيب التزام ببذل عناية" (حكم عدد 38127 صادر بتاريخ 7 جوان 1982 (غير منشور).

[43] حول التـــفرقة بالقانون الفرنسي، يراجع: MALABAT « Distinction des obligations de moyen et de résultat », *Etudes Lapoyade Deschamps*, Univ. Montesquieu-Bordeaux, IV, 2003 ; F. MAURY, *RRJ* 1998/4, 1243.

12- معايير التّفرقة بين الإلتزامات التّعاقدية ببذل عناية والإلتزامات التّعاقدية بتحقيق نتيجة - قد يثار في التّطبيق التّساؤل عن قوّة بعض الإلتزامات، إن كانت من تحقيق النتيجة أم من بذل العناية. وإذ يمكن للتّساؤل المذكور أن يطرح، فلأن الإلتزامات قد تتعدّد وتتداخل بنفس العلاقة التّعاقديّة؛ فعقد بيع الأصل التّجاري مثلا، يتضمّن إلتزاما بتسليم الأصل للمشتري، وبعدم الإستقرار في نفس النّشاط بنفس المكان (وكلاهما من الإلتزامات بتحقيق نتيجة)، وقد يتضمّن التزاما بتقديم المشتري للحرفاء أيضا قصد تنمية هؤلاء، (وهو من الإلتزامات ببذل العناية...).

وممّا يخفّف من حدّة الإشكال، وأنّه لا يطرح بالنّسبة الى إلتزامات الإعطاء وعدم القيام بعمل، فكلاهما ينتمي إلى صنف الإلتزامات بتحقيق نتيجة[44]. ولكنّ الإشكال يطرح بالنّسبة الى إلتزامات المتمثّلة في القيام بعمل، لا سيّما لما يعرّفها بالتزام السّلامة الّذي أرسته عديد النّظم القانونية في جملة من العقود، وخاصّة في عقد النّقل[45]. وإذً يثار

---

[44] يمكن استخلاص ذلك فيما يتعلّق بالإلتزامات بعدم القيام بعمل من صريح الفصل 276 بمجلّة الإلتزامات والعقود في قوله: "إذا كان موضوع الإلتزام النّهي عن عمل شيء فالملتزم مطلوب بالخسارة بمجرّد مخالفته لذلك، وحينئذ يسوغ للملتزم له أن يطلب إذن الحاكم بإزالة ما أجراه الملتزم المذكور ومصروف ذلك من مال المخالف".

[45] ممّن أرسوا العمل بالإلتزام بضمان السّلامة، القرار التّعقيبي المدني عدد3767 المؤرّخ في 28 ماي 1981 (نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1981) والّذي جاء في أحد حيثيّاته ما يلي : "إنّ مسؤوليّة النّاقل البرّي للأشخاص قد ضبطت بالفصلين 653 و655 من المجلّة التّجاريّة وهي مسؤوليّة تعاقديّة بنيت على تعهّد النّاقل بضمان النّقل وسلامة المسافر" (يراجع كذلك حكم مدني ابتدائي -تونس- عدد 212 مؤرّخ في 29 أكتوبر 1962، ق ت عدد 7 لسنة 1963، الصّفحات 63/665 ؛ يراجع أيضا محمّد الصّالح بن حسين "مسؤوليّة ناقل الأشخاص" ق ت عدد 6 لسنة 1987، الصّفحات 22 وما بعدها).

الإشكال هنا، فغالبا ما يكون بمناسبة أضرار تلحق بالحريف أثناء واقعة النـــقل؛ فيقع التـــساؤل إن يعدّ النّاقل مخلاّ بالتزامه، بمجرّد حصول الضّرر، ممّا يعفي حريفه من إثبات تقصيره كناقل، أم يشترط -في تعويض ما حصل له من أضرار-، أن يثبت التـــقصير في جانب النّاقل المذكور؟

قدّم للفصل بين نوعيـــّة كل إلتزام، معياران على الأقلّ.

فأمّا من معيار أوّل، فيعتمد درجة ثبوت الإلتزام واحتماله؛ ويأخذ في اعتباره بالقضاء والقدر؛ وذاك ما يبرّر تصنيف إلتزامات الطـــبيب ضمن الإلتزامات ببذل عناية؛ حيث يبقى الشـــّفاء، مع جميع ما يتـــّخذه المدين من إحتياطات، رهين جملة من الظـــّروف يعسر الأخذ بناصيتها (كتقدّم المريض في السّنّ؛ وقوّة بنيته أوضعفها؛... و... حالة الطـــّقس...).

وأمّا من معيار ثان، فيأخذ بمدى اقتصار التـــّنفيذ على تدخّل المدين من عدمه؛ وهو ما يؤدّي إلى جعل التزام المحامي ضمن الإلتزامات ببذل عناية هو الآخر؛ حيث يتوقـــّف مآل الدّعوى الـــّتي يكلـــّف بالنـــّيابة فيها عن مدى مسايرة القضاء لما يعتمده من مواقف قد تحظى بموافقة القضاة وقد لا تحظى. ويؤخذ في تطبيق المعيار المذكور أيضا، مدى مساهمة الدّائن نفسه في تنفيذ الإلتزام؛ إذ منها ما يكون دور الدّائن فيها إيجابيا، بالقول والحركة... ومنها ما يكون دوره فيها سلبيا، لا قول له فيها ولا حركة[46]...

---

[46] مكـــّن الإعتبار الأخير في الذّكر، من الفصل في الإشكال المطروح بشأن ما ينتمي من إلتزامات النّاقل إلى بذل عناية وما يكون فيها من تحقيق نتيجة؛ فاقتـــُصر في الأخذ بواجب السّلامة كواجب يتعهّد النّاقل بتحقيقه بالنسبة الى الأضرار الـــّتي تحصل للرّاكب بداية من امتطائه لوسيلة النّقل إلى حين مغادرته لها، مبقيا ما يحصل من الأضرار خارج الوسيلة المذكورة إلى الإلتزامات ببذل العناية (حول التّفرقة وموقف فقه القضاء منها، تراجع : Mlle G. VINEY et P. JOURDAIN, *La responsabilité civile,*

13- نسبيّة التّفرقة بين الإلتزامات التّعاقدية ببذل عناية والإلتزامات التّعاقديّة بتحقيق نتيجة - يكتسي التّقسيم بين ما ينتمي من الإلتزامات التّعاقديّة إلى تحقيق نتيجة وما ينتمي منها إلى بذل العناية أهمّيّة في التّطبيق، لا سيّما بالنّسبة الى الإلتزام بضمان سلامة المتعاقد الملمّع إليه منذ حين[47]. ومع ذلك، فإن التّقسيم المذكور يعيش نوعا من التّراجع بحكم ما يشهده كلّ التزام فيه من تقارب. فبعض الواجبات الطّبّيّة (واجب إعلام المريض مثلا)، اتجه فقه القضاء (الفرنسي) إلى اعتبارها، لا من الإلتزامات ببذل العناية البحتة، وهو ما كان يوجب على المريض أن يثبت خطأ طبيبه، وإنّما من الإلتزامات ببذل العناية المقوّاة (Obligations de moyen renforcées)، أو من الإلتزامات بتحقيق نتيجة مخفّفة[48](Obligations de résultat atténuées) ، والّتي تؤدّي إلى اعتبار الطّبيب مخلاّ بواجباته، ما لم يثبت وأنّه تولّى فعلا تنفيذها على الوجه الأكمل... [49].

Les conditions, in *Traité de droit civil,* sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ).

[47] حول هذا المفهوم وتطبقاته (في المادّة التّعاقدية على وجه الخصوص)، يراجع: S. ABID-MNIF, *L'obligation de sécurité dans les contrats,* Mémoire de DEA, Faculté de droit de Sfax, Année universitaire 2001-2002.

[48] حول هذه المفاهيم، وتطبيقاتها بفقه القضاء الفرنسي، يراجع: F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, *Les obligations,* Précis Dalloz, 8ème éd., n° 1009.

[49] ربّما كان حكم محكمة تونس الإبتدائيّة عدد 38127 الصّادر بتاريخ 7 جوان 1982 والسّالف في الذّكر من أوّل ما طبّق هذا التّقارب. فبعد أن صرّح بأنّه "يتكوّن بين الطّبيب والمريض عقد يلتزم بموجبه هذا الأخير ليس بشفاء المريض وإنّما ببذل العناية الّتي تتوافق مع الضّمير والإنتباه والمعطيات العلميّة ممّا يؤدّي إلى القول إنّ إلتزام الطّبيب التزام ببذل عناية" أضاف: "حيث أنّه ولئن اتّفق الفقهاء على أنّ إلتزام الطّبيب نحو المريض هو إلتزام ببذل عناية ولا يتقيّد بنتيجة، ودرج على ذلك فقه القضاء إلاّ أنّه يتعيّن على الطّبيب إثبات أنّه بذل جميع جهوده وأقصى

عنصر 3 - تقسيم الإلتزامات التّعاقدية بحسب درجة تأكيدها

14- الإلتزامات التّعاقدية الخالصة والإلتزامات التّعاقدية المشروطة (Obligations conditionnelles et obligations pures et simples) - يمكّن المعيار المذكور، من التّمييز بين ما يكون من الإلتزامات خالصا (Obligations pures et simples) وما يكون منها مشروطا (Obligations conditionnelles).

فأمّا من حيث الإلتزامات الخالصة، فهي ما يطالب المدين بتنفيذه، مهما كانت الظّروف؛ فلا يمكن له أن يتفصّى من مسؤوليته إلاّ بإثبات أمر تتوفّر فيه شروط القوّة القاهرة[50]. بخلاف الإلتزامات المشروطة الّتي يتوقّف قيامها أو زوالها على ظروف خارجة عن إرادة أحد الأطراف. وممّا تثيره الإلتزامات المذكورة من التّساؤل، القصود بمفهوم الشّرط.

15- مفهوم الشّرط وأنواعه- جاء بمجلّة الإلتزامات والعقود في الفصل 116 المتعلّق بتعريف الشّرط بكونه (أي "الشّرط) تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلّق وجود الإلتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير متحقّق الوجود. والأمر المتحقّق الوجود وقت التّعاقد أو قبله لا يعدّ شرطا، ولو جهل المتعاقدان وجوده"[51].

عنايته لفحص المريض قصد اكتشاف مرضه واستعمل كافّة ما في وسعه واحتاط احتياطا تامّا متجنّبا الخطأ".

[50] هذه الشّروط هي، حسب الفصل 282 من مجلة الإلتزامات والعقود، الخارجيّة، واستحالة التّوقّع، واستحالة الدّفع. ويضاف أيضا غياب الخطإ من المدين؛ عن القوّة القاهرة، تراجع بسمة التّواتي، رسالة مرحلة ثالثة، تونس 1993.

[51] يقدّم هذا التّعريف الشّرط على أنّه معطى في ضمن العقد، حال أنّه خارج عنه. وربّما كان التّعريف المعتمد للشّرط بالقانون الفرنسي أكثر ملاءمة، آذ يعرّف هناك بكونه ظرف مستقبلي، غير موكّد الوقوع، يتوقّف عنه مآل العقد قياما أو فسخا: « La condition est un événement futur et incertain, auquel est subordonnée

ومن ثمّة، يتضّح أنّ الشّرط الذي يتوقّف عليه مآل الإلتزام نوعان: تعليقي وفسخي[52]. فأمّا الشّرط التّعليقي، فهو ما يتوقّف على وقوعه قيام إلتزام صحّة؛ كأن أصرّح بأن أبيعك منزلي الكائن بالمدينة إن أنا نُقلت بالعمل إلى مكان آخر؛ وأما الشّرط الفسخي، فتنفسخ به علاقة تعاقديّة قائمة؛ كأن أبيعك منزلي، وأشترطُ عليك أن أسترجعه منك إن أنا عُيّنت بالعمل في المنطقة التي يوجد بها...

16- مقتضيات الإلتزام المشروط- تعرّض المشرّع التّونسي للشّرط بالفصول من 116 إلى 135 بمجلّة الإلتزامات والعقود. وتقتضي مجمل هذه الفصول، لكي يصحّ الإلتزام، أن لا يخضع قيامه أو انقضاؤه للإرادة الصّرفة لأحد الأطراف (Condition potestative)؛ وأن لا يكون منافيا للنّظام العامّ وللأخلاق الحميدة (Condition illicite ou immorale)، كأن يشترط أحدهم على المرأة أن يهبها شيئا من ماله إن هي مكّنته من نفسها... فالشّرط الباطل يبطل به جميع الإلتزام، ما لم تقتض النّصوص خلاف ذلك، أو ظهر من ظروف العلاقة ما يمكّن من الإبقاء عليه دون الشّرط الباطل[53].

ومتى تحقّق الشّرط، تعليقيّا كان أو فسخيّا، كان له أثر رجعي. فيقوم الإلتزام منذ تاريخه في الصّورة الأولى، وينقضي من تاريخه في الصّورة الثّانية. "ما لم يتبيّن من اتّفاق المتعاقدين أو من نوع الإلتزام ما يدلّ على أن المراد من الشّرط عمله من ذلك اليوم (والمقصود

---

la formation ou la disparition d'une obligation » (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 1218).

[52] حول الشّرط، يراجع: J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse dactyl. Lille 1977, 2 vol.

[53] حول الإلتزامات المشروطة، تراجع : سميرة الحرزي، الشّرط في العقد، مذكّرة مرحلة ثالثة، تونس 1992-1993.

اليوم الـــذي تحقـــق فيه الظـــرف المكوّن للشـــرط قياما أو زوالا)" (الفصل 133 م ا ع)[54].

مبحث 2 - العقد كمصدر للإلتزام بوجه خاصّ

17- **تقديـــــم** - تتطلـــب دراسة العقد كمصدر للإلتزام، التّوقّف عند بعض **مفاهيمه** (**فقرة 1**)، وأهم **مبانيه** (**فقرة 2**).

فقرة 1 - المفاهيـــــم

18- **العقد والعقود** - **العقد** واحد في مفهومه، متعدّد في مظاهره؛ ممّا يجيز التـــعرّض إلى اصطلاحه في **المفرد** (**عنصر 1**)، وإلى أنواعه في **الجمع** (**عنصر 2**).

كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية
BIBLIOTHEQUE

---

[54] يختلف القانون التّونسي في مسألة رجعيّة الشّرط عن القانون الفرنسي، حيث يتضمّن هذا الأخير قاعدة عامّة، طبقا للفصل 1179 من المجلّة المدنية الفرنسية، بخلاف القانون التّونسي، الّذي يعتبر في هذا الصّدد اتّفاق الطّرفين (وهو ما يمكّن من تفسير العقد والبحث عمّا انصرفت إليه إرادتهما عند التّعاقد) وطبيعة الإلتزامات. وفي ذلك يتشابه القانون التّونسي مع القانون الألماني (الفقرة 159 من المجلّة الألمانية). ولكنّ الجميع يتقارب بحكم اعتبار القانونين التّونسي والألماني مراد الأطراف وطبيعة الإلتزامات (C. WITZ, *Droit privé allemand,* Litec 1992, n° 552 et ss.)، وبحكم إعطاء الحرّيّة للأطراف، بالقانون الفرنسي، على إمكانية استبعاد الأثر الرّجعي للشّرط (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* 8ème éd., n° 1236). كما أنّ التّقارب حاصل من فصل مسألة قيام الإلتزام وتحمّل مخاطر الشيء. ففي القانون التّونسي، ينقضي الإلتزام إذا ما هلك الشيء المتعاقد فيه بدون خطإ من المدين (الفصل 129 م ا ع)، وكذلك الحلّ في القانون الفرنسي، حيث جاء بالفصل 1182 فقرة 2 من المجلّة المدنيّة الفرنسية " Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte".

عنصر 1 - العقد في المفرد

19- تعريف العقد - العَـقد (بالفتح)[55]، ويقال كذلك العـُقدة[56] والإتـّفاق[57]؛ وهو تلاقي إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو تحويله أو إنهائه، مع تنظيم كل ذلك، قياما وتنفيذا.

ويقصد بالإنشاء، خلق الإلتزام من عدم، مثال ذلك في البيع، حيث يولـّد العقد حقـّا للبائع في الحصول على الثـّمن، وللمشتري في ملكية المبيع.

---

[55] تختلف عبارة "عقد" (بالفتح) عن عبارة عقد (بالكسر). وترمي هذه الأخيرة إلى ما تضعه المرأة عادة من المجوهرات بجيدها. وفي كلتا العبارتين هناك صورة العقدة والإرتباط... وربّما التـّعقيد الـّذي لا يكون دائما لأغراض جمالية. ويمكن أن يلمس نفس الواقع في الصّياغة الفرنسيّة لكلمة Contrat. ويقصد بها مبدئيّا الإتـّفاق والتـّصادق. ولكنّ الإشتقاق لا يفيد دائما ذلك. ومن معاني عبارة Contracter الملاقاة كذلك. ولا يكون ما يلاقى من الأشياء محبّذا دائما بل ومنه المستهجن كذلك، ومن ذلك الأمراض مثلا (On contracte les amis comme on contracte les maladies aussi (G. ROUHETTE, Le contrat, *Encyclopédie Universelle*). ولا يفوتنا ونحن نتعرّض إلى التـّعريف بالمصطلحات ما درجت عليه لغة الإجرام (المنظّم) في استعمالها لعبارة Contrat sur la tête de quelqu'un، والـّتي تقتضي وجود اتـّفاق "رهيب" غايته تعهّد الغير بقتل شخص معيّن بمقابل...

[56] كثيرا ما تستعمل هذه العبارة من فقه القضاء. وهي في رأينا ممّا يتـّجه تحاشيه.

[57] المصطلحان مترادفان. ولئن كان العقد يصلح لتكوين الإلتزامات وإنشائها بخلاف الإتّفاق الّذي لا يصلح إلاّ للتـّكوين والتـّحويل والإنقضاء. ومن ثمّة فإن التـّصالح ينطبق عليه مصطلح الإتـّفاق، لا العقد. وكذلك التـّحكيم. وما من شكّ، في اعتبار مجلـّة التـّحكيم موضوع القانون عدد 42 المؤرّخ في 26 أفريل 1993 والمتعلـّق بإصدار مجلـّة التـّحكيم للإختلاف بين المصطلحين، حيث تستعمل المجلـّة المذكورة في فصلها 2، "اتـّفاقية التـّحكيم"، لا عقد التـّحيكم (الفصل 2 : "اتـّفاقية التـّحكيم هي إلتزام أطراف على أن يفضّوا بواسطة التـّحكيم كلّ أو بعض النـّزاعات القائمة..." وبالفرنسية "...La *convention d'arbitrage* est l'engagement".

ويقصد بالتّحويل تغيير الإلتزام ذاتيا وموضوعيا؛ ويكون التّحويل الذّاتي بتغيير أطراف الإتّفاق، كما هي الحال في ضمان العيوب، حيث ينتقل ضمان المنتوج من بائعه إلى المستهلك، فيتبعُ الضّمانُ الشّيءَ لدى أيّ شخص يوجد لديه (يراجع في هذا الشّأن الفصل 17 من القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 والمتعلّق بحماية المستهلك). أمّا التّحويل الموضوعي فيكون بتغيير محلّ الإلتزام من شيء إلى آخر؛ ومن أمثلة ذلك، ما اقتضاه الفصل 341 من مجلّة الإلتزامات والعقود في القبول بالإتّفاق الرّامي إلى أخذ عيّنة تكون وسيلة لخلاص المدين عوضا عمّا وقع الإتّفاق على إعطائه للوفاء به بداية (Dation en paiement).

ويقصد بالإنقضاء ما يؤدّي إلى إنهاء العمل بالإلتزام، ويكون ذلك بعدّة أوجه، حصرها الفصل 339 من مجلّة الإلتزامات والعقود[58]؛ مثال التّنازل عن الدّين[59]، وهو ما ينضوي ضمن ما ذكره الفصل المذكور في استعماله لعبارة "الإبراء".

20- مصطلح العقد (العقد والكتب) - كثيرا ما يقع الخلط في التعبير، بين العقد من جهة والكتب من جهة أخرى؛ وإذ يحصل ذلك، فبحكم ما تستوجبه القوانين عادة من كتايب تشترط لصحّة ما تتضمّنه من إلتزامات أحيانا، ولإثباتها أحيانا أخرى.

---

[58] جاء بالفصل 339 م ا ع ما يلي : "تنقضي الإلتزامات بأحد الأوجه الآتية وهي: أوّلا: الوفاء بالإلتزام؛ ثانيا: تعذّر الوفاء به ؛ ثالثا : الإبراء الإختياري ؛ رابعا : استبدال الإلتزام بغيره ؛ خامسا : المقاصّة ؛ سادسا : اختلاط الذمّة ؛ سابعا : مضيّ مدّة القيام بالحقوق؛ ثامنا : الإقالة الإختياريّة".

[59] تنطبق في ذلك القواعد القانونيّة المنظّمة لبراءة الإسقاط (La renonciation)، موضوع الفصول من 350 إلى 356 من مجلّة الإلتزامات والعقود.

ومع ما يحصل من خلط بسبب استعمال المصطلحين (العقد والكتب) مكان بعضهما، فلكلّ واحد منهما مجاله؛ حيث أنّ العقد اتــّفاق؛ أمّا الكتب فهو ما يجسّم الإتــّفاق.

وربّما كانت المصطلحات اللاّتينية أبلغ في التــّمييز بين الواقعين (العقد من جهة، والكتب من جهة أخرى)؛ حيث يعبّر عن الأوّل بكلمة *Negotium*، وعن الثــّانية (وغالبا ما يكون كتبا) بكلمة *Instrumentum*.

عنصر 2 – العقود في الجمع (تقسيماتها)

21– فوائد التــّقسيم – تتعدّد العقود، ممّا يجيز التــّقسيم فيها.

وللتــّقسيمات التــّعاقدية فائدة جمّة في التطبيق، تتمثــّل في إخضاع كلّ منها إلى نظام، عيــّنه المشرّع للغرض. وممّا يضيف لذلك، قصور التــّشريع عن التــّنبّه إلى كافــّة العقود وذلك بتخصيص كل واحد منها بنظام خاصّ به.

وتتدعّم فوائد التــّقسيم كذلك بمبدإ الحرّيــّة التــّعاقدية الــّذي يسمح للأطراف باستنباط أنماط اتــّفاقيــّة ما سبقهم إليها غيرهم؛ وقد تحصل نزاعات بين هؤلاء، فيقع التــّساؤل عن القواعد المنطبقة في علاقتهم؛ والمعلوم في هذا الشــّأن، وأنّ غياب النــّصوص القانونية لا يسمح للقضاة برفض الحكم[60]؛ بل على من يتعهــّد منهم بنزاع ما، أن يستنبط القاعدة القانونية المنطبقة فيما قد يطرح عليه من الإشكاليــّات الواقعيــّة

---

[60] طبقا للفصل 108 من المجلــّة الجنائيّة ونصّه: "كلّ موظــّف من النّظام العدلي يمتنع لأيّ سبب كان، ولو لسكوت أو غموض القانون من الحكم بين الخصوص بعد طلبهم ذلك منه ويستمرّ على امتناعه بعد إنذار أوامر رؤسائه يعاقب بخطيّة قدرها ألف فرنك".

والقانونيـــّة؛ ولا يتولـــّى القاضي ذلك دون قيود، بل عليه أن يراعي في ذلك منهجية معينة قوامها التـــّكييف القانوني[61].

وممّا يعتمد في هذا الصـــّدد، التـــّنظير بين ما يوجد على صعيد الواقع من الإتـــّفاقات وما عيـــّنه المشرّع من الاحكام في تنظيم البعض منها؛ وتتمّ عمليـــّة التـــّكييف وفق منهجيـــّة معيـــّنة[62]. وممّا يراعى في ذلك، أيضا، جملة من المعايير الـــّتي يمكن لمتولـــّي التـــّكييف أن يتـــّبعها، للقول باندراج علاقة تعاقديـــّة في فصيلة أو أخرى، ضمن عديد تقسيمات العقود المتعارف عليها...

22- **معايير التـــّقسيم** - تختلف المعايير التي يمكن اعتمادها في تقسيمات العقود. وربّما كان أوّل ما يعاد إليه منها، **المادّة القانونية المعنيـــّة بالتعاقد** (أ). وإذا ما اقتصرنا على مادّة القانون المدني، فيمكن الرّجوع، في التـــّقسيم، إلى ما يهمّ **مادّة العقود الخاصّة من جهة، وما يهمّ النّظرية العامّة للعقد من جهة أخرى (ب).**

أ) تقسيم العقود بالرّجوع إلى المادّة القانونية المعنيـــّة بالتـــّعاقد

23- **نتائج التـــّفرقة** - يمكـــّن معيار المادّة القانونيـــّة من التـــّمييز بين **عقود القانون العامّ وعقود القانون الخاصّ (1)** ؛ ثمّ، وضمن **عقود القانون الخاصّ**، بين عديد العقود الـــّتي تتحدّد بالإنتماء إلى فرع أو آخر ضمن فروع القانون الخاصّ (2).

---

[61] حول التّكييف، انظر المبحث المتعلّق بتنفيذ العقد، وتحديدا بقراءته.

[62] تقتضي المنهجيـــّة المذكورة أن يتولـــّى القاضي فهم المعروضة عليه أولا وتكييفها ثانيا وتطبيق القاعدة القانونيـــّة المنطبقة عليها ثالثا، اعتمادا على مصادر القانون (يراجع في هذا المعنى قرار دوائر مجتمعة عدد 16622، مؤرّخ في 30 جانفي 2003 غير منشور).

1 - عقود القانون العامّ وعقود القانون الخاصّ

24- من تقسيمات العقود ما يعتمد التـــفرقة بين مادّتي القانون العامّ والقانون الخاص، فيميـــز بين العقود الإدارية من جهة، والعقود المدنيـــة بالمفهوم الواسع (*Lato sensu*)، من جهة أخرى.

وتتطابق العقود الإدارية مع الإتـــفاقات المبرمة بين المصالح الإدارية، أو مصالح إدارية والخواصّ تسييرا للشـــؤون العامّة؛ في حين تتوافق العقود المدنية مع ما يبرمه الخواصّ أنفسهم من الإتـــفاقات تسييرا لشؤونهم الخاصّة.

وللتـــفرقة -بين العقود الإدارية والعقود المدنية- فوائدها، حيث تخضع الأولى، من حيث المبدإ على الأقلّ، إلى أحكام القانون العامّ وهي أحكام تغلب عليها الصّبغة الإلزاميـــة، في حين تخضع الثـــانية -مبدئيّا كذلك- إلى أحكام القانون الخاصّ الـــتي تغلب عليها الصّبغة الإختياريـــة من حيث المبدإ على الأقلّ[63].

ويوجب الإختلاف في النّظام القانوني لكل فئة من الفئتين السّالفتي الذّكر، تحديد ما ينتمي إلى العقود الإدارية، من جهة، وما ينتمي منها إلى العقود المدنية، من جهة أخرى. وتطرح الصّعوبات بسبب تدخـــل المصالح الإدارية في العلاقات المدنية، واستعمالها لطرق الخواصّ وأساليبهم في تسيير بعض المرافق العامّة، وتفويض ذلك لأشخاص خاضعة للقانون الخاصّ مع السّماح لهؤلاء باستعمال امتيازات السّلط العامّة عند تنفيذهم لبعض المقتضيات التـــعاقديـــة[64].

---

[63] حول التّمييز بين موادّ القانون العامّ وموادّ القانون الخاصّ، تراجع المؤلّفات المخصّصة لمدخل دراسة القانون المذكورة، ويضاف إليها محمّد الشّرفي: *Introduction à l'étude du droit*, Ed. Cérès-Editions, 3ème éd., 1997.

[64] حول هذه المسائل، تراجع مؤلّفات القانون الإداري، ومن ذلك بالنّسبة الى القانون التّونسي: عياض بن عاشور : *Droit administratif*, CERP 1982.

وممّا يعتمد في ذلك معياران على الأقلّ: الأوّل شكلي، يأخذ بصفة الأطراف المتعاقدة؛ فإذا كانت أشخاص معنوية تابعة للقانون الإداري (دولة، جمعيّات عموميّة - بلديّات مثلا-...)، كان عقدها إداريا؛ وإذا كانت أشخاص معنوية، تابعة للقانون الخاصّ (جمعيّات، شركات، نقابات...)، عدّ عقدها مدنيّا. أمّا المعيار الثّاني فموضوعي، يعتدّ بمحتوى الإتّفاق نفسه؛ فإذا كان لغاية عمومية (تسيير مرفق عمومي) عدّ من العقود الإداريّة، وإذا كان لغاية خاصّة (ولو بالجهة المتعاقدة)، عدّ العقد معها مدنيّا[65]. وممّا يعتمد في تكييف عقد بالإداري على وجه الخصوص، أن يتضمّن العقد اشتراطات غير مألوفة في ظلّ القانون الخاص Clauses exorbitantes au vu du droit commun؛ كأن تقتطع الإدارة المتعاقدة لنفسها الحقّ في مراقبة إنجاز ما وقع الإتّفاق عليه، وفي إبدال المتعاقد بغيره، أو الفسخ بمقتضى قرار آحاديّ الجانب...

ومع ما يكتسيه التّمييز بين العقود الإداريّة والعقود المدنيّة من الأهمّية في المعاملات، فهو يشهد اليوم تراجعا، بحكم ما تعيشه التّفرقة بين مادّة القانون العامّ ومادّة القانون الخاصّ نفسها من تراجع كذلك[66]،

---

[65] وهو الإتّجاه الّذي سلكه مجلس تنازع الإختصاص في عدّة قرارات منها القرار عدد 47 الصّادر بتاريخ 16 أفريل 2002 والقرار عدد 48 الصّادر في 16 أفريل 2002. طبقا لهذا الإتّجاه، تكون عقود تزوّد الكلّيّات بأقفال الأبواب من أحد المزوّدين (مثلا)، من العقود الخاصّة ولو أنّ الكلّيّة مؤسّسة عموميّة خاضعة في تسييرها لقواعد القانون الإداري. غير أنّ ذلك لا يمنع من وجوب الخضوع، قبل إبرام الصّفقة إلى بعض الأحكام المنصوص عليها بقانون الصّفقات العموميّة...

[66] حول هذا التّراجع H. KOTRANE, *Introduction à l'étude du droit, Cadre juridique des relations économiques*, CERP, Tunis 1994, n° 61 à 63.

وبحكم ما ينطبق في العقود الإدارية من قواعد هي ممّا صاغه فقهاء القانون الخاصّ في تنظيرهم للعقود المدنيـــّة عموما[67].

2 – عقود القانون الخاصّ

25- يقع الرّجوع في هذا التـــّقسيم إلى ما تشهده مادّة القانون الخاصّ من التـــّفرّع. وربّما كان أهمّ تقسيم هنا، ما يميـــّز بين عقود تنتمي إلى القانون المدني بالمفهوم الضيـــّق (*Stricto sensu*) وعقود تنتمي إلى القانون المدني بالمفهوم الواسع (*Lato sensu*) وتحديدا إلى فروعه، وعلى رأسها فرع القانون التـــّجاري، فيمكـــّن ذلك من التـــّمييز بين العقود المدنيـــّة من جهة، والعقود التـــّجاريـــّة، من جهة أخرى.

26- العقود المدنيّة والعقود التـــّجارية – العقود المدنية هي ما يبرمه الخواصّ تسييرا لشؤونهم العائلية ومعاملاتهم اليومية. أمّا العقود التـــّجارية فهي ما يبرمه التـــّجّار والصنّاعيون لمتطلـــّبات نشاطهم الإقتصادي[68].

ويعدّ هذا التـــّقسيم صدى لانسلاخ مادّة القانون التـــّجاري عن مادّة القانون المدني[69]. وقد اعتمده المشرّع التـــّونسي (أي هذا التـــّقسيم) بناء

---

[67] لا أدلّ على ذلك من نظريّة المعاهدة أو الإتّفاقيّة الدّولية، حيث نجد رجوعا وتطبيقا لمؤسّسات القانون المدني، تراجع في هذا الشّأن مؤلّفات القانون الدّولي العامّ، وفي تونس، فرحات الحرشاني، *Droit international public*, CERP, 1999.

[68] حول التـــّقسيم بين العقود المدنية والعقود التـــّجارية، تراجع المؤلـــّفات المخصّصة للعقود الخاصّة، ومن بين هؤلاء : F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Ed. Dalloz, Collect. « Précis-Droit privé », 6ème éd., année 2002, n° 17, 18 et 19.

[69] حول ظروف الإنسلاخ، وهي نفسها تقريبا في فرنسا وفي تونس، تراجع مؤلّفات القانون التّجاري وقانون المعاملات، ومن بين هؤلاء بالنّسبة الى القانون التـــّونسي: M. et Mme DAHDOUH, *Droit commercial*, vol. 1, Edition de l'imprimerie officielle de la République tunisienne, année 2002, pp.

على تنظيمه لعديد العقود بمجلّة الإلتزامات والعقود ولعديدها الآخر بالمجلّة التّجارية[70].

وما من شكّ في وجود فوائد لهذه التّفرقة؛ ومن ذلك، خضوع العقود المدنيّة إلى أحكام القانون المدني؛ وخضوع العقود التّجاريّة لأحكام القانون التّجاري. ولا يفوتنا أن ننبّه هنا أيضا إلى الإختلافات الإجرائيّة؛ حيث أنّ العقود المدنيّة، تخضع لمحاكم القضاء المدني وإجراءاته، أمّا العقود التّجارية فقد تخضع لدوائر القضاء التّجاري وإجراءاته[71].

ومع ما يكتسيه التّقسيم بين هذه وتلك من الأهمّيّة في التّطبيق القانوني، فهو لا يخلو من النّسبيّة بدوره؛ فالعديد ممّا يبرمه التّجّار من

Y. GUYON, *Droit des affaires,* وبالنّسبة الى القانون الفرنسي: 19 et ss. Economica, t. 1, 1980.

[70] ومن ذلك عقود بيع وكراء ورهن الأصل التّجاري، وعقود النّقل بشتّى أنواعها، وعقد السّمسرة وغيرها...

[71] طبقا للقانون عدد 43 لسنة 1995، المؤرّخ في 2 ماي 1995، والّذي يمكن بمقتضاه أن يقع إحداث دوائر تجاريّة ضمن المحاكم الإبتدائيّة بمقتضى أمر تختصّ بالنّظر في النّزاعات بين التّجّار (حول الدّوائر التّجارية وما تثيره من إشكاليّات دستورية وغيرها، يراجع : ناجي البكّوش : "الدّوائر التّجاريّة : الإشكاليّات الدّستوريّة والقانونيّة" العدد الخامس لمجلّة "دراسات قانونيّة" صفاقس 1997، الصّفحات 7 وما بعدها).

عقود، يخضع لأحكام القانون المدني[72]، وعديد ممّـا يبرمه المواطنون من عقود أخرى، يخضع للقانون التـّجاري[73].

وممّا يزيد في حدّة الإختلاط بين النـّوعين، قاعدة التـّبعية (Règle de l'accessoire[74])، إذ تؤدّي إلى إضفاء الصّبغة المدنية على عقود تجارية في الأصل[75]، وإلى إضفاء الصّبغة التـّجارية على عقود مدنيـّة في الأصل[76]. وتتضاعف إمكانيات الخلط بين الفئتين بحكم عقود يكون أحد أطرافها تاجرا وأحدها الآخر مدنيا، وذاك شأن العقود المختلطة (Les contrats mixtes)[77]. وربّما أجاز هذا المعطى التـّمييز بين العقود المدنية البحتة (*Stricto sensu*) -من أمثال عقود الزّواج الـّتي تكون خاضعة لأحكام القانون المدني مهما كانت أطرافها،من جهة-، والعقود التـّجارية البحتة -من أمثال عقود الأصول التـّجارية الخاضعة لأحكام القانون التـّجاري مهما كانت أطرافها كذلك، ولو أنـّها لم تكتسب صفة

---

[72] ذاك شأن العقود المبرمة بين هؤلاء وبين المستهلكين. فاعتبارها عقود مختلطة يؤدّي مبدئيّا إلى إخضاعها إلى القانون المدني. (حول مفهوم العقد المختلط، تراجع مؤلّفات القانون التّجاري وقانون الأعمال، ومن ذلك المرجعان السّـابقان).

[73] خاصّة فيما يكون الوفاء به بمقتضى سندات تجاريّة (كمبيالات)، حيث يعرّض المواطن العادي إلى قواعد القانون الصّرفي. وتلك مسألة محلّ نقد بالنّسبة الى العقود الإستهلاكية على وجه الخصوص).

[74] حول قاعدة التّبعية تراجع بالخصوص مؤلّفات القانون التّجاري وقانون المعاملات ومن ذلك المرجعان السّـابقان).

[75] ومن ذلك العقد الذي يبرمه الطـّبيب مع حريفه ويتعلـّق ببيع الأدوية في الأمكنة التـّي لا يوجد فيها صيدلاني.

[76] ومن ذلك العقود المبرمة من التـّجار، قصد صيانة محلاّتهم وحراستها مثلا.

[77] حول مفهوم العقد المختلط وإشكاليّاته، تراجع مؤلـّفات القانون التـّجاري وقانون المعاملات ومن ذلك المرجعان السّـابقان.

التـــجّار بعد-[78]، من جهة أخرى. وفيما عدا هذه أو تلك، فيمكن لغيرها من العقود أن يكون -بحسب الأحوال-، إمّا مدنيـــا وإمّا تجاريـــا[79].

وما من شكّ في اقتناع الفقهاء بهشاشة هذا التـــقسيم (عقود مدنية/عقود تجارية)، حيث تفرد جميعها بنفس الدّرس في التـــكوين الجامعي[80]، اعتبارا إلى أنّ ما يجمّع بينها في الواقع يتجاوز ما يفرّق بينها من القواعد، حقيقة[81].

ب) تقسيمات العقود الخاصّة وتقسيمات النـــظرية العامّة للعقد

27- معايير التـــقسيم - تـــُعنى تقسيمات العقود الخاصّة بما يبرم من العقود في العلاقات المدنية والتـــجارية كما رأينا، وتركـــز هذه الأخيرة على الجزئيـــات، بما يمكّن من التـــأليف في **أهمّ العقود الخاصّة (1)** ؛ في حين تـــُعنى **تقسيمات النـــظرية العامّة للعقد**، بما يؤلـــف بين سائر العقود

---

[78] حتّى ولو أبرم العقد من شخص لا تتوفّر فيه صفة التّاجر بعد، حيث تكون له الصّفة المذكورة بحكم ما يمكنه أن يصطلح عليه بتسبيق الصّـــفة (Par anticipation)، ولكن هناك من يمكن أن يرى أنّ هذه العقود تبرم مدنيـــّة في أصلها، ثم تصبح تجاريـــّة بحكم القانون، متى توفـــّرت عناصر الأصل التـــّجاري.

[79] ومن ذلك عقد البيع، بحسب إن كانت لجميع أطرافه صفة الخواصّ أو صفة الحرفيين.

[80] عناوين المؤلـــّفات المخصّصة لمادّة العقود الخاصّة دليل على ذلك، ومن ذلك مثلا، المؤلّفات الآتية للأساتذة الآتين في الذّكر: F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Collect. « Précis-Droit privé », 6ème éd. 2002 ; J.-J. BARBIERI, *Contrats civils, contrats commerciaux*, A. Colin, 1996 ;

[81] يمكن أن نضيف إلى هذا التـــّقسيم، تقسيما يعتمد التـــّفرقة بين القانون الدّاخلي والقانون الخارجي، أو الدّولي. ويهمّ التـــّقسيم المذكور عقود الإتـــّجار الدّولي. وممّا يثار في هذا الشـــّأن إشكاليّة تحديد مفهوم العقد الدّولي. ومن فوائد التـــّقسيم أن العقد الدّولي، يمكن أن يخضع إلى مبدإ حرّية اختيار القانون المنطبق. كما يجوز فيه التـــّحكيم ولو أن من أبرمه مؤسّسة عموميّة أو حتـــّى الدّولة. وكلـــّها مسائل يقع الإهتمام بها في مادّة التـــّجارة الدّوليّة (تراجع مؤلـــّفات التـــّجارة الدّوليّة).

من القواعد، معتمدة للغرض على المبادئ المؤلّفة، أكثر من الجزئيّات المفرّقة، إن صحّ التّعبير (2).

1 - أهمّ العقود الخاصّة

28- تنوّعها - تتعدّد العقود المتعارف عليها بالخاصّة، بما يعسر معه تقديم قائمة تأتي على جميعها؛ غاية ما يمكن بشأنها،حينئذ، التّأليف في أهمّها[82].

وممّا يراعى في تقسيم أهمّ هذه العقود، محلّ (أي موضوع) كلّ منها، وهو ما يمكّن من إبراز عقود يتمثّل إلتزام المدين فيها بإعطاء شيء للآخر (كفي عقد البيع)؛ أو القيام بعمل (كفي عقد المقاولة، وعقد الشّغل[83]، وعقد الشّركة[84]، وعقد الوكالة[85])...؛ أو تمكين الغريم من الإنتفاع بشيء (كفي عقد الكراء، وعقد عارية الاستعمال[86]... وغيرهما).

---

[82] يفهم ذلك من عديد المؤلّفات المخصّصة للعقود بوجه عامّ، ومن ذلك المؤلّفات الآتية للأساتذة الآتين: A. BENABENT, *Contrats spéciaux,* 5ème éd., Mòntchrestien 2001 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, Droit civil, *Les contrats spéciaux,* Cujas, 2001-2002 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux,* Sous la direction de J. GHESTIN, 2ème éd., LGDJ, 2001...

[83] حول عقد الشّغل وإشكاليّاته، يراجع: النّوري مزيد، القاضي وقانون الشّغل، محاولة تحليليّة لدور القاضي في النّزاعات الشّغليّة، نشريّات رؤوف يعيش، صفاقس 2003، نبذة 14 وما بعد.

[84] حول تعريف عقد الشّركة، تراجع مؤلّفات القانون التّجاري عامّة، وبالقانون التّونسي: Ch. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, *Droit commercial, Volume 2, Entreprises sociétaires, Tome 1, Règles communes,* Ed. IHE Editions, Tunis 2003, pp. 10 et ss.

[85] يؤخذ في تسمية العقود المصطلح عليها بالخاصّة بالمساهمة المميّزة. وتتطابق المساهمة المميّزة في عقد البيع مع التزام البائع الّذي يتمثّل في نقل الملكيّة منه إلى المشتري. في حين تتطابق المساهمة المميّزة في عقد الكراء مع توفير المكرى من المسوّغ إلى المتسوّغ. وتتطابق المساهمة المميّزة في عقد الإجارة على الصّنع مع الخدمة الّتي

ويمكن للأطراف المتعاقدة أن تأخذ من جميع هذه العقود، فتكوّن أنماطا أخرى، قد يكون (وقد لا يكون) سبقهم إليها غيرهم؛ ومن ذلك عقود الشّراء بالكراء (La location-vente ou location-accession[87])، وعقود الاستشهار والدّعم (Les contrats de sponsoring ou parrainage[88])، وعقود المناولة الصّناعية (Les contrats de sous-[89])

يتولّى تقديمها أجير الصّنعة. وتتطابق المساهمة المميّزة في عقد العارية مع ما يوفّره المعير من شيء أو مال للمعار له. وتتطابق المساهمة المميّزة في عقد الوديعة مع خدمة المستودع. ويتّضح في جميع هذه الحالات أن المساهمة المميّزة تختلف مع الإلتزام المالي الّذي يتمثل في دفع مبلغ من المال (كالثّمن في عقد البيع، ومعلوم الكراء في عقد الكراء، والمقابل في عقدي العارية والوديعة...). ولمفهوم المساهمة المميّزة أثره في العقود الخاصّة، لا سيما في نزاعات القانون الدّولي الخاص، حيث أنّه غالبا ما يعتمد لتحديد القانون المنطبق. (حول مفهوم المساهمة المميّزة، وأثره، تراجع مؤلّفات القانون الدّولي الخاصّ، ومؤلّفات التّجارة الدّوليّة).

[86] اعتمد هذا المعيار من عديد الفقهاء، ومن بينهم الفقيه D. MAINGUY, *Contrats spéciaux,* Ed. Dalloz, collect. « Cours », 3ème éd., 2002.

[87] حول عقد الشّراء بالكراء، يراجع: C. SAINT-ALARY-HOUIN et R. SAINT-ALARY, « La location-accession à la propriété immobilière », *Rev. Droit Immobilier,* 1985.

[88] حول عقود الدّعم، يراجع: GRILLET-PONTON, *Jurisclasseur Contrats,* Fasc. 1566, n° 13 ; LAPOYADE-DESCHAMPS, « Un contrat au service de l'entreprise : le sponsoring », *Mélanges Derruppé,* 125.

[89] حول عقود المناولة الصّناعيّة، يراجع: S. PEYRET, Sous-traitance industrielle, éd. Delmas 2000 ; M. MAHFOUDH, *La sous-traitance industrielle,* Cours de 3ème cycle, Faculté de Droit de Sfax, année universitaire 2001-2002.

traitance industrielle)، وعقود التـــمثيل الحصري (Les contrats [90] de représentation exclusive) وغيرها[91]...

وقد يتدخـــل المشرّع لتنظيم بعض ما يتكاثر من هذه العقود أو تلك في التـــطبيق[92]... وهو ما تولاّه، منذ بداية القرن العشرين، في عقود القرض، وخاصّة منها ما يكون بالفائض، وما تولاّه في آخر القرن العشرين بالنـــسبة الى عقد الإيجار المالي[93] ووِكالة استخلاص الدّيون[94] وعقود البيع بالتـــقسيط[95]...

ومع ما تكتسيه جميع هذه العقود من الخصوصيـــات، فإنّ تكاثرها (أي هذه الخصوصيّات) لم يمنع من التـــأثير في النّظريـــة العامّة للعقد، وفيما كان متداولا من التـــقسيمات بهذه الأخيرة إلى حدّ ليس بالبعيد...

---

[90] حول عقود التّمثيل الحصري، يراجع، F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux,* Précis Dalloz-Droit privé, 6ème éd., Ed. Dalloz, 2002, n° 935 et ss.

[91] حول جميع هذه العقود، يراجع مؤلّف الأستاذين F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE، المرجع السّابق.

[92] يمكن لتدخـــل المشرّع أن يبرّر بأغراض اقتصاديّة بحتة أو لحماية بعض الفئات: المستأجر في عقد الإيجار المالي مثلا...

[93] بالنّسبة الى عقد الإيجار المالي، يراجع القانون عدد 94-89، المؤرّخ في 26 جويلية 1994 والمتعلّق بالإيجار المالي، والقانون عدد 94-90 المؤرّخ في 26 جويلية 1994 كذلك والمتضمّن بعض القواعد الجبائيّة المتعلّقة بنفس العقد.

[94] بالنّسبة لعقود استخلاص الدّيون يراجع القانون عدد 4 لسنة 1998 المؤرّخ في 2 فيفري 1998 المتعلّق بشركات استخلاص الدّيون.

[95] بالنّسبة الى عقد البيع بالتـــقسيط، يراجع القانون عدد 39-98، المؤرّخ في 28 جوان 1998.

2 - تقسيمات النّظرية العامّة للعقد

29- تعدّدها - تتعدّد هذه التـّقسيمات، كذلك[96]؛ كما تتعدّد المعايير التي يمكن الإعتماد عليها في قيام كلّ تقسيم منها؛ وممّا يعطي لهذه النّظرية أهمّيتها -حسب رأينا- معيار يعكس مدى التـّطوّر الذي تعيشه هذه الأخيرة؛ وهو ما يجيز التـّمييز بين التـّقسيمات التـّقليدية، الـّتي تهيمن فيها فكرة النّظام القانونيّ -التـّشريعيّ الطّبيعة-، من جهة؛ والتـّقسيمات الحديثة، والـّتي تأخذ في اعتبارها بما طرأ عن النّظريـّة العامّة للعقد من التـّطوّر بحكم ما تعيشه العقود حاليـّا من الظـّروف في واقع المعاملات، من جهة أخرى.

30- التـّقسيمات التـّقليدية - تعتبر تقسيمات العقود التـّقليدية، بالنّظرية العامّة للعقد، جملة من المعايير؛ ومن ذلك: **توزّع** التعهّدات على كلّ متعاقد، ومدى ما تخضع له كلّ منها إلى **الإحتمال** من عدمه؛ ومدى ما يتطلـّبه كل منها من مدّة **زمنيـّة** -قد تطول وقد تقصر-،

---

[96] ما يلاحظ في هذا الشّأن أنّ المشرّع التـّونسي لم يبادر، في مجلـّة الإلتزامات والعقود، بتقسيم العقود، كما فعل المشرّع الفرنسي (بالفصول من 1102 إلى 1106 بالمجلّة المدنيّة). وهو ما مكّن الفقهاء من اعتماد تدخّل المشرّع نفسه كمعيار للتـّقسيم، مميّـز بعضهم بين التّقسيمات التّشريعيّة والتّقسيمات الفقهيّة. وفي عزوف المشرّع التّونسي عن اتّباع المشرّع الفرنسي مبرّر ولا شكّ. حيث أن مسألة التـّقسيم هي ممّا يختصّ به الفقهاء، وفي ذلك اعتراف ضمني حسب رأينا بدور الفقه كمصدر للقانون حسب محرّري مجلـّة الإلتزامات والعقود التـّونسيّة والـّتي يتـّجه الرّجوع إليها في تركيز دعائم النـّظام القانوني التـّونسي حسب رأينا (حول دور الفقه، يراجع: محمّد محفوظ: « La place de la doctrine en droit tunisien »، مختارات عبد الفتـّاح عمر، (بصدد النـّشر). ومع ذلك، فإن التّقسيمات التـّشريعيّة لم تبق دون تأثير في المشرّع التّونسي حيث اعتمدها في عديد الفصول، ومن ذلك بالفصل 247 م ا ع أين اعتبر الصّبغة التّبادليّة للعقود للأخذ بالدّفع بعدم التّنفيذ، أو كذلك بالفصلين 521 و522 من نفس المجلّة، أين اعتبر خصوصيّات عقود التّبرّع وعقود العوض عند التّأويل...

لتنفيذها؛ ومدى ما يخضع له كلّ عقد فيها من **شكليّات** قد لا يصحّ بدونها[97]...

31 – معيار توزّع التّعهّدات (أو المساهمات) – يسمح معيار توزّع المساهمات، بالتّمييز بين العقود التّبادلية[98]، من جهة، والعقود الملزمة لجانب واحد (العقود الآحاديّة)، من جهة أخرى.

وتعرّف العقود التّبادلية[99] بكونها اتّفاقات يلتزم فيها كلّ متعاقد بتقديم مساهمة للمتعاقد الآخر؛ وهو الشّأن في جلّ العقود، ومن ذلك عقد البيع (حيث يلتزم البائع بنقل ملكيّة المبيع إلى المشتري ويلتزم المشتري بأداء ثمن المبيع للبائع)، وعقد المعاوضة (حيث يلتزم كلّ معاوض بأداء شيء لمعاوضه)، وعقد الكراء (حيث يلتزم الكاري بتوفير شيء ينتفع به المكتري ويلتزم المكتري بدفع مال مقابل انتفاعه للكاري)... وغيرها. أمّا

---

[97] يمكن أن نضيف إلى هذه المعايير معيار البساطة والتّعقيد. إذ من العقود ما يكتفي بذاته، ومنها ما يشهد التّكرّر، ومن ذلك العقود المركّبة والعقود البسيطة (Contrats simples et contrats complexes) والعقود الواحدة والعقود المجمّعة (Contrats uniques et groupes de contrats) والعقود المنفردة والعقود المتسلسلة (Contrats isolés et chaînes de contrats) والعقود الأصليّة والعقود الثّانويّة (Contrats principaux et sous-contrats)...حول هذه التّقسيمات وفوائدها، يراجع: B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats,* Thèse Montpellier, 1975 ; J. NERET, Le sous-contrat, Thèse Paris II, 1979, Préface P. CATALA ; R. CABRILLAC, L'acte juridique conjonctif, Thèse Montpellier, 1990, Préface P. CATALA ; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle,* Thèse Paris II, 2001. وكذلك: F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Dalloz, Précis-Droit privé, 8ème éd., 2002, n° 77.

[98] هناك من يصطلح على هذه العقود بعبارة الثّنائيّة، ولكنّنا نصطلح عليها بعبارة التّبادليّة، إذ من العقود ما لا يكون ملزما لطرفين فقط، بل لعدّة أطراف كذلك.

[99] Contrats synallagmatiques في الإصطلاح الفرنسي.

العقود الملزمة لجانب واحد[100]، فيلتزم فيها طرف فقط، وذاك الوضع في عقد الهبة (حيث يلتزم الواهب، فحسب، بتسليم شيء للموهوب له)، وفي عقد العارية (حيث يلتزم المستعير، فحسب، بإرجاع الشيء للمعير بحلول أجل الإعارة)، وعقد الوديعة (حيث يلتزم المستودع، فحسب، بإرجاع ما استودع عليه من شيء إلى المودع) ...

ومن فوائد التـــقسيم بين العقود التـــبادليّة من جهة، والعقود الملزمة لجانب فقط، من جهة أخرى، أن لا قبول للدّفع بعدم التـــنفيذ إلاّ في الأولى. وما يكون من العقود ملزما لجانبين يُـــتشدّد في تأويله، خلافا لما يتضمّن إلتزامات يقتضيها العقد على أحد الأطراف فحسب[101]...

وممّا يلاحق التـــقسيم السّالف الذّكر، ما يعتمد الصّبغة العينية للالتزامات في بعض العقود[102]. وهي عقود يتوقـــف قيامها على تسليم شيء للطـــرف الآخر؛ ومن ذلك عقد الهبة، مرّة أخرى، وعقد القرض، كذلك...؛ إذْ أنّ كلاهما لا يقوم إلاّ بتنفيذ الواهب أو المقرض لالتزاماته، فلا يكون ذلك، إلاّ بتمكين معاقدة من الشيء الـــذي تعهّد بتسليمه له.

ومع ذلك فإنّ العقود الـــتّي تتضمّن في أصلها إلتزاما على شقّ من دون أخر، قد تتحوّل إلى عقود ملزمة للطـــرف الآخر كذلك، وتعرف هذه الفئة من العقود بالتـــبادلية النّاقصة[103]؛ وهي عقود ملزمة لجانب واحد في البداية، ولكنّها تصبح ملزمة للجانبين بعد تنفيذها؛ ولنا مثال على ذلك في عقد الوديعة : فالمودع لا يكون مطالبا مبدئيّا -بعد تسليمه الوديعة- للمستودع بشيء؛ ومع ذلك فقد يصبح ملزما لهذا الأخير بذلك، إذا ما صرف (المستودع) مبالغ قصد الحفاظ على الوديعة، وهو ما يجيز له حبس

---

[100] Contrats unilatéraux في الإصطلاح الفرنسي.

[101] طبقا لمقتضيات الفصلين 520 و521 من مجلّة الإلتزامات والعقود.

[102] Contrats réels في الإصطلاح الفرنسي.

[103] Contrats synallagmatiques imparfaits في الإصطلاح الفرنسي.

هذه إلى تمام خلاصه فيما بذله عليها من مصاريف قصد حفظها أو الحفاظ عليها...[104].

32 – معيار الإحتمال (Le critère de l'aléa) – معيار الإحتمال[105]، ويقال كذلك الثّبوت[106]، يعتمد في التّقسيمات التّقليديّة للنّظريّة العامّة للعقد، بما يمكّن من التّمييز بين العقود المعلومة المقدار، من جهة[107]، وعقود الغرر، من جهة أخرى[108].

فأمّا الأولى، فهي ممّا يتضمّن إلتزامات تكون معلومة من جميع الأطراف، منذ التّعاقد، ولنا مثال في عقد البيع، وفي عقد الكراء... وفي غيرهما من العقود، حيث ترى كلّ طرف على علم بما تؤول إليه مساهماته من الإلتزامات؛ أمّا من الثّانية (عقود الغرر)، فلا يمكن لأطرافها أن تعرف، بداية، ما يرسي عليه تنفيذُها، ولنا مثال في عقد التّأمين، حيث لا يدري المؤمّن (بالكسر) إن كان الخطر الواقع التّأمين لأجله سيحصل أم لا.

ومن فوائد التّقسيم بين العقود المعلومة المقدار وعقود الغرر، وأن لا إمكانية للدّفع بالغَبن (أي بعدم توازن المساهمات التّعاقديّة)[109] في

---

[104] جاء بالفصل 1028 م ا ع: "على المودع أن يؤدّي للمستودع جميع ما صرفه من المصاريف اللاّزمة لحفظ الوديعة..."، وجاء بالفصل 1031 من نفس المجلّة. "ليس للمستودع حبس الوديعة إلاّ فيما صرفه من المصاريف اللاّزمة لحفظها، وليس له الحبس لوجه أخر".

[105] Aléa في الإصطلاح الفرنسي.

[106] Certitude في التعبير الفرنسي.

[107] Contrats commutatifs في الإصطلاح الفرنسي.

[108] Contrats aléatoires في الإصطلاح الفرنسي.

[109] حول الغبن، انظر هذا المؤلّف، (الفصل 3).

الثـــانية منها، بخلاف أولاها الـــتي قد يجوز فيها ذلك، أحيانا، ومتى توفـــرت شروط ذلك[110]...

33 – معيار المدّة (Le critère du temps) – هي ممّا تعتمده النـــظريـــة العامّة للعقد أيضا، قصدَ التـــمييز بين العقود والتـــقسيم فيها؛ وإذا ما صيغ المعيار المقصود به الآن، فلكون البعض من العقود لا يستغرق تنفيذه فترة طويلة من الزّمن، وهي عقود يمكن الإصطلاح عليها بالحينيـــة، خلافا للبعض منها الآخر ممّا يتطلـــب تنفيذه حيـــزا من الزّمن، بما يجيز الإصطلاح عليها بعقود المدّة. وممّا ينتمي إلى النّوع الأوّل، عقد بيع شيء معيـــن بذاته، وممّا ينتمي إلى النّوع الثـــاني عقد الكراء، وعقد التـــمثيل الحصري[111]...

ولا يكون إضفاء صفة المدّة على العقود، بناء على ما يتطلـــبه قيامها من الوقت (تبعا لمفاوضاتها) وإنـــما اعتبارا إلى ما يقتضيه تنفيذها من الزّمن. ومن فوائد التـــقسيم المذكور وأنّ إشكالية الظـــروف الطـــارئة لا تطرح إلاّ بالنّسبة الى هذه الأخيرة (عقود تزويد تجاري، عقود كراء...)، لا بما تنفـــذ حينا، كمن يشتري خبزا أو يزوّد سيـــارته بالبنزين...[112].

34 – معيار الشـــكليـــة (Le critère de la forme)– يعتدّ هذا المعيار بما تتطلـــبه بعض العقود من الشـــكليات عند قيامها. ويمكـــن

---

[110] حول شروط الدّفع بالغبن، يراجع الفصل 3 بهذا المؤلـــف.

[111] Contrats de concession (commerciale).

[112] حول هذه النّظريّة، انظر المبحث المتعلّق بتنفيذ العقد.

المعيار الأخير في الذّكر من التّفرقة بين العقود الشّكلية[113]، من جهة، والعقود الرّضائية[114]، من جهة أخرى.

فأمّا العقود الشّكليّة، فهي ما يتوقّف قيامها على شكليّة معيّنة أو أكثر، يترتّب عن الإخلال بها، بطلانها؛ ومن ذلك الرّخصة الإدارية والكتب... كفي عقود بيع العقّارات، لا سيّما المسجّلة منها؛ وأمّا العقود الرّضائيّة، فهي ما لا يتوقّف قيامه على شكليّة تذكر؛ وتلك الحال في عديد العقود، لا سيّما الدّارجة منها (عقود الشّراءات اليومية).

وإذا ما تعمّدنا ترك التقسيم الأخير في الذّكر إلى آخر التّقسيمات التّقليدية، فلما له من الأهمّيّة المتواصلة منذ العصور الغابرة[115]. وربّما كان هذا التّقسيم أكثر ما يعكس تطوّر النّظرية العامّة للعقد، مقارنة بما كانت عليه من قبلُ... ولن يتوقّف التّطوّر. بل أنّه سوف يتواصل بما سوف ينشئ تقسيمات جديدة ما كان من عهد للنّظريّة العامّة للعقد بها.

35- التّقسيمات الحديثة - هي أربع على الأقلّ. تقسيم أوّل، يميّز بين العقود الفردية والعقود الجماعية[116]؛ وتقسيم ثان يميّز بين عقود التّفاوض وعقود الإذعان[117]؛ وتقسيم ثالث، يميّز بين عقود التّكافئ وعقود الإختلال ويستوعبه التّقسيم بين عقود الإختصاص (أو

---

113 Les contrats solennels في الإصطلاح الفرنسي؛ وحول العقد الشّكلي، يراجع:
M.-A. GUERILLERO, *L'acte juridique solennel,* th. Toulouse, LGDJ .1975, avec une préface de J. VIDAL

114 Les contrats consensuels في الإصطلاح الفرنسي.

115 يراجع الفصل 5 من هذا المؤلّف، المتعلّق بالشّكليّة في التّعاقد.

116 Contrats individuels et contrats collectifs.

117 Contrats de gré à gré (négociables) et contrats d'adhésion.

الإحتراف)، من جهة، وعقود الإستهلاك، من جهة أخرى[118]؛ وتقسيم رابع يميّز بين العقود التـّقليديـّة والعقود الإلكترونيـّة.

36- العقود الفردية والعقود (الإتـّفاقات) الجماعية – تبرم العقود الفردية بين الأفراد، وتكون ملزمة لمن أبرمها منهم، فقط؛ وذاك شأن جلّ العقود؛ ومن العقود الفردية، عقود البيع مثلا؛ فلا تلزم تعهّداتها سوى من أبرمها أو من انجرّ لهم حقّ ممّن أبرمها (الخلف الخاصّ والخلف العامّ[119]). أمّا العقود (أو الإتـّفاقات) الجماعية، فهي ما يُبرم بين أشخاص تتعدّاهم دائرة إلزاميتها؛ ومن أمثلة ذلك: الإتـّفاقيات المشتركة (في العلاقات الشـّغلية على وجه الخصوص)، والـّتي تبرم بين نقابات العملة من جهة وممثـّلين عن القطاعات المهنيـّة المعنيـّة بها (قطاع النّسيج، قطاع البترول، قطاع الحليب...)، من جهة أخرى. وغالبا ما يعتمد هذا النـّوع من الإتـّفاقات في ميادين تتـّسم بالحساسيـّة (لما تتضمـّنه من اختلافات في المصالح عموما)، بحيث تظهر وكأنـّها طريقة في تنظيم قطاعاتها، تأخذ في ذلك بإرادة أصحابها وموافقتهم الغالبة (*Consensus*). ولكنّ الإتـّفاقات المذكورة لا تكون ملزمة لأصحاب القطاعات المعنيـّة بها، إلاّ بحكم مصادقة وزارة الإشراف عليها، وهو ما يبدو مفقدا لصفتها كاتـّفاقات وما يدعّم طبيعتها كتراتيب. ولا أدلّ على ذلك من انطباق أحكامها على جميع الأطراف المهنية المعنيّة بأحكامها، بما فيه، تلك الـّتي لم تساهم (أو حتـّى أنـّها عارضت) في إبرامها... ومع ذلك يجوز القول بأن صبغتها التـّرتيبة الغالبة لا تفقدها طبيعتها التـّعاقدية الواضحة، بناء على

---

[118] Contrats classiques et contrats de consommation.

[119] حول هذه المفاهيم، يراجع الفصل 8 بهذا المؤلـّف.

التـــفاوض الذي شهدته في مرحلة تكوينها من قِبل أشخاص لها غالبا التـــفويض القانوني من المعنيّن بها[120].

37- **عقود التـــفاوض وعقود الإذعان** - عقود التـــفاوض (لا عقود المفاوضات)؛ هي اتـــفاقات تشهد التـــحاور في مرحلة تكوينها. ولكنّ التـــفاوض لا يكون فعليـــاً سوى بالنّسبة الى العقود الهامّة التي يصطلح عليها بعضهم بالثـــقيلة[121]. و لا يهمّ أن تكون العقود المبرمة من هذا القبيل أم لا؛ ولا يهمّ أيضا، أن تشهد تفاوضا في الواقع من عدمه... فما يضفي عليها صفة التـــفاوض لا أن تخضع لذلك فعلا، بل أن تكون قابلة له افتراضا؛ ومن ثمّة يتـــضح أن جلّ العقود، أو على الأقلّ تلك التي فكـــر فيها المشرّعون خلال القرن التـــاسع عشر، هي من ذلك القبيل؛ وكذلك الشـــأن في عقود البيع الـــتي يتمثـــل مبيعها في شيء هامّ له قيمة (عقـــار).

أمّا عقود الإذعان (ويقال كذلك الإنظمام والإنخراط) فهي اتـــفاقات ليست لأطرافها -أو لبعضها-، الإمكانية في مناقشة بنودها؛ فلا يسعها إلاّ أن تقبل بمقتضياتها فتنظمّ إليها جملة، أو أن لا تقبل بها (إذا كانت لها القدرة على ذلك) فتبقى خارجة عن طائلتها[122]. ومن أمثلة ذلك، بعض البيوعات الخاضعة إلى أثمان محدّدة، وسائر عقود التـــأمين، ومجمل عقود التـــزوّد

---

[120] حول مفهوم العقد الجماعي وإشكالياته، يراجع: G. ROUJOU-DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif,* thèse LGDJ 1961, préf. G. MARTY.

[121] Contrats lourds في اللّغة الفرنسيّة.

[122] وهو ما يبرّر استعمال عبارة الإذعان (أو غيرها من العبارات الدّالـــة على صورة الخضوع) للإصطلاح عليها (حول استعمال الصّورة للتـــدليل على المفاهيم القانونيـــة، يراجع: M. MAHFOUDH, « Un aspect négligé des juristes. De quelques relations entre la littérature et le droit », article à paraître in *Mélanges S. Ben Halima*).

بالخدمات الدّارجة مع مؤسّسات الماء والكهرباء والهاتف... وغالبا ما تصطحب هذه العقود كتايب تكون في شكل نماذج[123]، تعتمد من قبل جميع الأطراف التي تتعامل بميادينها.

ويرى البعض وأن عقود الإذعان إنّما أفرزها عدم التّكافئ في القدرات الإقتصادية بين مختلف الفئات المتعاقدة؛ وهي ممّا يوجب التّدخّل قصد تعديل إلتزاماتها بما يتوافق ومعطى العدل بالمجموعة[124]. ومع ما يشهده هذا الموقف من الصّحّة، فلا مانع من تنسيبه، حيث أن ما يمكن تبويبه ضمن العقود المذكورة في المعاملات اليومَ، هو من فعل السّلط العامّة الّتي تتدخّل قصد التّوفيق بين مصالح الأطراف المعنيّة بها، وغالبا ما يكون ذلك باعتماد طريقة العقد الأنموذج السالف الذّكر.

خلاصة القول أنّ عقود الإذعان ليست ممّا يوجب الإستهجان مطلقا، حيث كان لها فضل في التّحسيس بظاهرة برزت خلال القرن التّاسع عشر[125]، واستفحل العمل بها خلال القرن العشرين، وفي التّبرير إلى تدخّل السّلط العامّة قصد حماية الأطراف الضّعيفة، لا سيّما المضطرّة للعمل بمقتضياتها، كدفع القضاء على تفسير بنودها بما يضيّق أو يوسّع في التزامات اصحابها، تبعا لصفتهم[126]، وهو ما يعترض في العقود الإستهلاكية، أيضا.

---

[123] Contrats-types ou pré-rédigés في الإصطلاح الفرنسيّ.

[124] حول عقود الإذعان وما يتولّد عنها من إشكاليات، يراجع: G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion,* thèse Paris II, 1973.

[125] الفقيه SALEILLES هو من أوّل من ألّف في مفهوم عقود الإذعان بفرنسا، وهو أوّل من لفت الإنتباه إلى مخاطرها كذلك.

[126] قضي: "وحيث أن العقد موضوع التّداعي هو من العقود الخاصّة الّتي تطلّب درجة عالية من الثّقة وحسن النّيّة وذلك يستوجب أن تمتنع المعقّب ضدّها من القيام

38- **عقود التّكافئ وعقود الإختلال (عقود الإختصاص -أو الإحتراف- والعقود الإستهلاكية)** - يقصد بعقود التّكافئ، ما يبرمه أطراف لها نفس الصّفة والأختصاص، كأن تنتمي جميعا إلى نفس الفئة، أو نفس المهنة. أمّا عقود الإختلال، فهي ما يكون طرفها من فئة، وطرفها من فئة أخرى. وقد مكّن المعيارالأخير في الذّكر من التّمييز بين عقود الإختصاص أو الإحتراف من جهة، والعقود الإستهلاكيّة من جهة أخرى. فأمّا عقود الإحتراف فهي ما يبرمه الحرفيّون في نشاطهم الإقتصادي؛ وامّا العقود الإستهلاكية فهي ما يكون أحد أطرافها محترفا والآخر مستهلكا على الأقلّ.

ومع ما يهيمن على مفهوم المستهلك من الغموض[127]، فيمكن الإعتبار من قبيل العقود الإستهلاكيّة ما يبرمه النّاس خارج إطار اختصاصهم،

بأيّ عمل من شأنه التّنقيص ممّا يتمتّع به الطّرف المقابل من المنفعة لأنّ ذلك معناه في الواقع أنّها تأخذ بيدها اليسري ما أعطته بيدها اليمنى وهو ما لا يجوز قانونا إضافة إلى أنّ هذا المبدأ يتعزّز بما تفرضه المصلحة العامّة من قيام الأطراف بواجباتها التّعاقديّة ومن حماية الطّرف الّذي يتعاقد مع الباعث العقّاري باعتباره الطّرف الضّعيف الّذي لا يشارك في وضع الشّروط الّتي يتضمّنها عقد البيع أو عقد البيع النّهائي، أي أنّ هذه العقود هي بمثابة عقود الإذعان" (تعقيبي مدني عدد 31607، مؤرّخ في 20 جوان 1994، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1994، صفحة 456).

[127] مردّ الغموض الإختلاف بين النّصوص القانونية أحيانا، ومن ذلك ما تضمّنه الفصل 2 في تعريف "المستهلك" بكونه "كلّ من يشتري منتوجا لاستعماله لغرض الإستهلاك"، وما تضمّنه الفصلان 2 في القانونين عدد 39 و40 لسنة 1998 المؤرّخين في 2 جوان 1998 والمتعلّقين تباعا بالبيع بالتّقسيط وبطرق البيع والأشهار التّجاري حيث جاء في كل واحد منهما ما يلي: "المستهلك: كلّ من يشتري منتوجا لاستهلاكه او خدمة للإنتفاع بها في أغراض خارج إطار نشاطه المهني"؛ وللمصطلح المذكور أثره في مجال بعض الأحكام، ومن ذلك ما يتعلّق بعقود الكراء في مدى خضوعها للأداء على القيمة المضافة من عدمه، وهو أداء يتحمّله المستفيد النّهائي بالمنتوج، أي المستهلك. وقد اعتبرت محكمة التّعقيب في بعض قراراتها أنْ للمتسوّغ صفة المستهلك، وعليه فهو يتحمّل بالأداء

إرضاء لرغباتهم الشـخصيـة وحاجياتهم العائلية[128]. وإذ يتحتـم الحديث عن العقود الإستهلاكية اليومَ، فذلك نظرا لما يخصّها به المشرّعون من التـدخّلات، ممّا يوجب التـأليف فيها في إطار فرع قانونيّ يصبو إلى الإنسلاخ والإستقلاليـة عن مادّة القانون المدني هو الآخر، ويؤسّس لما يعرف اليوم بقانون الإستهلاك[129]، الـذي هو من مكوّنات فرع أشمل، يعرف بقانون السّوق[130].

وممّا يلاحظ في العقود الإستهلاكيـة كذلك، أنّ إبرامها قد يقع بواسطة وسائل الإستشعار عن بعد؛ فيوجب ذلك التـعرّض إلى تقسيم ما فتئ يحتلّ أهمّيّة عبر الأيـام ويتمثـل في التـقسيم بين العقود التـقليديّة، من جهة والعقود الإلكترونيـة، من جهة أخرى.

39 - العقود التـقليديـة والعقود الإلكترونيـة[131] - العقود التـقليديـة هي ما يبرم في العادة من إتـفاقات بين أطراف تكون حاضرة واقعة التـعاقد. أمّا العقود الإلكترونيـة فهي ما يبرم بواسطة وسائل

المذكور (يراجع القرار التـعقيبي المدني عدد 5331 الصـادر بتاريخ 27 جانفي 1998 -غير منشور- والقرار التـعقيبي المدني عدد 50329 المؤرّخ في 21 أفريل 1998 - غير منشور-).

[128] حول إشكاليات المفهوم، يراجع: J. CALAIS-AULOY et G. STEINMETZ, *Droit de la consommation,* 6ème éd. 2003, Ed. Dalloz, Collect. « Précis-Droit privé », n° 2 et ss.

[129] حول هذه المادّة يراجع مؤلّف الأستاذين: J. CALAIS-AULOY et G. STEINMETZ السّالف الذّكر.

[130] يتكوّن قانون السّوق من أحكام الإستهلاك ومن أحكام المزاحمة (حول هذا الفرع، يراجع: LUCAS DE LEYSSAC et PARLEAINI, *Droit du marché,* PUF 2002.)

[131] وقعت الإستعانة في تحرير هذه النـبذة (المتعلـقة بالعقود الإلكترونيـة) بالزّميل عبدالرّؤوف اللـومي، مساعد القانون الخاصّ بكلـيّة الحقوق بصفاقس، له تشكـراتي.

الإتّصال السّريع، وخاصّة ما يكون منها عن بعد، ومن أشهرها الآن الإنترنات. ويتمّ ذلك عبر مواقع بالفضاء المذكور يصطلح عليها بمواقع الواب، أيضا[132]، وهي ممّا يدخل ضمن النّظريّة العامّة للعقد، حيث أنّ ما يبرم من عقودها يمكن أن يتمثّل في بيع، أو كراء، أو مقاولة، او وكالة... أو غيرها من سائر العقود الدّارجة...

وممّا تثيره العقود الإلكترونيّة من الإشكاليّات، مبدأ قبولها[133]، وطريقةَ قيامها؛ وهل أنّها ملزمة للأطراف بمثل ما تلزم به العقود التقليديّة الّتي يقع إبرامها بين أطراف تكون حاضرة لواقعة التّعاقد؟ وكيف يمكن إثباتها؟ وما هي القيمة القانونيّة لما يصاغ لها من مجسّمات (Supports)؟ وهل من حقوق للأطراف إبّان تنفيذها؟؟؟ إلى غيره من تساؤلات طالعتنا بها وضعيّات تطبيق وتنظير معا، لا سيّما بالعشرية الأخيرة من القرن العشرين[134]...

---

[132] لقد أصبح بالإمكان اليوم التّقدّم بطلبيّات عبر الإنترنات. يكون ذلك بقبول عروض تقدّم من مستعملي الإنترنات في أغراضهم التّجاريّة.

[133] يشكّل العقد الإلكتروني خطرا كبيرا، لا سيما فيما يتعلّق بالتّعاقد للحصول على صور خليعة، أو حتّى لممارسة الجنس غير المشروع، أو للإتّجار في موادّ غير مشروعة. وهناك مؤسّسة خاصّة تهدف إلى اعتماد قواعد أخلاقيّة تؤسّس إلى أخلاقيات الإنترنات : Nétiquette.

[134] تتعدّد المراجع حول العقد الإلكتروني. وممّا يمكن العودة إليه، لفهم إشكاليّات النوعيّة المذكورة في التّعاقد، بالقانون التّونسي: على كحلون، "الجوانب القانونيّة لقنوات الإتّصال الحديثة والتّجارة الإلكترونيّة"، دار إسهامات في أدبيّات المؤسّسة، تونس 2002، وخاصّة المحور الخامس: "العقد الإلكتروني"، الصّفحات 310 وما بعدها؛ وبالقانون المقارن، مثلا: Commerce électronique : le temps des certitudes, *Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit,* Ed. Crid (Facultés universitaires Notre Dame de la Paix de Namur) et Bruylant-Bruxelles, 2000).

وقد اهتمّت النّظم القانونيّة عموما، والمشرّع التّونسي أيضا، بهذه العقود[135]. وغالبا ما كان ذلك انطلاقا من مبادئ صاغها قانون التّجارة الدّوليّة خاصّة[136]، يمكن اختزالها فيما يلي:

1) خضوعها (أي العقود الإلكترونيّة) إلى الأحكام العامّة للعقد، لا سيّما ما يهمّ منها النّظامّ العامّ (حماية المستهلكين، حماية الأجراء...) والأخلاق الحميدة[137]؛

---

135 أهمّ النّصوص المنظّمة للعقود الإلكترونيّة هي: القانون عدد 83 لسنة 2000، الصّادر في 9 أوت 2000، والمتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة؛ القانون عدد 57 لسنة 2000، المؤرّخ في 13 جوان 2000 والمتعلّق بتنقيح بعض الفصول من مجلّة الإلتزامات والعقود؛ القانون المؤرّخ خ في 2 أوت 1999 والمتعلّق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من المجلّة الجنائيّة -خاصّة الفصلين 172 و 199 منها-؛ المؤرّخ في 10 أكتوبر 2000 بضبط التّنظيم الإداري والمالي للّجنة القوميّة للمصادقة الإلكترونيّة؛ الأمر عدد 2001-1667، المؤرّخ في 17 جويلية 2001 والمتعلّق بالمصادقة على كرّاس الشّروط المتعلّق بممارسة مهنة مزوّد خدمات المصادقة الإلكترونيّة؛ الأمر عدد 2001-1668 المؤرّخ في 17 جويلية 2001، يتعلّق بضبط إجراءات الحصول على رخصة ممارسة مهنة مزوّد خدمات المصادقة الإلكترونيّة؛ قرار وزير تكنولوجيا الإتّصال بتاريخ 19 جويلية 2001، يتعلّق بضبط الخصائص التّقنيّة لإحداث الإمضاء الإلكتروني؛ قرار وزير تكنولوجيا الإتّصال المؤرّخ في 19 جويلية 2001 والمتعلّق بضبط المعطيات التّقنيّة المتعلّقة بوثائق المصادقة الإلكترونيّة (حول هذه القانون وقوانين أخرى، يراجع عبد الرّؤوف اللّومي: *La protection du consommateur dans le commerce électronique*، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق بصفاقس، سنة جامعيّة 2002/2001).

136 يتحدّث البعض هنا، عن قواعد قانونيّة عالميّة موحّدة (*Lex electronica*)، على غرار ما صيغ في علاقات التّجارة الدّوليّة (*Lex mercatoria*). (تراجع في هذا الشّأن مؤلّفات قانون التّجارة الدّوليّة).

137 تنتمي القواعد الوجوبيّة الرّامية إلى حماية الفئات الضّعيفة في التّعاقد إلى ما يعرف بالقانون الدّولي الخاصّ من قوانين أمنيّة : Lois de police؛ (حول هذا المفهوم، تراجع مؤلّفات القانون الدّولي الخاصّ).

2) اعتبارها من العقود المبرمة عن بعد (Des contrats à distance)[138] ممّا يجعلها متقاربة في نظامها مع ما يبرم من عقود لهاهذه النوعيّة بالنـــظريّة العامّة للعقد؛

3) الإعتماد في شأنها على قاعدة الضغط (على زرّ الحاسوب المخصّص للموافقة –« OK », « Oui », « D'accord »–) مرّتين (La règle du double « clic ») للقول بإمضاء القابل وقيام عقودها[139]؛

4) التـــقويّة في واجب إعلام المتعاقد (: المستهلك) في خصوصها، وذلك بإلزام (العارض: حرفيّ) بتوفير طلبيّة، تتوفّر فيها جملة من التـــنصيصات الرّامية إلى تحديد هويّته الكاملة، كتحديد الخدمة أو المنتوج الـــذين يعرضهما[140]؛

5) الحقّ فيما يتعلـــق بالمتعاقدين-المستهلكين خاصّة، في مهلة تفكير يحقّ لهم –حتـــى نهايتها– التـــراجع في التزاماتهم؛

---

[138] يؤدّي ذلك إلى عدم وجود الأطراف وجها لوجه. ويضاف في العقود الإلكترونيّة عدم حضورها المادّي في حيّز الواقع، ممّا يبرّر استعمال عبارات هي كثيرة التّداول في ميدان المبادلات الإلكترونيّة ومن ذلك عبارة العالم الإفتراضي (Le monde virtuel)... وممّا تثيره هذه الوضعيّة من مخاطر، بخلق أشخاص وهميّة، لا وجود لها في الواقع مطلقا، واستعمال ذلك قصد التّحيّل... وهو ما أدّى بجلّ القوانين، بما في ذلك القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلّق بالتّجارة والمبادلات الإلكترونيّة بتونس، إلى حمل جملة من الواجبات على الموجب بطريق الواب، وذلك ببيان جملة من البيانات الّتي تمكّن من تحديد هويّته وبيانات غايتها تحديد الخدمة أو البضاعة المعروضة...

[139] في المبالدلات الإلكترونيّة الضّغط على الزّرّ الملائم يوازي الإمضاء: « Cliquer c'est signer » (يراجع: M. JEAN-BAPTISTE, *Créer et exploiter un commerce électronique*, Litec, 1998)؛ هناك من يضيف إلى ذلك توجيه إشعار بالبريد الإلكتروني للموجب.

[140] يتضح ذلك من استعمال بعض العبارات ومن ذلك : عبارة الشـــفافيّة Transparence، وعبارة الثّقة Confiance، وعبارة الأمانSécurité ...

6) قاعدة التّــوازن الوظيفي (Règle de l'équivalent fonctionnel)، الــتّي تنظّر بين الإمضاء الخطــّي والإمضاء الإلكتروني، من جهة وبين المجسّم الإلكتروني والوثائق الكتابيــّة على وجه الخصوص، من جهة أخرى[141]؛

7) قيام العقد في مكان تلقــّي القبول من الموجب، والــّذي يكون في الغالب العارض للبضاعة أو للخدمة المطلوبة من المتعاقد الآخر والــّذي غالبا ما يكون مستهلكا...[142]...

40 - أثر التــّقسيمات الحديثة - ما من ريب أنْ للتــّقسيمات الحديثة أثرها في ميدان العقود. وربّما كان جميعها ممّا يزعزع ما استقرّت عليه النــّظريّة العامّة للعقد من أحكام كانت معهودة إلى حدّ ليس بالبعيد. وممّا قيل في هذا الصّدد، خاصّة، ما كان يصاغ لإلزاميّة العقد من المباني إلى حدّ ليس بالبعيد، هو الآخر كذلك...

---

[141] وقع التــّنصيص على هذا المبدإ بالفصل الأوّل من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرّخ في 9 أوت والمتعلــّق بالمبادلات والتــّجارة الإلكترونيّة في قوله: "يجري على العقود الإلكترونيّة نظام العقود الكتابيّة من حيث التــّعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحّتها وقابليّتها للتــّنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

[142] وقع التــّنصيص على هذه القاعدة بالفصل 28 من قانون 9 أوت 2000 المتعلــّق بالمبادلات الإلكترونيــّة. وهي ممّا يرهق المستهلك، حيث يكون على هذا الأخير التــّداعي، لا بمقر إقامته، وإنــّما بمقرّ الموجب الــّذي غالبا ما يكون حرفيــّا بالخارج (أوتاوا، بنكوك...)... (حول هذه المسألة، يراجع بديع بن عبــّاس، مذكــّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة بالقانون الخاصّ، كلــّيــّة الحقوق بصفاقس، سنة جامعيــّة 2000/ 2001)؛ وممّا صاغته النّظم القانونيّة لتلافي هذا الإشكال، تمكين المستهلك من القيام بمقرّ إقامته (تراجع في هذا الشــّأن قرار المجلس الأوروبّيBruxelles المؤرّخ في 22 ديسمبر 2000، واتــّفاقيّة Lugano المؤرّخة في 16 سبتمبر 1988، وكذلك طريقة التــّحكيم عن بعد...

فقرة 2 - المبانـــــي

41- مفهوم المبنى - تعبّر كلمة "المبنى" بالقانون على فكرتين على الأقلّ : جملة **المصادر** التـــي يقع الرّجوع إليها في تنظيم مسألة من المسائل القانونية، أوّلا، والمبرّرات الموجبة لذلك التنظيم، ثانيا. وتؤدّي الفكرتان إلى تناول مسألتين يهمّ كلاهما النّظريـــّة العامّة للعقد : **أسس التـــّعاقد**، أوّلا (عنصر 1)، ومصادر تنظيمه، ثانيا (عنصر 2).

عنصر 1 - أسس التـــّعاقد[143]

42- أهمّيـــّة العقد وأسس إنشائه - يستمدّ العقد أساسه الأوّل من أهمّيـــّته (أ). وممّا يثار في هذا الصّدد من النـــّقاش، يتعلـــّق بموقع **الإرادة** من ذلك (ب).

---

[143] تتعدّد النّظريّات في هذا الصّدد، ممّا يشكّل صعوبة عند التّأليف فيها. وممّا يزيد في الصّعوبة، تأثير شتّى المواقف الأخلاقية والدّينية في كلّ نظريّة، وما تستهدفه هذه من التّحريف أحيانا من القارىء لآراء أصحابها. حيث يذكّر موقف الدّارس هنا بموقف الفقيه إزاء النّصوص القانونيّة القابلة للتّأويل مع ما ينتج ذلك من الإختلاف في القراءات من فقيه لآخر. وهناك من الأسس ما ينتمي إلى مدرسة التّحليل الإقتصادي كذلك، وهي مدرسة ظهرت في الولايات المتّحدة وانتقلت إلى عديد الأماكن الأخرى، لا سيما المتأثّرة بالفكر الأنقلوسكسوني والأسكندينافي. وسوف نقتصر في هذا المؤلّف على أهمّ الآراء القانونية على وجه الخصوص، وتلك ميزة في الفكر اللاّتيني. ومع ذلك فإن العقد لا ينبغي أن يقرأ دون تغييب تداعياته الإقتصادية التي قد تحجبها أحيانا مواقف نظريّة. ففكرة استقرار العلاقات التّعاقدية مثلا تنطلق من فرضيّة اقتصادية مفادها أن العقد مفيد. وفكرة الإستقرار يمكن أن تتأثّر بالمواقف الإقتصادية هي الأخرى. وهو ما ألّف فيه بعض الفقهاء ممّن اهتمّوا بنظريّة الأمر الظّاهر في تمييزهم بين نوعين من الإستقرار: استقرار جامد واستقرار متحرّك إن صحّ التّعبير، وكلّ منهما يؤدّي إلى نتائج قد تختلف عن نتائج الآخر (Sécurité statique et sécurité dynamique) (حول مفاهيم الإستقرار بالنسبة الى نظريّة الأمر الظّاهر، يراجع : M. MAHFOUDH, « Essai sur la notion de l'apparence en droit privé tunisien », *RTD* 2001). (وحول نظريّة التّحليل الإقتصادي في القانون، أسسه، تطبيقاته وآثاره فيما يتعلّق بالعقد، يراجع : J. GHESTIN, *La formation du contrat, n°* 196 à 220).

أ) أهمّيــّة العقد

43- الأهمّيــّة التطبيقيــّة والأهمّيــّة النّظرية - للعقد أهمّيــّة قصوى من حيث التــّطبيق، ويشمل ذلك المعاملات اليومية؛ وفي التــّنظير القانوني.

44- أهمّيــّة العقد من حيث التــّطبيق - ما من شكّ في كون العقد، الوسيلة المعتمدة بدرجة أولى في إبرام المعاملات بالمجموعات عموما[144]؛ ولا أدلّ على ذلك، من اعتباره من طرق اقتناء الملكيــّة[145]، واعتماده في تكوين الذّوات المعنويــّة (الشــّركات، الجمعيّات...) وتنظيمها[146]. بل أنّ ما يزيد في أهمّيّته، اطــّراد العمل -من قبل السّلط الإدارية نفسها- بمقتضاه في تنفيذ مشاريعها[147]، بما في ذلك تلك الــّتي تعنى بتسيير المرافق العامّة (أو على الأقلّ البعض منها) بالمجموعات[148]...

---

[144] أمكن لبعضهم أن يشبّه العقد بأساس القانون "Le pilier du droit" (J. CARBONNIER, *Flexible droit,* 5ème éd., LGDJ, 1983, pp. 253 à 283).

[145] ذاك ما وقع التّنصيص عليه بالفصل 22 من مجلّة الحقوق العينيّة في التّنصيص على العقد كأوّل سبب من أسباب الملكيّة، قبل الميراث والتّقادم ومفعول القانون...

[146] إنّ النّظم الإجتماعيــّة الــّتي رامت إبدال العقد بقرارات السّلطة (التــّراتيب) لم تفلح في إنهاء العمل به؛ والآراء التي بشــّرت باندثاره كأداة في المعاملات بالمجتمعات، عموما، لم تثبت صحّة مزاعمها... وهي ممّا لم يعمّر طويلا على أيــّة حال...

[147] حول اعتماد التــّقنيّة التــّعاقديّة كوسيلة في توجيه الإقتصاد وتسييره بما من شأنه أن يغيّر في مفهوم السّلطة نفسها، يراجع: M. VASSEUR, « Un nouvel essor du concept contractuel : les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1964, pp. 1 et ss.

[148] حول اعتماد العقد من قبل المصالح الإداريّة في تنظيم بعض الميادين، ومن ذلك ميدان المحيط، يراجع: w. FERCHICHI, « De quelques spécificités de la contractualisation dans la protection de l'environnement », *Etudes Juridiques (Revue de la Faculté de Droit de Sfax),* n° 7, année 2000, pp. 37 et ss.

وتجد من يذهب في التـــأسيس للعقد، إلى أبعد من ذلك، فتراه يعيد كلّ شيء بالمجموعات البشرية إلى العقد التـــعاقد؛ فالحكم (والدّولة) مبناه - حسب رأيهم- ميثاق (أي عقد) بين الحاكم والمحكوم[149]؛ والعائلة قوامها إتـــفاق بين الأبوين؛ والعشيرة مبناها تصادق من كافـــة عناصرها على التـــعايش معا... إلى غير ذلك من الأطروحات التي تثني عليه وتمجّده...

بل وهناك من يذهب في التـــأسيس لنفس العقد إلى حدّ القول بأنّه ليس بمؤسّسة من فعل الإنسان، وإنّما فرضها التـــعايش الإجتماعي، ممّا يضفي عليها صبغة جِبِلِـــيّـــة، يحتـــمها القانون الطـــبيعي؛ وهو رأي يمكن أن يجد دعامة في عديد القواعد الرّامية للحفاظ على العدالة التـــعاقدية، وحماية الطـــرف الضّعيف في التـــعاقد... ولكنّ قواعد القانون الطـــبيعي ليست جميع ما يحكم العقود، فالعديد من قواعدها وليد المعقول والمنطق، وهي، على أيـــة حال، ممّا صاغه الفقهاء، منذ أقدم العصور، ممّا يعطي للعقد، ولنظريـــته العامّة تواصلا عبر الأزمان، أيضا...

45- أهمّيـــة العقد من حيث التنظير القانوني - اهتمّ الفقهاء بالعقد منذ أقدم العصور؛ وممّن نبغوا في ذلك الرّومانيون والمسلمون على وجه السّواء.

ويبدو اهتمام الرّومانيـــين واضحا من خلال الولع بنظريـــة الإلتزام عامة[150]. وممّا يمكن استخلاصه بخصوص أفكارهم، تغليبهم للشّكليات على

---

149 يعرف هذا الموقف بنظريّة العقد الإجتماعي، ومن روّاده: هوبز وجون لوك وجان جاك روسّو والقسّ سييّاس. (حول أطروحة كل واحد منهم، تراجع مؤلّفات النـــظريّات السّياسيّة (Les doctrines politiques) وكذلك: M. MAHFOUDH, *L'incrimination*, thèse de Doctorat d'Etat, Tunis 1, 1998

150 حول دور الفقهاء الرّومان، يراجع: J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion. Les débuts de 'l'obligation' dans le droit de la Rome antique », in L'obligation, *Arch. Phil. Dr., n° 44*, Ed. Dalloz, année 2000, pp. 19 .et ss.

حساب الإرادة، ممّا يضفي على قواعدهم الصّبغة التّقنية الواضحة، مع ما يترتّب عن ذلك من تغليب للإستقرار التّعاقدي على حساب العدل... ويعود الفضل إلى فقهاء الرّومان أيضا، في اعتماد معطى الأب الصّالح للعائلة (Le *bonus pater familias*) كأنموذج يقع الرّجوع إليه في تقدير بعض المسائل، كالغلط والتّغرير بباب العقد، والخطإ بباب المسؤوليّة العقديّة...

أمّا فقهاء المسلمين فقد نبغوا في تعرّضهم لمسائل تطبيقيّة، بغية إيجاد الحلول لها، وذلك بالتّفكير فيها قبل وقوعها أحيانا[151]، وفي تعميم ما يصاغ منها على غيرها من الوضعيّات بمقتضى القياس. وما يميّز الفكر القانوني الإسلاميّ أيضا، اعتداده بجملة من المبادئ الأخلاقية الّتي تشيع نفَسا أخلاقيّا واضحا في المعاملات، ومن ذلك: مبدأ الأمانة في التّعاقد، واعتبار الرّأفة في تنفيذ العقود... وفي ذلك تغليب للعدل وللإنصاف في التّعاقد على حساب استقرار العقود أحيانا[152]...

وقد وقع التّوصّل، تأسيسا على ما صيغ من أطروحات -هنا وهناك-، إلى الإستقرار على جملة من الأحكام المؤلّفة إلى ما يمكن تسميته بالنّظريّة العامّة للعقد؛ وتتضمّن هذه الأخيرة جملة من القواعد الّتي تهتم بتنظيم العقد في كافّة مراحله، بدءا بتكوينه -وحتّى قبل ذلك- ووصولا إلى نهايته، -وحتّى بعد ذلك-... وممّا لا ريب فيه تأثّر

---

[151] ما من شكّ في كون النّظام القانوني الإسلامي قد ساعد على ذلك، خاصّة بفضل مؤسّسة الإفتاء. حول هذه المؤسّسة والبعض من تطبيقاتها، يراجع: M. MAHFOUDH, « De quelques éléments pour l'étude d'une histoire du droit commercial tunisien », article à paraître dans *Mélanges HACHEM*.

[152] حول تأثيرات هذه الإعتبارات يراجع مثلا: العجمي بلحاج حمّودة: « Le COC et les conditions de validité du contrat : Etude rétrospective », *RTD* 1997, pp. 19 et ss.

النّظرية المذكورة، إلى حدّ كبير، بجملة من المقترحات، لا سيّما ما صيغ منها من قِبل منظّري القانون الدّولي[153]، وفلاسفة العقد الإجتماعي، فأثّرت نظريّة العقد بدورها في عديد الموادّ القانونية، بما في ذلك ما يُعنى منها بمسائل القانون العامّ؛ وممّا وقع التّأليف فيه أيضا، المبرّرات لإلزاميّة العقود عامّة، أيضا. فما المقصود بذلك؟ وما هو أثره في العقود عامّة؟

ب) ألزامية العقد

46- الإرادة والعقد - تقدّم الإرادة على أنّها المبنى الأساسي في تبرير ما يتضمّنه العقد من الإلتزامات؛ وهذا الموقف تتقاسمه جلّ النّظم القانونيّة، بما في ذلك النّظام القانوني التّونسي أيضا[154]. ومع ما تكتسيه الإرادة من **الأهمّيّة** في التّأسيس للعقد بوجه عامّ (1)، فإنّ ما تشهده من **تنسيب**، يجيز التّساؤل عمّا تضطلع به (2)، من دور في التّعاقد بالوقت الرّاهن (3).

---

153 من ضمه هؤلاء : Hugo de Groot, dit Grotius

154 قُضي : "إنّ قواعد الإلتزامات والعقود تضمّ قاعدة غير مكتوبة ولكنّها مقبولة من الجميع وهي مبدأ استقلال الإرادة ... أمر 12 جويلية 1956 الّذي جاء بعدّة قواعد من القانون الدّولي الخاصّ لم يضبط مسألة العقود الّتي بقيت خاضعة لاستقلال الإرادة" (قرار استئنافي مدني عدد 19798، صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 7 ديسمبر 1960، القضاء والتّشريع لسنة 1961، عدد 1، ص. 21).

1) أهمّيــّة الإرادة في التــّبرير لإلزامية العقد؛

47- مدلول الإرادة : مبدأ سلطان (أو استقلالية الإرادة) ونتائجه[155]

- المقصود بالإرادة في التــّعاقد، ذلك المعطى النــّفساني الــّذي يتطلــّب، من كلّ متعاقد، أن يوافق، عن طواعية، على مقتضيات العقد الذي يكون طرفا فيه[156]. وقد أمكن لفقهاء القانون، بإعانة من الفلاسفة، أن يعودوا، في التــّنظير لذلك، إلى فكرة ما فتئت أن أصبحت لها قيمة المبدإ القانوني، والمتعارف عليه بمبدإ سلطان الإرادة.

وللمبدإ المذكور مدلول قانوني معيــّن يقع التــّعبير عنه بأربع نتائج حتميــّة -أو قلْ هي أربع مسلــّمات أساسيّة- لقيامه، ما فتئت أن اكتسبت كلّ واحدة منها قيمة المبدإ، أيضا، وهي على التــّوالي: **الحرّيــّة التــّعاقدية (1-1)؛ الرّضائية (1-2)؛ القوّة الملزمة للتّعهّدات التّعاقدية فيما بين الأطراف (1-3)؛ القوّة النسبية للتّعهّدات المذكورة تجاه الغير (1-4)**[157].

---

[155] حول مبدإ سلطان الإرادة، يراجع: V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept,* 1980, préface Ph. LEVY.

[156] حول الإرادة ودورها في القانون عامّة والعقد خاصّة يراجع: « Le rôle de la volonté dans le droit », Archives de philosophie de droit, Sirey 1957, republié par Topos Verlag. Vaduz, 1981 avec les articles de P. ROUBIER « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs » ; H. BATIFFOL, « Le rôle de la volonté en droit international privé » ; M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique » ; F. TERRE, « Volonté et qualification » ; A. RIEG, « La volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXè siècle ».

[157] حول نتائج مبدأ سلطان الإرادة يراجع: J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* 3ème éd. par J. GHESTIN, LGDJ-DELTA, 1996, n° 46 et ss.

1-1) الحرّيــّة التــّعاقدية

48- معناها - تعني الحرّيــّة التــّعاقدية أن يكون كلّ متعاقد حرّا في ثلاث: في التــّعاقد وفي عدم التــّعاقد؛ في اختيار معاقده ؛ وفي تحديد محتوى عقده.

فالحرّيــّة التــّعاقديــّة تقتضي أن لا يجبر متعاقد على التــّعاقد ولو بأوجه القسر القانونية؛ وأن لا يقع التــّدخّل من أيّ كان قصد الإضافة أو التــّنقيص إلى ما وقع التــّعاقد عليه، ولو كان مشرّعا أو قاضيا، ما لم يكن مأذونا في ذلك بالعقد نفسه.

ومن مظاهر الحرّيــّة التــّعاقدية على الصّعيد القانوني كذلك، إخضاع العلاقة التــّعاقدية إلى القانون القديم الذي التأمت في ظلــّه إرادة طرفيها، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد[158]؛ ومنع الأخذ بنظريّة الظــّروف الطــّارئة الــّتي تجيز للقضاء أن يتدخــّل، قصد تعديل إلتزامات يتــّضح إرهاق تنفيذها على جميع أو البعض ممّن تعهّد بها[159]...

1-2) الرّضائيــّة في التــّعاقد

49- مقتضياتها - تقتضي الرّضائيــّة أن لا موجب في قيام العقد لأيّ شكليــّة من الشّكليات؛ فالعقد يستمدّ مبناه وأساسه من إرادة أطرافه، لا من النّمط الشّكلي الذي قد يفرغ فيه أو تريد السّلط العامّة أن تفرغه فيه[160].

---

158 خلافا للقواعد العامّة المعمول بها في مادّة تنازع القوانين في الزّمان. حول هذه القواعد تراجع مؤلّفات المدخل لدراسة القانون، ومن ذلك محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني (النّظريّة العامّة – الأشخاص – إثبات الحقوق)، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسمية للجمهوريّة التّونسية، تونس 2002، الأرقام 66 وما بعد.

159 حول هذه النّظريّة انظر المبحث المتعلّق بتنفيذ العقد.

160 حول الشّكلية ودورها في التّعاقد، يراجع : J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in *Etudes Ripert,* t. I, pp. 93 et ss.

ومن نتائج الرّضائيــّة، خاصّة، التــّضييقَ في قائمة العقود الشّــكلية[161]، ونتائجها، فيكون ما يشترط منها للإثبات لا لصحّة العقد؛ ممّا يجيز للقاضي تجاوز ذلك، إذا ما اتــّضحت له بعض الظــّروف المادّيــّة الــّتي تحول دون إقامة الحجّة على وجود الإتــّفاق، وهي صور التــّعذّر المادّي والمعنوي التي يمكن معها اللــّجوء إلى وسائل إثبات أخرى[162]...

3-1) القوّة الملزمة للعقد

50- أثرها وأساسها - يترتــّب عن القوّة الملزمة للعقد إلزاميــّة ما يتضمّنه هذا الأخير من التــّعهّدات بالنــّسبة الى كلّ متعاقد؛ نتيجة ذلك على الصــّعيد الواقعي، وأنــّه لا يمكن التــّحلــّل من عقد إلاّ بآخر؛ فالعقد، طبقا لمبدإ سلطان الإرادة، شريعة الطّرفين، تضاهي إلزاميّته إلزاميّة القانون، على حدّ السّواء...

وإذا كان لمبدأي الحريّــّة التــّعاقدية والرّضائية كنتائج حتميــّة لمبدإ سلطان الإرادة أن يرسيا بواسطة التــّأويل القانوني (من مجموع التــّطبيقات النّصّــيــّة المتظافرة على تكريسهما)، فإنّ مبدأ القوّة الملزمة للعقد قد وقع إرساؤه صراحة بعديد التــّشاريع؛ ممّا يسمح باعتباره القناة الــّتي وقع عن طريقها الأخذ بمبدإ سلطان الإرادة السّالف الذّكر بالكثير من النّظم القانونية.

---

[161] من التطبيقات القليلة لعقود الشــّكليّة: عقد الزّواج وعقد رهن العقــّار سابقا، والإتــّفاق على التــّبنّي -إذا ما اعتبرنا التــّبنّي اتــّفاقا- وعلى هبة الأعضاء من البدن... لاحقا. (حول مفهوم العقد الشّكلي، يراجع : M.-A. GUERILLERO، المرجع السّابق).

[162] حول هذه القواعد، تراجع المؤلّفات المخصّصة للمدخل، ومن ذلك مؤلّف الأستاذ محمّد كمال شرف الدّين، فقرة عدد 294.

وممّا لا ريب فيه، انتماء النّظام القانوني التّونسي إلى هذه الفئة من النّظم القانونيّة، لتنصيص مجلّة الإلتزامات والعقود صراحة على مبدإ الأثر الملزم بفصلين هما من أهمّ ما ورد بها: الفصل 242 في قوله: "ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلاّ برضائهما أو في الصّور المقرّرة في القانون"، والفصل 240 في قوله: "لا يلزم العقد إلاّ العاقدين، ولا ينجرّ منه للغير ضرر ولا نفع عدا في الصّور التّي نصّ عليها القانون".

4-1) القوّة النّسبيّة للتّعهّدات التّعاقدية تجاه الغير

51- أساسها وأثرها - هو النّتيجة أو المسلّمة الرّابعة لمبدإ سلطان الإرادة؛ وقع التنصيص عليها بالفصل 240 من مجلّة الإلتزامات والعقود المذكّر به أعلاه؛ وتقتضي أن لا يقع الإلزام بالعقد إلاّ لأطرافه؛ فالعقد لا ينشئ، لا أضرار ولا منافع للغير؛ وإذا ما تضمّن ذلك، فهو أمر هشّ، وعلى أيّة حال فإن نفاذه يتوقّف على مصادقة الغير المعنيّ به[163]...

ولكنّ الفصل 240 السّالف الذّكر لا ينبغي أن يقرأ بمعزل عن الفصل الّذي يليه : وهو الفصل 241 بنفس المجلّة الّذي جاء ناصّا على أنّ "الإلتزامات لا تجري أحكامُها على المتعاقدين فقط، بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتّب له حقّ منهم ما لم يصرّح بخلاف ذلك..."، وهو ما يلفت الإنتباه إلى الصّبغة النّسبيّة لهذه النّتيجة؛ وما تستوجبه هذه من نسبيّة تستوجبه بقيّة النّتائج المترتّبة عن مبدإ سلطان الإرادة، كما سوف نرى.

---

[163] انظر لاحقا، مع نظريّة العقد الموقوف.

2) نسبيّة الإرادة في التـــأسيس للعقد؛

52- نظرية النّظام العامّ – من البديهيـــات القول بأنّ ما يبرم من العقود في الوقت الرّاهن، لا يلتئم بالرّجوع إلى إرادة أصحابه فحسب، بل وإلى سلطان القانون أيضا[164].

وفعلا، كثيرة هي النّصوص القانونية التـــي تتدخـــل اليوم في العلاقات التـــعاقدية، بدءا بقيامها، إلى حدّ تنفيذها (أو حتـــى بعد ذلك). فمن نصوص ملزمة بالتـــعاقد[165]؛ ومن نصوص مجبرة على التـــعاقد مع طرف

---

[164] وهو ما دفع ببعضهم ممّن يوحّدون بين الإرادة والعقد، إلى القول بلزمة العقد (حول هذه الفكرة، يراجع: H. BATIFFOL, « La ‘crise du contrat’ et sa portée », *Arch. Phil. Dr.* 1968, pp. 13 et ss. ; STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations*, t. 2, 4ème éd., 1993, n° 22). وممّن يروا بإزمة العقد كذلك، الفقهاء المتأثّرون بالفكر الماركسي للقانون، إذ يبشّرون باندثاره مع اندثار النّظام السّياسي الرّأسمالي. يلخّص الأستاذ J. GHESTIN الموقف الماركسي في التّأسيس للعقد بما يلي:

Le contrat, en tant qu’instrument des échanges par équivalent, est " présenté comme la pierre angulaire de l’économie capitaliste, appelé à disparaître en même temps que celle-ci", (*La formation du contrat*, n° 222). ومع ما ينتقد في الفكر الماركسي من الأطروحات فما من شكّ في تأثيره في القانون بوجه عامّ وفي قانون العقد خاصّة، حيث كان له تأثير واضح في الحدّ من الإطلاقيّة اللّيبيرالية لدور الإرادة في التّعاقد وفي تنظيم قواعد العقد، لا سيما فيما يتعلّق بحماية الأطراف الضّعيفة في العقود.

[165] ومن ذلك ما اقتضاه القانون عدد 60-21 المؤرّخ في 30 نوفمبر 1960، والمتعلّق بالتّأمين الوجوبي لوسائل النّقل البرّي. حول هذا القانون، يراجع محمّد محفوظ: *L’indemnisation des victimes en matière d’assurance automobile obligatoire*, Mémoire de DEA, Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1985-1986. وكذلك ما اقتضاه الفصل 95 من مجلّة التّأمين والمضاف بمقتضى القانون عدد 10 لسنة 1994 المؤرّخ في 31 جانفي 1994 في تنصيصه "على صاحب المنشأة أن يؤمّن مسؤوليّة كل المتدخّلين المشار إليهم بالفصل الأوّل من القانون المتعلّق بالمسؤوليّة والمراقبة الفنّيّة في ميدان البناء (ومن

معيّن[166]؛ ومن نصوص محدّدة لمحتوى عديد العقود[167]؛ ومن نصوص موسّعة في إلزامية بعض العقود إلى ما يتجاوز الدّائرة الضيّقة لأطرافها[168]... أمّا عن الشّكليات: فمن شكليّات سابقة للتّعاقد[169]؛ ومن شكليّات لاحقة له[170]؛ ومن شكليّات داخلية (Intrinsèques) بالتّنصيص على محتوى معيّن للعقود[171]؛ ومن شكليّات خارجيّة (Extrinsèques) بإتيان إجراءات جانبية يكون دونها بطلان العقد[172]، إن لم نقل انعدامُه[173]...

ذلك الباعث العقّاري والمهندس المعماري والبنّاء وغيرهم...) بمقتضى عقد تأمين وحيد لكلّ حضيرة يبرم قبل افتتاحها مع مؤسّسة تأمين" (حول وجوبيّة التّأمين وقواعده تراجع: سامية الدّنداني بن سالم، عقد البعث العقّاري، مذكّرة شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلّيّة تونس 1، سنة جامعيّة 1995-1996، الصّفحات 123 وما بعد، وخاصّة الصّفحات 139 وما بعدها).

[166] ومن ذلك بالنّسبة الى من يروم بيع عقّاره في مساحة تدخّل عقّاري.

[167] ذاك شأن عديد العقود المبرمة مع مؤسّسات التّزويد بالخدمات (الكهرباء، الماء، الغاز...).

[168] من ذلك الفصل 15 من مجلّة الشّغل في إلزاميته للمؤجّر الجديد بالإلتزامات الّتي أبرمها المؤجّر اللاّحق (حول هذا الفصل، يراجع المبحث المتعلّق بإلزامية العقد بالنّسبة الى الغير).

[169] مثال الرّخص الإدارية.

[170] مثال التّرسيم في العمليّات المتعلّقة بالعقّارات المسجّلة بإدارة الملكيّة العقّارية (دفتر خانة).

[171] مثال ذلك ما يقتضيه الفصل 377 و377 مكرّر و377 ثالثا من مجلّة الحقوق العينيّة في وجوب التّنصيص على معطيات دونها بطلان الكتب، ومن ذلك أرقام الرّسوم العقّارية المعنيّة بالتّعاقد، وعدد مجلّداتها برسمها بإدارة الملكيّة العقّارية، وتاريخ ترسيمها باسم الطّرف الذّي يفوّت فيها...، وكذلك ما اقتضته المجلّة التّجاريّة في وجوب التّنصيص على رقم معاملات الثّلاث سنوات السّابقة في الأصل المبيع، وغيرها...

[172] ومن ذلك وجوب القيام بإجراءات الإشهار العقّاري. جاء بالفصل 305 من مجلّة الحقوق العينيّة أن "كلّ حقّ عيني لا يتكوّن إلاّ بترسيمه بالسّجلّ العقّاري وابتداء من تاريخ

خلاصة القول إنّ جميع هذه التــدخّلات لا يمكن أن تجد سندا لإلزاميــّة عقدها بالرّجوع إلى مبدإ سلطان الإرادة. بل إنّ المبدأ المذكور هو ممّا ينفي الإلزاميــّة عنها... وعلى أيــّة حال فهو ممّا يؤلــّف لنظريــّة مزاحمة للمبدإ المذكور هي ممّا يصبو للتــّأسيس للعقد كذلك، والمقصود بذلك نظريــّة النــّظام العامّ[174].

53- تعريف مفهوم النــّظام العامّ (La notion d'ordre public-)

يجمع الفقهاء عامّة على صعوبة تعريف المقصود بالنّظامّ العامّ[175]؛ ممّا جعل البعض يقرّ بكونه من المفاهيم ذات المحتوى المتغيــّر[176]، أو هي من العبارات الفضفاضة الــّتي يعسر المسك بمحتواها...

ومع ما يكتسيه هذا الموقف من الصّحّة، فهو لا يحول دون إبراز نواة، هي من كنه النّظام العامّ... وربّما كان للمفهوم بمادّة القانون الدّولي الخاصّ، في تركيزه على ما تتــّفق عليه المجموعة من المقوّمات، أثره في

ذلك التّرسيم". وجاء بالفصل 308 من نفس المجلّة (في فقرته الثّانية) "والحقّ غير المرسّم يعتبر لاغيا".

[173] يقتضي ذلك الأخذ بجزاء الإنعدام، وهو ما يعفي الأطراف من اللّجوء إلى القضاء قصد التّصريح بإبطال العمل القانوني المختلّ.

[174] حول هذا المفهوم ودوره: J. GHESTIN, *La formation du contrat* (préc.) n° 104 et ss.

[175] حول غموض المفهوم، يراجع: PILON, Řapp. sous req. 21 avr. 1931, S. 1931, I, 377.

[176] J. GHESTIN, « L'ordre public notion à contenu variable en droit privé français, in *Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées* par Ch. PERELMAN et R. VANDER-ELST, 1984, Bruxelles, pp. 77 et ss.

هذا الصّدد[177]. ومن ثمّة، يمكن القول بأن النّظام العامّ بالعلاقات التّعاقدية إنّما يتكوّن بمجمل الأحكام الآمرة (Les règles impératives)[178] التّي تُتّخذ اعتبارا لبعض المقوّمات الأساسيّة المتّفق عليها بالمجموعة الواحدة[179]، وتكون من تبعاتها تحديد ما يترتّب عن مبدإ سلطان الإرادة من إطلاقيّة النّتائج المذكورة آنفا بالعلاقات التّعاقديّة، لا سيّما ما يترتّب عن الحريّة التّعاقدية منها[180].

على أن التّطوّر الّذي يشهده مفهوم الدّولة اليوم، مع ما يترتّب عنه من دور يتجاوز ما كان مخصّصا لهذه الأخيرة بالمجموعات السّياسيّة سابقا[181]، لم يمنع من إبراز معان متجدّدة للنّظام العامّ، تختلف باختلاف ما

---

[177] حول مفهوم النّظام العامّ بمادّة القانون الدّولي: A. MEZGHANI, *Droit international privé*, ECP-CERP, Tunis, 1991 ; M. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7ème éd. 1981, LGDJ, t. 1, n° 354.

[178] في هذا المعنى : J. GHESTIN, *Op. cit.* ; J. CARBONNIER, *Droit civil, 4 – Les obligations*, PUF 1976, n° 32.

[179] يراجع في هذا الصّدد تعريف الأستاذ Ph. MALAURIE في قوله بأن " L'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité (*L'ordre public est le contrat, (Etude de droit civil comparé, France, Angleterre, URSS*), thèse Paris 1953, avec une préface de P. ESMEIN, n° 99)."

[180] J. GHESTIN, Op. cit., n° 104, avec la référence à PLANIOL « Une disposition est d'ordre public 'toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi' (Citée par Malaurie, thèse préc. n° 263) ».

[181] حول هذا المفهوم، يراجع فقهاء القانون العامّ (عبدالفتّاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري). ما يمكن اختزاله في هذا الشّأن وأن المفهوم التّقليدي للدّولة كان يركّز على الأمن بالمجموعة (Conception de l'Etat gendarme). أمّا اليوم، فللدّولة مفهوم آخر، حيث أن المجتمعات لم تعد تكتفي بدور الأمن، بل بالتّدخّل في الحياة الإجتماعيّة والإقتصاديّة (Conception de l'Etat providence).

ترمي إليه السّلط العامّة من أغراض، تصبو المجموعة (أو أغلبيّة عناصرها) إلى فرضها...

54- النّظامّ العامّ التّقليدي والنّظامّ العامّ الحديث (Ordre public traditionnel et ordre public nouveau – يتضمّن النّظامّ العامّ التّقليدي مجمل القواعد الآمرة الرّامية إلى حماية ما كان يعتبر من ركائز المجتمعات وهي: الدّولة والعائلة والفرد[182]: الدّولة في تنظيمها؛ العائلة في تركيبتها؛ الفرد في سلامته[183]. وممّا تتميّز به قواعد النّظام العامّ المذكور، صبغته الأخلاقية الغالبة، ووسائله المنعّية الواضحة[184].

أمّا النّظامّ العامّ الحديث، فغايته حماية المجموعة الواحدة بما يمكّن من تماسكها في حدّ ذاتها، ومن مواجهتها لبقيّة المجموعات الأخرى في العالم؛ وهو نظام عامّ اجتماعي، هدفه إقامة اللّحمة بين فئات المجموعة الواحدة وذلك بحماية عناصرها الضّعيفة (أو هكذا تبدو) في التّعاقد؛ ونظام عامّ إقتصادي، غايته تنظيم المجموعة بما يمكّن من تلافي الأزمات وجعل العقود تندمج في حلقة الأغراض التّي تعتبرها المجموعة في مخطّطاتها الرّامية إلى النّهوض الإقتصادي[185]. وممّا يتميّز به النّظام العامّ السّالف

---

[182] حول النّظام العامّ التّقليدي، يراجع: J. CARBONNIER, *Op. cit,* n° 32.

[183] المرجع السّابق.

[184] المرجع السّابق.

[185] أوّل من صاغ التّفرقة بين النّظام العامّ الإقتصادي الحامي (Ordre public de protection)، (لا الحمائي: Protectionniste) والنّظام العامّ التّوجيهي (Ordre public de direction) هو الفقيه J. CARBONNIER, « Introduction à la théorie générale du contrat, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats,* Journées Savatier, 1985, PUF, p. 36 ».

الذّكر، صبغته المستقلّة عن الأخلاق (nature amorale)، ووسائله الإقتضائية الغالبة[186] ومن مظاهرها التّراخيص الإدارية[187]...

55- تحديد قواعد النّظام العامّ - يتمثّل ما يطرحه النّظام العامّ - بوجهيه التّقليدي والحديث- من الإشكاليّات، في تحديد المعايير التي يقع بواسطتها إضفاء صبغته على ما يقتضيه من قواعد قانونيّة غايتها تنظيم التّعاقد، وما ينتمي من هذه إلى صنفه التّقليدي، وما يكون منها من صنفه الحديث؛ وبالنّسبة الى هذا الأخير، ما يندرج من أحكامه بباب النّظام العامّ الإجتماعي وما يندرج منها بباب النّظام العامّ الإقتصادي.

وفي تحديد الصّنف الّذي تنتمي إليه القاعدة، جملة من الفوائد؛ ومن ذلك أن قواعد النّظام العامّ وجوبية، بخلاف بقية القواعد الإختيارية في الغالب؛ ثم أن ما يهمّ النّظامّ العامّ من القواعد يمكن للقضاة إثارته من تلقاء أنفسهم، ولو لأوّل مرّة لدى التّعقيب. أمّا تحديد القاعدة في انتمائها إلى النّظام العام الإقتصادي أو النّظامّ العامّ الإجتماعي، فله أثر على صعيد الجزاء[188]؛ حيث أنّ الأولى، تهمّ المجموعة، فيوسّع في دائرة الأطراف التّي يمكنها أن تطرح آثارها، بما يخضع مخالفتها إلى جزاء البطلان المطلق؛ بخلاف الثّانية، فتكون -اعتبارا إلى مناط اتّخاذها(: حماية فئة معيّنة)-، منحصرة فيمن سنّت لحمايته، فتكون حريّة بالبطلان النّسبي؛

---

[186] حول النّظام العامّ الإقتصادي، يراجع: G. FARJAT, *L'ordre public économique,* thèse Dijon, 1963, spéc. pp. 309 et ss. وكذلك: J. CARBONNIER, *Op. cit,* n° 32.

[187] حول هذه التّراخيص، يراجع: J. GHESTIN, *La formation du contrat,* n° 465 et ss.

[188] حول جميع هذه المسائل وما تثيره من إشكاليات، يراجع: J. GHESTIN، المرجع السّابق، نبذة 110.

ويترتّب عن كلا الجزاءين جملة من النّتائج التي نعود إليها في إبّانها، عند التّعرّض إلى جزاء البطلان[189]...

56- معايير النّظام العامّ - هما معياران على الأقلّ. الأوّل، يعتدّ بتنصيص القاعدة التّي تمّت مخالفتها على جزاء ردعي؛ والمقصود بذلك العقوبة الجزائيّة من مثل السّجن والخطيّة، فيؤدّي إلى التّوسعة في نطاق الأحكام التّي تهمّ النّظام العامّ، حيث أن جلّ القوانين اليومَ لها صبغة زجرية واضحة، لكونها غالبا ما تتضمّن بابا للعقوبات[190]. المعيار الثّاني يأخذ بالصّيغة الوجوبية للنّصّ؛ ويكون ذلك بالتّنصيص صراحة على الجزاءات المدنية المتعارف عليها والتي من بينها البطلان والفسخ والإنتقاص (الحذف)[191]...

57- مصادر النّظام العامّ (النّصّ أم القاضي) - وممّا يلحق بمسألة معايير النّظام العامّ من الإشكاليات، إن كانت للقاضي السّلطة على إضفاء صبغته على أحكام لا تتضمّن جزاءات ردعيّة أو أنّها غير محلاة بصيغة الوجوب. يؤدّي ذلك إلى إثارة التّساؤل الآتي: فهل أنّ مصادر النّظام العامّ نصيّة بالضّرورة، أم قضائية كذلك؟

تختلف الإجابات في هذا الشّأن بحسب النّظريّة الّتي تنتمي إليها كلّ واحدة منها في التّأسيس للعقد، وفيما يعتقده صاحبها من دور للإرادة

---

[189] يراجع الفصل 6، المخصّص للبطلان.

[190] حول العلاقة بين القانون الجنائي والعقد، يراجع، بالقانون التّونسي: M. LOUSSAIEF, *Le droit pénal et la protection des contractants lors de l'exécution du contrat civil,* Mémoire de DEA, Tunis 1, année 1995/1996 وبالقانون الفرنسي: R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil,* thèse Rennes, LGDJ 1970, préface H. BLAISE, spéc. p. 121, n° 126.

[191] حول هذه المفاهيم، محمّد الزّين، العقد، نشر المؤلّف، 1997، نبذة 241 وما يليها، وبالنّسبة الى الإنتقاص (الحذف)، نبذة 308 وما بعد.

في هذا الصّدد، بما قد يوسّع في تدخّل المشرّع والقضاء أو يضيّق فيهما. وممن ينادون بإعطاء الدّور للقاضي في إضفاء صفة النّظام العامّ على بعض الأحكام، الفقيه Jacques GHESTIN[192]، إذْ يرى أنّ العقد لا يكون ملزما إلاّ متى كان مفيدا وشريطة أن يكون عادلا[193]؛ ولمّا كانت الفائدة والعدل ممّا لا يعرّفه المشرّع دائما، فإن تحديد ذلك، سوف يؤدّي بالضّرورة إلى إعطاء الدّور للقضاء في القيام بذلك[194]. وهذا موقف يناهضه الفقيه Georges ROUHETTE[195]، الـّذي يرى أن لا أحد له حق

---

[192] J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats, *D.* 1982, chron. .Pp. 1 et ss.

[193] يقول الأستاذ GHESTIN في هذا الصّدد: « Il n'est pas possible de revenir au laisser faire du libéralisme sauvage ; mais, il est bien nécessaire de bien mesurer les conséquences perverses d'un excès de réglementation. Le dogme de l'autonomie de la volonté ne peut plus suffire à répondre à ces préoccupations. La liberté contractuelle, qui garde toute son utilité, doit être envisagée dans une optique nouvelle, précisément en termes *d'utilité sociale et de justice contractuelle, principes directeurs du droit des contrats,* qu'il faut substituer à un dogme de l'autonomie de la volonté qui ne peut donner la solution des questions actuelles » (J. GHESTIN, *La formation du contrat,* n° 167 ; et sur la conception du Professeur J. GHESTIN, voir plus spécialement, l'ouvrage précité des n° 223 à 282).

[194] تقدّم نظريـّة الأستاذ J. GHESTIN، على كونها ممّا يؤسّس لإلزاميـّة العقد. وفي اعتقادنا أن طرح الأستاذ J. GHESTIN إنـّما يستغلّ النـّظريّات القانونيـّة التي صيغت لتبرير إلزاميـّة القاعدة القانونيـّة عموما. فمعطى العدل يأخذ بالنـّظريّات المثاليّة، ومعطى الفائدة يأخذ بالنـّظريات الوضعيّة. وفي اعتقادنا أن النـّظريـّة التـّأليفية للأستاذ J. GHESTIN إنّما تحاول أن تشرح حالة القوانين الحديثة أكثر ممّا تؤسّس لواقع مؤمّل...

[195] G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat,* thèse Paris, 1965, Deux volumes.

التـــدخـــّل في العقد سوى المشرّع[196]، مستبعدا القاضي من كلّ دور بالموضوع، عدا ما يتعلـــّق بتطبيق القواعد القانونية[197]...

ويحوم النـــّقاش، كما يلاحظ، حول مدى ما يحطـــّه كل فقيه من الثـــّقة في القضاء. وربّما كان موقف الأستاذ ROUHETTE أجدر بالإتـــّباع، إذ يُخشى من القاضي أن يتجاوز في مهمّته مقتضيات التـــّطبيق الصّرفة للقواد القانونيـــّة، فيسند طبيعة النّظام العامّ لأحكام لم يرتضيها لها المشرّع أصلا، معتمدا في ذلك على ما له من قناعات خاصّة؛ ولكنّ هذا الموقف من شأنه أن يقلـــّل من أهميـــّة الإرادة في قيام العقد وفي تنظيم أحكامها مع ما يترتـــّب عن ذلك من تغييب للفرد، وهو موقف لا يتناسب – حسب بعضهم– مع موقف النـــّظم القانونية بوجه عامّ. وكلّ ذلك ما يُبقي على التـــّساؤل عن الدّور الباقي للإرادة في تبرير إلزاميـــّة العقد.

---

[196] يتنزّل هذا الرّأي من موقف الأستاذ ROUHETTE القائل بأن العقد هو مجموعة مصالح، لا طائل لأحدها على تنظيم أحكامها، وإنّما من يتولّى ذلك هو المشرّع بتنظيم الأنماط التّعاقدية الدّارجة في التّعامل (بيع، كراء، وِكالة، وديعة، وغيرها). يمكن أن نستخلص فكر الأستاذ ROUHETTE من المقولات الآتية الواردة بأطروحته. حيث يقول في الإرادة أنّها لا يمكن أن تشكّل إلاّ " un fondement dérisoire du contrat ..."(thèse, n° 222, pp. 631-632)، ممّا يحسن معه القول – حسب رأيه– بأنّ ما يؤخذ بعين الإعتبار من المشرّع في تنظيم أحكام العقد ليست إرادة الأطراف المتعاقدة وإنّما مصالحها . فالمصالح حسب رأيه هي المؤسّسة للعقـــد "... à la base du contrat". منتهيا (أي الأستاذ ROUHETTE إلى تعريف العقد بكونه "تصرّف ثنائي منشئ للقواعد... بين دائرتي مصالح (" ... un acte productif de normes... bilatérales, "c'est-à-dire liant deux centres d'intérêt -thèse n° 224, p. 636-")".

[197] عن هذه المواقف، يراجع : J.-L. AUBERT, *Le contrat,* Ed. Dalloz, Collect. « Connaissance du droit », 1996, pp. 25 à 29.

3) دور الإرادة في تبرير إلزامية العقد

58- للإرادة دور نسبيّ في تبرير إلزامية العقد - ما من شكّ في أنّ للإرادة دورا في إنشاء العقود، وفي إلزاميتها؛ ويمكن أن يستشفّ ذلك من جملة من التّنصيصات بمجلّة الإلتزامات والعقود؛ فالشّكلية ليست ركنا في التّعاقد بصريح الفصل 2 من المجلّة المذكورة -كما رأينا-؛ واهتمام المشرّع بالرّضاء وبسلامته يؤيّدان نفس الإتّجاه؛ وعبارة "المقصد" الواردة بالأحكام المتعلّقة بتفسير العقد كذلك[198]...

ومع كلّ هذا، فإنّ ما تضطلع به الإرادة في ضبط قواعد العقد من دور يبقى نسبيّا؛ وتتأيّد النّسبيّة من أهمّ فصل بمجلّة الإلتزامات والعقود يمكن الإعتماد عليه في القول بأخذ المشرّع التّونسي بمنظومة سلطان الإرادة، وهو الفصل 241 الّذي جاء ناصّا على أنّ ما يقوم مقام القانون من الإلتزامات التّعاقدية لا يكون إلاّ لما جاء منها بعقد صحيح؛ والصّحّة تقتضي المطابقة للقانون وعلويته؛ ثمّ إن الإلتزامات المذكورة لا تشكّل قانونا مهما تركّزت في الإلزامية، وإنّما تقوم مقامه، والقيام مقام الشيء لا يعدّ كالشيء نفسه؛ وذاك موقف، يمكن أن نفهمه من طرْق الأستاذ محمّد الزّين، ممّن اهتمّوا بمكانة الإرادة في التّعاقد بالقانون التّونسي[199].

59- للإرادة دور دائم في تبرير إلزامية العقد - بالرّغم ممّا يحوم حول الإرادة من نقاش، وما تعيشه من تراجع بحكم الإلزامية المطّردة

---

198 حول عبارة المقصد ودوره في تفسير العقد، يراجع سامي الجّربي، تفسير العقود، أطروحة دكتوراه دولة، تونس 1997.

199 محمّد الزّين، المرجع السّابق، الفقرة 51. على التّساؤل فيما إذا يمكن "اعتماد مبدإ سلطان الإرادة لتفسير مفهوم العقد وتبرير قوّته الإلزامية"، يجيب الأستاذ محمّد الزّين بقوله: "نحن لا نعتقد ذلك، بل نرى أنّه لا سلطان للإرادة طالما أنّ حرّيّة التّعاقد، مهما بدت مطلقة، لا تمارس إلاّ في نطاق القانون وبترخيص منه".

للقواعد القانونية عموما، فإنّ دورها باق، بل وربّما كان في تنام بحكم ما يشهده مفهومها (أي مفهوم الإرادة) من تطوّر[200]، وبحكم ما تؤسّس له نظريـــّة النّظام العامّ نفسها من القواعد.

فالإرادة التـــّي انصرفت تشاريع القرن التـــّاسع عشر إلى إرسائها معطى مجرّدٌ، لا وجود له سوى في التـــّنظير القانوني؛ وما تعتمد عليه من حرّيـــّة وعدالة بين الأطراف، نظريّ بحت هو الآخر[201]؛ ولا يفوتنا هنا أن نذكـــّر ببعض الأطروحات الـــّتي ندّدت بمبدإ سلطان الإرادة باعتباره إجازة قانونية تعتمد من قبل الأقوياء في استغلال الضّعفاء وفرض إرادة أولائك على هؤلاء؛ وهو ما دفع بالفقهاء إلى التـــّنظير في المبدإ المذكور، اهتماما بمخاطره[202].

وقد حثّ هذا الواقع بالمشرّعين إلى التـــّدخـــّل قصد إيلاء الإرادة مكانتها الفعليـــّة[203]، متـــّخذة للغرض جملة من النـــّصوص، ولئن بدت الثـــّانية متنافرة في ظاهرها مع مقتضيات الأولى؛ وهذا الموقف واضح في عديد القواعد المكوّنة لمؤسّسة النّظام العامّ الإجتماعي؛ ويمكن لعين الموقف أن يتدعّم بالإتـــّجاه اللـــّبيراليّ الجديد (Le néo-libéralisme)[204] الـــّذي من مظاهره النـــّصوص الرّامية إلى حماية قواعد العرض والطـــّلب في

---

[200] تتربّع الإرادة عرشا أعلى في المبادلات التـــّجاريّة الدّوليّة منه في المبادلات الدّاخليّة. ولا أدلّ على ذلك من قاعدة الحريّة في تحديد القانون المنطبق على عقد الإتّجار الدّولي (حول هذه المسائل، تراجع مؤلّفات التّجارة الدّوليّة والعقد الدّولي على وجه الخصوص).

[201] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme,* thèse Dijon, 1912, pp. 51-52.

[202] ممّن تولـــّوا ذلك، الفقيه GOUNOT بفرنسا (E. GOUNOT, *Op. cit*, pp. 33 et ss.)

[203] D. MAZEAUD, Rapport, *Répertoire Defrénois,* 1998, 1137.

[204] حول هذا النّظام وأثره في القانون عامّة، يراجع: J. GHESTIN, *La formation du contrat,* n° 134-135.

BIBLIOTHEQUE

علاقات السّوق؛ وذاك شأن ما ينظـّم من النـّصوص القانونيّة مسائل الإسعار والمنافسة[205]، وحماية المستهلك[206]، وقد تكاثر في الحقب الأخيرة[207].

عنصر 2 - مصادر التـّقنين في أحكام العقد

60- المصادر المادّيـّة والمصادر الشّكلية - يقصد بالمصادر الشّكلية جملة القواعد القانونيـّة التي يجب على القضاء، أو من تسند له سلط القضاء (المحكـّمين)، أن يطبّقها فيما تشهده العلاقات البشرية من نزاعات؛ أمّا المصادر المادّيـّة، فيقصد بها جملة المعطيات التـّي يعتمدها المصدر الشّكلي في صياغة أحكامه[208]. وتضطلع مجلـّة الإلتزامات والعقود -إلى حدّ السّاعة-، **بدور هام كمصدر شكلي**[209]، يعتمد في تنظيم

---

[205] القانون عدد 64-91 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 والمتعلّق بالمنافسة والأسعار.

[206] القانون عدد 117-92 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 والمتعلّق بحماية المستهلك.

[207] ومن ذلك القانونان عدد 39-98 و40-98 المؤرّخين في 2 جوان 1998 والمتعلّقين تباعا بالبيع بالتّقسيط وبوسائل البيع والإشهار التّجاري، وكذلك القانون عدد 83-2000 المؤرّخ في 9 أوت 2000 والمتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونية...

[208] حول مفهوم المصدر ومعانيه يراجع : محمّد بقبق، مدخل عامّ لدراسة القانون، مركز النّشر الجامعي، سلسلة "معرفة القانون"، تونس 2002، الأرقام 273 وما بعد.

[209] وقع إحضار مجلـّة الإلتزامات والعقود في الفترة المتراوحة بين 6 سبتمبر 1896 تاريخ بعث اللـّجنة التّي كلـّفت بإعدادها و1899 تاريخ نشر مشروعها (حول هذا المشروع، يراجع: *Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, Fascicules I et II, Code civil et commercial tunisien, Avant-projet discuté et adopté avec le rapport de D. Santillana,* (Imprimerie Générale J. Picard et Cie, Tunis 1899. وهذا المشروع سبقه مشروع أوّلي نشر سنة 1897 (حول هذا المشروع الأوّلي، يراجع *Projet préliminaire de code civil et commercial tunisien soumis à la commission de codification des lois tunisiennes par D. Santillana,* (Imprimerie Générale Picard et Cie, Tunis, 1897 : حول ظروف المجلـّة؛

الإلتزامات التّعاقديّة بالقانون التّونسي (ب)؛ وربّما كان من أسباب بقائها كذلك، تعدّد **مصادرها المادّيّة** كمصدر له الصّفة الشّكليّة المذكورة أعلاه أيضا (أ).

أ) المصادر المادّيّة لمجلّة الإلتزامات والعقود[210]

61- مجلّة توفيقية – يخطئ من يعتقد أن مجلّة الإلتزامات والعقود ترديدٌ لما ظهر من قواعد تحكم الإلتزامات بالنظام الفرنسي؛ فإذا أخذت المجلّة المذكورة من النّظام المذكور، وخاصّة من مجلّته المدنية الصّادرة في عهد نابوليون بونابارت (21 مارس 1804)، فهي لم تأخذ من هذه، فقط[211]، محدّدة في ذلك مشروع الحكومة الفرنسية في فرض قانونها بالإيالة آنذاك[212]؛ وعلى أيّة حال فهي لم تنته –في أخذها من المجلة

يراجع كذلك: M. MAHFOUDH, « De quelques éléments pour l'étude d'une histoire du droit commercial tunisien », article à paraître in *Mélanges Med-Arbi El-Hachem*.

[210] تندرج مجلّة الإلتزامات والعقود ضمن التّيّار التّقنيني الذي شهدته البلاد التونسية بداية من المنتصف الثاني للقرن التّاسع عشر، والّذي تدعّم بداية من القرن العشرين. وقد صدرت المجلّة المذكورة بعد قانون الأحكام العرفية المؤرّخ في 24 أفريل 1861 (والّذي وقع إلغاء العمل به بعد أحداث علي بن غذاهم) وبعد المجلّة العقّارية الصّادرة في غرّة جويلية 1885 (حول هذه المجلّة، يراجع: محمّد كمال شرف الدّين: « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des Obligations et des Contrats », *RIDC*, 1996, pp. 415 et ss. et spéc. p. 416). وسوف تليها المجلّة الجنائية المؤرّخة في غرّة جانفي 1913 ومجلّة الإجراءات المدنية ومجلّة الإجراءات الجنائية (مجلّة التّحقيق الجنائي). حول حركة التّقنين بتونس، يراجع، رضا المزغنّي: « La codification en Tunisie », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération,* 1986, pp. 451 et ss.

[211] حول المصادر المادّيّة لمجلّة الإلتزامات والعقود، يراجع: محمّد الزّين: « Centenaire de la codification en Tunisie, le code des obligations et des contrats », in *La codification,* Ed. Dalloz, Collect. « Thèmes et commentaires », 1996, pp. 187 à 195.

[212] يراجع ما قاله في هذا الشّأن أحد الفقهاء الفرنسيين، V. BISMUTH, « … nous ne croyons pas que le Code tunisien des obligations et des contrats, et

"النابوليونيّة"- بما اقتصرت عليه هذه الأخيرة من القواعد إبّان إصدارها سنة 1804[213]، بل تجاوزتها إلى ما شهده قانونها من الإثراء بفضل فقه القضاء والفقه بعد التّاريخ المذكور[214].

والتّفتّح على ما طرأ على الصّعيد القانوني من الآراء إبّان اتّخاذها، جعل مجلّة الإلتزامات والعقود التّونسية تأخذ من القانون الألماني ولا سيّما من مجلّته الصادرة سنة 1901 (BGB)، ومن القانون السّويسري ومجلّته الصّادرة سنة 1881[215]، وغيرهما[216]...

---

le Code pénal tunisien, aient bien servi la cause de la justice (tunisienne) et celle de la France… (Et l'auteur de conclure que) Le plus grave reproche que l'on puisse donc faire au Code tunisien des obligations comme au Code pénal tunisien est d'avoir immobilisé le droit dans une position contraire à l'œuvre d'assimilation, clef de voûte du protectorat». L'auteur convient cependant qu'il s'agit d'une « belle œuvre législative », *Essai sur la dualité législative et judiciaire en Tunisie,* thèse de doctorat, Faculté de droit de Dijon, 1922, pp. 237 à 240.

[213] يبدو تأثير القانون الفرنسي حاصلا فيما بعد، بحكم قراءة الفقهاء لأحكام مجلّة الإلتزامات والعقود بعيون الفقهاء الفرنسيين، وهو واقع يمكن أن نلمسه في بعض المسائل، ومنها على وجه الخصوص مسألة الإيجاب وما تطرحه من إشكاليات (في هذا المعنى، يراجع محمّد العربي الهاشم، المرجع السّابق، الصّفحتان 239 و240).

[214] حول تأثير فقه القضاء الفرنسي والأراء اللاّحقة لسنة 1804 في مجلّة الإلتزامات والعقود، يراجع صلاح الدّين الملّولي، « Contribution à l'étude des sources : la jurisprudence source de la loi », *RTD* 1995, pp. 189 et ss. ; A. BELHAJ HAMMOUDA, « Le COC et les conditions de validité des contrats : Etude rétrospective », *RTD* 1998, Doct. Pp. 11 et ss.

[215] يراجع محمّد العربي الهاشم، « Le code des obligations et des contrats : cent ans de solitude ? », *Mélanges M.CHARFI,* CPU 2001.

[216] كما اخذت مجلّة الإلتزامات والعقود أيضا من قانون الأحكام العرفيّة الّذي صيغ سنة 1861، بمناسبة الدّستور الصّادر بالتّاريخ المذكور، والّذي وقع إلغاء العمل به إثر ثورة علي بن غذاهم (يراجع في هذا الصّدد، المشروع الأوّلي لمقرّر لجنة تقنين النصوص التّونسيّة : دافيد صانتينالا D. SANTILLANA, « Avant-propos » in *Travaux de la commission de codification des lois tunisiennes,*

وممّا يستوجب التـّأكيد عليه، كذلك، أن المجلـّة التـّونسية لم تتنكـّر لماضي مجتمع شهد تطبيق الفقه الإسلامي لعدّة قرون[217]؛ ثم انـّها لم تقتصر في أخذها ببعض أحكام الفقه المذكور على مذهب دون آخر (كالمالكي باعتباره مذهب المجموعة الغالبة بالبلاد، آنذاك)، بل ومن عديد المذاهب الأخرى[218]، لا سيّما الحنفي منها[219]، وهو ما يجيز -حسب بعضهم - الرّجوع إلى هذا الأخير في تأويل بعض الأحكام، خاصّة تلك الـّتي أخذتها المجلـّة عنه[220]؛ وقد ساعد التـّوافق بين الفقه الإسلامي من جهة والفقه الغربي من أخرى، على إرساء العديد من المبادئ الـّتي ينهل منها

Code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté, (Tunis, Imprimerie générale J. Picard et Cie, 1899).

[217] من أهمّ ما أُخذ عن الفقه الإسلامي، مؤسّسة مرضِ الموت (حول هذه المسألة، تراجع: عواطف شلفوح، جزاء البيع في مرض الموت، مذكـّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلـّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1991/1990.

[218] يبدو تأثير الفقه الإسلامي مهيمنا بدرجة أكثر في العقود الخاصّة منه في الأحكام العامّة المتراودة من الفصل 1 إلى الفصل 561.

[219] هناك رجوع في عديد الأحكام إلى مؤلّف قدري باشا "مرشد الحيران"، الّذي تولّي فيه صاحبه تقنين القواعد المدنية حسب الفقه الحنفي، محاكيا ومعارضا بذلك في نفس الوقت مجلـّة الأحكام العدليّة (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشـّرعيّة على مذهب الإمامِ الأعظمِ أبي حنيفة النّعمان ملائما لعرف الدّيار المصريّة وسائر الأمم الإسلاميّة، الطـّبعة الثـّانية، المطبعة الأميريّة ببولاق، مصر، 1308 هـ/ 1891 م)؛ (ويراجع كذلك حول تأثير الفقه الحنفي بمجلـّة الإلتزامات والعقود : محمد العربي الهاشم، المرجع السّابق، وكذلك المشروع التّمهيدي للمجلـّة ويسمّى أيضا بمشروع صانتيلانا (D. SANTILLANA, *Op. cit.*).

[220] ذاك موقف الأستاذ نورالدّين بسرور مثلا، في تأويل جزاء البيع في مرض الموت، الـّذي يتمثّل حسب رأيه في عدم نفاذ البيع، لا في بطلانه، آخذا في ذلك بموقف الفقه الإسلامي (تراجع أطروحته: *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Juin 2001, n° 67 et 72).

هذا وذاك، ومن ذلك مبدأ الرّضائية في التّعاقد، ومبدأ حسن النّيّة في المعاملات[221]...

وإذا كان لمجلّة الإلتزامات والعقود أن تكون من المجلاّت التوفيقية، فالفضل الكبير في ذلك يعود إلى تركيبة من تكفّلوا بإعدادها أيضا[222].

ب) مجلّة الإلتزامات والعقود كمصدر شكليّ

62- دور هامّ – بالرّغم ممّا شهدته مادّة العقود من التطوّرات، فإن مجلّة الإلتزامات والعقود لم تواكب ذلك التّطوّر، إذ هناك من نعى عليها سباتها طيلة النّصف الأوّل من القرن العشرين[223] لولا بعض التّحويرات الجزئيّة[224].

---

[221] يراجع في هذا الشّأن: A. BELHAJ HAMMOUDA, « Le COC et les conditions de validité des contrats : Etude rétrospective », *RTD* 1998, Doct. Pp. 11 et ss.

[222] كانت اللّجنة التي كلّفت بإعداد وصايغة مجلّة الإلتزامات والعقود متركّبة من أربعة أعضاء هم: Roy وهو قنصل وكاتب عامّ للحكومة؛ Padaux وهو قنصل؛ Berge وهو قاض؛ Antenieu وهو قاض كذلك، ورئيس اللّجنة D. Santillana وهو محام أيطالي متضلّع في القوانين الأروبية وفي الفقه الإسلامي (D. SANTILLANA، المرجع السّابق)؛ كما وقع تشريك الفقهاء التّونسيين بالرّأي، حيث وقع عرض المشروع التّمهيدي للمجلّة على كلّ من محمّد بيرم، وأحمد الشّرييف، ومحمّد بلخوجة، وعمر بن الشّيخ، ومصطفيى رضوان، وسالم بوحاجب (كمال شرف الدّين الّذي أحال في هذه المعلومة إلى أطروحة أحمد أدريووش، حول الأسس لقانون الإلتزامات والعقود، دراسة حول الأسس الفقهية والتّاريخية، الرّباط، 1991-1992، الصّفحات 124 وما بعد).

[223] محمّد العربي الهاشم، المرجع السّابق.

[224] ومن ذلك التّنقيح الواقع بمقتضى أمر 4 نوفمبر 1922 والمتعلّق بالفصل 137 بخصوص الأجل، والتّنقيح الواقع بمقتضى أمر 15 سبتمبر 1923 للفصل 306 والمتعلّق بالدّعوى البليانية، والتّنقيح الواقع بمقتضى أمر 17 سبتمبر 1937 والمتعلّق ببعض الفصول المتضّمنة للمسؤولية (الفصل 93).

ومع ما يكتسيه هذا القول من الصـــحّة، فللمجلـــّة المذكورة دور رئيسي في تنطيم مسألة الإلتزامات بوجه عامّ، والعقد خاصّة؛ وهو ما سوف يشهد تحرّكا مع النّصف الثـــّاني من القرن المذكور[225]. وممّا شهدته من تطوّر في هذا الشّأن، تخصيص ما ينجرّ عن العلاقات التـــّجارية بقواعد خاصّة وقع إفرادها بالمجلـــّة التـــّجارية الصّادرة سنة 1959، وما ينجرّ عن العلاقات الشغلية منها بقواعد خاصّة، وقع افرادها بمجلـــّة الشـــّغل الصّادرة سنة 1964. إلى غير ذلك من الميادين... والـــّتي تضاف إليها عديد النصوص القانونية الخاصّة المتعلـــّقة بكثير من العقود...

ومع ذلك، فإن مجمل هذه الإضافات لم ينل من قيمة المجلـــّة المذكورة، إذ بقيت لها الصّبغة الإحتياطيّة في سدّ ما تتضمّنه بقية المجلاّت من الثـــّغرات في التـــّقنين؛ كما يعاد إلى أحكامها في تأويل ما علق بالقوانين اللاّحقة من الغموض[226]... وإذا ما كانت للمجلـــّة المذكورة من الأهمّيـــّة التي ساعدت على انتشار مجمل أحكامها أحيانا إلى ما يتجاوز القطر التـــّونسي[227]، ففضل كبير في ذلك يعود إلى ما سنـــّته من قواعد عامّة، تتقارب في معانيها مع ما وقع التـــّوافق عليه من مجمل النّظم القانونية، بالمادّة المعنية بالأمر[228].

---

[225] حول أهمّ هذه الإضافات، يراجع محمّد العربي الهاشم المرجع السّابق، وخاصّة الصّفحات 238 وما بعدها.

[226] تراجع حول هذه الصّبغة الإحتياطيّة للمجلّة مؤلّفات القانون التّجاري، ومن هؤلاء الأستاذ أحمد عمران، درس في القانون التّجاري، كلّيّة الحقوق بصفاقس.

[227] وقع اعتماد مجلّة الإلتزامات والعقود من قبل القانونين المغربي والموريتاني (كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، رقم 47).

[228] تتكوّن المجلّة عند إصدارها 1632 فصلا تنضوي تحت كتابين، الكتاب الأوّل من الفصل 1 إلى الفصل 563 عنوانه فيما تعمّر به الذّمّة يتضمّن القواعد العامّة والكتاب الثّاني من الفصل 564 إلى الفصل 1632 عنوانه في العقود وشبهها، ويتضمّن ألأحكام الخاصّة بأهمّ العقود من جهة أخرى. ولكنّ العديد من الفصول قد وقع نسخها بحكم إصدار عديد المجلاّت الأخرى واستيعاب هذه لأحكام تلك. ومن ذلك مجلّة الحقوق العينية فيما يتعلّق بالرّهن مثلا. وغيرها...

63- محتوى المجلّة - تتضمّن مجلّة الإلتزامات والعقود اليومَ 1531 فصلا، تنضوي جميعها تحت كتابين: الكتاب الأوّل عنوانه: "فيما تعمّر به الذّمّة مطلقا"، يشمل الفصول من 1 إلى 532، وتتضمّن الأحكام العامّة المتعلّقة بالإلتزامات عامّة، وبما ينشأ منها عن العقد خاصّة[229]؛ أما الكتاب الثّاني فعنوانه: "في العقود وشبهها"، يشمل الفصول من 564 إلى 1531 وتتعلّق بأهمّ العقود ومن بينها: البيع، الكراء، الوديعة، القرض، الوكالة... وغيرها[230].

وسوف نخصّص هذا المؤلّف إلى ما يتضمّنه الكتاب الأوّل من أحكام تهمّ العقد بوجه عامّ، يمكن، إنطلاقا من مقتضياتها أن يقع التّأليف فيما يصطلح عليه بالنّظريّة العامّة للعقد بالقانون التّونسي. أمّا الكتاب الثّاني فهو يُخصّ مؤلّفا يكون عنوانه أهمّ العقود الخاصّة.

64- خطّة هذا المؤلّف - سوف نقسّم هذا المؤلّف إلى جملة من الفصول تتعلّق في بعضها بقيام العقد، وفي بعضها الآخر بتنفيذه.

---

[229] من الفصول ما يثير لأوّل وهلة الإندهاش في إيرادها بالباب الأوّل المتضمّن للأحكام العامّة المتعلّقة بالإلتزام عامّة والعقد خاصّة. ومن ذلك الفصول 303 و304 و305 المتعلّقة بالعربون، حيث أنّها تنطبق في عقد البيع والكراء (طبقا للأمثلة المقدّمة من الفصول المذكورة). ومع ذلك، فيمكن تفهّم هذا الموقف، حيث يبرّر تعميم أحكام هذه المؤسّسة إلى جميع العقود (المقاولة، الوديعة، العارية، الوكالة المأجورة... وغيرها).

[230] في اعتمادها التّقسيم الثّنائي بين الأحكام العامّة المنظّمة للإلتزامات بوجه عامّ والأحكام الخاصّة المتعلّقة بأهمّ العقود، كلّ منها على حدة، تتشابه مجلّة الإلتزامات والعقود التّونسيّة مع المجلّة المدنيّة الألمانيّة الّتي تتميّز بقسمها العامّ وقواعدها الخاصّة. والواقع أنّ المجلّة المدنيّة الألمانيّة لم تقع محاكاتها في ذلك من قبل المجلّة التّونسيّة فقط، بل ومن قبل المجلاّت اليونانيّة واليابانيّة وعديد دول أروبّا الوسطى وأوروباّ الشّرقيّة (يراجع بالنّسبة الى محتوى المجلّة المدنيّة الألمانيّة وخطّتها وتأثيرها في المجلاّت الأخرى: M. FROMENT, *Droit allemand des affaires, Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail,* Ed. Montchrestien, Collec. « Domat – Droit privé », 2001, n° 24).

الفصل الأوّل

قيام العقد

(التّراضي في التّعاقد)

65 - الثّوابت والمتغيّرات - يقوم العقد بتلاقي إرادتي طرفيه؛ وتلك من الثوابت في جميع العقود (**مبحث 1**). ومن الإتّفاقات ما يشهد تعقيدا بحكم ما يتطلّبه قيامها من الوقت والمحاورات؛ بل وقد تشهد هذه المرحلة إبرام اتفاقات، لها تعلّق بالعقد المراد إبرامه، ولكنّها تختلف عنه، تعرف **بالإتّفاقات التّمهيديّة**؛ وهي من المتغيّرات، حيث لا تعترض في جميع العقود، وإنّما في الثّقيلة منها إن صحّ التّعبير[1] (**مبحث 2**).

مبحث 1 - الثّوابت : تلاقي الإرادتين

66 - الإيجاب والقبول - يشهد قيام العقد في جميع الحالات نفس التّمشيّ؛ ويتمثّل ذلك في **إيجاب** (**فقرة 1**)، غايته البلوغ إلى التعاقد بالحصول على موافقة الطّرف المقابل، وهي **موافقة** اصطلح الفقهاء على تسميتها **بالقبول** (**فقرة 2**).

---

[1] نعتمد في هذا الوصف على بعض المقترحات الفقهية التّي تفرّق بين العقود الخفيفة (Contrats légers) والعقود الثّقيلة (Contrats lourds)؛ ومن بين من اعتمد هذه الأوصاف من الفقهاء التّونسيين الأستاذ البشير بلحاج يحيى بعديد مداخلاته الشّفويّة.

فقرة 1-الإيجـــاب L'OFFRE OU POLLICITATION

67 - مصطلحات (الإيجاب؛ العرض؛ الموجب؛ الموجب له) وتعريفات - **الإيجاب**[2]، ويقال **العرض**[3] كذلك؛ هو تعبير عن إرادة شخص، يصطلح عليه **بالموجب**، يقدّمه هذا الأخير لطرف آخر، يصطلح عليه **بالموجب له**، تكون غايته الحصول على قبول الأخير في الذّكر، وهو قبول يقوم به التـــعاقد.

ويختلف الإيجاب -حسب هذا التـــعريف- عن مجرّد الوعد أو الوعد المجرّد، وهو تعبير عن الإرادة أيضا، ولكنّه مفتقد لكلّ إلزاميّة؛ ومن تطبيقات "الوعد المجرّد" أو "مجرّد الوعد" قولي "سوف أبيعك منزلي"؛ فمثل هذا التـــصريح خال من مقوّمات الإيجاب، خلافا للوضعيّة الـــتي أعرض فيها عليك بيع منزلي الكائن بمنطقة كذا بثمن كذا؛ فهذا التـــصريح يشكـــل إيجابا قانونا.

وإذا ما خلا الوعد المجرّد من كلّ إلزاميّة، فاعتبارا للفصل 18 من مجلـــة الإلتزامات والعقود القائل : بأنّ "مجرّد الوعد لا يترتـــب عليه إلتزام"[4]؛ وهو -أي الفصل المذكور- محقّ في ذلك؛ لكون الوعد المجرّد يفتقر لكلّ عناصر الإلزاميّة...

---

[2] Pollicitation أو Offre باللـــغة الفرنسية.

[3] ربّما كان من الأنسب استبعاد عبارة "عرض"، والإقتصار في استعمالها على الحالات الـــتي لا يتوفّر فيها إيجاب بالمعنى القانوني، بما يمكـــن العبارة المذكورة - أي عبارة "إيجاب"- بأن تشمل وضعيّات يتقدّم فيها أحدهم بمقترحات للتّعاقد، لا تتوفّر فيها عناصر الإيجاب القانونيّة.

[4] يختلف مجرّد الوعد الخالي من الإلزاميّة موضوع الفصل 18 م ا ع عن الوعد بالتـــعاقد الـــذي يكتسب إلزاميّة بحكم كونه عقدا ملزما. (يراجع المبحث اللاّحق من هذا الفصل).

ويتطلّب التّمكّن من مفهوم الإيجاب الملزم[5] الوقوف عند شروط قيامه (عنصر 1) ومدى إلزاميته (عنصر 2).

عنصر 1 - شروط الإيجاب

68 - الشّروط الذّاتيّة والشّروط الموضوعية للإيجاب - يتطلّب قيام الإيجاب جملة من الشّروط؛ بعضها، يأخذ في اعتباره العناصر الشّخصيّة للأشخاص المترشّحة للتّعاقد، فهي **شروط ذاتيّة (أ)**؛ وبعضها يعتدّ بمحلّ العقد المرتقب، فهي **شروط موضوعية (ب)**.

أ) شروط الإيجاب الذّاتية

69 - الشّروط الواجب توفّرها في الموجب والشّروط الواجب توفّرها في الموجب له- يشترط في الموجب أن تكون له أهليّة التّصرّف في حقوقه[6]؛ فلا قيمة لإيجاب موجبُه مفلس؛ ولا قيمة لإيجاب اشتهر صاحبه بالإستهتار والمراوغة[7]...

---

[5] حول الإيجاب وإشكالياته بوجه عامّ، يراجع: J.-L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat,* thèse Paris, 1970.

[6] يتّجه أن يعتبر في هذا الشّأن ما يهمّ الأهليّة بوجه عامّ. يراجع، حول هذه المسألة، الفصل اللاّحق.

[7] لم يقع التّنصيص صراحة على هذه القاعدة بالقانون التّونسي، ولكنّها ممّا يفرض نفسه. وربّما يكون من الأنسب التّنصيص عليها، على غرار ما هو معتمد من قبل المجلّة الألمانيّة (في الفقرة 118 فيما يتعارف عليه بالـPlaisenterie) على وجه الخصوص.

أمّا شخص الموجب له، فيمكن أن يكون معيّنا، ويمكن أن يكون غير معيّن؛ بل ومن القوانين ما يقبل بالإيجاب المقدّم للجمهور[8]، وذاك الشّأن أيضا، بالنّظام القانوني الفرنسي[9].

والمبدأ أنّ شخصيّة الموجب ليست عنصرا في قيام الإيجاب، ولكنّها قد تصبح كذلك في العقود المبرمة للإعتبارات الشّخصية (Les contrats conclus *intuitus personae*)، والّتي من أمثلتها عقد الشّغل؛ فما يقدّم من عروض للتّشغيل - بالجرائد اليومية أو غيرها من وسائل الإعلام الإخرى- لا يتكوّن منه إيجاب، وإنّما دعوات للدّخول في المفاوضات (Invitation d'entrée en pourparlers)[10]، ما لم تتوفّر من ظروف الواقعة وأنّ القائم بالعرض قد رام الإلتزام بمجرّد توفّر جملة من الشّروط في المترشّح للقبول[11].

---

[8] قضي: « L'offre faite au public (annonce dans un journal) lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée » (Civ. 3ème, 28 nov. 1968, *Bull. civ. III,* n° 507 ; *Gaz. Pal.* 1969, 1, 95).

[9] قضي: « L'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant, dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée » (Civ. 3ème, 28 nov. 1968, *JCP* 1969, 15795, note PL ; *Gaz. Pal.* 1969, 1, 95).

[10] قضي بأنّ قيام أحد النّوادي الرّياضيّة بإعلان في الجرائد لقبول منخرطين جدد في النّادي هو دعوة إلى التّفاوض لا إيجاب باتّ (اعتمد هذا الموقف بشأن نزاع مردّه طلب أحد السّيّدات قصد اعتبار الإعلان المذكور إيجاب باتّ موجب لصاحبه: النّادي الرّياضي القائم به) (Cass. civ. 1ère, 7 avr. 1987, Bull. 1987, I, n° 119) حول هذه المسألة، يراجع كذلك N. MZID, « Essai sur la négociation du contrat en droit civil », *RJL* 9/1999 et *RTD* 2000, pp. 313 et ss.

[11] جاء بأحد القرارات التّعقيبيّة ما يلي: "إذا سنّ الإلتزام من طرف المؤسّسة بتشغيل شخص معيّن في صورة نجاحه في المناظرة والتّربّص الّذين تمّ تنظيمهما بقصد الإنتداب فإنّه ليس للمؤسّسة أن تنقض إلتزامها بعد نجاح ذلك الشّخص في المناظرة وإحرازه على شهادة ختم التّربّص" (تعقيبي مدني عدد 29060، مؤرّخ في 12 مارس

70 - تحديد الموجب - تشهد القوانين في هذا الشّأن تطوّرا؛ ففي النّظريّة العامّة للعقد، يعدّ موجبا من تحدّدت على يديه كافّة العناصر التّي يقوم بها الإيجاب؛ وقد يتجمّع ذلك فيمن أخذ بمبادرة التّعاقد أو في مواجهه، ممّا يسمح بإمكانية انتقال صفة الموجب أثناء التّفاوض من طرف لآخر، إلى أن ترسيَ على أحدهما ممّن التأمت -على يديه- جميع العناصر اللاّزمة لقيام العقد المرجُوّ[12].

وهذه النّظرة الجدلية للإيجاب إن صحّ القول (Conception dialectique de l'offre)، تزاحمها اليومَ، نظرة جامدة للمؤسّسة المذكورة (Une conception statique de l'offre) تكون بتولّي المشرّع التّعيين رأسا لمن تتوفّر فيه صفة الموجب[13]؛ وإذْ يتولّى ذلك، فاعتقادا منه وأنّ في التّحديد المسبق لشخص الموجب حماية لبعض الأطراف الضّعيفة، أو هكذا تبدو للمشرّع، في التّعاقد، وذاك الشّأن في المبادلات الإلكترونيّة، حيث يكون الموجب هو الحرفيّ والقابل هو المستهلك...

وربّما كان أهمّ مبرّر لهذا التّعيين القسري للموجب، إن صحّ التّعبير، إقرار الحقّ لبعض الفئات التّعاقدية (المستهلك بعقود التّجارة الإلكترونيّة) في التّراجع في القبول، بخلاف الإيجاب الذي قد لا يقبل بذلك إلاّ في بعض الحالات وببعض الشّروط كما سوف نرى.

1981، نشريّة محكمة التّعقيب، جزء 1، صفحة 97). ولكنّ هذا الموقف من هذا القرار يمكن أن يبرّر بكون العرض يعدّ إيجابا بحكم أنّه لشخص معيّن، ثمّ إنّه من الإلتزامات الشّرطيّة، أي تلك الّتي يتوقّف قيامها على شرط أو أكثر مستقلّ عن إرادة أطرافه...

[12] يذكّرنا ذلك بما يعتمد في الإثبات تبعا لانتقال عبئه من طرف لآخر (تراجع في هذا الشّأن ما يقدّم بباب الإثبات عادة من قبل الفقهاء المهتمّين بالمدخل إلى دراسة القانون) (الفصل 420 والفصل 421 من مجلّة الإلتزامات والعقود).

[13] فالموجب، حسب النّظرة الجدليّة للإيجاب، ليس من تلتئم على يديه جميع العناصر الواجب توضيحها لقيام الإتّفاق، وإنّما فيمن يصبغ عليه المشرّع هذه الصّفة؛ من تطبيقات ذلك في عقود المبادلات الإلكترونيّة، موضوع القانون المؤرّخ في 8 أوت 2000.

ب) شروط الإيجاب الموضوعيّة

71 - **الدّقّة والثّبوت** - يشترط في الإيجاب، حتّى يكون ملزما، أن تتوفّر فيه **خاصيّتان** بالأساس : **الدّقّة**، أوّلا (1)، و**الثّبوت**، ثانيا (2).

1) خاصيّة الدّقّة في الإيجاب

72 - **مفهوم الدّقّة في الإيجاب ومقتضياتها** - الدّقّة معناها التّوضيح بما لا يدع مجالا للشّكّ حول أيّ عنصر من العناصر المكوّنة للشيء.

وبتطبيق التّعريف المذكور على الإيجاب، تكون للدّقّة مقتضيات معيّنة، تتمثّل في وجوب تضمّن الإيجاب السّابق للتّعاقد جميع العناصر اللاّزمة لقيام العقد المرتقب؛ كأن يتمثّل في بيع، فيتطلّب العرض ليكوّن أيجابا بالمعنى القانوني أن يتضمّن تعيين الشيء المراد بيعه، والثّمن المحدّد للغرض؛ وإذا ما خلا العرض من أحد هذين العنصرين (الثّمن والمثمن) أو من كليهما، افتقد صفته كإيجاب، وانتقل إلى دعوة للتّعاقد أو دعوة للدّخول في المفاوضات[14].

هذه القاعدة تجد سندها في الفصل 23 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل : "لا يتمّ الإتّفاق إلاّ بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى

---

[14] كأن أعرض عليك بيع سيّارة لي، دون تحديدها، أو تحديد ثمنها... فذاك ما لا يتوفّر منه إيجاب بالمعنى القانوني. ولكنّ هذا العرض ممّا يشكّل دعوة للتّعاقد أو دعوة للدّخول في المفاوضات. وتختلف هذه الوضعيّة عن الوضعيّة الّتي سبق التّعرّض إليها وهي وضعيّة مجرّد الوعد موضوع الفصل 18 م ا ع في كون الأولى أكثر إلزاميّة من الثّانية، حيث أنّها من الممكن أن تؤدّي إلى مسؤوليّة صاحبها أن استهتر في تقديمها بما ترتّب عنه ضرر بالمراد دعوته. كأن أعبّر لك عن استعدادي للتفاوض معك في بناء مركّب عقّاري، وتنتقل من مقرّ سكناك إليّ صحبة فريق أجّرته للغرض، ثمّ أعبّر لك عن تراجعي عن دعوتي هذه بدون مبرّر يذكر...

بقيّة الشّروط المباحة الـّتي جعلها المتعاقدان كركن له. وما غيّراه في اتـّفاق إثر العقد، لا يعتبر عقدا جديدا، بل يلحق بالإتـّفاق الأصلي، إلاّ إذا صُرّح بخلافه".

ولكنّ شرط الدّقـّة في الإيجاب لا يوجب سوى توضيح العناصر الأساسية للعقد المأمول إبرامه[15]؛ وتتحدّد صبغة الأساسيّة هذه من عدمها، بطبيعة العقد المراد إبرامه؛ وهو ما يوجب -للقول بتوفّر الإيجاب من عدمه-، الرّجوع في كلّ مرّة، إلى العناصر الخاصّة بكلّ عقد.

كما يتـّجه، في تحديد العناصر الموصوفة بالأساسيّة للعقد المرتقب أيضا، الرّجوع إلى إرادة الأطراف المتحاورة، وإلى الظـّروف الواقعية الحافـّة بكلّ علاقة تعاقديّة؛ فإذا ما عرض أحدهم (يتأهّب للزّواج في الصّائفة مثلا)، على بائع تجهيزات منزلية، أن يشتريَ منه ما وقع بيانه ثمنا ومثمنا، دون تحديد أجل لتسليم المبيع، فإن مثل هذا العرض يفتقد لجميع العناصر المصيّرة منه إيجابا، لكون التـّسليم قبل الزّواج هو ممّا يكتسي عنصرا أساسيا في خلَد الموجب[16]، ولئن افتقد صفته تلك حسب القواعد العامّة المنظـّمة لعقد البيع[17]؛ ممّا يجيز القول بأنّ معطى الدّقـّة لا يتحدّد

---

[15] يبدو التـّوافق حاصلا بين مجمل القوانين في هذه المسألة. جاء بالفصل 2 من مجلّة الإلتزامات السّويسرية (وهي ممّا أثـّر في مجلّة الإلتزامات والعقود التـّونسيّة) ما يلي: "إذا اتـّفق الأطراف حول النّقاط الأساسيّة، فإنّ العقد يعتبر قد إبرم حتّى وإن لم يقع تحديد عناصره الثّانوية. وفي غياب اتـّفاق حول النـّقاط الثـّانوية، يقوم القاضي بتسويتها بحسب طبيعة النـّزاع".

[16] جاء بأحد القرارات التـّعقيبيّة، أنّ "العقد لا يتمّ ولا يتكوّن، إلاّ باتـّفاق وتلاقي الإرادتين على كافّة شروطه الّتي اعتبرها المتعاقدان المذكوران معا أو اعتبرها أحدهما بانفراده ركنا أساسيّا في التـّعاقد..." (تعقيبي مدني، عدد 6458، مؤرّخ في 19 أفريل 1983، نشريّة محكمة التـّعقيب لسنة 1983، جزء 2، ص. 343 وما بعدها).

[17] ولكنّ ذلك يتطلّب العلم من البائع بأنّ المشتري يقتني منه التّجهيزات بقصد الزّواج في الصّائفة.

بالرّجوع إلى طبيعة العقد المأمول إبرامه فحسب، بل وإلى ما حدّدته الأطراف (الموجب على وجه الخصوص) للغرض؛ ولكنّ ذلك يستوجب العلم من الموجب له بأنّ العنصر المعنيّ بالأمر له هذه الصفة في ذهن الموجب؛ ففي مثال الإتّفاق على شراء تجهيزات لغاية الزّواج، لا يعدّ أجل التّسليم أساسيّا إلاّ متى كان الموجب له (الصّانع في المثال) على بيّنة من أنّ ما يروم معاقده اقتناءه إنّما هو لغاية زواجه...

2) خاصّيّة الثّبوت في الإيجاب

73 - **مفهوم الثّبوت، مقتضياته، (المدّة وإشكاليّاتها)** - يقصد بالثّبوت الإستقرار على الموقف؛ وهو ما يقتضي من الموجب أن يبقي على إيجابه مدّة من الزّمن.

وإذْ يقع العمل بهذه القاعدة، فلكي يتولّى الموجب له التّفكير فيما يُقدّم له من إيجابات قد يتطلّب النّظر فيها مهلة الدّراسة والتّفكير... ومع ذلك، فمن الوضعيّات ما يتولّى فيها الموجب قطع إيجابه؛ فيثار عندئذ مدى ما له من الأحقيّة في ذلك.

وممّا صاغته النّظريّة العامّة للعقد في هذا الشّأن، جملة من القواعد، يقع الرّجوع إليها من القضاء في حلّ مثل هذه الإشكاليّات.

74 - **التّذكير بالقواعد المنطبقة في حلّ إشكاليّة مدّة الإيجاب (تحليل الفصول 30 و33 و34 م ا ع)** - يبدو القانون التّونسي في هذا الشّأن متأرجحا بين معطيين على الأقلّ : إقرار الحريّة للموجب في تحديد الفترة الّتي يروم فيها الإبقاء على إيجابه من جهة؛ وضبط ذلك بجملة من القيود الرّامية إلى التّحديد من تعسّف الموجب في تحديد مدّة قصيرة، من جهة أخرى؛ وقد دفع كلّ من هذين المعطيين بالمشرّع التّونسي إلى اعتماد قاعدة مبدئيّة تأخذ بحريّة الموجب في تحديد المدّة

المعيّنة للإبقاء على إيجابه نافذا، وقواعد اختياريّة تنطبق عندما يصمت عن تحديد المدّة المذكورة.

فأمّا القاعدة المبدئيــّة الآخذة بحريّة التــّراجع في الإيجاب، فقد وقع التــّنصيص عليها بالفصل 33 من مجلــّة الإلتزامات والعقود القائلة بأنّ "من صدر منه إيجاب وعيــّن أجلا لقبوله فهو ملزوم للطــّرف الآخر إلى انقضاء الأجل، فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور، انفكّ التزامه".

وأمّا القاعدة القائلة بالتــّضييق من حريّة الموجب في قطع إيجابه فقد وقع التــّنصيص عليها بالفصل 34 من نفس المجلــّة القائل بأنّ "من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوما إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرّح بخلافه في الكتاب. فإن صدر الجواب بالقبول في وقته، ولم يبلغه إلاّ بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي، فالصّادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحقّ لمن لحقه الضّرر في طلب تعويض الخسارة ممّن تسبّب فيها".

ونجد قاعدة وسطى، توحي بالحريّة في قطع الإيجاب وبالتــّضييق من ذلك في نفس الوقت، وقع التــّنصيص عليها بالفصل 30 من نفس المجلّة وهو القائل : "يسوغ الرّجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتمّ بالقبول أو بالشــّروع في العمل بمقتضاه من الطــّرف الآخر".

وفي اعتقادنا أنّ الفصول المذكورة تمكّن من اعتماد القواعد الآتية :

1- أنّ مسألة المدّة في الإيجاب تعود بالتــّحديد أوّلا إلى إرادة الموجب ؛ يتــّضح ذلك من مقتضيات الفصل 34 أعلاه في استعماله لعبارة

"... ما لم يصرّح بخلافه في الكتاب..."؛ ومتى قيّد الموجب إيجابه بأجل وجب عليه احترامه[18]؛

2 – إنّ إشكالية المدّة في الإيجاب لا تطرح إلاّ في حالة صمت الموجب عن تحديد مدّة إيجابه؛ إذ عليه، حالئذ، أن يبقي على إيجابه مدّة من الزّمن؛ وهي قاعدة تتنزّل بمقتضيات الفصل 34 أعلاه في قوله : "... بقي (أي الموجب) ملزوما..."؛ وما لم يقع التّنصيص على خلاف ذلك بنصّ صريح، كما هي الصّورة في الإيجاب المقدّم بجلسة والّذي ينفضّ بانفضاض هذه الأخيرة طبقا للفصل 27 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل : "إذا عرض شخص على شخص آخر حاضرا بمجلسه، عقدا من العقود ولم يعيّن أجلا لقبوله أو رفضه، فلا يترتّب عن ذلك شيء ان لم يقبله في الحين (فقرة 1). وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على آخر بواسطة التليفون (فقرة 2)".

3 – يراعى في تحديد المدّة الواجب تركها في الإيجاب معطيان على الأقل : رجوع الجواب من الموجب له إلى الموجب أوّلا؛ والإبقاء على الإيجاب مدّة مناسبة تتحدّد بما يعتمد عادة في احتساب الآجال، ثانيا؛ مع الاشتراط على الموجب له أن لا يكون قد قصّر بدوره فتأخّر في التّعبير عن ردّه؛ وهو ما يتأيّد باستعمال الفصل 34 أعلاه لعبارات "الأجل الكافي" و"إمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي".

75 – مناقشة الحلول السّالفة الذّكر – يمكن لمبدإ الحريّة الّذي وقع إقراره للموجب في تحديد إيجابه أن يفهم بالرّجوع إلى طبيعة الإيجاب بالقانون التّونسي كتعهّد آحاديّ منشئ لالتزام على الموجب من حقّه أن

---

[18] قُضي: "القبول الصّادر عن الموجب له بعد مرور الأجل الّذي ضربه الموجب له للعرض بستّة عشر يوما لا عمل عليه" (قرار تعقيبي مدني، عدد 34 مؤرّخ في 26 أكتوبر 1976، نشريّة محكمة التّعقيب، جزء 3، الصّفحة 67).

يحدّد مدّته؛ ومع ذلك فلا ينبغي أن يفسح المجال لتعسّف صاحبه، خاصّة في العقود الـــتّي يتطلـــّب إبرامها من الموجب له مدّة للدّراسة والتـــّفكير؛ وإذا كان معطى الجلسة من المعايير التي يمكن الرّجوع إليها قصد تحديد مدّة بعض الإيجابات في العقود الدّارجة (كالاستهلاكية مثلا)، فإنّه ليس بالمجدي في غيرها من العقود الثـــّقيلة؛ فمن يُعرض عليه بناء عمارة، أو إنشاء معمل يسلـــّم بمفاتيحه... لا يسعه الإكتفاء بحيّز جلسة قصيرة ليبدي موافقته؛ ثمّ انّ ما يعيّنه الموجب للغرض قد لا يفي بالحاجة... وما من شكّ في تحفـــّز النّظم القانونية -كلّ بتقنياتها[19]- إلى مثل هذه السّلبيّات، فاستقرّت على القاعدة القائلة بأنـــّه، في عدم توضيح الموجب لموقفه بوجه صريح، وفي غيرها من الوضعيّات الـــّتي يتطلـــّب فيها قيام العقد مزيدا من الدّراسة والتـــّفكير، يكون على الموجب أن يبقيَ على إيجابه مدّة من الزّمن[20]؛ وهو موقف محكمة التـــّعقيب التـــّونسيّة، في تصريحها بأحد قراراتها من كون "الوقت المناسب لقبول العرض (الإيجاب) مسألة نسبيّة، قد تطول أو تقصر حسب ظروف العقد"؛ وهو ما يجعل مسألة المدّة في الإيجاب من المسائل الواقعيّة الـــّتي يبتّ فيها قضاة الأصل بحسب ما يتوفـــّر لهم من ظروف في كل واقعة، دون مراقبة عليهم في ذلك من محكمة التـــّعقيب[21]، وما يسمح للقضاء كذلك بأن يعتبر في أحكامه وضعيّات العقود الثـــّقيلة، كالتـــّحفّز لإمكانيّات التـــّعسّف من الموجِبين،

---

[19] ممّا قدّم لهذا الغرض بالقانون الفرنسي، نظريّة التّعسّف في استعمال الحقّ. (حول هذه المسألة، يراجع: J.-L. AUBERT، المرجع السّابق).

[20] قـــُضي في فرنسا: « Mais attendu que si une offre peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément ou implicitement engagé à ne pas la rétracter avant une certaine époque » (Civ. 1ère, 17 déc. 1958, *D.* 1959, 33).

[21] تعقيبي مدني عدد 18708، مؤرّخ في 4 فيفري 1988، نشريّة محكمة التـــّعقيب لسنة 1988، صفحة 296.

حيث أنّ اعتبار الإيجاب تعهّدا آحاديّا لا يمنع من تطبيق مؤسّسة التّعسّف في استعمال الحقّ قصد تحديد ما يترتّب عنه من تصرّفات ضارّة، لا سيما عندما تنعدم المصلحة من الموجب في التّضييق في الفترة، أو في الإضرار بالموجب له...

عنصر 2 – الإلزامية في الإيجاب

76 – إشكالات الإلزاميّة في الإيجاب – هل تصل الإلزامية في الإيجاب إلى حدّ حرمان الموجب من إمكانية قطعه؟ وهل من حقّ الموجب له في أن يعارض موجبه في ذلك؟ وهل يمكن للإيجاب أن يترتّب عنه إلتزام في ذمّة الموجب؟ وهل لهذا الأخير ان ينتقل إلى ورثته؟ وما هو الأساس القانوني الّذي يمكن اعتماده في تعويض ما قد يحصل للموجب له من ضرر، إذا ما تولّى الموجب قطع إيجابه، أو رفض ورثته إتمام ما تعهّد به (موجبهم المتوفّى) من تعاقد ؟؟؟

أخذ المشرّع التّونسيّ، للإجابة على مجمل هذه التّساؤلات، بجملة من النّصوص؛ ولكنّ غموضها لم يمنع من إثارة عديد الإشكاليّات بشأن ما يمكن أن تتضمّنه من الحلول، ممّا يفتح المجال واسعا أمام تأويلها أحيانا...

77 – النّصوص؛ تنوّعها؛ تناقضها – من النّصوص المعتمد عليها في حلّ التّساؤلات المذكورة أعلاه ما له صبغة عامّة، وهو شأن الفصول من 18 إلى 22[22] بمجلّة الإلتزامات والعقود[23] المتعلّقة بالتّعهّد

---

[22] جاء بالفصل 18 أنّ "مجرّد الوعد لا يترتّب عليه إلتزام"؛ وجاء بالفصل 19 : "الوعد بالجعل بإحدى وسائل الإشهار لمن يأتي بشيء تلف أو يتمّم عملا آخر يعدّ مقبولا ممّن يأتي بالشيء التّالف أو يتمّم العمل ولو مع الجهل بالوعد ويلزم الواعد بإنجاز وعده"؛ وجاء بالفصل 20 : "لا يقبل الرّجوع بالوعد بالجعل بعد الشّروع في العمل بمقتضاه فإن ضرب لذلك أجل عدّ على الواعد إسقاطا لحقّ رجوعه فيما وعد مدّة الأجل"؛ وجاء بالفصل 21 : "إذا أتمّ الأمر الموعود عليه أشخاص متعدّدون في آن واحد يقسم الجعل

الآحادي؛ ومنها ما له صبغة مزدوجة في التّعميم والتّخصيص، وهو شأن الفصول المنظّمة للإيجاب بالمجلّة المذكورة (27 ومن 29 إلى 36 [24] و30 [25] و35 [26]) وكذلك ما عيّن للإيجاب ببعض العقود الخاصّة، كعقود التّبادل الإلكتروني وغيرها...

وإذا ما أوحت الفصول من 18 إلى 22 بحريّة الموجب في التّراجع في إيجابه باعتباره تعهّدا آحاديّا، ما لم يقع العمل بمقتضيات ذلك، ولو مع جهل المتعهّد له (الفصل 19 م ا ع)، وعلى أيّة حال فبمجرّد العلم به من

بينهم وإذا تفاوتوا في وقت الإتمام كان الجعل لأسبقهم تاريخا، فإن اختلفوا في مقدار العمل، كان لهم من الجعل بقدر عملهم، فإن كان الجعل لا يقبل القسمة بيع إن أمكن بيعه وقسم ثمنه على المستحقّين فإن لم تكن له قيمة في التّجارة، أو لا يمكن إعطاؤه إلاّ لواحد على ما بصريح الوعد، فالمرجع حينئذ للقرعة". ويمكن من جميع هذه الفصول استخلاص القواعد الآتية: 1) أن التّعهّد الآحادي ملزم لصاحبه؛ 2) أن المستفيد من التّعهّد يعدّ قابلا به (ربّما بناء على أنّه إيجاب للمصلحة)؛ 3) أنّ من صدر منه تعهّد، وعيّن أجلا لتنفيذ المطلوب، ملزم بالإبقاء على تعهّده خلال تلك الفترة؛ 4) أن من صدر منه تعهّد ولم يعيّن مدّة للإبقاء عليه، لم يعد بإمكانه التّراجع فيه، متى وقع الشّروع في العمل بمقتضيات التّعهّد؛ 5) أنّ من تقدّم بتعهّد لم يعد بإمكانه التّراجع فيه، إذا ما وقع الشّروع بمقتضياته – ولو لم يعلم به المستفيد– أو علم به المعنيّ به (وهو ما يفهم من الفصل 22 الّذي نورده لاحقا).

[23] جاء بالفصل 22 بمجلّة الإلتزامات والعقود ما يلي: "إذا كان الإلتزام من طرف واحد لزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للمتلزم له".

[24] ولئن كانت هذه الفصول عامّة في تعلّقها بالإيجاب، إلاّ أنّها تسبّق في التّطبيق على ما يهمّ الإيجاب من إشكاليّات متى تعارضت والفصول المتعلّقة بالتّعهّد الآحادي (أي الفصول من 18 إلى 22 بمجلّة الإلتزامات والعقود).

[25] هو الفصل القائل كما رأينا : "يسوغ الرّجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتمّ بالقبول أو بالشّروع في العمل بمقتضاه من الطّرف الآخر".

[26] هو الفصل القائل: "لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرّفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطّرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرّفه".

قبل الموجب له (الفصل 22 على وجه الخصوص)؛ وإذْ يتدعّم هذا الرّأي بمنطوق الفصل 30 بنفس المجلّة، فهو يتزعزع بما تضمّنه الفصل 35 بنفس المجلّة في إلزام الورثة بإيجاب مورّثهم... فكيف يمكن، حينئذ، قراءة هذه الفصول وحلّ ما يعتريها من الغموض أو يفرّق بينها من التّناقض؟

بعبارة أخرى هل تنطبق الفصول من 18 إلى 22 السّالفة الذّكر والّتي تبدو نافية عن الإيجاب كلّ إلزاميّة باعتباره مجرّد وعد، لا تتأتّى له الإلزاميّة إلاّ مع علم الموجب له بوقوعه؟ أم تنطبق الفصول المخصّصة بنفس المجلّة للإيجاب، والّتي يبدو تناقضها من قاعدتي الفصلين 30 المؤسّسة لحرّية الموجب في قطع إيجابه و35 المؤسّسة لعكس ذلك، متى كان الموجب له جاهلا بالوفاة أو بافتقاد الموجب لأهليّته؟

78 - هل يحقّ للموجب أن يقطع إيجابه؟ - متى وقع الإقرار بوجوب الإبقاء على الإيجاب مدّة من الزّمن، فإنّ ذلك يمنع الموجب أن يقطع إيجابه خلال تلك المدّة؛ ولكنّ هذه القاعدة لا ينبغي أن تنسي قاعدة أخرى، وهي أن الإيجاب ينشئ على الموجب حقّا للموجب له، لا يكون إلاّ متى علم به (أي الموجب)؛ ويبرّر هذا الرّأي في قناعتنا بالطّبيعة القانونية للإيجاب كتصرّف آحادي، لا يقوم قانونا إلاّ بعلم المعنيّ به[27] (ولئن أوحى الفصل 19 بمجلّة الإلتزامات والعقود بخلاف ذلك)[28]؛ وهو

---

[27] يمكن استخلاص ذلك من الفصل 22 م ا ع، الّذي يقتضي إنشاء حقّ على المتعهّد بالإبقاء على تعهّده متى علم المتعهّد له بذلك.

[28] ولكن يبدو هذا الإستثناء الّذي يقتضي فقدان المتعهّد حقّ التّراجع في تعهّده مقتصرا على وعد بجعل بواسطة إحدى وسائل الإشهار، وهي صورة وحيدة تنشىء على المتعهّد إلتزاما، بفقد حقّ التّراجع فيه، بالرّغم من عدم علم المعنيّ به.

ما يسمح للمتقدّم بعرض لا تتوفّر فيه صفة الموجب بعد، أن يتراجع في عرضه، ما لم يعلم به المعنيّ به[29].

أما الإختلاف بين الفصلين 30 و35 بمجلّة الإلتزامات والعقود، فهو يرسي -حسب رأينا- قاعدة مبدئيّة قوامها حريّة الموجب في قطع إيجابه، ولا ينبغي لهذه الحريّة أن تبقى للموجب إلاّ متى كان الموجب له جاهلا بالإيجاب؛ فإذا ما علم هذا الأخير بذلك صار من حقّه أن يبقي على الإيجاب خلال المدّة المعقولة للتّحليل والتّفكير فيه كما قلنا سابقا؛ وهذه القراءة تتدعّم -حسب قناعتنا- بالتّنصيصات الصّريحة للفصل 35 من نفس المجلّة الّتي تمنع على الورثة وعلى من انجرّ له حقّ من الموجب أن يمتنع عن إتمام مقتضيات الإيجاب إذا ما تولّى الموجب له قبوله قبل

---

[29] يقدّم الفقهاء في تبرير إلزاميّة الإيجاب جملة من الأسس. وممّا اعتمد في القانون الفرنسي نظريّة العقد الأوّلي، وقد ذهبوا إلى هذا الموقف بالقول بأن الموجب يتقدّم بإيجاب هو لمصلحة الموجب له. وأنّ هذا الأخير قبل -لا بالإيجاب- وإنّما بمبدإ الإبقاء على الإيجاب مدّة معقولة. ولكنّ هذا الموقف قد انتقد، إذ ليس من المؤكّد أنّ الموجب له قد قبل بذلك. واعتمد بعض الفقهاء الآخرين على مؤسّسة المسؤوليّة المدنية، معتبرين أن الموجب، ولئن كان له الحقّ في قطع إيجابه، إلاّ أنّه مطالب بأن يتولّى ذلك بدون تعسّف. وهو الموقف الّذي اعتمدته المحاكم. وهناك من الفقهاء من يعتمد على نظريّة التّعهّد الآحادي، في قولهم بأن الموجب ملتزم للموجب له بحكم أن الإيجاب يشكّل التزاما منه، وحقّا للموجب له. ويبدو أن ذلك هو موقف القانون التّونسي الّذي يأخذ بمؤسّسة التّعهّد الآحادي في الفصول من 18 إلى 22 بمجلّة الإلتزامات والعقود. وقد تأثّر المشرّع التّونسي في هذا الصّدد بموقف نظيره الألماني. ولكنّ أخذ المشرّعين بالمؤسّسة المذكورة لم يكن بصفة مطلقة. ويتأكّد ذلك من أن قيام العقد بالقبول لا من تاريخ الإيجاب. ثمّ إن المشرّعين التّونسي والألماني يسمحان للموجب بأن يتراجع في إيجابه، طالما لم يقع العلم بذلك من الموجب له (الفصل 30 م ا ع). ثمّ إنّ وفاة الموجب يسقط بها الإيجاب، إذا لم يقع القبول قبل الوفاة (الفصل 35 م ا ع). ولو وقع الأخذ بنظريّة التّعهّد الآحادي بصفة مطلقة لما وقع القبول بإمكانية سقوط الإيجاب بوفاة الموجب، حتّى ولو وقع ذلك قبل القبول.

أن يعلم بوفاة الموجب أو بفقدان أهليـــّته؛ معنى ذلك أن الإيجاب يسقط بوفاة الموجب وفقدانه الأهليـــّة ولكن يشترط أن لا يكون للموجب له علم بهذه الواقعة أو بتلك قبل صدور القبول منه.

79 - ما هي حقوق الموجب له إزاء إيجاب يقع قطعه؟ - إذا ما قلنا بعدم وجود حقّ للموجب في قطع إيجابه، وفي لزوم الإبقاء عليه من قبله (ومن قبل ورثته من بعده) فترة من الزّمن، وفي إمكانيّة إلزاميـــّته (وورثته) بمقتضياته، فإنّ ذلك يثير مدى ما يمكن أن يعرف به من الحقوق والإمكانيات للموجب له الذي شهد - مع كل ذلك- تراجعا أو قطعا لإيجاب موجبه.

بعبارة أخرى، هل يقتصر الموجب في تعويض ما ناله من ضرر على التـــّعويض بمقابل، أم يمكن الوصول إلى حدّ العمل بالتـــّعويض العيني، والـــّذي قد يبلغ إلى حدّ القضاء بقيام العقد مع ما يترتـــّب عن كلّ ذلك من إلزاميّة للموجب أو لورثته أو لمن انجرّ لهم حقّ منه؟

تعدّ هذه التـــّساؤلات من أعقد ما يوجد بالنـــّظريـــّة العامّة للعقد. ويتـــّجه -حسب رأينا- في الإجابة عليها التـــّمييز بين وضعيات عدّة. ولعلّ أوّل ما يحسن الرّجوع إليه في هذا الصّدد، التـــّمييز بين ما إذا كان من يطالب بتنفيذ مقتضيات إيجاب قد قبل بهذه الأخيرة أو لم يقبل؛ فإذا لم يحصل القبول منه بعد، ووقع التـــّراجع في الإيجاب، فإن واقعة التـــّراجع هذه قد حصلت في فترة لم يقع تقابل الإرادات فيها؛ فلا يجوز التـــّفكير في التـــّعويض العيني؛ غاية ما يمكن للموجب له أن يتحصّل عليه، تعويض بمقابل، أساسه ضياع فرصة إبرام عقد. أمّا إذا ما حصل القبول من الموجب له، وكان ذلك قبل واقعة التـــّراجع في الإيجاب أو في قطعه من موجبه، فإنّه يكون من المتـــّجه، في الفصل في نوعية التـــّعويض، الرّجوع إلى جملة من المعطيات؛ ومن ذلك، إن كان ما ينشئه العقد من الإلتزامات

عينيّـــا أم شخصيّـــا؛ فإذا كان من النـــوع العيني (كالتزام البائع في عقد البيع) ساغ التـــفكير في التـــعويض العيني؛ وإذا كان من النـــوع الشـــخصي (كفي عقود الخدمات)، فلا مجال إلاّ للتـــعويض بمقابل، اعتبارا إلى أن عدم التـــنفيد في الإلتزامات الشّخصية، إنـــما يردّ -طبقا للفصل 275 من مجلـــة الإلتزامات والعقود- إلى تعويض بمقابل...

80- أثر وفاة الموجب أو الموجب له - ما هي الحال لو يُتوفـــى الموجب أو الموجب له قبل أن يرتـــب الإيجاب آثاره؟ فهل تنتقل في هذه الصّورة، إلزامية الإيجاب من الموجب إلى ورثته؟ وهل يمكن لورثة الموجب له أن يتشبّثوا بما جناه مورّثهم تبعا لإيجاب قدّم له في قائم حياته؟

الإجابة على هذه التـــساؤلات يتضمّنها الفصل 35 من مجلـــة الإلتزامات والعقود السّابق التـــذكير به[30]، والدّاعي للتـــأويل؛ فالفصل المذكور يتضمّن قاعدة أولى مفادها أن وفاة الموجب (أو تقييد تصرّفه : أهليّته) لا تمنع مبدئيّا من قيام العقد، ولا من انتقال إلتزامه إلى ورثته من بعده؛ ولكنّه يشترط للغرض، انتفاء العلم من الموجب له بوفاة الموجب أو بتقييد أهليّته عند التـــصريح بقبوله؛ وبالتـــالي، فإمّا أن يصدر القبول من الموجب له وهو يعلم بوفاة الموجب أو بفقدانه أهليّته فلا يترتـــب عن الإيجاب أيّ إلزاميّة؛ وإمّا أن يصدر قبوله من غير أن يكون عالما بالوفاة أو بفقدانه الأهليّة، فيترتـــب عن ذلك إلزاميّة في الإيجاب تنتقل من الموجب إلى ورثته.

ويبرّر هذا الموقف حسب رأينا بالطـــبيعة القانونية المعيّنة للإيجاب بالقانون التـــونسي، في كونه تعهّد آحادي، يعدّ بصفته تلك من المصادر

---

[30] الفصل 35 م ا ع: "لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرّفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من "لطّرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرّفه".

القانونية للإلتزمات بوجه عامّ؛ وبالتـــالي فهو يخضع إلى ما ينطبق على بقيّة الإلتزامات من القواعد، بما في ذلك تلك التـــي تقرّ بإمكانية انتقاله إلى الغير ممن جنى حقـــا أو إلتزاما منه؛ ولكنّ انتقال الإيجاب سلبا أو إيجابا في هذه الصّور، مشترط (حسب الفصل 35 السّالف الذّكر) بانتفاء العلم من الموجب له بوفاة الموجب أو بفقدانه لأهليّته، كما رأينا.

خلاصة القول إنّ وفاة الموجب لا تكون سببا في سقوط إيجابه بالقانون التـــونسي لحدّ ذاتها (كما هي الحال بالقانون الفرنسي)، بل تشترط انتفاء العلم من الموجب له بوفاة الموجب أو بفقدانه الأهليّة[31]؛ ومتى كان الأمر كذلك، انتقل ما كان من الممكن أن ينفـــذ من التـــعهّدات على الموجب إلى ورثته، طبقا لشروط التـــنفيذ على الورثة موضوع الفصل 241 من مجلـــة الإلتزامات والعقود[32]، كل ذلك ما لم يكن الإيجاب قد قدّم بناء على االإعتبارات الشـــخصيّة الخاصّة بالموجب والموجب له، أو أن يكون تنفيذ مقتضيات الإيجاب من الموجب له مشترطا باعتبارات شخصيّة لا تلتئم إلاّ في شخص الموجب؛ ففي جميع هذه الصّور، يسقط الإيجاب بوفاة الموجب أو بفقدانه الأهليّة.

---

[31] وهو ما يبرّر ولا شكّ اللّجوء إلى طريقة الوعد بالتّعاقد، والّذي تنتقل به الإلتزامات الموعود بها إلى ورثة المتواعدين. وإلاّ انحسرت الفائدة من طريقة التّواعد بالتّعاقد المتّبعة بكثرة في المعاملات (حول التّواعد بالتّعاقد، يراجع المبحث الموالي).

[32] يختلف في هذا الشّأن القانون التّونسي عن نظيره الفرنسي، حيث أن وفاة الموجب هنا هي ممّا يسقط به الإيجاب بقطع النّظر عن علم الموجب له بوفاة الموجب أو بتقييد أهليّته من عدم ذلك. وإذا ما يحقّ للقانون الفرنسي أن يختلف في هذه المسألة، فلكونه لا يأخذ بنظرية التّعهّد الآحادي كما هي الحال بالنّسبة الى القانون التّونسي، أو الألماني.

مبحث 2 - القبـــول L'ACCEPTATION[33]

81 - تعريف القبول؛ مظاهره وعوارضه - القبول تعبير عن الإرادة، يتمّ بمقتضاه قيام العقد. ويلتئم بحكم موافقة الموجب له عن جميع ما يتضمّنه الإيجاب من العناصر؛ يتـّجه في دراسته التـّعرّف على أهمّ ما يتسبّب فيه من إشكاليات، وذلك من خلال **محتواه (فقرة 1)** و**عوارضه (فقرة 2)**.

فقرة 1 - محتوى القبول

82 - شروط القبول - يشترط في القبول، حتـّى يتكوّن به العقد، أن يكون خالصا، أي أن يصدر عن القابل دون قيد أو شرط؛ وإذا ما اقترن بشئ من هذا القبيل أو ذاك، صار إيجابا؛ وهو ما اقتضاه الفصل 31 من مجلـّة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ : "الجواب الموقوف على شرط أو قيد يعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر"[34].

ويشترط في القبول أن يتعلـّق بالعناصر الأساسية لقيام العقد، حيث جاء بالفصل 24 من مجلـّة الإلتزامات والعقود : "لا يعتبر العقد تامّا إذا صرّح المتعاقدان بإبقاء بعض الشّروط لعقد تالي. فما وقع عليه الإتـّفاق والحالة هاته، لا يترتـّب عليه إلتزام، ولو وقع تحرير الشّروط الأوّلية بالكتابة"[35].

---

[33] Acceptation في اللـّغة الفرنسية.

[34] يمكن التـّوسّع في هذه القاعدة كذلك إلى ما يعرف ببعض القوانين بالقبـول المتأخـّر (L'acceptation tardive)، وهو قبول واقع بعد الفترة المعيّنة لبقاء الإيجاب (الفقرة 150 من المجلـّة المدنيّة الألمانيّة).

[35] نفس القاعدة انتهى إليها فقه القضاء الفرنسي. يراجع: (Req. 1er déc. 1885, S. 1987, 1, 167 –Cibiel c. Dieulafoy) « La vente est parfaite entre le vendeur et l'acheteur dès qu'ils sont convenus de la chose et du prix,

83 - مظاهر القبول : القبول الصّريح والقبول الضّمني - يمكن للقبول أن يكون صريحا، أو ضمنيا، ويقال بالدّلالة، كذلك.

فإماّ القبول الصّريح، فهو ما يقع التّعبير عنه بشتّى العبارات والحركات الدّالّة، دون ريب، على التئامه[36]؛ ومن ذلك أن يصرّح القابل بقوله "قبلت"، أو بغيرها من الكلمات (العربيّة والأجنبيّة) الّتي تساق في العادة لنفس الغرض[37]؛ وأمّا القبول الضّمني (القبول بالدّلالة)، فيكون بمجمل التّصرّفات الّتي يترتّب عنها العمل بمقتضيات العقد؛ كأن يعرض عليّ

---

le défaut d'accord sur les éléments accessoires du contrat ne pouvant empêcher sa formation, à moins que les parties n'aient entendu reporter celle-ci jusqu'à la fixation de ces modalités ». وفي أخذه بهذا الموقف يختلف القانونان التّونسي والفرنسي عن القانونين الألماني والسّويسري. جاء بالفصل 154 من المجلّة المدنيّة الألمانية « Tant que les parties ne sont pas retombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, devaient être l'objet de la convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit ». وجاء بالفصل 2 من مجلّة الإلتزامات السويسرية : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires d'accord. A défaut sur ces points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire ». حول هذه المسألة، يراجع : H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés, 11ème éd., Dalloz 2000, n° 146.

[36] من أهمّ مظاهر القبول الإمضاء (التّوقيع). جاء بأحد القرارات التّعقيبيّة: "إمضاء ممثّل الشّركة مع وضع طابع هذه الأخيرة على قائمة البضاعة المعروضة تثبت به إرادة القبول للصّفقة" (تعقيبي مدني عدد 3298، مؤرّخ في 12 أفريل 1979، نشرية محكمة التّعقيب لسنة 1980، صفحة 189).

[37] ومن ذلك قولهم "إخمسْها" وهي طريقة تعرف بالـ"Paumée" في اللّغة الفرنسيّة، أو قولهم O.K وD'accord وغيرها...

أحدهم ابتياعي منزله المعيّن بثمن كذا، فتراني آخذ دفتر شيكاتي وأعمّر له مقتطعا منها، بالثّمن المحدّد، أسلّمه إيّاه، دون أن أنبس ببنت شفه؛ ومن تطبيقات الإيجاب الضّمني أيضا، العمل بمقتضيات التّوكيل من الوكيل في عقد الوكالة[38]؛ وممّا يؤثر في القبول الضّمني بالمعاملات، حركة الرّأس إيجابا، في المزايدات.

84 - القبول والسّكوت (مبدأ واستثناءات) - هل يمكن للقبول أن يقع بالسّكوت؟

يشهد القانون التّونسي، خلافا لغيره من القوانين[39]، عندَ الإجابة على هذا التّساؤل، مبدأ وجملة من الإستثناءات[40].

فأمّا المبدإ فسلبيّ، مفاده أنْ لا قبول بالسّكوت[41]؛ نتيجة ذلك، مثلا، وأنّ الإبقاء على الإرسالات لا يعدّ معه المرسل إليهم قابلين بعقد الإنخراط

---

[38] قضي : « L'acceptation tacite résulte du comportement de l'acceptant » (Paris 27 nov. 1979, *JCP* 1981, IV, 374 ; *JCP* 1981, éd. CI, n° 10200).

[39] ذاك شأن القانون الألماني مثلا. يتضمّن هذا الأخير قاعدة مفادها أنّه إذا ما أرسل أحد الأطراف، بعد التّحاور، مكتوبا للآخر ليؤكّد فيه ما وقع الإتّفاق عليه من النّقاط أثناء المحاورات، فإن سكوت المرسل إليه يعدّ قبولا (RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droits civil français et allemand,* thèse (Strasbourg, 1959, n° 34 et ss.

[40] في قبوله لمبدإ مفاده عدم الإعتداد بالسّكوت كمظهر للقبول وفي جملة من الإستثناءات يقوم بها القبول في هذه الحالة يتّفق القانون التّونسي مع القانون الفرنسي (H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Op. cit., n° 147). ولكنّه يختلف عن القانون الإيطالي الّذي يرفض الأخذ بالسّكوت كمظهر من مظاهر القبول مهما كانت الظّروف.

[41] ذاك الشّأن بالقانون الفرنسي أيضا. حول أسس المبدإ، واستثناءاته، يراجع: J. MESTRE, Oserv., *RTD civ.* 1988, 519 ; FAVRE-ROCHEX, *Gaz. Pal.*, 1995, 1, Doctr. 231.

في اقتناء الإرساليّة (مجلّة أو جريدة)، ولو وقع التّنصيص من المرسل وأن إبقاء المرسل إليه على الإرساليّة يقوم به العقد[42].

القاعدة القائلة برفض ترتيب إلتزام عن السّكوت تجد مصدرها في قاعدة أصولية مفادها أن "لا ينسب لساكت قول"؛ والواقع أنّ القاعدة المذكورة، إنّما تجد مبرّراتها فيما يكتسيه العقد من الأهمّيّة، باعتباره مصدرا للإلتزامات الإراديّة بالأساس؛ ثمّ إنّ الأخذ بالرّضائيّة يتطلّب حدّا أدنى من التّعبير، لا سيّما في مجتمع يتكلّم فيه الجميع (أو الأغلبيّة) نفس اللّغة؛ كما تجد القاعدة النّافية عن السّكوت إلزامية القبول سندا في مبدإ الحرّيّة التّعاقديّة، وإلاّ لاضطرّ كلّ واحد الى أن يجيب على ما يقدّم له من العروض، وفي ذلك تضييق لحرّيّته[43].

وأمّا الإستثناءات عن مبدإ القبول بالسّكوت : فتشمل جملة من الحالات يمكن للسّاكت أن يعدّ معها قابلا بمقتضيات الإيجاب؛ وتنضوي جميعها تحت ما يمكن الإصطلاح عليه بصور السّكوت الملابس[44]؛ وهي - إضافة إلى صورة القبول الضّمني المتمثّل في العمل بمقتضيات العقد- :

- أن تكون للطّرفين علاقة تعاقدية سابقة؛ وهي صورة التّجديد الضّمني

---

[42] من التّطبيقات الفقه قضائية لذلك: Trib civ. Seine, 19 avr. 1893, *Gaz. Pal.* 1893, 2, 162 ; Req. 14 avr. 1942, *S.* 1942, 1, 123 ; Douai, 12 nov. 1953, *D.* 1954, 63.

[43] في هذا المعنى : BARRAULT, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations,* thèse Dijon, 1912 ; LITTMAN, *Le silence dans la formation des actes juridiques,* thèse Strasbourg, 1969 ; P. DIENER, *Le silence et le droit,* thèse Bordeaux, 1975, spéc. pp. 39 et ss. et n° 38 et ss. ; P. GODE, *Volontés et manifestations tacites,* thèse Lille, 1977, spéc. pp. 173 et ss., n° 158 et ss. ; J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats,* n° 169 ; M. PERROT, « Le silence en droit judiciaire privé », *Mélanges Raynaud,* 1985, p. 627.

[44] Le silence circonstancié.

للعقد؛ كأن يبقى مكتري العقـّار بالمكرى ولا يبعث له المسوّغ تنبيها بالخروج[45]؛

- أن يكون الإيجاب لمصلحة الموجب؛ ومن تطبيقات ذلك صورة التـّنازل عن الدّين[46]، وصورة الإستفادة بأقساط في رأسمال شركة يهبها المؤجّر إلى أجيره[47]؛ وممّا طالته هذه الحالة من التـّطبيقات-أيضا، القول بقيام بعض عقود الإغاثة[48] : فالملقى على الطـّريق بسبب حادث، لا

---

[45] قـُضي : "للمكتري التـّمسّك بالتـّجديد الضّمني إذا بقي بالمكرى بعد انتهاء المدّة المعيّنة بالعقد، دون أن يعرّف المكري عن نيّته في رفض التـّجديد" (تعقيبي مدني عدد 2460، مؤرّخ في 29 جوان 1978، نشريّة محكمة التـّعقيب لسنة 1978، جزء 1، الصّفحة 346)؛ من تطبيقات ذلك التـّجديد الضّمني للعقد بفقه القضاء الفرنسي: Aix, 13 août 1873, *DP* 77, 5, 456. ولكن، يشترط في موقف القابل أن لا يؤدّي سكوته إلى حدّ القول بتغيير العقد القائم. وذاك الشّأن إذا ما سكت المكتري عن أشغال تولّى الكاري القيام بها (Ass. Plén. 3 mai 1956, *Bull. Ass. Plén.* N° 1, *JCP* 1956, II, 9345 ; Soc. 20 fév. 1958, *Bull. civ.* IV, n° 268, p. 195).

[46] من تطبيقات ذلك: « Si en principe le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation, il est permis, cependant, aux juges du fait, dans leur appréciation souveraine des faits et de l'intention des parties, et lorsque l'offre a été faite dans l'intérêt exclusif de celui à qui elle a été adressée, de décider que son silence emporte acceptation (remise partielle de dette de loyers échus). » (Req. 29 mars 1938, *DP* 1939, 1, 5, note VOIRIN) ; voir aussi Civ. 1ère, 5 avr. 1993, *Contrats Conc. Consom.* Août-sept. 1993, n° 145, note LEVENEUR ; Civ. 1ère, 16 avr. 1996, *Bull. civ.* I, n° 181 ; *Defrénois*, 1996, 894, observ. MESTRE (à propos de l'absence d'acceptation de travaux non prévus dans un devis).

[47] ومن تطبيقات ذلك: Soc. 15 déc. 1970, *Bull. civ.* V, n° 722, p. 590.

[48] من تطبيقات ذلك في فقه القضاء الفرنسي: Civ. 1ère, 1er déc. 1969, *D* 1970, 423, note PUECH, *JCP* 1970, II, 16445, note Aubert, *RTD civ.* 1971, 164, observ. DURRY (Convention d'assistance dans l'hypothèse où un garagiste avait été blessé par l'explosion d'un vélomoteur, alors qu'il secourait le conducteur, l'assisté réputé avoir, par son silence accepté l'offre qui lui a soit-disant été faite par le sauveteur).

يمكنه أن يعبّر عن إرادته تجاه من جاء لإغاثته؛ وإذا ما استوجبنا ذلك، فمن البديهي أن يكون بالقبول من المغاث، اعتبارا لما لهذا الأخير من المصلحة في إغاثته...

وفي جميع الصّور التـــي يمكن للقبول أن يلتئم فيها بالسّكوت، على القائل بذلك أن يثبت القبول[49]؛ وهو ما يعود بالإجتهاد لقضاء الموضوع[50].

85 - القبول بالمراسلة (L'acceptation par correspondance) – يمكن للقبول أن يقع من الموجب له الحاضر مع الموجب بنفس المكان (قبول بالحضور) ؛ ويمكن أن يكون بواسطة شخص يتعهّد بنقل الإجابة منه إلى الموجب أو بمكتوب يوجّهه الأوّل إلى الثـــاني يتضمّن قبوله بمقتضيات الإيجاب.

وإذا ما استوعبت عبارة القبول بالمراسلة طريقة إبلاغ القبول عن طريق واسطة شخصيّة تعرف في الإصطلاح بالرّسول، فإن التـــطوّر التـــقني للإتـــصالات اليومَ يوحي باتـــساع نطاقها : فمن قبول بواسطة التـــبريق ؛ ومن قبول بواسطة الهاتف ؛ ومن قبول بواسطة التيليكس ؛ ومن قبول بواسطة الفاكس... والانترنات...

فمتى وأين يتمّ التـــعاقد في جميع هذه الصّور؟

---

[49] في هذا المعنى: Civ. sect. Com. 17 févr. 1965, *Bull. civ.* III, n° 130, p. 110.

[50] في هذا المعنى: Req. 14 avr. 1942, préc. ; 15 mars 1944, *S.* 1945, 1, 40 ; Civ. sect. Com. 21 oct. 1958, *Bull. civ.* III, n° 355, p. 298.

86 - الحلول الممكنة للتّعاقد بالمراسلة - قدّمت للغرض أربعة حلول :

- حلّ يعتبر التّعاقد قائما بالمكان والزّمان الذين يصرّح فيهما القابل بقبوله، وهو حلّ يأخذ بنظام التّصريح بالقبول (Système de la déclaration de l'acceptation)؛

- حلّ يعتبر في ذلك، الزّمن والمكان الذين بلغ فيهما قبول الموجب له للموجب، وهذا الحلّ يأخذ بما يتعارف عليه من نظام العلم بالقبول (Système de l'information de l'acceptation)؛

ويتفرّع عن كلّ من هذين الحلّين، حلاّن آخران يأخذان في اعتبارهما بمقتضيات الإثبات، وهما : - حلّ ينطلق في اعتماد تصريح الموجب له على بعثه المتكوب الذّي يتضمّن قبوله، ويعرف بنظام إصدار القبول (Système de l'envoi de l'acceptation)[51]؛

- وحل يأخذ في علم الموجب بقبول الموجب له ببلوغ قبول هذا الأخير إليه، ويعرف بنظام تلقّي القبول (Système de la réception de l'acceptation)[52].

فأيّ من هذه الحلول يأخذ به القانون التّونسي؟

87 - حلّ التّعاقد بالمراسلة في القانون التّونسي (الفصل 28 م ا ع) - تشهد القوانين عموما في هذا الصّدد قاعدة مفادها ترك الحرّيّة للأطراف في اختيار ما يطيب لها من النّظم، بحسب مصالحهم؛ وفي اعتقادنا أن لا مانع من اعتماد هذه القاعدة بالقانون التّونسي كذلك، باعتباره ممّا يأخذ بالإرادة في ضبط العقود. وبما أنّ الأمر يتعلّق بإيجاب

---

[51] يعتدّ في ذلك بختم مصلحة البريد الّتي تولّى منها إرسال الموجب له لقبوله.

[52] يعتدّ في ذلك بختم مصلحة البريد الّتي بها مقرّ الموجب.

له بالقانون المذكور طبيعة التعهّد الآحادي، فلا مانع من أن يتولّى الموجب اختيار أحد النّظم الأربعة المذكّر بها أعلاه، بل ومن اختيار نظام بالنّسبة إلى ظرف (مكان التّعاقد، مثلا)، ونظام آخر بالنّسبة الى ظرف آخر (زمن التّعاقد مثلا).

ومع ذلك، فقلّما يقع التّعبير عن موقف مسبقا، فيقع الرّجوع إلى ما اعتمده المشرّع من حلول احتياطية؛ وممّا يذكر في هذا الصّدد تميّز القانون التّونسي عن نظرائه[53]، وذلك بالتّنصيص على قاعدة احتياطيّة - مبدئيّة- وقع إيرادها بالفصل 28 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل : "يتمّ العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطّرف الآخر بالقبول. والتّعاقد بواسطة الرّسول أو غيره يتمّ في الوقت والجهة التّي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطّرف الآخر للرّسول"[54]. ويترتّب عن هذا الإختيار، جملة من النّتائج.

88- النّتائج - لمّا كان العقد قائما، في نظريّة التّصريح بالقبول، بتصريح الموجب له، فإنّ ما يطرأ بعد التّصريح المذكور من الوقائع لا يغيّر من أمر العقد شيئا؛ ومن ذلك أنّ الموجب يفقد الحقّ في التّراجع في إيجابه؛ ثم أنّ ما يحصل له من الوفاة أو فقدان الأهلية لا يؤثّر في قيام العقد، طالما لم يبلغ إلى علم الموجب له قبل واقعة القبول (طبقا

---

[53] ومن ذلك القانون الفرنسي، على وجه الخصوص.

[54] خلافا للقانون الفرنسي الّذي يعتبر المسألة راجعة بالنّظر لقضاء الأصل، مع ميل لتطبيق نظام التّصريح بالقبول، ومن ذلك ما ورد بالقرار التّعقيبي الفرنسي، الصّادر عن الدائرة التّجارية لمحكمة التّعقيب الفرنسيّة بتاريخ 7 جانفي 1981، أين قُضي: « Faute de stipulation contraire, une convention est destinée à devenir parfaite non par la réception par le pollicitant de l'acceptation de l'autre partie, mais par l'émission par celle-ci, de cette acceptation » (*Bull. civ.* IV, n° 14 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11ème éd., n° 144-145 (II) ; *RTD Civ.*, 1981, 849, Obsev. CHABAS).

لمقتضيات الفصل 35 م ا ع كما رأينا)؛ وإذا ما حصل للقانون أن يتغيّر، فالعقد يبقى خاضعا -مبدئيا- للقانون القديم[55]؛ وإذا ما هلك الشيء المتعاقد فيه، فإن هلاكه يكون -مبدئيا أيضا- على من انتقلت إليه ملكيّته، تبعا لالتئام القبول؛ وإذا ما عنّ للموجب أن يرفع دعوى ضدّ الموجب له -الذي اصبحت له صفة المتعاقد- ووقع إسناد الإختصاص التـّرابي -بمقتضى بند خاصّ- لمحاكم قيام العقد، فان المحاكم المختصّة هي الكائنة بمقر الموجب له[56]...

فقرة 2- عوارض القبول Les altérations de l'acceptation

89 - مهلة التـّفكير (أو التـّأمّل) ومهلة التـّراجع - عوارض القبول ظروف تؤدّي إلى تأخيره؛ وتتجسّم في تمكين القابل من مهلتين : مهلة للتـّفكير أو التـّأمّل ومهلة للتـّراجع.

فأما مهلة التـّفكير أو التـّأمّل، فتؤدّي إلى التـّأخير في زمن القبول بما يحدث تأخيرا في واقعة القبول نفسها؛ وأمّا مهلة التـّراجع، فتسمح للقابل بأن يتراجع في قبوله بعد التئامه، وقيام العقد، بالتـّالي.

وقد وقع التـّنصيص على هذين المهلتين في القوانين الإستهلاكية بالخصوص، غاية في حماية المستهلكين، وذلك بتمكينهم من التـّفكير في التزاماتهم والتـّراجع فيها عند الإقتضاء، إذا ما اتـّضح لهم عسر العملية

---

[55] إلاّ أن يكون القانون الجديد ممّا يهمّ النـّظام العامّ، فينطبق بأثر فوري ومباشر على العقود الجارية فيما يتعلـّق بالنـّظام العامّ من المسائل (حول هذا الحلّ، تراجع مؤلـّفات المدخل لدراسة القانون).

[56] جاء بالفصل 36 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتـّجاريّة ما يلي: "للطـّالب في الصّورة التـّالية الخيار في رفع دعواه لدى المحكمة المنصوص عليها بالفصلين 30 (مقرّ الطـّالب) و31 (ألغي) أو لدى المحاكم التـّالية: 1- في صورة تعيين بعقد لمكان المحكمة التـّي بدائرتها ذلك المكان...".

بالنّسبة الى قدراتهم الماليّة[57]؛ ومن تطبيقات ذلك ما وقع التّنصيص عليه بمقتضي القانون عدد 46 لسنة 1997 المتعلّق بالإيواء السّياحي بنظام اقتسام الوقت (في فصله 14[58])، وبمقتضى القانون عدد 39 لسنة 1998 المتعلّق بالبيع بالتّقسيط (في فصله 10[59])، وبمقتضى القانون عدد 40 لسنة 1998 المتعلّق بطرق البيع والإشهار التّجاري فيما يخصّ الشّراءات خارج المحلاّت المعدّة لذلك (في فصله 29[60])، وبمقتضى القانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة

---

[57] ومن ثمّة تتأكّد أهمّيّة هذه المهلات وما يتبعها من حقّ في التّراجع في حلّ ظاهرة التّداين: Phénomène de surendettement.

[58] جاء بالفصل المذكور ما يلي: "يمنح المنتفع بحقّ الإقامة بنظام اقتسام الوقت أجلا قدره عشرة أيّام من تاريخ إمضاء العقد يطلق عليه 'أجل التّأمّل' ويحقّ للمنتفع خلال أجل التّأمّل التّراجع عن العقد دون قيد أو شرط أو بيان أسباب ذلك ودون تحمّل أيّة مصاريف مهما كانت مع حقّ استرجاع المبالغ الّتي قد يكون سبقها (فقرة 1). يتولّى المقتني إبلاغ تراجعه بواسطة وسيلة يمكن إثباتها ماديّاً (فقرة 2)".

[59] جاء بالفصل المذكور ما يلي: "يجب على النّاجر أن يمكّن المستهلك من ممارسة الحقّ في العدول عن الشّراء في أجل عشرة أيام تحسب بداية من تاريخ إمضاء العقد (فقرة 1). غير أنّ هذا الأجل ينقضي إذا وقع تسليم المنتوج بطلب من المستهلك (فقرة 2). كما أن ممارسة حقّ العدول عن الشّراء تبطل البيع (فقرة 3)".

[60] جاء بالفصل المذكور ما يلي: "لا يبرم عقد البيع إلاّ بعد مرور عشرة أيّام تحسب بداية من تاريخ تحرير الطّلبيّة (فقرة 1). ويحقّ للمستهلك العدول عن طلبيّته، قبل انقضاء هذا الأجل، بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإعلام بالبلوغ (فقرة 2)".

(في فصله 27[61])... ويكون ذلك في جميع القوانين المذكورة خلال أجل، مدّته عشرة أيّام[62].

وممّا يلاحظ أن المشرّع التـــونسيّ لم يعط للمهلات السّالفة الذّكر نفس الطـــبيعة في جميع الحالات؛ ففي الفصلين : 29 المتعلـــق بالبيع خارج الأماكن المخصّصة للإتـــجار، و27 المتعلـــق بالمبادلات الإلكترونيّة، تبدو المهلتان كأنـــهما مهلتا تأمّل وتفكير للموجب له، يؤخـــران في واقعة القبول نفسها وفي قيام العقد، بالتـــالي؛ وكذلك الحال بالنّسبة الى الفصل 10 المتعلـــق بالبيع بالتـــقسيط، وإن استعمل المشرّع هنا عبارة العدول الـــذي تحتسب مدّته حسب نفس الفصل "بداية من تاريخ إبرام العقد"، حيث أقرّ صراحة بأن ممارسة الحقّ المذكور "تبطل البيع". أمّا الفصل 14 من القانون المتعلـــق بالإيواء السّياحي بنظام اقتسام الوقت، فهو ممّا يثير التـــساول، لكونه يبدي المهلة المقرّرة وكأنّها للتـــراجع بعد قيام العقد نفسه؛ ممّا يربط المؤسّسة المذكورة بفترة تنفيذ العقد، لا بفترة قيامه[63].

---

[61] جاء بالفصل المذكور ما يلي: "يتعيّن على البائع، قبل إبرام العقد، تمكين المستهلك من المراجعة النّهائيّة لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطّلبيّة أو تغييرها حسب إرادته، وكذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونيّة المتعلّقة بإمضائه"

[62] هذا الأجل هو في الغالب سبعة أيّام بالقانون الفرنسي. ويتضمّن في القانونين التّونسي والفرنسي فترة نهاية أسبوع، بما يمكّن من اجتماع جميع أفراد العائلة قصد التّشاور في العمليّة.

[63] حول ما تثيره مهلة التّفكير والتّراجع من الإشكاليات : يراجع : Y. KNENI, « La vente avec facilité de paiement », *Mél. H. AYADI,* CPU 2000.

مبحث 3 - العقود التـــمهيدية[64]

Les contrats préparatoires

90 - نوعهـــا - هي عقود تبرمها الأطراف قبل العقد النّهائي؛ بعضها ينظـــم تفاوضها، وتسمّى بعقود المفاوضات **(فقرة 1)**؛ وبعضها يمهّد لعقدها النّهائي، وتسمّى بوعود التـــعاقد **(فقرة 2)**.

فقرة 1 - عقود المفاوضات

91 - تعريفها - عقود المفاوضات (لا عقود التـــفاوض)، وتسمّى بالإتـــفاقات المبدئيّة كذلك[65]؛ هي عقود تنظـــم المفاوضات بين الإطراف[66]؛ فهي لا تلزمها بإبرام العقد النّهائي، وإنـــما بأن تحترم، في تفاوضها، جملة من الموجبات؛ من ذلك حسن النّيّة، والحفاظ على ما يتوصّل إليه كلّ واحد فيها من أسرار خلال تلك الفترة يسعى الآخر إلى إبقائها مخفية عن العموم[67]...

وتتشابه هذه العقود مع فئة أخرى، تعرف في الإصطلاح بالعقود الجزئية أو المرحليّة؛ وهي اتـــفاقات يتولىّ الأطراف إبرامها، في انتظار أن يقع التـــصادق من قِبلها على كافـــّة مقتضيات العقد النّهائي؛ وقع التـــنصيص عليها -عقود المفاوضات هذه- بالفصل 24 من مجلـــّة

---

[64] Les contrats préparatoires في الصّياغة الفرنسية (حول المفهوم وما يتضمّنه من غموض، يراجع J. GHESTIN, *La formation du contrat,* n° 343 et ss.

[65] Accord de principe.

[66] حول المفاوضات في العقود، يراجع: N. MZID, « Essai sur la négociation du contrat en droit civil », *RJL* 9/1999 ; *RTD* 2000, pp. 313 et ss.

[67] حول هذه العقود، يراجع: I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.* 1991, chron. XIII, pp. 57 et ss. ; A. RIEG, « La « Punctation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *Mél. JAUFFRET,* pp. 600 et ss. ; J.-L. AUBERT, *thèse préc.*, pp. 61 et ss. n° 55 et ss.

الإلتزامات والعقود قصدا في نزع صفة الإلزامية عنها، خلافا للعقود النّهائيّة[68]؛ ومع ذلك فللعقود المذكورة خصوصيّـاتها؛ إذْ غالبا ما تعتمد في الإتـّفاقات الثـّقيلة؛ وممّا تتضمّنه عادة، التـّنصيص على تعويضات جزافية، إذا ما قطع أحدهم المفاوضات بدون موجب، أو تحمّل خسائر حال السّعي إلى إبرام العقد النّهائي، دون أن يتحقـّق له ذلك؛ فلا ريب، حينئذ، في إلزاميّتها خلافا للعقود المرحليّـة.

92 - وظيفتها - أهمّ وظيفة تؤدّيها عقود المفاوضات، إعطاء سند تعاقديّ للدّعوى الـّتي يقوم بها أحد الأطراف ضدّ الآخر، قصد تمكينه من تعويض ما حصل له من ضرر بسبب قطع المفاوضات بصورة تعسّفيّة أو التـّقصير في إتمامها...[69].

وإذْ تعتمد هذه الوسيلة في التـّعامل، فلأنّ مسألة المفاوضات، ممّا يخضع لنظام المسؤولية التـّقصيرية لا التـّعاقديّة، مع ما يترتـّب عن ذلك من مخاطر للمتضرّر، طبقا لمقتضيات الفصل 24 السّالف الذكر؛ ومنها - هذه المخاطر -، إلزام المدّعي بإثبات الخطا في جانب غريمه، وهو ما لا يكون بالأمر الهيّن، في جميع الوضعيّات، خاصّة اعتبارا إلى مبدإ براءة الذّمّة، عموما[70]، وعدم تحديد إلتزامات الأطراف بما يمكـّن من إثبات المخالفة لها؛ وذاك ما تحاول تلافيه عقود المفاوضات إذ تسعى، في ضبط ما يتـّجه على كلّ طرف احترامه من الإلتزامات، إلى ما يمكـّن من تيسير

---

[68] جاء بالفصل 24 م ا ع ما يلي: "لا يعتبر العقد تامّا إذا صرّح المتعاقدان بإبقاء بعض الشّروط لعقد تالي. فما وقع عليه الإتّفاق والحالة هاته، لا يترتّب عليه إلتزام ولو وقع تحرير الشّروط الإوّلية بالكتابة"

[69] J. GHESTIN, *La formation du contrat,* n° 344.

[70] يجد هذا المبدأ سنده في جملة من الفصول القانونيّة بمجلّة الإلتزامات والعقود، ومن ذلك: الفصل 560 القائل : "الأصل براءة الذّمّة حتّى يثبت تعميرها"، والفصل 562 القائل: "الأصل بقاء ما كان على ما كان وعلى من ادّعى تغييره الإثبات"...

إثبات مخالفات ذلك فيما بعد؛ وفي تحديدها للتّعويضات جزافيّا، تأمن الأطراف ما يمكن أن يترتّب عن المسؤولية التّقصيرية من مخاطر بحكم تدخّل القضاء الّذي قد لا يعي أهمّيّة الأضرار الّتي تنال أحدها (ممّن تحمّل مصاريف جمّة في سبيل التّقصّي وراء شيء مثلا) من جرّاء قطع عمليّة المفاوضات بدون مبرّر...

فقرة 2 - الوعود بالتّعاقد Les promesses de contrats

93 - تعريفها - الوعود بالتّعاقد، اتّفاقات تمهّد إلى العقد النّهائي؛ تختلف عن عقود المفاوضات، في كونها لا تقتصر على تنظيم المحاورات الرّامية إلى إبرام العقد النّهائي، بقدر ما تتضمّن التّوافق على العناصر الأساسيّة التّي هي من ركائز العقد المذكور.

وتختلف الوعود بالتّعاقد عن العقود المرحليّة أو الجزئيّة[71] في كونها لا تقتصر على التّمهيد للعقد النّهائي بالتّوافق على بعض مقتضياته -الثّانوية في العادة- فقط، بل تتضمّن ما يروم الأطراف الإلتزام به في عقدهم، حيث تجسّم ما يتراضوا عليه من عناصر أساسيّة أو لها هذه الصّفة في علاقتهم...

وغالبا ما يلتجئ المتعاملون إلى مثل هذه العقود، بسبب جملة من ظروف تحول دون إبرام اتّفاقهم النّهائي[72]؛ ومن هذه الظّروف ما له

---

[71] حول هذه العقود، يراجع، مرشد طريفة : الإتّفاقات الجزئيّة المبرمة عند التّفاوض في العقد، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون، شعبة "عقود واستثمارات"، كلية الحقوق والعلوم السّياسيّة، سنة جامعيّة 1999-2000.

[72] عبارة "يلتجئ" هنا مقصودة. إذ للأطراف مبدئيّا مطلق الحريّة في إبرام الوعود بالتّعاقد. ولا يكون الأمر بخلاف ذلك إلاّ في بعض الحالات التّي يذكرها المشرّع على وجه الحصر. ومن الوضعيّات التّي يتوجّب على الأطراف إبرام وعود بالتّعاقد في العلاقات بين الباعثين العقّاريين والمشترين لعقّارات من هؤلاء على المثال (أي لم يقع

طبيعة قانونيّة، كأن تستوجب صحّة العقد موافقة سلطة إداريّة معيّنة، أو أن تكون ملكيّة المبيع لم تنتقل للبائع بعد... ومنها ما له طبيعة ماديّة، ومن ذلك أن يتعذّر على المشتري تجميع كامل الثّمن...

وتختلف وعود التّعاقد عن العقد النّهائي في كونها لا تقوم مقامه؛ ومع ذلك، فهي تشهد من التّنوّع ما يسمح بتعديل هذا القول أحيانا.

94 - نوعها - يميّز الفقهاء عادة بين نوعين من وعود التّعاقد، منها ما يكون ملزما لجانب واحد فقط[73]، ومنها ما يكون ملزما للجانبين معا[74]؛ ويندرج هذا التّفريع ضمن التّقسيم بين العقود الملزمة لجانب والعقود الملزمة لجانبين.

ففي وعود التّعاقد الملزمة لجانب واحد (Promesse unilatérale de contrat)، يلتزم أحد الأطراف -الموجب- بالإبقاء على إيجابه فترة من الزّمن، دون أن يتضمّن العقد أيّ التزام تجاه الموجب له الّذي يستبقي لنفسه الإختيار (Option) في العمل بمقتضيات الإيجاب من عدمه[75]؛ أمّا

إتمام بنائها عند التّعاقد)، حيث يقتضي القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرّخ في 26 فيفري 1990 (في فصله 9) أن على الباعث العقّاري إبرام وعد بالبيع يتضمّن وصفا ضافيا للعقّار المزمع شراؤه، وثمن ذلك، وتاريخ التّسليم... (حول الوعد بالتّعاقد في ميدان البعث العقّاري، يراجع عبد الوهاب الرّباعي: « La promesse de vente d'immeuble à construire », *RTD1991*, pp. 357 et ss. ; وحول العقّارات الّتي سوف تبنى، يراجع: A. REBAI, La vente d'immeuble à construire en droit tunisien, thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit de Paris-Saint Maure, nov. 2000.

[73] Promesse unilatérale de contrat.

[74] Promesse synallagmatique de contrat.

[75] قـُضي: "من صدر من الإيجاب وعيـّن أجلا لقبوله فهو ملزم للطـّرف الآخر إلى انقضاء الأجل فإن لم يأته الجواب بالقبول في الأجل المذكور انفكّ التزامه. وتفريعا على ذلك فإنّ الإيجاب الملزم يتميّز في كيانه القانوني عن الوعد بالتـّعاقد. فالأوّل ينشأ قانونا

في وعود التـــعاقد الملزمة لجانبين (Promesse synallagmatique de contrat)، فإن كلاّ من المتعاقدين يلتزم للآخر بإبرام العقد النـــهائي، ممّا يقرّب هذا من ذاك، ويطرح إشكال إلزاميّة -ومن ورائها الطـــبيعة القانونية- للوعد التـــبادليّ إن صحّ التـــعبير.

95 - إلزاميّة الوعد بالتـــعاقد الملزم لجانبين (طبيعته القانونية) - هل يلزم الوعد بالتـــعاقد الملزم لجانبين بمثل ما يلزم به العقد النّهائي، أم أنـــه يختلف عنه؟ بعبارة أُخرى، هل يتوافق الوعد بالتـــعاقد الملزم لجانبين مع العقد النّهائي أم أنّه يختلف عنه؟

يطرح التـــساؤل بالنـــسبة الى وعود التـــعاقد السّـــابقة لعقود نهائية تتضمّن إلتزامات بإعطاء (البيع على وجه الخصوص[76])؛ وتختلف الإجابة بحسب الأثر المقرّر للإلتزامات المترتـــبة عن الوعد بالتـــعاقد؛ فإذا ما اعتبرناه عقدا نهائيّا، فهو ينقل الحقّ المتعاقد فيه من الواعد إلى الموعود له، حيث يمكـــن الثـــاني من القيام على الأوّل، لا قصد إجباره على إتمام العقد الـــذي يكون قد حصل بحكم الوعد، بل على تسليمه الشيء أيضا[77]، اعتبارا إلى أنّ الحقّ العيني سلطة أنشئت بمقتضى الوعد للموعود له على العيّنة موضوع الإتـــفاق، لا علاقة شخصيّة بين طرفين، وهو موقف القانون

عن إرادة منفردة والثـــاني عن اتـــفاق إرادتين. والقرار الصـــادر بناء على قبول الإيجاب وفق الفصل 33 المذكور ولو لم يمض الطـــرف الثـــاني بالكتب باعتبار الإيجاب ملزما لصاحبه يكون قائما على أساس من القانون" (تعقيبي مدني عدد 6499، مؤرّخ في 25 ماي 1970، نشريـــة 1970، قسم مدني، ص 100 وكذلك قضاء وتشريع عدد 2 لسنة 1970، ص 58).

[76] حول هذه المسألة، يراجع : F. BELKNANI, Promesse de vente d'immeuble : le brouillard congénital, *Mélanges H. AYADI*, CPU, Tunis, 2000, pp. 87 et ss.

[77] مع ما يترتّب عن الحقّ المذكور من حقوق : حقّ أفضليّة، حقّ تتبّع...

الفرنسي[78]؛ أمّا إذا اعتبرنا الوعد يتضمّن حقّـا شخصيّا، لا عينيّا، فغاية ما يسمح به، تمكين الموعود له من القيام بدعوى على الواعد قصد إجباره على إتمام العقد النّهائي؛ ويكون ذلك بوجوب استصدار حكم يقوم مقام العقد المذكور؛ ولا يحكم بذلك، إلاّ متى كان نقـل الحقّ من الواعد إلى الموعود له أمرا ممكنا[79]؛ وإذا ما تعذّر ذلك (لكون المبيع ليس بملك للواعد بعد، أو أنّ هذا الأخير قد فوّت في ملكيّته للغير...)، فإن ما يولّـده الوعد من حقّ للموعود له إنّـما يتمثّـل في تعويض ما ناله من ضرر، لا غير[80]؛ ويبدو

---

78 قـضي : « Une Cour d'appel, retenant souverainement que le bénéficiaire d'une promesse avait accepté l'offre le jour même de l'émission et qu'il y avait accord sur la chose et le prix, ont déduit à bon droit que la promesse a un caractère synallagmatique et vaut vente (Civ. 3ème, 11 juin 1992 ; *Bull. civ.* III, n° 206) ». وهذا الموقف وقع استخلاصه من الفصل 1589 من المجلّـة المدنية الفرنسية المتعلّق بعقد البيع، حيث عمّم إلى جميع العقود. وقد جاء بالفصل المذكور ما يلي: « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix » (Sur la promesse synallagmatique de vente, voir : L. BOYER, « Promesse de vente », (*Répertoire civil Dalloz*).

79 يراجع على سبيل المثال : تعقيبي مدني عدد 32771، مؤرّخ في 20 أوت 1992، المجلّة القانونيّة التـونسيّة، الصّفحات 213 وما بعدها -مع تعليق للأستاذ عبد المجيد عبودة- وجاء في حيثيّاته الهامّة ما يلي: "حيث أنّ الوعد بالبيع ينشئ حقّا شخصيّا للموعود له وليس حقّا عينيّا وبالتّـالي فإنّ شركة... لم تفقد ملكيّتها للشّـقّة محلّ التّـداعي عندما صدر عنها الوعد بالبيع للمعقّب ضدّه الأوّل وتفريعا على ذلك فإنّ البيع الصّادر منها فيما بعد للمعقّب لم يكن فاقدا لموضوعه، خلافا لما ارتأته محكمة الموضوع وقد انتقلت الملكيّة من تاريخه من البائعة إلى المشتري عملا بالفصل 583 م ا ع"..."وحيث أن إتمام البيع للموعود له أصبح متعذّرا واقعا وقانونا لأنّ الشّـركة لم تعد مالكة للشّـقّة موضوع عقد البيع، ولا يمكن بالتّـالي للموعود له أن يغصبها على الوفاء وإلاّ آل الأمر لبيع ملك الغير... وحيث أنّ محكمة الحكم المنتقد لمّا قضت بالصّورة المذكورة والحالة ما قرّر، واعتبرت أنّ الحكم المعترض عليه مصيب في قضائه، والحال أنّه قضي بإلزام الواعدة بإتمام عقد البيع النّـهائي مع أنّ ذلك أصبح غير ممكن لانتقال الملكيّة منها للطّـاعن بمقتضى عقد بيع صحيح ثابت التّـاريخ تكون خرقت أحكام الفصلين 273 و583 من مجلّة الإلتزامات والعقود وحينئذ فإنّ هذا المطعن سديد وتعيّن قبوله ونقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة...").

80 إنّ الإختلاف الحاصل بين القانونين التّونسي والفرنسي يقف عند الوعود بالتّعاقد الملزمة لجانبين؛ أمّا فيما يتعلّق بالوعود بالتّعاقد الملزمة لجانب واحد فإن موقف القانون الفرنسي كموقف نظيره التونسي (قـضي : "La promesse unilatérale de vente

ذلك موقف القانون التّونسي[81]، اعتمدته محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة، منذ سنة 1976، فيما يتعلّق بالوعد بالبيع الملزم لجانبين[82]؛ وربّما حسن الإقلاع عن هذا الموقف، لكونه يشجّع على التّصرّفات اللاّأخلاقيّة؛ فمن يعلم وأن وعده ليس بالملزم له، لن يتأخّر عن التّعاقد مع الغير إذا ما سنحت له فرصة تحقّق له ربحا أكثر، حتّى ولو تحمّل في سبيل ذلك بعض التّعويض للموعود له...

---

n'a pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire, ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet ; l'obligation du promettant, quoique relative à un immeuble, constitue, tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, non pas une obligation de donner, mais une obligation de faire ; par suite, elle ne peut engendrer, pour celui au profit duquel elle existe, qu'une créance mobilière » (Req. 26 nov. 1935, *DP 1936*, 1, 37, Rapp. PILON)" ومثله: وجاء Civ. 3ème, 15 déc. 1993, *D.* 1993, 507, note BENAC-SCHMIDT في حيثيّته الرّئيسيّة ما يلي: « Mais attendu que la Cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, le moyen n'est pas fondé... Par ces motifs : -Rejette le pourvoi (...) ».

[81] هناك من القرارات ما ذهب إلى الموقف المغاير، ومن ذلك: قرار تعقيبي مدني مؤرّخ في 28 ماي 1925، ق ت 1960 عدد 9 و10، ص 26؛ قرار تعقيبي مدني عدد 10031، مؤرّخ في 25 فيفري 1974، ن 1974، ج 2، ص 13؛ قرار تعقيبي مدني عدد 9717، مؤرّخ في 22 جويلية 1974، ن 1974، ج 1، ص 141...

[82] "الإتّفاق الّذي يبرم بين طرفين يعد أحدهما بمقتضاه ببيعه عقارا معيّنا بثمن معيّن ويعد الثّاني بشراء ذلك العقار بالثّمن والشّروط المتراضى عليهاعلى أن ينجز البيع المذكور عند التّحصيل على رخصة الولاية هو التزام بعمل يتقيّد به طرفاه موضوعه حقّ شخصي لا حقّ عيني، فلا تنتقل به الملكيّة، ولا يشترط فيه الرّخصة المسبقة" (تعقيبي مدني عدد 12082، بتاريخ 30 جانفي 1976، م ق ت 1976، ج 2، ص 37).

الفصـــل الثـانـي

قيـام العقـــد

(الأهليّـة في التّعاقد)

96 - الأهليـّة - يشترط العقدُ، حتـّى يكون صحيحا، رضاءَ الأطراف المتعاقدة، وتلك مسألة تتوفـّر بالقدرة القانونية لهؤلاء على التـّعاقد؛ وتؤدّي إلى اعتبار **الأهليّة** كركن أساسي في ذلك (**مبحث 1**). ومع ما تشكـّله الأهليـّة من قيود في التـّعاقد، فهي لا تحول دائما دون ذلك، حيث يمكن لمن تعوقه أن يمارس حقوقه بواسطة **النـّيابة** (**مبحث 2**).

مبحث 1 - الأهليـّة LA CAPACITE

97 - تعريف الأهليّة - الأهليّة[1] هي القدرة على إتيان الأعمال القانونية وتحمّل ما يترتـّب عنها من نتائج[2]؛ **وهي أنواع : أهليّة وجوب (فقرة 1) وأهليـّة أداء (فقرة 2).**

---

[1] حول الأهليّة بوجه عامّ، يراجع : محمّد الشـّرفي وعلي المزغنّي، أحكام الحقوق، دار الجنوب للنـّشر، تونس 1995، صفحة 164 وما بعد؛ وكذلك، محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني، النـّظريّة العامّة - الأشخاص - إثبات الحقوق، الطـّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التـّونسيّة، 2002، نبذة 207 وما بعدها ؛ وكذلك : الشـاذلي صويد، الأهليّة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994؛ وكذلك : K. MZIOU, « Tunisie », *Jurisclasseur, Droit comparé,* Fascicule 2, 1998.

[2] تختلف الأهليّة عن التـّمييز. فالأولى القدرة على إتيان التّصرّفات القانونيّة، يقع التّعرّض إليها في التّعاقد؛ والثّانية القدرة على تحمّل الجزاء القانونيّ، يقع التّعرّض إليها بباب المسؤوليّة على وجه الخصوص.

فقرة 1 – أهليـــّة الوجوب La capacité de jouissance

98 – تعريفها – أهليّة الوجوب هي القدرة على اكتساب الحقوق وتحمّل الواجبات؛ الأصل فيها الكمال، إلاّ ما يستثنى منها بنصّ خاصّ[3].

وممّا يمنع من أهلية الوجوب في الأشخاص المعنويين (الجمعيات، الشّركات، النّقـــّاباب...)، قاعدة الإختصاص (La règle de spécialité) حيث تضيّق في نشاط الذّوات المضروبة بها[4]. وما يمنع أهليـــّة الوجوب في الأشخاص المادّيين، بعض الحالات، ومن ذلك علاقة خاصّة بأطراف معيّنة؛ ومن تطبيقات ذلك ما اقتضته الفصول 565 وما بعد من مجلـــّة الإلتزامات والعقود في منع الشّراء على القضاة وكتـــّاب المحاكم والمحامين لأشياء متنازع فيها[5]...

وتثار أهلية الوجوب بالنـــّسبة الى الأشخاص القانونيين الذين لم تلتئم لهم هذه الصّفة بعد؛ ومن ذلك الأشخاص المعنويّون الذين هم بصدد التـــّكوين. وقد يتعقـــّد الأمر بسبب القانون الـــّذي لا يعطي للذّات المعنويّة الوجود القانوني، إلاّ بحكم ترسيمها بأحد الدّفاتر الرّسميّة (السـّجلّ التـــّجاري)؛ وهو شأن القانون التـــّونسي، مع صدور مجلـــّة الشّركات التـــّجاريّة (الفصل 4 فقرة 1)[6]؛ على أنّ ذلك لا يمنع من اعتبار الشّخصيّة

---

[3] انتهى العمل بالموت المدني منذ نهاية القرن التاسع عشر بوجه عام.

[4] حول قاعدة الإختصاص، تراجع مؤلـــّفات القانون التـــّجاري.

[5] حول هذه الموانع تراجع مؤلـــّفات العقود الخاصـــّة، ومن ذلك : عبد اللّه الأحمدي، البيع، تونس 1997.

[6] جاء بالفصل 4 فقرة 1 م ت ما يلي : "تنشأ عن كلّ شركة تجاريّة شخصيّة معنويّة مستقلّة عن شخصيّة كلّ شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم الشـــّركة بالسّجلّ التّجاري، باستثناء شركة المحاصّة"

القانونيّة قائمة بالنّسبة الى الذّوات الأخيرة في الذّكر بحكم ما يمكن الإصطلاح عليه بطريقة التّسبيق القانوني (L'anticipation juridique)[7].

99 - حكم الجنين - وفيما يتعلّق بالأشخاص المادّيين، يطرح الإشكال بالنّسبة الى الجنين، إن كانت له القدرة على اكتساب الحقوق أم هو ممنوع منها.

غالبا ما يؤدّي النّقاش في هذه المسألة إلى التّساؤل عن الطّبيعة القانونية للجنين، إن كان مالا (Un bien)، لا قدرة له على اكتساب الحقوق أو التّفويت فيها (هذا إن لم يكن هو نفسه شيئا يباع ويشترى...)؛ أم إنّه شخص قانوني (Une personne juridique) له وعليه ما لسائر الأشخاص القانونيين من الحقوق والواجبات[8]؛ فيجوز له أن يصبح مالكا، وأن يباع الملك في حقّه وأن يعوّض بذمّته... متى كانت له الفائدة في ذلك[9].

تبدو النّظم القانونية، إزاء هذا التّساؤل، متّجهة نحو الرّأي الأخير في الذّكر[10]، وذلك فيما يتعلّق بالجنين من المصالح على الأقلّ[11]؛ ممّا يأخذ بإمكانية اكتساب الحقوق من قِبله ورفض اعتباره مدينا بها[12]...

---

[7] تؤدّي فكرة التّسبيق القانوني (L'anticipation juridique)، إلى اعتبار الذّات المعنويّة مكوّنة، قبل التئام الشّروط والإجراءات اللازمة لذلك. وهي تعتمد كما يلاحظ التّصوّر القانوني (Fiction juridique).

[8] حول هذا التّساؤل، يراجع M.-K. CHARFEDDINE, L'embryon, sujet ou objet ? *RTD* 1998, pp. 69 et ss.

[9] كأن يقع القيام في حقّ جنين قصد إبدال ما قد يؤول له من الأقساط بشركة هي بصدد الإفلاس، بأخرى، أو باستغلال مداخيلها في اقتناء عقّار مثلا...

[10] حول هذا الموقف، يراجع : Ph. PEDROT, « Le statut juridique de l'embryon et du fœtus humain en droit comparé », *JCP* 1991, I, 3483.

[11] طبقا لمقولة مأثورة عن القانون الرّوماني : *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis epis agitur*، وحول هذه المقولة يراجع : ROLAND et BOYER, *Adages de droit français*.

ومهما يكن من أمر، فإن الحقوق الـتّي قد تقرّها النّظم القانونيّة للجنين عامّـة[13]، يتوقـّف مآلها على مدى ولادته حيّا (وهو ما يعرف في الإصطلاح بالإستهلال)[14]، من عدمه؛ ففي الصّورة الأولى (الإستهلال)، تستقرّ للجنين الحقوق، ولورثته من بعده، ولو أنّ ما عاشه مدّة صرخة واحدة؛ أمّا في الصّورة الثـّانية (ميلاده ميّـتا)، فالحقوق تكون لغيره، ولورثته من بعده.

100 – انقضاء أهليـّة الوجوب – تنقضي أهلية الوجوب في الأشخاص المادّيين، بوفاتهم؛ وفي الأشخاص المعنويين بحكم انحلالهم.

فقرة 2 : أهليّة الأداء La capacité d'exercice

101 – تعريفها – هي القدرة على ممارسة الحقوق والإلتزامات من الأشخاص القانونيين؛ تشهد بعض القيود بجملة من **العوارض** الّتي قد

---

[12] وذاك ما وقع التّنصيص عليه بعدّة فصول من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، ومن ذلك الفصل 147 في تنصيصه "يوقف من التـّركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكلّ ولا تقسم التّركة"؛ وكذلك الفصل 148 في تنصيصه : "إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فمن لا يتغيّر فرضه من الأكثر إلى الأقلّ يعط الأقلّ ومن يسقط في إحـدى حالتي الحمل لا يعط شيئا" ؛ وكذلك الفصل 184 في تنصيصه : "تصحّ الوصيّة للحمل بشرط أن يكون موجودا في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حيّا في المدّة المعيّنة بالفصل 35 (فقرة 1). وتحفظ غلّة الموصى به من حين وفاة الموصّي إلى أن ينفصل الحمل (فقرة 2)".

[13] ممّا يقرّ للجنين أيضا، الحقّ في التّأمين على الوفاة.

[14] حول هذه المسائل، يراجع : محمّد كمال شرف الدّين، قانون مدني، النـّظريّة العامّة –الأشخاص– إثبات الحقوق، الطّبعة الأولى، المطبعة الرّسميّة للجمهوريّة التـّونسيّة، 2002، نبذة 173 وما بعدها ؛ وكذلك، محمّد المهدي قرميط، الجنين في القانون المدني التـّونسي، كلّيّة الحقوق والعلوم الإقتصاديّة والسّياسيّة بسوسة، 1991–1992.

تتضمّنها أو تطرأ عليها (**عنصر 1**)؛ فيترتّب عن ذلك جملة من **الآثار** في التّصرّفات المخلّة بما قرّر لها من القواعد (**عنصر 2**).

عنصر 1 - عوارض الأهليّة

102 - نوعها - من عوارض الأهليّة ما يكون نهائيّا، ومنها ما يكون وقتيّا[15].

فأمّا العوارض النّهائية فلا يمكن أن ترفع عن أصحابها، كالجنون المطبق والإختبال المسترسل؛ وأمّا العوارض الوقتيّة، فتكون لفترة من الزّمن، تعود الأهليّة لأصحابها بانقضائها؛ وممّن يفقدون أهلية الأداء لفترة معيّنة، المحكوم عليهم بأحكام سالبة للحرّيّة[16]، والمفلسين[17]. ويبقى أهمّ عارض وقتيّ في أهليّة ألأداء، صغر السّنّ، إذ يحول دون تمكين الصّغير من التّصرّف في حقوقه بنفسه إلى أن يبلغ سنّ الرّشد الّتي تختلف من نظام قانوني لآخر، وأحيانا، من مادّة لأخرى، ضمن نفس النّظام[18].

وتحكم الأهليّة بالقانون التّونسي نصوص متفرّقة، بعضها وارد بمجلّة الإلتزامات والعقود (بالفصول من 3 إلى 17)، وبعضها بمجلّة الأحوال الشّخصيّة (بالفصول من 153 وما بعدها)؛ فضلا عن فصول متفرّقة أخرى في غير هاتين المجلّتين؛ ويمكن ممّا يتعلّق بالأهليّة من هذين أو غيرهما استخلاص القواعد الآتية.

---

[15] ألفة الفرشيشي، الحجر والرّشد، مذكّرة مرحلة ثالثة، كلية الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 1993.

[16] المحكوم عليهم بالسّجن لمدّة تتجاوز العشرة أعوام، طبقا للفصل 30 من المجلّة الجنائيّة.

[17] محمّد كمال شرف الدّين، المرجع السّابق، نبذة 209.

[18] يراجع مثلا : عبد الرّزّاق السّعيدي، "أحكام الأهليّة في القانون التّونسي واللّبناني"، النضاء والتّشريع عدد 1 لسنة 1967.

103 - أحكامها - تلتئم سنّ الرّشد الفاتحة لأهلية الأداء بالقانون التـــونسي في العلاقات المدنية بعشرين سنة، لا فوارق في ذلك بين الذّكر والأنثى[19]؛ وقع التـــنصيص على هذه القاعدة بالفصلين 7 من مجلّة الإلتزامات والعقود[20] و153 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة[21]؛ ويمكن النـــزول بهذه السّنّ إلى ثماني عشر سنة بالميدان التـــجاري[22]؛ بل وإلى خمس عشرة سنة بحكم عدلي يقضي بترشيد الصّبي[23]، مع تقييد ما يشمله

---

[19] إبراهيم عبد الباقي، "الرّشد عند المرأة"، القضاء والتـــشريع عدد 7 لسنة 1975.

[20] جاء بالفصل 7 م ا ع تبعا لتنقيحه بأمر 3 أوت 1956 المتعلّق بإصدار مجلّة الأحوال الشّخصيّة ما يلي : "كلّ إنسان ذكرا كان أو أنثى تجاوز عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيدا بمقتضى هذا القانون".

[21] جاء بالفصل 153 من م ا ش تبعا لتحويره بقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرّخ في 12 جويلية 1993 في شطره الأوّل ما يلي : "يعتبر محجورا للصّغر من لم يبلغ سنّ الرّشد وهي عشرون سنة كاملة...".

[22] طبقا للفصل 6 من المجلّة التـــجاريّة وجاء فيه "لا يجوز للقاصر الـــذي بلغ الثّمانية عشر عاما كاملة ذكرا أو أنثى أن يتعاطى التـــجارة أو أن يعتبر رشيدا بالنـــظر للتّعهّدات الّتي التزم بها في أعمال تجاريّة إذا لم يحصل على ترشيده المطلق"؛ وكذلك الفصلان 11 و12 من مجلّة الإلتزامات والعقود، وقد جاء بالفصل الأوّل (11) ما يلي : "الصّغير المأذون حكما بتعاطي التـــجارة والصّناعة لا يسوغ له طلب فسخ (تقرأ إبطال) ما التزم به من جرّاء تجارته إذا كان ذلك داخلا فيما أبيح له من التـــصرّف وعلى كلّ حال فإن الإذن المذكور يعتبر شاملا لجميع الأعمال اللاّزمة لتعاطي التـــجارة المقصودة به"؛ وجاء بالفصل الثّاني (12) ما يلي : "الإذن بتعاطي التـــجارة يجوز الرّجوع فيه كل وقت لأسباب قويّة بإجازة من المجلس بعد سماع مقال الصّغير وعزل الصّغير عن التـــجارة لا يؤثـــر في الأعمال التـــجاريّة الـــتي شرع فيها وقت العزل".

[23] ينطبق في التـــرشيد فصلان بمجلّة الأحوال الشّخصيّة : الفصل 158 ويقتضي : يمكن للحاكم ترشيد الصّغير ترشيدا مقيّدا أو مطلقا كما يمكن له الرّجوع في هذا التـــرشيد إن قام لديه موجب في ذلك (فقرة 1). وتصرّفات الصّغير المرشـــد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة (فقرة 2)"؛ الفصل 159 ويقتضي : "لا يمكن ترشيد الصّغير إذا لم

التّرشيد؛ كما يحصل ترشيد القاصر بزواجه[24]، ولئن انقضى الزّواج بعد ذلك[25] بأيّ وجه من وجوه انقضاء الزّواج القانونيّة[26].

يتمّ الخامسة عشرة" (حول التّرشيد، يراجع : فيصل المنتصر، التّرشيد، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس 1994.

[24] وقع التنصيص على ذلك بالفصل 153 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة تبعا للتّنقيح الوارد عليه بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993، المؤرّخ في 12 جويلية 1993 والّذي أصبح ينصّ على ما يلي : "يعتبر محجورا للصّغر من لم يبلغ سنّ الرّشد وهي عشرون سنة كاملة. وزواج القاصر يرشّده، إذا تجاوز السّابعة عشرة من عمره، فيما يتعلّق بحالته الشّخصيّة ومعاملاته المدنيّة والتّجاريّة".

[25] قُضي : "لا تفقد المرأة الّتي تجاوز عمرها السّابعة عشر أهليّتها في صورة الطّلاق وذلك بعد أن كانت ترشّدت بموجب الزّواج على معنى الفصل 153 من م ا ش، وبالتّالي، يمكنها إبرام عقد زواج ثان بدون موافقة الوليّ إذ أنّ معيار التّرشيد يتعلّق بمؤسّسة الزّواج نفسها، سواء كانت قائمة أو منحلّة" (حكم ابتدائي مدني قفصة، عدد 46492، مؤرّخ في 23 مارس 1998، القضاء والتّشريع عدد 6 لسنة 1998، صفحة 181)؛ وحول النّقاش في المسألة، يراجع : عامر بورورو، "التّرشيد بالزّواج"، القضاء والتّشريع، عدد 2 لسنة 1995، صفحة 7 وما بعدها.

[26] من أوجه انقضاء الزّواج الطّلاق والوفاة. فهذه وذاك لا يؤثّران في أهليّة القرين الباقي على قيد الحياة أو من وقع الإنفصال عنه ولو كان دون سنّ العشرين أثناء حصول هذه الواقعة أو تلك. وممّا ينقضي به الزّواج أيضا بطلان عقد الزّواج. فهل أن ما ينطبق على الطّلاق والوفاة ينطبق على البطلان؟ المنطق القانوني يحتّم الإجابة بالنّفي. ولكنّ الإعتبارات الواقعيّة تحتّم الإجابة بنعم. لا سيما إذا ما اصطحب الزّواج الباطل أو الفاسد معايشة. وهو ما يتأيّد بمقتضيات الفصل المرتّب لآثار الزّواج الفاسد (22 بمجلّة الأحوال الشّخصيّة) في قوله : "يبطل الزّواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتّب على مجرّد العقد أيّ أثر. ويترتّب على الدّخول الآثار التّالية فقط : - استحقاق المرأة المهر المسمّى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم؛ - ثبوت النّسب؛ - وجوب العدّة على الزّوجة وتبتدئ هذه العدّة من يوم التّفريق؛ - حرمة المصاهرة". وبالتّالي، فإمّا أن تكون حصلت معايشة بين الطّرفين، فلا يلغي البطلان إكتساب الأهليّة. وأمّا أن لا تكون حصلت معايشة إطلاقا، فيرتّب الإبطال هنا أثره الرّجعي. وعلى أيّة حال فإن النّقاش في هذه

عنصر 2 - آثار الأهليّة

104 - الإشكاليّات والحلول (ووجوب التـّأليف فيها) - كثيرا ما يعترض رجل القانون وجوب إبرام عقود في حقّ القصّر أو المحجور عليهم، فتثار -حينئذ- إشكاليـّة التـّدابير الواجب إتيانها، لتلافي ما قد يترتـّب عن الإخلال بها من المخاطر؛ وقد يحصل أيضا أن يجابه القانونيّ بعقود أبرمها قاصر أو محجور عليه، فتثار إشكاليّة صحّتها ومدى قابليّتها للتـّنفيذ من عدمه...

وما يتـّجه الرّجوع إليه، في حلّ مجمل هذه الإشكاليّات، الفصول من 5 إلى 17 بمجلـّة الإلتزامات والعقود[27]، و156 من مجلـّة الأحوال

المسألة لا ينبغي أن يحلّ بالرّجوع إلى المنطق والتـّقنيات القانونيّة، بل وكذلك إلى المعطيات الواقعيـّة...

[27] أهمّ هذه الفصول هي : **الفصل 5** وجاء فيه : "الأشخاص الآتي بيانهم ليس لهم أهليّة التّعاقد إلاّ بواسطة من له النـّظر عليهم أوّلا : الصّغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة؛ ثانيا : الرّشيد الـّذي اختلّ شعوره بما أخرجه من الإدراك؛ ثالثا : الـذّوات المعنويّة المنزّلة منزلة الصّغير قانونا"؛ **والفصل 6** وجاء فيه : "للأشخاص الآتي بيانهم أهليّة مقيّدة وهم : الصّغير الـّذي عمره بين ثلاث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليّه. والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرّفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدّموهم في العقود الـّتي يقتضي القانون مشاركتهم فيها والمحجور عليهم لتفليسهم وكذلك كلّ من يمنع عليه القانون عقدا من العقود"؛ **والفصل 8** وجاء فيه "الصّغير الـّذي تجاوز ثلاثة عشر عاما والسّفيه إذا عقد عقدا بلا إذن الأب أو الوليّ لا يلزمه شيء من جرّاء ذلك وله أن يطلب فسخه (أي إبطاله) على الشـّروط المتبيّنة بهذا القانون، لكن يصحّ العقد إذا أجازه الأب أو الوليّ على الصّورة المطلوبة قانونا"؛ **والفصل 9** وجاء فيه "لمن ليس له أهليّة التـّعاقد والصّغير الـّذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الأب أو الوليّ وذلك بقبول هبة أو غيرها من التـّبرّعات الـّتي من شأنها الزّيادة في كسبهما أو إبراء ذمّتهما بدون أن يترتّب عليهما شيء من جرّاء ذلك"؛ **والفصل 10** وجاء فيه "للوليّ أو للمولّى عليه بعد رشده القيام بفسخ (إبطال) ما التزم به ولو مع استعمال للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على الإعتقاد كونه رشيدا أو

الشّخصيّة[28] فيما يتعلّق بالقصّر عن سنّ الرّشد، و162 من نفس المجلّة فيما يتعلّق بالمحجور عليهم (الضعف في العقل)[29]، و163 من المجلّة المذكورة فيما يتعلّق بالمجانين[30]، و165 منها فيما يتعلّق بالسّفهاء[31].

والفصول المذكورة متناثرة كما قلنا، بل تبدو متعارضة أحيانا، ممّا يوجب التّأليف فيها؛ وربّما حسن -في دراستها- أن نفرّق بين وضعيّتين تصبو إلى تنظيمهما: وضعيّة التّصرّف الّذي يُعتزم إبرامه في حقّ فاقد

مأذونا من وليّه أو أنّه تاجر لكن هذا لا يمنع من بقاء المولّى عليه عامر الذّمّة بقدر ما انتفع به من جرّاء تلك العقدة حسب ما هو مقرّر بهذا القانون."؛ وجاء **بالفصل 13** ما يلي : "إذا أتمّ الرّشيد ما التزم به للصّغير أو القاصر فهما ملزومان بقدر انتفاعهما به من جرّاء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الّذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما" وجاء **بالفصل 15** ما يلي : "الأب المدير لكسب ابنه الصّغير أو السّفيه والوليّ وكلّ مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرّفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع ومعاوضة وكراء لمدّة تتجاوز ثلاثة أعوام وإنزال وشركة ومقاسمة ورهن وغير ذلك ممّا هو مصرّح به في القانون غلاّ بإذن خاصّ من الحاكم المختصّ، ولا يعطى الإذن المذكور إلاّ عند الضّرورة والمصلحة الواضحة للمذكور آنفا. ".

[28] جاء **بالفصل 156** م ا ش، ما يلي : "الصّغير الّذي لم يتمّ الثّالثة عشر يعدّ غير مميّز وجميع تصرّفاته باطلة (فقرة 1). والصّغير الّذي تجاوز الثّالثة عشر مميّزا وتصرّفاته تكون نافذة إذا كانت من قبيل النّفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضّرر المحض. ويتوقّف نفاذها في غير الصّورتين المذكورتين على إجازة الوليّ (فقرة 2)".

[29] جاء **بالفصل 162** من م ا ش ما يلي : "التّصرّفات الّتي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الوليّ".

[30] جاء بالفصل 163 من م ا ش، ما يلي : "تصرّفات المجنون غير نافذة. وتصرّفات ضعيف العقل قبل الحجر يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت إبرامها".

[31] جاء بالفصل 165 من م ا ش، ما يلي : "جميع التّصرّفات الّتي باشرها السّفيه قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها. أمّا الّتي باشرها بعد الحكم فيتوقّف نفاذها على إجازة وليّه".

الأهليّة أو ناقصها؛ ووضعيّة ما وقع عقده من قبل هذا وذاك أو في حقّهما دون احترام القواعد الّتي تستوجبها الأحكام القانونيّة قبل إتيانه؛ وكلّ ذلك يؤول إلى التّساؤل عن مآل التّصرّفات التّي تؤتى خلافا للمقتضيات القانونيّة المنطبقة في الأهليّة.

105 - مآل العقود المخالفة لمقتضيات الأهليّة - يتّجه، في تحديد مآل ما يبرم من عقود خلافا لمقتضيات أهليّة الأداء، بيان ما إذا كان العقد المبرم مفيدا لناقص الأهليّة أو فاقدها، أو ضارا بحقوقهما؟

يعتمد القانون في الحلّ المعيّن، التّفرقة بين ما إن كان العقد المؤتى من عقود التّبرّع أم من عقود العوض؛ فإن كان من عقود التّبرّع، فإن ناقص الأهليّة أو فاقدها يمكنه إتيانه ولو شخصيّا، ولا يقع التّوقّف في إبرامه على إجازة وليّهما أو مقدّمهما أو على إذن عدلي (الفصول 9 من م ا ع و156 من م ا ش)؛ وإذا ما كان من عقود العوض، فلا بدّ من إجازة الوليّ أو المقدّم (الفصول 8 من م ا ع و156 و162 من م ا ش)؛ ويضاف إلى ذلك إذن الحاكم إذا كان العقد ممّا يقتضي التّفويت (كالبيع والمعاوضة والرّهن...)[32]، أو له حكم التّفويت (كالكراء لمدّة تتجاوز الثّلاث سنوات: الفصل 15 م إ ع)[33]. وما يبرم من عقود خلافا للمقتضيات السّالفة الذّكر، يكون مستهدفا للإبطال، ولكن من القاصر، حال رشده، خلال المدّة القانونيّة[34]، ومن ورثته بعد وفاته خلال نفس المدّة[35]؛

---

[32] قُضي : "لا يجوز التّصرّف في أموال القاصر بالتّفويت إلاّ بعد استئذان القاضي (عقد مغرسة)" (تعقيبي مدني عدد 17764، مؤرّخ في 12 أفريل 1990، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1990، قسم مدني، صفحة 243).

[33] المنصف حامدي، الإذن على العريضة، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس 1995.

[34] قُضي : "اقتضى الفصل 15م ا ع أن الأب المدير لكسب ابنه الصّغير أو السّفيه والوليّ وكذلك مدير لكسب بوجه قانوني ليس لهم أن يتصرّفوا فيما هو موكول لنظرهم بمثل بيع

ولا يجوز لمعاقده من كان عالما بأهليّته المنقوصة أو كان ينبغي أن يعلم بها أن يدفع بها للتـــحلّل من إلتزاماته[36].

وما يبرمه القاصر من دون الثـــلاثة عشر سنة من عقود العوض خلافا للأحكام المذكورة، يكون باطلا بطلانا مطلقا؛ أمّا ما يبرمه من العقود

أو معاوضة إلاّ بإذن خاصّ من الحاكم المختصّ ويستنتج من هذا الفصل أنّه لا ينطبق إلاّ على الوليّ الّذي أبرم في حقّ منظوره عقود بيع أو رهن دون التـــحصيل على التـــرخيص المسبّق من الحاكم المختصّ وعلى القاصر الّذي ترشّـد الطـــعن في تلك العقود إن رغب ضدّ وليّه أو وصيّه" (تعقيبي مدني عدد 25874، مؤرّخ في 6 نوفمبر 1990، نشريّة محكمة التـــعقيب لسنة 1990، قسم مدني، صفحة 285).

[35] ينطبق هنا الفصل331 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود الـــّذي يضبط مدّة القيام مع الفصل 330 من نفس المجلـــّة في قوله : "المدّة المذكورة -عام واحد- لا تحسب... بالنـــّسبة الى عقود القاصرين إلاّ من يوم رشدهم وفيما يتعلـــّق بالمحجور عليهم وعديمي الأهليـــّة إلاّ من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر (فقرة 1). أمّا ما يخصّ المحجور عليه الـــّذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرّشيد فمن حوز الشيء المتعاقد عليه (فقرة 2)".

[36] قُضي : "يؤخذ من الفصل 14 من م ا ع أنّ العقد الـــّذي أبرمه القاصر بنفسه لا يكون باطلا بطلانا مطلقا، وليس لمعاقد الصّغير أن يحتجّ بعدم أهليّة معاقده لقبول التـــّعاقد معه لأنّ عدم مراعاة الموجبات اللاّزمة لجعل أعمال القاصر قانونيّة يعتبر وسيلة خاصّة به ولا يقوم بها إلاّ هو، أو ورثته بعد رشده، وذلك بإجازة العقد أو طلب إبطاله" (تعقيبي مدني، عدد 37725، مؤرّخ في 14 نوفمبر 1995، نشريـــّة محكمة التـــّعقيب لسنة 1995، قسم مدني، صفحة 129). هذا الموقف يمكن أن يجد سندا في قاعدة عامّة للقانون، وقع التّنصيص عليها بالفصل 547 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود في قوله : "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه إلاّ إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح". بل إن هذا الفصل يمكن أن يعدّ أساسا لنظريـــّة الآستوبيل Théorie de *l'esptoppel* ذات الأصل الأنقلوسكسوني والمنطبق في علاقات التـــّجارة الدّولية كقاعدة عامّة بها. (حول النـــّظريـــّة المذكورة وتطبيقاتها، تراجع : H. MUIR-WATT « Pour l'accueil de *l'estoppel* en droit privé français », *Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Ed. Dalloz, 1994.

المذكورة بعد سنّ الثلاثة عشر، فيكون باطلا إذا كان من قبيل الضّرر المحض (مع التّنبيه إلى الفارق المشترط من القانون في الغَبن)[37]، ويكون نافذا (أي قابلا للتّنفيذ) إذا كان من قبيل النّفع المحض[38]؛ ويتوقّف نفاذه في غير هذين الصّورتين على إجازة وليّ القاصر أو المقدّم عليه[39]. أمّا ما يبرمه المحجور عليهم بعد حكم الحجر من التّصرّفات، فهو باطل، مع إمكانيّة تصحيحه بإجازة الوليّ أو المقدّم (الفصل 162 من م ا ش)؛ وأمّا ما يبرم قبله فهو صحيح مبدئيّا؛ مع التّنبيه إلى خصوصيّة تهمّ ما يعقده ضعفاء العقل، حيث تكون تصرّفاتهم قابلة للإبطال إن كان صاحبها مشتهرا (أي بادٍ عليه الإختبال[40]) "بضعف العقل وقت إبرامها" (الفصل 163 من م ا ش) بما لا يدع مجالا للشّكّ حول ذلك[41].

---

[37] قُضي : "يحقّ للزّوجة القاصر المتنازلة عن حقوقها من عارفة ونفقة أن تتراجع عن تنازلها لأنّ ما صدر منها هو من قبيل الضّرر المحض على معنى الفصل 156 م اش" (قرار تعقيبي مدني، عدد 15618، مؤرّخ في 7 أكتوبر 1986، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1986، قسم مدني، الجزء 2، صفحة 202 – القضاء والتّشريع عدد 7 لسنة 1988، صفحة 78).

[38] سامي العيّادي، إدارة الولي لأموال الصّغير غير المترشّد، رسالة مرحلة ثالثة، كلّيّة العلوم القانونيّة والسّياسيّة والإقتصادية بتونس، 1996.

[39] وهو ما يذكّر بنظريّة العقد الموقوف، وهو عقد صحيح ولكنّ نفاذه يتوقّف على مصادقة طرف آخر، الوليّ في وضعيّتنا. (لمزيد الدّراسة، تراجع : دنيا جاب اللّه، حماية الذّمّة الماليّة للقاصر، رسالة مرحلة ثالثة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، 2000).

[40] قُضي : "إذا اتّضح أنّ البائع في تاريخ بيعه لم يكن مصابا في مداركه العقليّة، وليس هناك من ظواهر تدلّ على ذلك وتؤثّر على طواعيّته واختياره عندما فوّت بالبيع في أرضه، فإنّ تصرّفاته تعتبر مبدئيّا نافذة عليه طالما لم يثبت جنونه بصفة قطعيّة" (تعقيبي مدني، عدد 25712، مؤرّخ في 9 فيفري 1993، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1993، قسم مدني، صفحة 308).

[41] قُضي : "إن المجنون من تاريخ حكم الحجر يعتبر عديم الأهليّة. وما قام به قبل ذلك التّاريخ من تصرّفات يمكن إبطالها إذا كان مشتهرا بضعف العقل وقت إبرامه العقد. فإن

معنى ذلك أن من لم تكن له الأهليّة بعدُ، بحكم صغر سنّه، أو لكونه افتقدها بحكم عاهته أو تصرّفاته (إسرافه، تبذيره...)، فهو لا يخسر الإمكانية في ممارسة الإلتزامات القانونيّة مطلقا، فيجوز له أن يتولّى ذلك بواسطة من يمثّله للغرض أو يعيّنه القانون لتمثيله للغرض، ويكون ذلك بواسطة مؤسّسة تعرف بمادّة الإلتزامات والعقود بالنّيابة في التّعاقد.

مبحث 2 – النّيابة في التّعاقد

LA REPRESENTATION

106 – تعريفها وأطرافها – النّيابة طريقة قانونية، يقع بمقتضاها إبرام إلتزامات في حقّ شخص ولحسابه، يصطلح عليه بالأصيل، من قِبل شخص آخر يصطلح عليه بالنّائب، مع شخص ثالث، يصطلح عليه بالمتعاقد[42].

ومع ما تكتسيه هذه المؤسّسة من الأهمّيّة في المعاملات، لا سيّما في إدارة أموال القصّر والشّركات –المنزّلة منزلة هؤلاء في التّعامل (الفصل 5 م ا ع)–، إلاّ أنّ المشرّع التّونسي لم يفردها بنصوص خاصّة[43]؛ وهو

اختلفت البيّنة الواقع سماعها فذهب البعض من الشّهود إلى الإختلال في المدارك، وذهب البعض الآخر إلى السّلامة وكمال العقل، فإن الإشتهار يعتبر غير ثابت" (القرار السّابق).

[42] حول النّيابة بالقانون التّونسي، يراجع : محمّد الزّين، العقد، نبذة 103 وما بعدها ؛ وبالقانون الفرنسي، يراجع : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé,* thèse Paris II, éd. 2001 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* n° 173 et ss.

[43] يبدو أنّ مؤسّسة النّيابة غير معروفة بالقانون الرّوماني. ويبرّر الغياب هنا بالصّبغة الشخصيّة البحتة للإلتزام. فلا يمكن بالقانون المذكور أن يطالب أحد بتعهّد أبرمه غيره، مع ما يمكن للتّعهّد المذكور أن يرتّبه من آثار قد تصل إلى حدّ استرقاق الملتزم... ومع ذلك فإن القانون الرّوماني قد خفّف من حدّة هذا الغياب بإجازة تنفيذ الإلتزامات من قبل الأصيل وعدم اعتبار ندمه مجديا في إلغاء ما أبرم في حقّه من قبل الغير بعد ذلك

- ما حاول الفقهاء تلافيه، وذلك بالتّأليف فيما يمكن أن يسمّى بالنّظريّة العامّة للنّيابة[44]؛ وممّا أمكن صياغته في هذا الصّدد إنشاء **أحكام عامّة** تعنى، في بعضها بقيام المؤسّسة المذكورة (**فقرة 1**)، وفي بعضها الآخر بما يمكن أن يترتّب عنها من **آثار** (**فقرة 2**).

باعتبار ما أبرم منشئا لالتزام طبيعي. كما اضطرّت إدارة شؤون القصّر إلى اعتماد تعهّد المتصرّف أوّلا، وإحالة ذلك فيما بعد للمتصرّف في حقّه، ولكنّها تقنية ثقيلة. وهو ما سوف يؤدّي إلى تجميع هاتين المرحلتين في تصرّف واحد. ويبدو أن غياب النّظريّة العامّة للنّيابة معطى بالقانون الإسلامي أيضا. ومن نتائجه أنّ وفاة الإبن لا تجعل الأحفاد يحلّون محلّ جدّهم. وهو ما تلافته التّصرّفات الخاصّة بواسطة ما يسمّي بالوصيّة للأبناء من قِبل الجدّ لكي ينوبوا والدهم المتوفّى قبله في إرثه مع الأعمام والعمّات الباقين على قيد الحياة، وتعرف هذه التّقنية في اصطلاح محرّري الوصايا بالتّنزيل (أي تنزيل الأحفاد منزلة الإبن المتوفّى في إرث الجدّ المتوفّى بعده). ولكنّ الوصيّة المذكورة اختياريّة. فلا حقّ للأحفاد أن يرثوا جدّهم إذا ما سها هذا الأخير عن ذلك أو حصلت وفاة أبيهم وجدّهم في نفس الوقت... وهو ما أدّى بالمشرّع التّونسي إلى التّدخل قصد اعتبارها (الوصيّة) واجبة (ومن ثمّة اصطلح عليها بالوصيّة الواجبة) بحكم القانون في جميع الصّور التّي يتوفّى فيها الإبن قبل الجدّ ويترك أبناء تحلّ محلّ الأوّل في إرث الثّاني بقدر ما له من النّصيب في التّركة (الفصل 191 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة). كان ذلك بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1959، المؤرّخ في 19 جوان 1959 (حول الوصيّة الواجبة، تراجع : E. DE LAGRANGE, « Le législateur tunisien et ses interprètes », *RTD* 1968, p. 17).

[44] صيغت مجمل أحكام النّيابة بواسطة القياس عمّا عيّن لعقد الوكالة من القواعد، وتتضمّنها الفصول من 1104 إلى 1171 بمجلّة الإلتزامات والعقود. ويضاف إلى ذلك أحكام المفقود موضوع الفصلين 83 و84 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة، وأحكام الولاية الواردة بالقانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرّخ في 4 مارس 1958 المتعلّقة بالولاية العموميّة والكفالة والتّبنّي والمنشورة في العادة بمجلّة الأحوال الشّخصيّة.

فقرة 1 : قيام النّيابة

107 - اختلاف الأحكام - تختلف النـــيابة في قيامها بحسب نوعيّـــتها (عنصر 1) وتشترط في صحّة ما يبرمه النّائب من التـــصرّفات (لا الوقائع) في جميعها، جملة من الأحكام (عنصر 2).

عنصر 1 - أنواع النّيابة

108 - مصادر النّيابة وجوازها - يعود الفقهاء في إبراز أنواع النـــيابة إلى مصادرها (أ)، والأصل فيها القبول والجواز، إلاّ ما استثناه القانون (ب).

أ - مصادر النـــيابة

109 - ثلاثة مصادر - يفرّق الفقهاء، في هذا الشّأن، بين ثلاثة مصادر للنّيابة، تختلف هذه باختلافها :

- النّيابة الأولى مصدرها شرعيّ، تعرف بالنّيابة الشّرعيّة، تكون لشخص النّائب بمقتضى النّصوص القانونية، ومن أمثلتها نيابة الوليّ على منظوره القاصر؛

- النّيابة الثّانية، مصدرها عدلي، تعرف بالنّيابة العدليّة أو القضائيّة، تكون لشخص النّائب بمقتضى أحكام قضائية، ومن أمثلتها نيابة المصفّي للشّركات التّي تقرّرت تصفيتها؛

- النّيابة الثّالثة، مصدرها الإتّفاق، تعرف بالنّيابة الإتّفاقيّة، وتكون لشخص النّائب بمقتضى عقد، ومن أمثلتها الوِكالة، ونجد لها تطبيقات هامّة

-مع شيء من التّحوير قصد الملاءمة لمقتضيات التّعامل التّجاري- في مادّة الشّركات التّجاريّة[45]...

ففي جميع صور النّيابة هذه، تكون للنّائب صفة الإلزام والإلتزام في حقّ الأصيل الّذي قد يكون شخصا طبيعيّا (كالوكيل أو القاصر) أو معنويّا (كشركة، أو جمعيّة أو نقابة...). والجدير بالذّكر أن ما يمارسه النّائب من التّصرّفات في حقّ الأصيل لا يكون بعنوان حقّ (Un droit) يمارسه هذا الأخير لخاصّة نفسه، وإنّما بعنوان نفوذ أو سلطة (Un pouvoir[46]) يستمدّهما من صاحب الحقّ الأصلي (الأصيل)، ويمارسهما لمصلحة هذا الأخير[47]؛ وهو ما يُخضع تصرّف النّائب إلى المراقبة، خاصّة متى تعلّق الأمر بإدارة ذمّة الغير(La gestion du patrimoine d'autrui).

ب - جواز النّيابة

110 - قيود النّيابة - الأصل في النّيابة الجواز، أي أنّه يمكن لكلّ شخص أن يعتمدها في عقد التّصرّفات القانونيّة في حقّه. ومع ذلك، فهناك من القيود ما يضيّق من قبولها؛ وممّا يشترط في النّيابة التّشريعيّة أن تكون للنّائب الصّفة اللاّزمة بمقتضى النّصوص لذلك؛ فالصّغير

---

[45] غالبا ما يكون ذلك، بفرض جملة من القواعد، وبالتّوسيع في مشمولات الوكيل وصفته، حيث لا يعدّ نائبا فقط، بل وكذلك أجيرا أحيانا (حول هذه المسائل تراجع مؤلّفات القانون التّجاري المهتمّة بالشّركات التّجارية).

[46] حول مفهوم السّلطة يراجع : E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé,* Economica 1985 ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé,* Thèse Paris 2, 1997.

[47] إلاّ إذا تعلّق الأمر بنيابة لمصلحة الطّرفين كما سوف نرى فيما بعد.

والمحجور عليه نائبهما وليّهما الشّرعي[48]، وإلاّ عيّن مقدّما (وقتيا أو دائما) له؛ ومن يعيّن كمقدّم يشترط فيه أن يكون رشيدا؛ والنّائب القضائي، تُشترط فيه الكفاءة[49] المهنيّة؛ فمن يعيّن مصفّ لشركة تقرّر إفلاسها، يكون في العادة من ضمن أشخاص مرسّمين بقوائم تعدّها وزارة العدل للغرض، يقع اختيارهم من ضمن أصحاب الحرفة (الخبراء المحاسبين...)؛ أمّا في النّيابة الإتّفاقيّة فعادة ما يُكتفى بالتّمييز، إلاّ إذا كان التّصرّف ممّا يستوجب الأهليّة... فلا يصحّ تكليف محام لا تتوفّر فيه هذه الصّفة، أو أنّه افتقدها بحكم قضائي (كعقوبة تكميليّة لعقوبة جزائيّة أصليّة...).

ولا تشهد النّيابة مبدئيّا تضييقا لنطاق ما يمكن إبرامه من التّصرّفات بواسطتها؛ ومع ذلك فهناك من التّنصيصات ما يؤدّي لذلك. فالموافقة على التّبرّع بالأعضاء لا يكون بواسطة النّيابة؛ وكذلك اليمين، سواء تعلّق الأمر بتوجيهها، أو بقلبها أو أدائها...[50]. معنى ذلك أنّ

---

[48] جاء بالفصل 154 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة "القاصر وليّه أبوه أو أمّه إذا توفّي أبوه أو فقد أهليّته مع مراعاة أحكام الفصل الثّامن من هذه المجلّة المتعلّق بالزّواج. ولا يعمل بوصيّة الأب إلاّ بعد وفاة الأمّ أو فقدانها الأهليّة. وعند وفاة الأبوين أو فقدانهما أهليّتهما ولم يكن للقاصر وصيّ وجب أن يقدّم عليه الحاكم". وجاء بالفصل 8 من مجلّة الأحوال الشّخصيّة المتعلّق بزواج القصّر ما يلي : "الوليّ هو العاصب بالنّسب ويجب أن يكون عاقلا، ذكرا رشيدا، والقاصر ذكرا كان أو أنثى وليّه وجوبا أبوه أو أمّه. والحاكم وليّ من لا وليّ له".

[49] يمكن لكلمة الكفاءة أن تشكّل مصطلحا قانونيّا. والمقصود به القدرة الحرفيّة (شهادات علميّة، حنكة يدويّة...). وتختلف الكفاءة بالمفهوم المذكور عن الأهليّة والّتي هي القدرة على اكتساب الحقوق وممارستها مع ما يترتّب عن ذلك من الإلتزامات. كما تختلف الكفاءة أيضا عن التّمييز، وهي القدرة على فهم الأشياء وتقدير نتائجها، وتهمّ الجزاءات القانونيّة، وخاصّة منها المسؤوليّة المدنيّة فيما يتعلّق بموادّ القانون المدني.

[50] قُضي : "إنّ الفصل 1104 مدني (المقصود مجلّة الإلتزامات والعقود) إعتبر أداء اليمين من الأعمال الّتي لا تقبل النّيابة وقد جرى فقه القضاء بصفة مطّردة على اعتبار

النّـيابة لا تجوز في الأعمال الشّـخصيّة، أو تلك الـتّي تتطلّب الحضور الشّخصي لصاحب الحقّ[51]؛ وقد يكون ذلك للتّـأكـّد من إرادة الأصيل؛ وقد يكون لحمايته... وكلّـها ممّا يعكس الأهمّـيّة القصوى المقرّرة بالقوانين لبعض الحقوق، ممّا يدمج التّـفاضل بين هذه الأخيرة؛ وعلى النّائب أن يتطابق فيما يقتضيه تصرّفه من الإجراءات إلى ما يجب للأصيل أن يحترمه في مجابهته لغيره[52].

عنصر 2 - أحكام النّـيابة

111 - الأهليّة والتّمييز - يجب في النّائب أن تتوفّر فيه أهلية الإلتزام والإلزام؛ إلاّ في النّيابة الإتـّفاقية، حيث يكتفى بالتّـمييز في

توجيه اليمين وقلبها من الأعمال المماثلة للأداء فلا ترتـّب أثرها القانوني إلاّ إذا باشرها الشّـخص المعنيّ بها. فالوكيل على الخصام لا يجوز له مباشرتها في حقّ موكـّله" (تعقيبي مدني عدد 15766، مؤرّخ في 27 سبتمبر 1988، نشريّة محكمة التّـعقيب لسنة 1988، صفحة 241).

[51] ومع ذلك فيمكن التّـوكيل في الزّواج. جاء بالفصل 9 م ا ش ما يلي : "للزّوج والزّوجة أن يتولـّيا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكـّلا من شاءا. وللوليّ حقّ التّـوكيل أيضا". وجاء بالفصل 10 من نفس المجلـّة "لا يشترط في وكيل الزّواج المشار إليه في الفصل السّابق شرط خاصّ، ولكنّ ليس له أن يوكـّل غيره بدون إذن موكّله أو موكّلته، ويجب أن يحرّر التّـوكيل في حجّة رسميّة، وتتضمّن صراحة تعيين الزّوجين، وإلاّ عدّ باطلا".

[52] قضي : "إن مصفّي التّـركة هو نائب عن الورثة نيابة قانونيّة وهو بذلك في حكم الوكيل ولهذا الإعتبار فإنّه يجري قسمة التّـركة برضاهم وعند عدم موافقتهم على ذلك فإنّه ملزم بالإلتجاء إلى القضاء للتّـحصيل على الأذون اللاّزمة لانتداب الخبراء قصد تحرير مشروع القسمة وقيامه بذلك بدون إذن القاضي يكون مخالفا للقانون" (تعقيبي مدني عدد 5885، مؤرّخ في 21 جانفي 1983، القضاء والتّـشريع عدد 5 لسنة 1984، الصفحة 57).

شخص النّائب، ولكن يشترط بالنّسبة الى هذه الأخيرة أن تتوفّر الأهلية في الأصيل.

والّذي يهم في جميع حالات النّيابة هو أن تكون للنّائب نيّة التّصرّف في حقّ غيره كذلك، حتّى ولئن تصرّف في حقّ نفسه أيضا؛ فإذا ما كان التّصرّف لخاصّة النّفس، فلا مجال للحديث عن نيابة مهما كان نوعها؛ على أن التّصرّف لخاصّة النّفس قد تترتّب عنه تجاوزات، إذا ما كان على النّائب أن يأتي التّصرّف في حقّ غيره، لا في حقّ نفسه.

وممّا تتّجه ملاحظته كذلك أن ما تشمله النّيابة يتمثّل في التّصرّفات القانونيّة، لا في الأعمال القانونيّة؛ وهو ما يميّز وضعيّات النّيابة عن وضعيّات أخرى؛ فمن يكلّف غيره ببناء حائط مكانه، لا يندرج تصرّفه ضمن أحكام النّيابة، بل إنّه يتولّى إبرام عقد مقاولة ثانوي.

ومع ذلك فإن هذه الوضعيّات لا تخلو من الإختلاط أحيانا؛ ومن تطبيقات ذلك أن يتولّى الباعث العقّاري تكليف مقاول توكل له مهمّة بناء عمارة لفائدته وتمثيله في انتداب بقيّة المتدخّلين للغرض في ذات الوقت... وإذ تتّجه هذه الملاحظة، فلكون القواعد المنطبقة في الوضعيّات المماثلة ليست دائما بأحكام النّيابة، بل وأحكام عقد الإجارة على الصّنع -فيما يتعلّق بإشكاليّات البناء- أيضا[53]...

فقرة 2 : آثار النّيابة في التّعاقد

112 - الأثر المميّز في النّيابة - يتمثّل أهمّ أثر في النّيابة في أنّ ما يتولّى النّائب إتيانه من التّصرّفات القانونية يرتّب آثاره في ذمّة

---

[53] حول هذه المسائل، يراجع، فتحيّة بن هويدي، عقد المقاولة الثّانوي، مذكّرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، سنة جامعيّة 1995-1996.

الأصيل لا في ذمّة النّائب[54]؛ ومع ذلك فإن الأثر المذكور قد يشهد بعض التـــعديل بحكم الإختلاف في طبيعة النّيابة، ويكون ذلك **بإرجاء القيام على الأصيل (عنصر 1)**؛ كما يشهد نفس الأثر بعض التـــعديل **بحكم تجاوز النّائب لحدود نيابته**؛ وهو ما يؤدّي إلى تعديل القول بإلزام الأصيل بما أبرمه نائبه من التـــصرّفات في حقـــه في جميع حالات النّيابة وصورها **(عنصر 2)**.

عنصر 1 - إرجاء القيام على الأصيل

113 - صورته - يكون ذلك، في النّيابة غير التـــامّة، أين يقع القيام من المتعاقد على النّائب في مرحلة أولى، وذلك اعتبارا إلى جهل المتعاقد بهويّة الأصيل؛ ويمكن للنّائب، بعد ذلك، أن يقوم باسترجاع ما وفـــى به للمتعاقد على أصيله. بخلاف الحال في النّيابة التـــامّة[55]، حيث أنّ ما يترتـــب عن تصرّفات النـــائب من الإلتزامات يرتـــب آثاره في ذمّة الإصيل مباشرة؛ فالنّائب في الصّورة الأخيرة من النّيابة، يحضر فترة

---

[54] قـــضي : "العقود الـــتي يبرمها الوكلاء في حقّ موكـــليهم لا تنصرف آثارها إليهم بل تنصرف إلى الموكـــلين" (تعقيبي مدني عدد 8832 مؤرّخ في 26 مارس 1984، القضاء والتّـــشريع عدد 7 لسنة 1985، الصّفحة 88؛ ومثله تعقيبي مدني عدد 17108، مؤرّخ في 2 ماي 1989، القضاء والتـــشريع عدد 6 لسنة 1990، الصّفحة 57).

[55] النّيابة التّامّة هي ما يعلم فيها النّائب عن صفته كنائب مع الإفصاح عن هويّة الإصيل منذ التّعاقد إلى المتعاقد؛ أمّا النّيابة غير التّامّة فإن النّائب يبقي السرّ على جميع أو بعض هذين المعطيين. يمكن لهذا التّقسيم بين النّيابتين (التّامّة وغير التّامّة) أن يجد سندا في الفصل 1148 بمجلّة الإلتزامات والعقود في تنصيصه على ما يلي : "حقوق العقد الّذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه، وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده ولو علم معاقده أن إسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلا".

التـــعاقد فقط، وينسحب بعد ذلك[56]؛ ولا يكون الأمر بخلاف ذلك إلاّ في حالات يتجاوز فيها النّائب حدود نيابته.

عنصر 2 - تجاوز النّائب لحدود نيابته

114 - حلولها- تشهد هذه المسألة في حلّ نزاعاتها، **مبدأ (أ) واستثناءً (ب).**

أ) المبـــــدأ

115 - محتواه - يقتضي المبدأ، إعفاء الأصيل ممّا يبرمه نائبه من التـــصرّفات الـــتي تجاوز بها حدود النّيابة؛ ومن تطبيقات ذلك أن يبيع النّائب، حال أنّه كلـــّف بالكراء؛ أو أن يتجاوز الكـــمّيّات المعينّة له في شراء أو بيع ما كلـــّف بإتيانه؛ أو أن ينوب الأصيل ويعقد لنفسه؛ أو أن يواصل في نيابة الأصيل على الرّغم من انتهاء النّيابة...

ففي جميع هذه الصّور يكون النّائب مطالبا بما تجاوزه تجاه معاقده في تنفيذ مقتضيات النّيابة؛ وتبرّر هذه القاعدة بجملة من الأحكام العامّة؛ ومن أهمّها صورة الفصلين : 549 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود في قولـــه : "من كان له التـــصرّف بالنّيابة عن غيره كالمقدّم والمدير ليس أن يعقد لنفسه ولو بواسطة"[57] و551 في قوله : "لا يجوز لشخص أن يمنح

---

[56] قـــضي : "تعاقد الوكيل باسمه الخاصّ وبدون إفصاح عن وكالته للشـــخص الـــذي تعاقد معه يسمّى في الإصطلاح القانوني تعاقد بطريقة التـــسخير أو بواسطة اسم مستعار وتعتبر وكالة مستترة يترتّب عنها آثار الوكالة فيما بين الوكيل والموكّل" (تعقيبي مدني عدد 9285، مؤرّخ في 21 مارس 1984، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1984، جزء 1، صفحة 358).

[57] قُضي : "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه، إلاّ إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح (الفصل 547 من مجلّة الإلتزامات والعقود) وتفريعا على هذا فالوكيل

غيره أكثر ممّا لنفسه من الحقوق"[58]. ومع كلّ ذلك فيمكن للأصيل أن يجد نفسه مطالبا بما أبرمه نائبه في حقّه من تصرّفات تجاوز بها حدود نيابته.

ب) الإستثناء

116 – أثره – يرمي الإستثناء إلى إلزام الأصيل بما أبرمه النّائب من التـــصرّفات متجاوزا بها حدود ما أُنيب لإبرامه؛ وممّا يثار للغرض من الإشكاليـــّات القانونيـــّة، المبرّرات الّتي يقع على أساسها إلزام هذا الأخير بما لم يصادق على إبرامه بالفعل.

117 – أسس إلزاميـــّة الأصيل بتجاوزات النّائب : (الفائدة للأصيل؛ خطؤه؛ ومؤسّسة الظـــّهور) – يمكن أن يعتمد، في إلزام الأصيل بتصرّفات نائبه المتجاوز لحدود نيابته، جملة من الأسس القانونية؛ وهي ثلاثة على الأقلّ :

– أولاها تعتمد الفائدة الحاصلة للأصيل، ومن أمثلة ذلك أن يقتني النّائب كمّيّة من البضاعة يجني من ورائها الأصيل أرباحا هامّة، ولكنّ ما يثار عادة من النّزاعات بين الأطراف، يكون بسبب تِصرّفات ضارّة لا نافعة، فيقع التـــّساؤل عندئذ عن الأسس القانونيّة الأخرى الـــّتي يمكن بمقتضاها إلزام الأصيل بما أبرمه النائب من تصرّفات تجاه المتعاقد؛ وممّا أضيف للغرض أساسان آخران بالخصوص :

الـــّذي اشترى لموكـــّلته عقّارا ثمّ أبرم في نفس العقّار مع البائع عقدة بيع أخرى باسمه واستحالة لنفسه تعتبر باطلة" (تعقيبي مدني عدد 11882، مؤرّخ في 29 جوان 1976، القضاء والتـــّشريع عدد 1 لسنة 1977، الصّفحة 108؛ مثله تعقيبي مدني عدد 4252، مؤرّخ في 17 نوفمبر 1981، القضاء والتـــّشريع عدد 7 لسنة 1982، الصفحة 102).

[58] يتضمّن الفصل 551 من م ا ع قاعدة هي من قواعد القانون العموميّة، أو المبادئ العامّة للقانون المرساة بعديد الأنظمة القانونيّة بما في ذلك النّظم اللاّتينيّة، يقع التـــّعبير عليها بالمقولة *Nemo plus juris*...، حول هذه المقولة، يراجع : ROLAND et BOYER, *Adages de droit français*, cité auparavant.

- أساس (ثان) يعتمد خطأ الأصيل نفسه[59]، كأن يقصّر في القيام بالإجراءات القانونية اللاّفتة لنظر الجمهور إلى انتهاء نيابة من عيّن لتمثيله، ولكنّ الأساس المذكور لا يمكّن من إلزام الأصيل في الوضعيّات التي ينتفي فيها خطؤه، أو يثبت فيها انتفاء خطئه؛ فصيغ أساس آخر؛

- هو الأساس الثّالث : ويعتمد نظريّة الظّهور، وهي نظريـــّة غايتها تصحيح تصرّف أبرمه شخص، ليس هو بصاحب الحقّ الحقيقي، سوى في الظّاهر، ومن تطبيقاتها الوكالة الظّاهرة، وتشترط في تمكين المتعاقد من القيام على الأصيل قصد إجباره على تنفيذ مقتضيات ما أُبرم نيابة عنه، أن يكون المتعاقد معه على حسن نيّة وأن يكون (أي المتعاقد) قد تردّى في غلط، يختلف باختلاف محلّ العقد؛ فيشترط أن يكون قويّـــا، لا قدرة للشـــّخص العادي على درئه (Erreur invincible) في العقود العقـــّارية؛ وأن يكون شائعا (Erreur commune) فيما عداها من الإتـــّفاقات[60].

---

[59] من الأحكام ما اعتمد هذا السّند. قـــًضي : "إذا صدر توكيل أوّل يضمن أنّ ذلك التـــّوكيل لا يعزل إلاّ بنصّ صريح وصدر توكيل ثان لشخص آخر غير الوكيل الأوّل دون أن يقع التـــّنصيص به على عزله فإنّ ما أبرمه (الوكيل الأوّل) من عقود تعتبر صحيحة ماضية في حقّ الموكّل ولا حقّ له في إعادة التـــّصرّف فيما سبق أن تصرّف فيه الوكيل الأوّل بالوجه الصّحيح" (تعقيبي مدني عدد 1416، مؤرّخ في 8 ديسمبر 1977، نشرية 1977، جزء 2، صفحة 203).

[60] حول نظريّة الظّهور وتطبيقاتها بالقانون التـــّونسي وموقف فقه القضاء التـــّونسي، يراجع : M. MAHFOUDH, Essai sur la théorie de l'apparence en droit privé tunisien, (A propos de l'arrêt des Chambres réunies n° 27632, du 24 avril 1777, *RTD* 2001؛ والقرار الصّادر عن الدّوائر المجتمعة المذكور فهو منشور بمجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لسنة 1997، صفحة 92؛ وحول نظريّة الظـــّهور بالقانون الفرنسي، يراجع : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction,* n° 770 et ss. ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,* LGDJ, 1959.

وممّا يتّجه ذكره وأن الأساسين الأخيرين في الذّكر (خطأ الأصيل والظّهور) إنّما يحميان المتعاقد مع النّائب، لا النّائب نفسه[61]؛ فلا يمنع تجاوز حدود النّيابة الأصيل من أن يقوم على نائبه قصد تعويض ما ناله من ضرر بحكم تجاوزاته...

معطى نفسيّ، يصعب
الخاصّ به[1]؛ حيث أنّ
المنطلق تكون الإراد
المخضع للتّعاقد-، م
في الرّضاء أن يكون م

عيب يشوبه. والمقصود
حقّ للمتضرّر في إبطا
الرّضاء بالتّنوّع؛ وممّ

---

[1] تراجع في هذا المعنى
oit des contrats, *RTD*
. (3), 1995, 573 et ss.

[2] تراجع في هذا المعنى : .
نجدها كتبت ما يلي : "
onté "
autre, qu'échange et
nté est au cœur de
surable de l'homme,
quence de la volonté,
distinct de la volonté,
uissance, sa capacité à
s que le consentement
ne sorte de capitulation

---

[61] بخلاف مؤسّسات أخرى، كأن يعتقد المتصرّف أنّه حائز بشبهة، أو أن الشّخص يتصرّف كنائب له النّفوذ المطلق، وهو ما تحقّقه مؤسّسة أخرى تشابه الظّهور ولكنّها تختلف عنها، وهي مؤسّسة La putativité.

الفصل الثالث

قيام العقد

(الرّضاء في التّعاقد)

LE CONSENTEMENT

118 - الإرادة والرّضاء - من الصّعب التّفرقة بينهما؛ فكلاهما معطى نفسيّ، يصعب تجسّمه في الخارج؛ ومع ذلك، فلكلّ منهما مفهومه الخاصّ به[1]؛ حيث أنّ الإرادة هي المصدر والرّضاء هو المظهر؛ ومن هذا المنطلق تكون الإرادة مصدر قوّة، في حين يكون الرّضاء -باعتباره المخضع للتّعاقد-، مصدر الضّعف، أحيانا[2]؛ ولمّا كان الأمر كذلك، وجب في الرّضاء أن يكون موجودا وأن يكون سليما.

119 - سلامة الرّضاء (عيوبه) - تتمّ سلامة الرّضاء بخلوّه من كلّ عيب يشوبه. والمقصود بعيوب الرّضاء ظروف تعلق بالإرادة، يترتّب عنها حقّ للمتضرّر في إبطال ما أُبرم على أساسها من الإتّفاقات. وتتّسم عيوب الرّضاء بالتّنوّع؛ وممّا تشمله الغلط والإكراه والتّغرير، وتعرف بعيوب

---

[1] تراجع في هذا المعنى : M.-A. FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, *RTD civ.* (3), 1995, 573 et ss.

[2] تراجع في هذا المعنى : M.-A. FRISON-ROCHE, *Op. cit.*, spéc. n° 2. أين نجدها كتبت ما يلي : " Il faut ainsi rappeler et tirer profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme, tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté. Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle-même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est un signe, une sorte de capitulation".

الرّضاء الأصليـّة؛ والغـَبن والسّكر والمرض وما شاكلها ممّا يمكن الإصطلاح عليه بعيوب الرّضاء الأخرى.

وممّا تعرّضت إليه النّظم القانونية مجملا، الغلط والإكراه والتـّغرير، والبعض منها، الغـَبن؛ وهو شأن النّظام القانوني التّونسي، حيث جاء بالفصل 43 من مجلّة الإلتزامات والعقود: "الرّضاء الصّادر عن غلط أو عن تدليس أو عن إكراه يقبل الإبطال". أمّا بقيّة العيوب، كالمرض والسّكر وغيرهما... فإن الوضع يختلف من نظام قانوني لآخر[3]. وممّا يتـّجه ذكره في هذا الشّأن وجود فصل (59) بمجلـّة الإلتزامات والعقود جاء فيه: "أسباب فسخ (المقصود بطلان) العقد المبنيّة على حالة مرض أو ما شاكله من الحالات موكولة لنظر الحاكم"؛ وهو نصّ يثير التـّساؤل عمّا إن كانت للقائمة التـّشريعية المتعلـّقة بعيوب الرّضاء طبيعة ذكرية أم حصرية؛ وللنـّقاش المذكور فائدة لظرفين على الأقلّ وهما: الإحجام عن إعلام المتعاقد واستغلال ظروفه[4].

---

[3] تتميّز النّظم القانونيّة عادة بالتّحرّز من عيوب الرّضاء بوجه عامّ. وذاك شأن القانون الروماني على وجه الخصوص. وقد تسرّب هذا التّحرّز إلى النّظم القانونيّة المعاصرة. وذاك شأن النظام القانوني الفرنسي على وجه الخصوص، لا سيما بالمجلـّة المدنيّة لسنة 1804 في فصولها 1109 وما بعدها. ويبرّر ذلك بمبدإ استقرار المعاملات. ولكنّ ما صيغ من الأحكام التي ترمي إلى تضييق نطاق عيوب الرّضاء بداية قد وقع التّوسّع فيه من قبل فقه القضاء في تطبيقه للأحكام العامّة، ومن قبل المشرّع الفرنسي بمقتضى النّصوص القانونيّة العديدة التي جاءت لكي تحمي الأطراف الضّعيفة أو هكذا تبدو للمشرّع الفرنسي ببعض العقود، وذاك شأن قوانين السّوق على وجه الخصوص (Droit du marché) والّذي يشمل أحكام المزاحمة وأحكام حماية المستهلك (يراجع حول هذه المسائل: J. GHESTIN, *La formation du contrat*, n° 479 et ss.).

[4] عناصر الإجابة – من النّصوص ما يحتّم الطّبيعة الحصرية لعيوب الرّضاء، ومنها ما يدعّم طبيعتها الذّكرية. وممّا ينتمي إلى النّوع الأوّل، الفصل 325 من مجلّة الإلتزامات والعقود في قوله "... ويبطل الإلتزام من أصله في الصّورتين الآتيتين : (أوّلا : إذا خلا عن ركن من أركانه)؛ ثانيا : إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة". وما جاء

والواقع أنّ ما يثيره المرض من الإشكاليات إنّما يهمّ العقود الخاصّة (عقد البيع، عقد الرّهن، الإتّفاق على إسقاط الدّيون...)[5]؛ أمّا عيب السّكر فقد يكون حائلا دون الرّضاء تماما إذا كان من النّوع المطبق، وقد يكون ظرفا معيبا للرضاء فقط، إذا كان ممّا يؤثّر في رضاء المتعاقد دون إعدامه مطلقا؛ وعلى أيّة حال، فهو موكول في تقرير وجوده وضبط نظامه القانوني للقضاء؛ طبقا لصريح الفصل 58[6] والفصل 59 أعلاه، قياسا بما يعتمد من قواعد عيوب الرّضاء التقليدية (الغلط والإكراه والتّغرير)، والتّي تتقارب في اشتراطها -جميعا- لركن الحتمية، وخضوعها لقواعد متشابهة فيما يتعلّق بجزائها ورفع دعواها وإثباتها[7]... أمّا ظرفي التّقصير في الإعلام والإستغلال فيمكن أن يندرجا ضمن بقيّة العيوب المصطلح عليها بالتّقليدية. ممّا يبرّر موقف الدّارس في الإقتصار بهذا الفصل على العيوب المذكورة والتي يضاف اليها الغَبن كذلك؛ فلنخصّص كل عيب منها بمبحث مستقلّ.

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية بسوسة
Faculté de Droit et des Sciences Economiques et Politiques de Sousse
المكتبة
BIBLIOTHEQUE

بالفصلين 330 و331 من نفس المجلّة في التّنصيصن على آجال الدّعوى في الحالات الخاصّة التي يمكن الطّعن فيها بالأبطال والّتي هي الغلط والإكراه والتّغرير والسّكر والغبن بنوعيه.

[5] حول إشكاليات المرض وعلاقتها بالرّضاء، يراجع: Y. KNANI, Chronique de droit civil, Contrats, Dernière maladie, à propos de Cass. civ. n° 4937, du 15 déc. 1981, *RTD* 1984, pp. 627.

[6] جاء بالفصل 58 م ا ع ما يلي : "إذا وقع العقد في حال السّكر المغيّر للشّعور وجب فسخه".

[7] ربّما كان ذلك سببا في الحديث عن قابليّة بعضها في تعويض بعضها الآخر (fongibilité). حول هذه الظّاهرة، يراجع : F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Les obligations*, Dalloz 2002, n° 252.

مبحث 1 - عيب الغلط LE VICE D'ERREUR

120 - تعريفه - الغلط حالة تقوم بذهن المتعاقد، تصوّر له الشيء على خلاف ما هو عليه في الواقع[8]؛ وهو **أنواع (فقرة 1)**؛ ويخضع ما **يؤدّي إلى الإبطال منه لنظام خاصّ (فقرة 2)**.

فقرة 1 - أنواع الغلط

121 - الأغلاط غير المؤثّرة والأغلاط المؤثّرة - تختلف الأغلاط في التّعاقد؛ فمنها ما لا يؤثّر في صحّة العقد، وهي **أغلاط** يمكن الإصطلاح عليها بغير المؤثّرة **(عنصر 1)**؛ ومنها ما له تأثير في ذلك، فيمكن الإصطلاح عليها **بالأغلاط المؤثّرة (عنصر 2)**.

عنصر 1 - الأغلاط غير المؤثّرة

122 - تعدادها: الغلط في الحساب والغلط المادّي والغلط في الباعث والغلط في القيمة - هي أغلاط لا تأثير لها على مآل العقد؛ وقع التّنصيص على إحداها -الغلط في الحساب- بالفصل 47 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ "مجرّد الغلط في الحساب لا يترتّب عليه فسخ العقد وإنّما يصلح الغلط"؛ ووقع التّنصيص على نوع آخر منها -الغلط

---

[8] حول الغلط، يراجع : محمّد الزّين، العقد، 158؛ الجبيب العش، "الغلط عيب من عيوب الرضاء (من خلال نظريّة سلطان الإرادة)" القضاء والتّشريع (- 1991، الصفحات 31 وما بعدها ؛ J. GHESTIN, *La notion d'erreur en droit positif actuel,* Thèse Paris, 1963, Préf. J. BOULANGER, LGDJ 2ème éd., 1971 ; *Le contrat,* n° 490 et ss.

المادّي- بالفصل 256 من مجلّة المرافعات المدنية والتّجارية[9]. وما من أمر يترتّب عن الغلطين المذكورين سوى إصلاحه[10].

ويضيف الفقه إلى هذين الحالتين التين وقع التّنصيص عليهما بمقتضى نصوص تشريعية الغلط في الباعث والغلط في القيمة؛ فالأوّل ممّا لا يؤدّي إلى إبطال العقد[11]، إلاّ أن يدخل الباعث في نطاق التّعاقد[12]، أو يكون العقد قد أُبرم بمقتضى تغرير[13]، فيكون الإبطال في هذه الحالة بناء على التغرير، لا بناء على الغلط؛ وكذلك الشّأن فيما يتعلّق بالغلط في القيمة[14]، كأن يتعاقد أحدهم على شيء معتقدا أنّ له قيمة معيّنة، حال أنّها لا تتوفّر فيه، أو أنّها تتجاوز ما كان يقدّرها له[15]؛ وقلّما يقع الأخذ بالغلط

---

[9] جاء بالفصل 256 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة ما يلي : "الغلط في الرّسم والغلطات المادّيّة في الإسم أو الحساب وغير ذلك من الإختلالات المبيّنة من نوع ما ذكر يجب على المحكمة دائما إصلاحها ولو من تلقاء نفسها (فقرة 1)...".

[10] تراجع كذلك صور الغلط البيّن بمادّة الإجراءات المدنيّة والتّجاريّة، وهي ممّا يسمح الطعن بالتّعقيب أمام الدّوائى المجتمعة، ومن ذلك أن يصدر الحكم المطعون فيه بناء على وثيقة غير موجودة بالملف حال أنّها موجودة بالفعل، أو يصدر الحكم المطعون فيه على أساس قاعدة وقع نسخها بنصّ صريح... (حول هذه التّطبيقات وغيرها، يراجع : مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لسنة 2000/1999، نشريات وزارة العدل، مركز الدّراسات والبحوث بالوزارة المذكورة، سنة 2000).

[11] من ذلك أن يقتني أحدهم سيّارة معتقدا أن عمله الجديد يتطلّب ذلك، حال انّه ليس كذلك (Cass. civ. 1er mars 1853, *DP* 1853, 1, 134 ; 3 août 1942, *DA* 1943, 18).

[12] يصبح الباعث هنا شرطا، وقع لأجله التّعاقد، أو سببا من أسباب التّعاقد، وهو ما يؤخذ به في عقود التّبرّع فقط، ويشترط للأخذ به أن يكون داخلا في نطاق التّعاقد، أي أن يكون المتعاقد الآخر على علم به، أو كان من واجبه أن يعلم به.

[13] يبرّر رفض الأخذ بإبطال العقد من أجل الغلط في الباعث باختلاف البواعث من متعاقد لآخر، والهاجس من انخرام الأمن التّعاقدي.

[14] حول الغلط في القيمة، يراجع : G. GOUBEAUX, A propos de l'erreur sur la valeur, in *Mélanges J. GHESTIN*, 2001, pp. 389.

[15] قد يصبح الغلط في القيمة غلطا مؤثّرا إذا ما كان في العملة، كأن يعتقد أحدهم أنّه يتعامل بعملة (الفرنك الفرنسي)، والآخر بعملة أخرى (الأورو، مثلا) (حول هذا النّوع

المذكور لذاته، بل غالبا ما يكون نتيجة لتردّي ضحيّته في غلط آخر ممّا يؤسّس للبطلان، كأن يكون غلطا في أحد صفات الشيء، كأقدميّته، مثلا[16]، وتلك من الأغلاط المؤثّرة.

عنصر 2 - الأغلاط المؤثّـرة

123 - الأغلاط المانعة والأغلاط المُعيبة للرّضاء - هي أغلاط يقع اعتبارها في الحكم بإبطال العقد وإلغاء نتائجه؛ وتختلف بحسب خطورتها بين **أغلاط مانعة أو حائلة** -وهي أعلاها في الخطورة - (أ) و**أغلاط معيبة للرّضاء** وهي دون سابقتها في ذلك (ب).

أ) الأغلاط المانعة

124 - مفهومها - الأغلاط المانعة[17]، ويقال الحائلة أيضا[18]، لا تشوب الرّضاء فقط، بل وتحول دون التئامه بما يمنع التقاء الإرادتين وقيام

من الغلط، يراجع : TERRE , SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, n° 212).

[16] من تطبيقات ذلك : TGI Paris 7 mai 1975, *D* 1976, 605, note W. JANDIDIER (Erreur sur la valeur réelle d'un tableau).

[17] حول هذا Les erreurs obstacles, à entendre obstacle au consentement، المفهوم يراجع: GAUDEFROY, *L'erreur obstacle*, thèse Paris, 1923.

[18] نجد إرساء لمفهوم الغلط المانع (أو الحائل) مع بيان أنواعه بفقه القضاء التّونسي بالقرار التّعقيبي المدني عدد 11251 (مؤرّخ في 22 أفريل 1985) وجاء فيه "من الأركان الضّروريّة لتكوين العقد أن يكون موضوع العقد معلوما لدى المتعاقدين بصورة تنفي عنه كلّ جهالة سواء من حيث ذاته أو من حيث صفاته الأساسيّة. كما لا جدال في أنّ الغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع الـّذي لا يفسد الرّضاء فحسب بل يعدمه أساسا" (نشريّة محكمة التـّعقيب، جزء 1، صفحة 178).

العقد مطلقا[19]؛ ومن تطبيقاتها : غلط في طبيعة العقد، كأن يعتقد أحدهم أنّه يفوّت بمقابل، ويعتقد الآخر أنّه يأخذ على سبيل الهبة[20]؛ وغلط في المحلّ، كأن يعتقد أحدهم أنّه يتعاقد في منزل كائن بمنطقة معيّنة، ويعتقد الآخر وأنّه يتعاقد في المنزل الكائن بالمنطقة الأخرى[21]؛ وغلط في السّبب، كأن يتولّى أحدهم هبة جزء من ماله (إلى أحد المؤسّسات الخيريّة، مثلا) معتقدا أن إبنه قد مات في أحد الحوادث، ويتّضح له بمرور الأيّام خلاف ذلك... ففي مجمل هذه التطبيقات لا يكون الرّضاء مشوبا فحسب، بل ومنعدما أيضا[22].

ب) الأغلاط المعيبة للرّضاء

125 - تنوّعها - تختلف بين أغلاط في القانون (1) وأغلاط في الواقع (2).

---

[19] يقول الأساتذة TERRE, SIMLER et LEQUETTE في هذا الصّدد : " Elle (l'erreur obstacle) résulte d'un malentendu radical… L'accord ne s'est pas opéré parce que les parties n'ont pas, en réalité, voulu la même chose. Il manque au contrat une condition essentielle à sa formation : l'intention commune, l'intention véritable. L'erreur commise par les parties est si grave qu'elle met obstacle, d'où son nom, à la rencontre des volontés… (*Les obligations*, n° 210)."

[20] كأن يعتقد طرف أنّه يشتري عقّارا، حال انّه يقتني أقساطا في شركة (Paris 8 juill. 1966, Gaz. Pal., 1967, 1, 33)؛ (ومن تطبيقات الغلط في طبيعة العقد كذلك، انظر فقه قضاء فرنسي : Req. 6 mai 1878, *DP* 1880, 1, 12 – *S.* 1880, 1, 125 ; 9 déc. 1913, *Gaz. Pal*, 1914, 1, 229).

[21] من تطبيقات ذلك ما طرح أمام المحاكم الفرنسيّة في القرار الآتي : Civ. 3ème, 1er fév. 1995, *Bull. civ.* III, n° 36, p. 23 – *RTD Civ.* 1995, 879, Observ. J. MESTRE.

[22] حول مفهوم الغلط المانع وأمثلته، يراجع: J. CARBONNIER, Droit civil, *Les obligations*, t. 4, 9ème éd., Ed. PUF 1976, n° 19.

1 - الغلط في القانون

126 - مفهومه - ويقال كذلك الغلط في الحقّ؛ وقع التّنصيص عليه بمقتضى الفصل 44 من مجلّة الإلتزامات والعقود في قوله "العقد المبني على جهل عاقده لما له من الحقّ يجوز فيه الفسخ في حالتين : أوّلا : إذا كان هو السّبب الوحيد أو السّبب الأصليّ في التّعاقد؛ ثانيا : إذا كان ممّا يعذر فيه بالجهل". وبالرّغم من تنصيص الفصل 44 على أن ما يؤخذ به هو الجهل في الحقّ، فإن الفقهاء مجمعون على إمكانية انطباقه على جهل القانون أيضا، أي على عدم معرفة قاعدة قانونية، سيّان أن يكون مصدرها النّصّ أو التأويل، أو أن تتضمّن حقّا للمتعاقد أو إلتزاما عليه[23].

وما يشترط في جميع حالات الغلط في القانون حتّى يكون مرتّبا لإبطال العقد، أن يتوفّر في تصوّر معاقده أمران : 1) أن يكون جهله بالقاعدة القانونية هو السّبب الّذي حتّم تعاقده، أي أن لولاه ما كان له أن يتعاقد؛ 2) أن يكون ممّا يعذر فيه بجهله؛ أي أن لا يرتكب المتعاقد تقصيرا

---

[23] ولكنّ التّأويل الضّيّق، يمكن أن يؤدّي إلى الإختلاف، فالحقّ دون القانون؛ حيث أن الأوّل امتياز، في حين يتكون الثّاني بمجمل القواعد الدّائمة والملزمة قانونا بالمجموعة. ومن ثمّة يمكن القول أن الغلط في حقّ هو غلط فيما كان يعتقده متعاقد من امتياز لا وجود له واقعا، أمّا الغلط في القانون، فهو غلط حول وجود قاعدة قانونيّة لا أساس لها في الواقع، أو أنّها لا تنطبق بمثل ما كنت اعتقده. ومع ذلك فإن التّقارب بين المفهومين واقع، حيث غالبا ما تتضمّن القواعد القانونيّة حقّا أو إلتزاما. وهو ما يرجع الغلط في الحقّ إلى غلط في القانون. ويمكن لهذا الموقف أن يجد سندا في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 44 من مجلّة الإلتزامات والعقود في استعماله عبارة : "L'erreur de droit" والّتي لا مبرّر في ترجمتها إلى إرجاعها للحقّ فقط. فكلمة Droit بالفرنسية تشمل الواقعين : أي الإمتياز La prérogative والقواعد القانونيّة Les règles juridiques. ويتأكّد وجوب التّوسّع في الأخذ بالمصطلح الأوسع من قاعدة القانون العموميّة الواردة بالفصل 533 من مجلّة الإلتزامات والعقود والقائلة بأنّه "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

في التـــعرّف على القاعدة القانونية الـــتّي يدفع بجهلها؛ كأن يدفع بعدم معرفته لقاعدة قانونية تـــُخضع العقد إلى إجراءات معيّنة، لا يعذر بعدم معرفتها بحكم اختصاصه؛ وهو ما يؤدّي إلى استبعاد بالغلط كسبب في إبطال العقود، عندما يقترف المتعاقد خطأ، كأن يقصّر أو يتعجّل في التـــعاقد، فلا يقوم بالتـــحرّيات اللاّزمة لتلافي ذلك.

2 - الغلط في الواقع

127- تعريفه وأنواعه - هو غلط يتعلّق بعناصر العقد، لا بنظامه القانونـــي؛ وهـــو نوعـــان : **غلط فـــي الشّخص (2-1)** و**غلط في الشيّء (2-2)**.

2-1 - الغلط في الشّخص

128 - المبدأ وتطبيقاته - وقع التّنصيص على الغلط في الشّخص كسبب من أسباب إبطال العقود بالفصل 46 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ "الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلاّ إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرّضى بالعقد". ويتّضح من صياغة الفصل المذكور أنّ الغلط في الشّخص لا يكون مبطلا إلاّ للعقود المبرمة للإعتبارات الشّخصية (Les contrats conclus

intuitu personae)[24]، وهي القاعدة في عقود التّبرّع (من أمثال الهبة)[25]، والإستثناء في عقود العوض (من أمثال الشّغل، والإجارة على الصّنع...)[26].

ومتى كانت العقود المعنيّة بالغلط ممّا أُبرم للإعتبارات المذكورة فإنّ الغلط في شخص أحد المتعاقدين (أو في كليهما)، لا يكون مبطلا إلاّ متى تعلّق بأحدهما أو بكليهما، لا بمن يقتضي العقد أن تقدّم المساهمة إليه (كأن أتّفق مع الأب على أن أقدّم دروسا لابنه، ويتّضح أن هذا الأخير غير أهل لها، فالغلط هنا لا يعدّ في الشّخص، بخلاف الحال لو أنّني اعتقدت أن الأب قادر على خلاصي في أجرتي واتّضح عكس ذلك[27])[28]. ويمكن للغلط في الشّخص أن يكون في ذات أحد المتعاقدين (كأن أعتقد أنّني أتعاقد مع شخص، حال أنّيَ أتعاقد مع توأمه الّذي يقلّه في الذكاء

---

[24] حول العقود المبرمة للإعتبارات الشّخصيّة، يراجع : M. CONTAMINE-REYNAUD, *L'intuitu personae dans les contrats,* thèse (ronéot.) Paris II, 1974.

[25] حول الغلط في عقود التّبرّع، يراجع فصل الأستاذ: GRELON, L'erreur dans les libéralités, *RTD civ.* 1981, 261 et ss.

[26] مسألة الإعتبارات الشّخصيّة من المسائل الموضوعيّة الّتي على القاضي أن يبتّ فيها حالة بحالة، اعتمادا على طبيعة الإتّفاق، وظروف الواقعة، وإرادة الأطراف (في هذا المعنى : TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations,* n° 219).

[27] ولئن وجد توجّه قضائي لا يأخذ بالغلط في القدرة الماليّة، حيث ينظّره بالغلط في القيمة (« L'erreur sur la solvabilité n'est pas, en règle générale, une cause de nullité car elle s'apparente à l'erreur sur la valeur, laquelle est indifférente » –TERRE, SIMLER et LEQUETTE, n° 219, citant Cass. civ. 5 août 1874, *DP* 1875, 1, 105- « Il en va toutefois différemment lorsque l'erreur sur la valeur est la conséquence d'une erreur sur l'identité ou sur la qualité de la personne » -Civ. 1ère, 20 mars 1963, *D.* 1963, 403, *JCP* 1963, II, 13228, note P. ESMEIN –nullité de la vente d'un château et d'un domaine qui avait été consentie à un acheteur qui ne pouvait payer le prix parce qu'il avait été condamné à la confiscation de ses biens présents et à venir-).

[28] تتدعّم هذه القراءة من الصّياغة الحصرية للفصل 44 السّالف في الذّكر عند قوله: "الغلط في ذات أحد المتعاقدين ... لا يكون موجبا للفسخ إلاّ..."

والقدرات)[29]، أو في صفته الموجبة للتـــّعاقد (كأن أعتقد وأن المتعاقد أهل لخطـــّة معيّنة اعتبارا لما كنت أعتقده فيه من الشّهادات العلمية، ويتـــّضح خلاف ذلك بافتقاده لأيّ منها[30])[31]...

2-2 - الغلط في الشّيء

129 - أنواعه - وقع التـــّنصيص على الغلط في الشيء بالفصل 45 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل : "الغلط في نفس الشّيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه، أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتّعاقد".

توحي صياغة الفصل بالتّنوّع : فالغلط في نفس الشّيء يمكن أن يكون في ثلاث : فهو غلط في ذات المعقود عليه، والمقصود بذلك الشّيء المتعاقد فيه لا مثيله (كأن اعتقد أنّني أتعاقد في سيّارة، ويذهب ذهن معاقدي إلى مثيلتها)؛ وهو غلط في نوع المتعاقد فيه (كأن أعتقد أنّني أتعاقد في منتجات من الصّنف الجيّد ويذهب فكر معاقدي إلى الصّنف المتوسّط أو الأدنى منها)؛ وهو غلط في وصف الشّيء الموجب للتّعاقد، والمقصود بذلك خصاله التّي دفعت بالمتعاقد إلى التّعاقد (كأن أتعاقد في سيّارة معتقدا أنّها تمكّنني من التّباري في السّباقات، ويعتقد معاقدي أنّني أروم التّعاقد معه في

---

[29] كضحيّة المرور الّتي تتصالح مع شخص آخر لا مع من تسبّب في حادثها (Rouen, 4 mars 1969, JCP 1969, II, 15911, *RTD Civ.* 1969, 762, note LOUSSOUARN).

[30] كمن يتعاقد مع محكّم، معتقدا استقلاليّته، حال أنّه ليس كذلك، أو سبق أن أعطى استشارة في المعنى المتنازع فيه للطّرف الآخر (Civ. 2ème, 13 avr. 1972, *JCP* 1972, II, 17189, note LEVEL – *RTD civ.* 1973, 769, observ. LOUSSOUARN).

[31] حول الغلط في الشّخص، يراجع : J. CARBONNIER, Op. cit., n° 19.

سيّارة للتّنقــّل فحسب)، أو أن أتعاقد في قطعة أرض معتقدا أنّها قابلة للبناء، حال أنّها ليست صالحة لذلك[32]...

ولمّا كان الغلط في نفس الشّيء من أهمّ الأغلاط المعيبة للرّضاء، وجب التــّعرّض إلى نظامه القانوني، بمزيد من التّوسّع.

فقرة 2 - نظامه القانوني

130 - تقديم - يتطلّب النّظام القانوني **للغلط المعيب** للرّضاء تحديد محتواه (عنصر 1) وقواعد دعواه (عنصر 2).

عنصر1 - محتوى الغلط المعيب

131 - **الغلط في الخصلة الجوهريّة (مسألتان)** - رأينا في الغلط في الشيء أنّه غلط في خصلة جوهرية، يشترط فيه، لكي يرتــّب إبطال ما تأسّس عليه من العقود، أن يكون قد حتــّم التــّعاقد؛ هذه القاعدة وقع التــّنصيص عليها بالفصل 45 من مجلّة الإلتزامات والعقود في استعماله لعبارة "... يكون موجبا للفسخ..."[33].

وممّا أثارته فكرة "**الخصلة الجوهرية**" مسألة **تحديدها**، فكيف يكون ذلك (أ)؟ وهل يعتبر في ذلك **موقف الطــّرف الآخر (ب)**؟.

---

[32] من الأمثلة على ذلك الحكم المدني عدد 5811، الصّادر عن محكمة ناحية تاجروين، بتاريخ 25 أكتوبر 1999، القضاء والتــّشريع نوفمبر لسنة 1999، الصّفحات 185 وما بعدها.

[33] قُضي : "إنّ العقد المبني على غلط أو جهل المتعاقد لما له من حقّ يكون قابلا للإبطال إذا تبيّن من ظروف الأحوال أن ذلك الغلط أو الجهل هو السّبب الأصلي في التّعاقد" (قرار تعقيبي مدني عدد 2078، مؤرّخ في 17 أفريل 1980، نشريّة 1980، ص. 100).

أ) تحديد الخصلة الجوهريّة

132 – المواقف القانونيّة – شهدت مسألة تحديد الخصلة الجوهريّة نقاشا (1) كان له أثره في القانون التـّونسيّ، أيضا (2).

1 – النـّقاش

133 – محتواه – هل يقع تحديد الخصلة الجوهريّة بالرّجوع إلى مادّة الشّيء المتعاقد فيه (كأن أشتري شمعدانا معتقدا أنّه من الذّهب الخالص حال أنّه من طلاء الذّهب)، أم بالرّجوع إلى أسباب خاصّة بالمتعاقد (لا يهمّني أن يكون الشّمعدان من الذّهب أو من طلائه، فأنا مشتري له لأنّني أعتقد أنّه تحفة أثريّة، أو أنـّه ملك من أملاك أجدادي...)؟

يؤدّي ترجيح الإجابة الأولى إلى الأخذ بما يتعارف عليه بالنّظريّة الموضوعية (Théorie objective) في تحديد الغلط؛ وتعتبر من قبيل الغلط إذا ما حصل التـّصوّر الخاطئ في مادّة الشـّيء فقط، بقطع النّظر عمّا إذا كان الدّافع للتّعاقد أسباب شخصيّة؛ ففي مثال الشـّمعدان، لا يقع الحكم بإبطال العقد للغلط، إلاّ إذا ما اتـّضح وأنـّه من طلاء الذّهب، فقط، ولو أنّني اشتريته معتقدا أنّه تحفة أثريّة أو أنّه من أملاك أجدادي واتـّضح خلاف ذلك في الواقع... في حين يؤدّي ترجيح الإجابة الثـّانية إلى الأخذ بما يُتعارف عليه بالنّظرية الذّاتية (Théorie subjective)؛ وتكون النّتيجة فيها، وأنّه لا يهمّ أن يكون الشّمعدان من الذّهب أو من طلائه، طالما يتأكـّد أنّ اقتنائي له كان لما كنت أعتقده فيه من كونه تحفة أثريّة أو أنّه ملك لأجدادي[34].

---

[34] حول هذه المسألة، يراجع : J. GHESTIN, *La formation du contrat*، مذكور أنفا.

ظهر هذا النّقاش في فرنسا[35]؛ ويمكن القول بأنّه ولـّى بناء على الإنتصار إلى النّظريّة الذّاتية، وهي نظريـّة لا تعتدّ في تحديد المقصود بالخصلة الجوهريّة بمادّة الشّيء (أن يكون من الذّهب أو من طلائه أو من الفضّة...)، وإنّما بما دفع المتعاقد إلى التّعاقد[36]؛ ولكنّ الإنتصار للنّظرية المذكورة إنّما يُعتمد من حيث المبدإ فقط، فهو لا يمنع من الرّجوع إلى العرف والعادة فيما يعدّ من الخصال الجوهرية: فالـّذي يقتني تلفازا في القرن الواحد والعشرين إنّما يقتنيه لاشتغاله بجميع الألوان لا بالأسود والأبيض منها فقط... ويؤيّد هذا الرّأي في قناعتنا بطريقة التـّقدير التي يقع بمقتضاها تقدير الغلط.

2 – موقف القانون التـّونسي

134 – التـّعريف به – يأخذ القانون التـّونسي بالنـّظريّة الذّاتيـّة هو الآخر، ويتأكـّد ذلك ممّا جاء بالفصل 48 من مجلـّة الإلتزامات والعقود في قوله: "إذا وقع النّظر في الغلط والجهل الواقع في الحقوق أو في المتعاقد عليه فعلى الحاكم أن يراعيَ ظروف الأحوال وسنّ القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى"؛ ولكنّ عبارة "ظروف الأحوال" لا تمنع من إعطاء بعض الحريّة للقاضي في الاجتهاد، بما يجعل المسألة من المسائل

---

[35] السّبب في ذلك صياغة الفصل 1110 من المجلـّة المدنيّة الفرنسيّة والّتي جاء فيها ما يلي : " L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ; ...".

[36] كان ذلك في أحد القرارات التّعقيبيّة الهامّة الصّادرة سنة 1913 والّتي جاء فيها ما يلي : " L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté (Civ. 28 janv. 1913, *S.* 1913, 1, 487 ; dans le même sens : Com. 20 oct. 1970, *JCP* 1970, II, 16916, note J. GHESTIN ; Civ. 1ère, 1er mars 1988, *Bull. civ.* I, n° 56, p. 37)".

الواقعيّة الّتي لا تخضع لمراقبة محكمة التّعقيب، شريطة التّعليل المستساغ[37].

ب) مصدر الغلط

135 - الغلط في مساهمة المتعاقد الآخر والغلط في المساهمة الشّخصيّة - هل يشترط في الغلط أن يكون صادرا عن طرف معيّن؟ وهل بالإمكان أن يؤخذ بغلط أحد المتعاقدين في مساهمته؟

تثار هذه التّساؤلات في بعض الحالات -النّادرة- التّي يزعم فيها أحدهم (البائع لتحفة أثريّة، خاصّة) أنّه لم يكن يعتقد أنّ الشّيء الّذي باعه يتمثّل في تحفة أصليّة. وقد تحرّز فقه القضاء في البداية من الأخذ بهذه الحالة للأغلاط. ومن مبرّرات ذلك ما يهيمن في عيوب الرّضاء من اعتبارات ردعيّة، حيث يُرى أن على المتعاقد أن يتولّى التّحرّي للبحث عن طبيعة إلتزامه[38]. ولكنّ فقه القضاء الفرنسي غيّر من موقفه ذاك، وقد كان ذلك[39] بمناسبة بيع لوحة زيتيّة اعتقد بائعاها وأنّها لرسّام مغمور ينتمي إلى أحد مدارس الرّسم الزّيتي التي ظهرت خلال القرن السّادس

---

[37] ينطبق في هذا الشّأن قول السّادة TERRE, SIMLER et LEQUETTE الّذي جاء فيه ما يلي : " A dresser ainsi la liste des qualités substantielles habituellement retenues par la jurisprudence, on constate que la distance entre l'approche objective et l'approche subjective est, quant à leur résultat, moins grande qu'il n'y paraît au premier abord. La qualité subjectivement déterminante est, en règle générale, la qualité objectivement essentielle (*Les obligations*, n° 216)."

[38] حيث أنّ الخطأ هو ممّا يبعد الغلط، حول هذه المسألة، يراجع : J. DABIN, *Erreur inexcusable et nullité des conventions, Etudes de droit civil*, Bruxelles, 1947.

[39] في قرار شهير أصدرته محكمة التّعقيب الفرنسيّة بعد نزاع دام ما يزيد على السّبعة عشر سنة، يعرف بقرار De Poussin.

عشر (Ecole de Carrache)، واتـــضح فيما بعد أنّها لأحد مشاهير الرّسم الّذين عاشوا خلال نفس الفترة (De Poussin)[40].

ولكنّ الموقف المذكور قد يؤدّي إلى جعل التـــعاقد أمرا هشّا؛ ويوجب ذلك أن تكون الخصلة التي وقع لأجلها التـــعاقد داخلة في نطاق الإتـــفاق، أي أن يكون الطـــرف الآخر على علم بأهمّيّتها بالنّسبة الى المتعاقد الضّحيّة أو أنّه كان عليه أن يعلم بها بالنّسبة الى المتعاقد المذكور[41]؛ ويعتدّ في تحديد ذلك بزمن التـــعاقد؛ فلا يهمّ أن يكون المتعاقد على اقتناع من قبلُ بحقيقة الشـــيء، وتغيّرت فكرته حال التـــعاقد؛ المهمّ أن تحدث ظروف تغيّر من اقتناعه ذلك زمنَ التـــعاقد[42]...

---

[40] يراجع : Civ. 1ère, 13 déc. 1983, *D* 1984, 340, note AUBERT, *JCP* 1984, II, 20186, concl. GULPHE, de même *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* de H. CAPITANT, par F. TERRE et Y. LEQUETTE, t. 2, Obligations, contrats spéciaux, sûretés, 11ème éd., Dalloz 2000, n° 148-149.

[41] لا يعني ذلك أن يكون كلّ طرف قد تردّى في غلط، وإنـــّما أن يكون على علم أو عليه أن يكون علم بالخصلة الجوهريّة الّتي دفعت بمعاقده إلى التـــعاقد. حول هذه المسألة، يراجع : TERRE, SIMLER et LEQUETTE الّـــذين أوردوا في مؤلّفهم ما يلي :

" ... la qualité, objet de l'erreur, doit être 'entrée dans le champ contractuel' ou encore que l'erreur doit porter sur une 'qualité convenue' (*Les obligations,* n° 217, citant pour la formule 'entrée dans le champ contractuel' Y. LOUSSOUARN, Observ. *RTD civ.* 1971, 131 ; et pour la formule 'qualité convenue' J. GHESTIN, note *JCP* 1971, II, 16916)."

[42] في حادثة De Poussin هناك اعتقاد في عائلة البائعين من كون اللّوحة هي في الأصل للرّسّام المذكور. ولكنّ هذا الإعتقاد قد تبدّد بناء على الإختبارات التي أجريت على اللّوحة قبل بيعها، والّتي أسندت اللّوحة المذكورة إلى مدرسة أخرى (مع التّذكير بأن البائعين في هذه القضيّة قد باعا لوحتهما تلك معتقدين أنّها للمدرسة الأخيرة الذّكر، وبعد واقعة بيعها، تدخّل اتّحاد المتاحف الوطنيّة بفرنسا مستعملا حقّ الشّفعة في شرائها بناء على كون اللّوحة هي بالفعل للرّسّام De Poussin).

عنصر 2 - دعوى الغلط

136 - إثبات الغلط، آجال القيام به، نتائجه - الغلط من المسائل النّـفسية؛ وهو ممّا يعلق برضاء أحد الأطراف قبل التـّعاقد؛ فهو حينئذ من الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بجميع الوسائل؛ ولا مانع للقاضي من أن يعتمد في ذلك قرائن تفيد وجوده. ويكون القيام بدعوى الغلط في أجل أقصاه عام من تاريخ اكتشافه (الفصلان 330 و331 م ا ع)؛ بخلاف الدّفع بالغلط الـّذي يكون أبديا (الفصل 334 م ا ع).

ويقتصر الحكم في الغلط -متى توفّرت شروطه- على الإبطال، من دون تعويض بقيّة الأضرار[43]. وإذ يبرّر رفض الحكم بالتـّعويضات للضّحيّة، فبكون الغلط عيب تلقائي، لا ضلع للمتضرّر فيه. وهو ما يميّز دعوى الغلط عن غيرها من الدّعاوى في بقيّة عيوب الرّضاء التـّقليديّة الأخرى[44].

مبحث 2 - عيب التـّغرير LE VICE DE DOL

137- تعريفه - التـّغرير[45] غلط مستثار[46]، يؤدّي، متى توفـّرت بعض **عناصره (فقرة 1)**، إلى إبطال العقد؛ وما يتميّز به عن غيره من

---

[43] اللّهمّ ما يتعلّق منها بخسائر الدّعوى الرّامية إلى التّصريح بالإبطال، ويشترط -حسب رأينا- أن تكون ضحيّة الغلط قد تولّت مطالبة الطّرف الآخر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، فيرفض هذا الأخير ذلك.

[44] تختصّ المحاكم الإبتدائيّة (بدوائرها المدنيّة أحيانا والتّجاريّة أحيانا) بالنّظر فيما يثيره الغلط من المسائل، اعتبارا إلى أنّ دعوى الغلط من الدّعاوى غير المقدّرة. وهو الموقف الّذي يبدو أن فقه القضاء متجّه لإرسائه، بالرّغم ممّا يحوم حول المسألة من التّردّد أحيانا.

[45] يغلب في الإستعمال مصطلح "التّغرير". ومع ذلك فهناك من يستعمل عبارة التّدليس. وقد تحاشينا العبارة الأخيرة في الذّكر، لكونها ممّا اطّرد به الإستعمال في المادّة الجزائيّة،

العيوب، أنّه يتّسع للعديد من هذه الأخيرة[47]، وإلى عدم إعلام المتعاقد بالخصوص (فقرة 2).

فقرة 1 - عناصر التّغرير

138- الفاعل والضّحيّة في التّغرير - يتمّ التّغرير بجملة من الأفعال التّي تؤدّي إلى تغليط المتعاقد؛ ممّا يوجب -في دراسته- التّعرّض له من وجهة نظر فاعله (في عنصر 1) ومن وجهة نظر ضحيّته (في عنصر 2).

عنصر 1 - التّغرير من وجهة نظر فاعله

139 - تقديم - يستوجب التّغرير أن ينشأ عن أشخاص معيّنة تكون الفاعلة فيه(أ)؛ ويلتئم بجملة من الأفعال المستهجن إتيانها قانونا وأخلاقا (ب).

أين تستعمل عبارة التّزوير أيضا. وإذ يستعمل فقهاء القانون المدني عبارة التّدليس للتّدليل على التّغرير، فربّما لإبراز الجانب القصدي والمستهجن في التّغرير.

[46] حول التّغرير في القانون التّونسي، يراجع محمّد الزّين، العقد، الأرقام من 173 إلى 183؛ وكذلك علي رجب، التّغرير في إبرام العقود، مذكّرة مرحلة ثالثة، تونس 1990؛ محمّد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التّونسي، ص 52؛ وحول التّغرير في القانوني الفرنسي : J. GHESTIN, *Le contrat,* n° 549 et ss. et la bibliographie citée par cet auteur.

[47] يتحدّث الفقهاء في هذا الشّأن عن مثليّة عيب التّغرير إن صحّ التّعبير : La fongibilité des vices du consentement. يراجع على سبيل المثال في اعتماد التّغرير عوضا عن عيوب أخرى : Com. Franç. 15 janv. 2002, *JCP* éd. G. n° 37 / 11 sept. 2002, p. 1580.

أ) الأشخاص الفاعلة في التـــغرير

140 - قائمتها - يحدّدها الفصل 56 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود في قوله: "التـــغرير يوجب الفسخ إذا وقع (ت) من أحد الجانبين أو ممّن كان متواطئا معه مخاتلات أو كنايات... وكذلك حكم التـــغرير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به".

الأشخاص الفاعلة في التـــغيير هي، حينئذ: الطـــرف المتعاقد نفسه ونائبه ومن كان متعاقدا معه أو مع نائبه؛ وكذلك طرف أجنبي عن العقد، لا هو بالنّائب ولا هو بالمتواطئ، وإنّما من يستفيد المتعاقد بتغريره، شريطة أن يكون هذا الأخير على علم بتصرّفاته المستهجنة ولا يحرّك ساكنا.

ومع ما تتّسم به هذه القائمة من التّوسّع، فهي لا تشمل الشّخص الأجنبي الّذي يغرّر بأحد المتعاقدين، ولا يكون المستفيد به على علم بإتيانه؛ وهي وضعيّة نادرة لا محالة ولكنّها قد تحصل في الواقع...

ب) الأفعال الموجبة للتـــغرير

141 - نوعيّتها- تتمثّل الأفعال الموجبة للتّغرير حسب الفصل 56 المذكور في **مخاتلات (1) وكنايات (2)** يأتيها الفاعل.

1 - المخاتلات في التـــغرير

142 - مفهومها - يقصد بها الأفعال الإيجابية الـــتي يترتـــّب عنها تغليط المتعاقد[48].

---

[48] لنا في القانون الرّوماني مثالا عليها، في صاحب بحيرة، يريد أن يبيع حقّ الصّيد فيها، فيوهم المترشّح لشراء ذلك بوفرة السّمك فيها بشباك يملؤها حوتا من قبل. ويمكن أن نتوسّع في هذا المثال، إلى بائع الأصل التّجاري ممّن تراه يدلّس حسابات الأصل، موهما

2 - الكنايات في التـــغرير

143 - مفهومها - هي المواقف السّلبية الـــتّي يأتيها الفاعل ويترتـــب عنها إيقاع المتعاقد في غلط؛ وممّا تشمله، السّكوت المعروف بالكتمان التّغريري[49]، سواء كان من جانب طرف أو آخر[50]؛ ويؤدّي ذلك إلى إرساء واجب الإعلام السّابق للتـــعاقد كما سوف نرى.

عنصر 2 - التـــغرير من وجهة نظر ضحيّته

144 - نوعيّته وأثاره - يتنوّع التّغرير من وجهة نظر ضحيّته، كذلك (أ)؛ كما يختلف في أثاره أيضا؛ وهو ما يتأكّد بنظام دعواه، خاصّة (ب).

أ) نوعيـــّته

145 - التّغرير الأصلي والتّغرير في التّوابع (ويقال العرضيّ أيضا) - التّغرير نوعان : أصليّ وعرضي وهو التّغرير الّذي اصطلحت عليه النّصوص بالتّغرير في توابع العقد؛ وقع التّنصيص على التّفرقة بالفصل 56 السّالف الذّكر القائل : "التّغرير يوجب الفسخ... (إذا كانت المخاتلات

بأرباح خيالية، أو بتأجير أشخاص يتولّون الوفود عليه والقيام بشراءات مزعومة به، حال تقليبه من المترشّح لاقتنائه...

[49] أقرّت محكمة التـــعقيب (التّونسيّة) بالكتمان التّغريري على بائع سيّارة كان على علم بإجراء إصلاحات بسيّارة بأجهزتها تسبّبت في إخلالات كثيرة بها. وأثبت الإختبار أن الإنسان العادي لا يمكنه التـــفطّن لعيوبها. بحيث أن ما أدخل بها كان يرمي إلى التّغرير والتّدليس (قرار تعقيبي مدني عدد 136، مؤرّخ في 15 أكتوبر 1975، القضاء والتـــشريع لسنة 1976، الصفحة 178 وما بعد).

[50] وقع الأخذ بالكتمان التـــغرير لفـــائدة البائع (لا المشتري) الـــذي لم يقع إعلامه بالطّبيعة الجيولوجيّة الهامّة لمبيعه (Civ. 3ème 15 nov. 2000, *JCP* 3 avr. 2002, p. 665).

والكنايات) حملت الجانب الآخر على العقد. بحيث أنّه لم يتمّ إلاّ بها..."، وبما تضمّنه الفصل 57 من نفس المجلّة في قوله: "التّغرير الواقع في توابع العقد، إذا لم يكن هو السّبب الأصلي في التّعاقد، لا يوجب إلاّ تعويض الخسارة".

فما المقصود بهذا (1) ؟ وما المقصود بذاك (2) ؟

1 - التـــغرير الأصلي

146- شروطه – التّغرير الأصلي هو ما كان للتّعاقد أن يكون إلاّ به، سيّان أن يتمثـــّل في غلط مغتفر أو في غلط غير مغتفر. ولا يستثنى من ذلك إلاّ ما يعرف في المعاملات بالتـــّغرير الجائز (ويقال المحمود أيضا : *Dolus bonus*)[51]، وهو تغرير يتكوّن بالمديح المفرط من قِبل الباعة لبضاعتهم. وفيما عدا هذه الصّورة فإنّ التّغرير يؤدّي إلى الإبطال متى كان محتّما للتّعاقد، أي أن لولاه ما كان للمتعاقد أن يتعاقد. أمّا إذا كان غير محتّم للتّعاقد فينطبق عليه ما ينطبق على التّغرير في توابع العقد من الأحكام.

2 - التـــغرير في توابع العقد (التّغرير العرضي)

147 - شروطه وآثاره – وقع التّنصيص عليه بالفصل 57 من مجلّة الإلتزامات والعقود. وهو ما لا يؤدّي إلى الإبطال وإنّما إلى تعويض ما لحق بالمتعاقد من الخسارة بسببه فقط.

ويكون التّغرير في التّوابع إذا كان في عناصر غير أساسية في التّعاقد، كأن يتعلّق في عقد البيع بأجل التّسليم مثلا، إلاّ إذا كان العنصر المذكور ممّا اعتبر أساسيا (أصليّا يقول الفصل 57) من قِبل المتعاقد

---

[51] العبارة لاتينيّة، تفيد باعتماد التّغرير بالقانون الرّوماني. يتأكّد ذلك من وجود ما يدلّ على نقيضها بالقانون المذكور وهي عبارة *Dolus malus*

الضّحيّة[52] أو ممّا عدّ كذلك بالرّجوع إلى عرف المكان وعاداته... ويكون التّغرير في التّوابع مبطلا إذا ما تعلّق بعناصر أساسية في قيام العقد.

ب) آثار التّغرير

148 – علاقة الآثار بطبيعة التّغرير – تختلف أثار التّغرير باختلاف طبيعته؛ فهو عيب في الرضاء، وهو كذلك جنحة مدنيّة؛ ويترتّب عن الطّبيعة الأولى الحقّ للمتضرّر منه في رفع دعوى في إبطال العقد (على أساس الفصول 43 و 56 و57 بمجلّة الإلتزامات والعقود)؛ ويترتّب عن الثّانية، الحقّ له في رفع دعوى في تعويض ما ناله من المضرّة (طبقا للفصل 83 بنفس المجلّة)، فحسب. وإذا كانت كلّ من الطبيعيتين لا تثيران إشكالات فيما يتعلّق **بإثبات التّغرير (1)**، فإنّ من يريد القيام بهذه الدّعوى أو تلك قد تواجهه في التّطبيق جملة من **الإشكاليّات** يكون من المتّجه التّنبيه إليها واقتراح الحلول لها (2).

1 – إثبات التّغرير

149 – علاقة ذلك بطبيعته القانونيّة – التّغرير واقعة قانونيّة، يمكن إثباتها بجميع الوسائل القبولة شرعا. ويتوقّف مآل الدّعوى في ذلك على إثبات الوقائع المكوّنة له وما أحدثته من غلط في فكر الدّافع به. ويستوجب، للحكم بالإبطال لأجله، أن يثبت صاحبه طبيعته الأصلية. أمّا إذا كان تغريرا في التّوابع، فإن الحكم بالتّعويض لأجله يتطلّب إثبات الضّرر الحاصل منه.

---

[52] لا يشترط حسب رأينا أن يكون معاقده على علم بتلك الصّفة، لما يكتسيه التّغرير من طبيعة منبوذة قانونا.

2 – إشكاليـّات التـّداعي في التـّغرير

150 – نوعيّتها – لما كانت للتـّغرير طبيعتان، يمكن أن يترتـّب عنه إشكاليـّة تقادم من جهة، وخيـَرة من جهة أخرى.

151 – إشكاليّة التّقادم (الإختلاف في الآجال) – بما أنّ التّغرير عيب رضاء فإن مدّة القيام فيه تكون خلال عام من تاريخ الإطـّلاع عليه (طبقا للفصلين 330 و331 من مجلـّة الإلتزامات والعقود) على أن لا تتجاوز المدّة المقرّرة لرفع الدّعوى، الخمسة عشر عاما من تاريخ العقد (طبقا للفصل 334 من نفس المجلّة).

ولمّا كان التّغرير جنحة مدنيّة فإن النّصّ المنطبق يكون الفصل 115 من نفس المجلّة ونصّه : "يسقط القيام بغرم الخسارة النـّاشئة عن جنحة أو ما ينزل منزلتها بمضيّ ثلاثة أعوام من وقت حصول العلم للمعتدى عليه بالضّرر وبمن تسبّب فيه، وعلى كلّ حال تسقط الدّعوى المذكورة بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت حصول الضّرر".

ولا ريب في تقارب الفئتين من الفصول المتعلـّقة بسقوط كلّ دعوى من بعضهما، إذْ ينطلق كلاهما في احتساب مدّة التـّقادم من تاريخ العلم بالأفعال الموجبة للتـّداعي؛ ولكنّ الإختلاف في المدّة قد يجعل دعوى الإبطال منقضية بخلاف دعوى التـّعويض الـّتي تبقى مفتوحة بعد؛ فهل يحقّ للمتعاقد أن يقوم بهذه حال تقادم تلك؟ ترتبط الإجابة عن هذا التـّساؤل، بمدى استقلاليّة كل دعوى عن الأخرى... وهي تساؤلات يتوقـّف عنها الحقّ في الخيَرة بين الدّعويين أيضا.

152 – إشكاليّة الخيَرة – هل يمكن لضحيّة التّغرير، إذا ما كان لها الحقّ في رفع دعوىً في الإبطال وأخرى في التّعويض، أن يختار هذه أو تلك؟ وهل يمكن له أن يقتصر في قيامه على الإبطال من دون التـّعويض أو أن يقتصر على التّعويض من دون الإبطال؟

في اعتقادنا أن لا مانع من ذلك؛ ويمكن أن نجد أساسا للإختيار هنا في قاعدة الفصل 523 بمجلّة الإلتزامات والعقود القائلة: "من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد، فاختار إحداهما، لا يحمل على أنّه تنازل عن الأخرى"؛ ويمكن لهذا الرّأي أن يجد دعامة في موقف محكمة التّعقيب (بدوائرها المجتمعة) من إمكانيّة الإختيار بين دعويين من دعاوى المسؤوليّة المدنيّة، ولئن اختلفا في طبيعتهما فكانت إحداهما تقصيريّة والأخرى تعاقديّة[53]. فدعوى الإبطال مستقلّة عن دعوى التّعويض ودعوى التّعويض مستقلّة عن دعوى الإبطال[54]؛ ممّا يجيز القيام بهما معا أو منفصلين عن بعضهما ؛ وإذا ما اتّصل التّقادم بواحدة فلا مانع من القيام بالأخرى طالما أن الآجال ما زالت مفتوحة لذلك[55].

---

[53] قد تتوافر له (المتضرّر في حادث طريق) مستندات قانونيّة متعدّدة لطلب التّعويض كالمسؤوليّة من الخطإ الشّخصي والمسؤوليّة عن حفظ الشّيء والمسؤوليّة العقديّة للنّاقل، وهو حرّ في اختيار مستنده لطلب التّعويض وليس هناك أيّ نصّ قانوني يجعل من له حقّ طلب التّعويض على أساس الفصل 83 م ا ع ملزما باتّباع هذا المستند دون سواه" (هو القرار الصّادر عن الدّوائر المجتمعة تحت عدد 42398 بتاريخ 16 مارس 1995 (مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لسنة 1994-1995، نشر مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة بوزارة العدل).

[54] القول بخلاف ذلك يجعل الواحدة تابعة للأخرى في كلّ شيء بما في ذلك في التّقادم. وهو ما يتسبّب في إشكاليّات إضافيّة، من مصلحة النّظام القانوني تفاديها. كأن يقع التّساؤل عن أيّ من الدّعويين يكون متبوعا وأيّهما يكون تابعا. والقول بكون دعوى البطلان هي الأصل قد لا يجد مبرّرا في الواقع، إذا ما كانت قيمة التّقرير كسبب للمضرّة تتجاوز قيمته كعيب في الرّضاء.

[55] يعتمد في تحديد المحكمة المختصّة عن طبيعة الدّعوى فإذا كانت في الإبطال، كانت المحكمة الإبتدائيّة مختصّة، وإذا كانت في التّعويض حدّد مرجع النّظر بالقيمة المطلوبة. وإذا كانت في هذه وتلك كانت المحكمة الإبتدائيّة هي المختصّة، اعتبارا إلى أن أحد فروع الدّعوى غير معيّن...

فقرة 2 - واجب إعلام المتعاقد[56] L'obligation précontractuelle de renseignement

153 - واجب الإعلام في التّعاقد وواجب الإعلام السّابق للتّعاقد - يختلف واجب الإعلام في التّعاقد عن واجب الإعلام السّابق للتّعاقد؛ فالأوّل من الواجبات التّعاقدية الّتي تتضمّنها بعض العقود[57]؛ إذْ يكون أساس الواجب فيها العقد، ولئن كان القانون هو الذي ينصّ عليه ضمن ضبطه للنّظام المعيّن له؛ وهو كذلك من الواجبات التي تهمّ تنفيذ الإتّفاق، بخلاف واجب الإعلام السّابق للتّعاقد، حيث أنّه يهمّ الفترة السّابقة لقيام العقد،

---

[56] حول واجب الإعلام بوجه عامّ، 1) بالقانون التّونسي : يراجع محمّد الزّين، العقد، رقم 178؛ M. MAHFOUDH, « L'obligation d'information du médecin en droit privé tunisien », (à paraître dans *RTD*) و2) بالقانون الفرنسي، يراجع: M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignement dans les contrats », *RTD Civ.* 1945, pp. 1 et ss. ; C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignement dans les contrats », in *L'information en droit privé,* 1978, pp. 305 et ss. ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats Essai d'une théorie,* LGDJ 1992, Préface J. GHESTIN ; J. GHESTIN, *Le contrat,* n° 593 et ss. ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, Les obligations, n° 257 et ss. ; THUNIS, « L'obligation pré-contractuelle d'information », in *Mélanges CABRILLAC,* Litec 1999, pp. 313 et ss.

[57] ومن ذلك عقد الإجارة على الصّنع الّذي يتضمّن واجبا على المقاول بإعلام صاحب المشروع بما يترتّب عن استعمال بعض السّلع مثلا يمكن استخلاص هذا الواجب من القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرّخ في 31 جانفي 1994 والمتعلّق بالمسؤوليّة والمراقبة الفنّيّة في ميدان البناء الّذي يلزم في فصله الأوّل المقاول وغيره من المتدخّلين في البناء بالعيوب الّتي يعود مصدرها إلى الأرض نفسها. فإذا ما ذكّرنا بأنه فيّ جل الحالات فإن صاحب المشروع هو من يسلّم الأرض كذلك، فهذا يعني أن على المقاول أن يبحث في قابليّة الأرض للبناء المعتزم تشييده وفي إعلام صاحب المشروع بعدم قابليّته للغرض عند الإقتضاء. ومن الأمثلة على واجب الإعلام في التّعاقد كذلك، واجب المؤمّن (بالفتح) في إخطار المؤمّن (بالكسر) بما يطرأ له من الأحداث الّتي تؤدّي إلى الزّيادة في إلتزامات التّغطية

ويستمدّ أساسه من القانون بمفهومه الواسع، لا من إرادة الأطراف المتعاقدة[58]. وما يفرّق بين الواجبين كذلك، وأنّ الأوّل غايته التّنفيذ الحسن للعقد والثّاني غايته تحقيق الرّضاء السّليم وغير المشوب للأطراف المتعاقدة[59].

154 - إشكالية واجب الإعلام السّابق للتـــعاقد بالقانون التـــونسي - من التّساؤلات الّتي تطرح بالنّسبة الى واجب الإعلام السّابق للتّعاقد بالقانون التّونسي، إن كانت هناك معطيات تمكّن من **التـــأسيس** له (عنصر 1)؛ وإذا ما يقع الإقرار بذلك، فما هي مضامينه (عنصر 2).

عنصر 1 - أسس الواجب بالقانون التـــونسي

155 - تناقض بعض المعطيات - من المعطيات القانونيّة ما يثير التّردّد حول أخذ **القانون التـــونسي بواجب الإعلام** كواجب يترتـــّب عن عدم احترامه إبطال العقد في جميع الصّور (أ)؛ وهو ما يحتـــّم البحث عن حلّ لهذا الإشكال (ب).

أ) تردّد القانون التـــونسي في واجب الإعلام

156 - النّقاش - من الأسس ما **ينفي الأخذ بالإعلام كواجب سابق للتـــّعاقد في جميع العقود (1)**، ومنها ما **يدعّم** ذلك (2).

---

[58] من فوائد التـــّفرقة بين الواجبين، أنه بالإمكان في واجب الإعلام في التـــّعاقد أن يقع الإتفاق من الأطراف عن تخفيفه، وحتىّ عن إقصاء العمل به. ولما كان من الواجبات التـــّعاقدية فإن الإخلال به يرتّب الفسخ والتّعويض؛ بخلاف واجب الإعلام السّابق للتّعاقد ذي المصدر القانوني الّذي لا يمكن الإتّفاق على إقصائه؛ ويترتـــّب عن الإخلال به، لا الفسخ، وإنّما الإبطال.

[59] حول التـــّقسيم بين الواجبين، واعتماد المعيار الأخير في الذّكر للتـــّفرقة بينهما، يراجـــع : M. FABRE-MAGNAN, *Op. cit.*, n° 281 et ss., pp. 234 et ss.

1 – الأسس النّافية

157 – عرضها– من الأسس النّافية لواجب الإعلام السّابق للتّعاقد، مبدأ سلطان الإرادة نفسه؛ حيث يقتضي من كل متعاقد أن يحميَ نفسه بنفسه[60]، لا أن يعطي سلاحه لغيره[61]. وربّما وجد هذا الموقف مبرّرا في بعض الفصول القانونيّة الّتي تنفي الأخذ بالمسؤوليّة من جرّاء الإمتناع عن النّصح (الفصلان 88 و89 من م ا ع)، وفي عدم الأخذ به كواجب مستقلّ لذاته يمكن أن يترتّب عن الإخلال به إبطال العقد، طبقا للقاعدة القائلة بأن "لا بطلان بدون نصّ" ؟

ومع ذلك فإن هذا الموقف يمكن أن لا يحضى بالموافقة.

2 – الأسس المدعّمة

158– التّذكير ببعضها – أولى هذه الأسس، مبدأ سلطان الإرادة نفسه، وهو ما يقتضي أن تكون إرادة كل طرف واعية، وقصور عيوب الرّضاء التّقليديّة عن تحقيق الحماية بناء على ما يشهده نظامها من التّداخل مع مؤسّسات أخرى[62]. أمّا الفصلان 88 و89 المشار إليهما فيمكن القول بكونهما تقرّان ضمينا بهذا الواجب. ويضاف الى ذلك الفصل 56 من مجلّة

---

[60] ذلك هو الموقف التّقليدي بالقانون الفرنسي، يراجع : P. JOURDAIN, Le devoir de se renseigner, *D.* 1983, 139.

[61] يعبّر عن ذلك بمقولة ضاربة في القدم حول عقد البيع من أن على المشتري أن يكون فضوليّا (*Emptor debet esse curiosis* : L'acheteur doit être curieux) ; ROLAND et BOYER, *Adages du droit français,* 4ème éd., n° 110, p. 199.

[62] يراجع في هذا الصّدد مثلا : S. REZGUI, « Vice du consentement ou vice caché dans les cessions des droits sociaux » *RTD* 1994, pp. 117 et ss.

الإلتزامات والعقود في استعماله لمصطلح "الكنايات" والمقصود بذلك، كما رأينا، السّكوت كمظهر في التـــغرير[63].

ويمكن للرّأي القائل بأخذ القانون التـــونسي بواجب الإعلام كواجب ملزم ببعض العقود في الفترة السّابقة للتـــعاقد على الأقلّ، أن يتدعّم بعديد النّصوص القانونية الجديدة الـــتي توجب على بعض الأطراف أن تعلم معاقديها، لا سيّما ببعض الميادين (الإستهلاك، البعث العقّاري...)[64].

ولكن، إذا كان لهذا الموقف أن ينطبق في العقود الرّابطة بين الحرفيين وغيرهم ممّن لا تتوفـــر فيهم شروط الإختصاص، فمن العسير تعميمه في جميع العقود، لا سيّما ما يتّسم منها بالتكافؤ في القدرات الإقتصادية.

ب) اقتراح حلّ للتّناقض

159 - تلخيصه - لا تمنع المعطيات السّابقة من تعميم واجب الإعلام كواجب عامّ في جميع العقود، بقطع النّظر عن أطرافها. يمكن لهذا الموقف أن يجد سنده في عبارة "الكنايات" الواردة بالفصل 56 بمجلّة الإلتزامات والعقود والّتي تشمل السّكوت، كما أسلفنا. كما يمكن له أن يتدعّم بعديد النّصوص الأخرى الّتي تجعل من الأمانة واجبا عامّا في التّعاقد، وهو ما اقتضاه الفصل 243 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل بوجوب "الوفاء بالإلتزامات (لا العقود) مع تمام الأمانة..."[65].

---

[63] وكذلك الفصول المتعلّقة بضمان سلامة المبيع والّتي تعتبر البائع المحترف عالما بالعيوب الخفيّة بما يمنع عنه التّمسّك بآجال سقوط الحقّ بشأنها (الفصل 673 م ا ع).

[64] من ذلك الفصل 13 من القانون عدد 117 لسنة 1992، المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 والمتعلّق بحماية المستهلك في تجريمه الإشهار الكاذب (La publicité mensongère).

[65] يمكن كذلك الإعتماد على قاعدة القانون العموميّة موضوع الفصل 547 بمجلّة الإلتزامات والعقود القائلة : "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه، إلاّ

أمّا قاعدة "لا بطلان بدون نصّ"، فلا إشكال معها؛ إذ بالإمكان أن يؤخذ بواجب الإعلام السّابق للتـــعاقد، لا كواجب مستقلّ يؤدّي إلى الإبطال بذاته، وإنّما باعتباره تغريرا تغريرا كتمانيّا يقوم بكنايات مردّها سكوت عن معطيات لها أهمّيتها بالتـــعاقد؛ فيطرح، حينئذ، الإشكال عن مضامين هذا الواجب.

عنصر 2 - مضامين الواجب بالقانون التّونسي

160 - تقديم - إذا ما أقرّينا بإرساء الإعلام كواجب على المتعاقد في جميع وضعيّات التّعاقد، أصبح من المتأكّد أن يقع تحديد **مشمولاته (أ) ومتطلّباته (ب)؟**

أ) مشمولات الواجب

161 - الإخطار والإرشاد والنّصح - يشمل واجب الإعلام السّابق للتعاقد إخطار المتعاقد الآخر وإرشاده ونصحه.

فأمّا الإخطار، فيقتضي أن يقع لفت انتباهه إلى المخاطر المنجرّة عن التّعاقد، سواء ما يتعلّق منها بالشّيء المتعاقد فيه نفسه (كأن يتمثّل في دواء خطر)، أو النّتائج الإقتصادية للعمليّة التّعاقدية (كأن تكون مرهقة للمتعاقد بمصاريفها المضنية). وتختلف النّظم القانونية في هذا الشّأن، فيأخذ بعضها بواجب الإخطار ولو في الأخطار الإستثنائية، وهو موقف فقه القضاء الفرنسي، بالنّسبة الى واجب الطبيب بإعلام مريضه وإخطاره،[66] ومنها ما يتحرّز في ذلك[67]...

إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح". وهذا الفصل يرسي حسب رأينا مبدأ الآستوبيل الانقلوسكسوني التّطبيق.

[66] Civ. 1ère, 7 oct. 1998, *JCP* 1998, II, 10179, Conc. Jerry Sainte-Rose, note Sargos -Civ 1ère, 15 juili. 1999, *Juris-data* n° 1999-002923 - Civ. 1ère, 7 déc. 1999, *Jurisdata*, n° 1999-004485 - Civ. 1ère

وأمّا الإرشاد، فيقتضي من المتعاقد أن يتعرّف على ما يصبو إليه معاقده بتعاقده، وإرشاده الإرشاد الكفيل بتوجيه اختياراته[68]؛ ويعترض هذا النّوع من واجب الإعلام في عقود البيع الإستهلاكية، وفي عقود المقاولة...

وأمّا النّصح، فيتطلّب من المتعاقد أن يهديَ معاقده إلى الحلّ الأمثل في التـــعاقد. وهو ما يوجب على المتعاقد المذكور أن لا يأخذ بعين الإعتبار لمصالحه الخاصّة، بل ولمصالح معاقده بما يتماشى والغاية المرجوّة من تعاقده، وكلّ ذلك يؤدّي إلى التّغيير في فلسفة التّعاقد وفي طبيعة العلاقة التّعاقدية، لا كوسيلة في إرضاء أغراض أنانيّة، بل وفي وجوب التآخي بين المتعاقدين، اقتفاء بما يعتمد في مادّة الإشتراك. فلا مانع من الحديث هنا عن روح التّعاقد (*Jus contractus*) بمثل ما يقع الحديث هناك عن روح الإشتراك (*Jus fraternitatis*).

ب) متطلـــّبات الواجب

162 - الإستعلام للإعلام - واجب الإعلام السّابق للتّعاقد من الواجبات الثّقيلة[69]، فدعا ذلك بعضهم إلى التـــّخفيف من حدّته[70]. وفعلا لا

---

28 mars 2000, *Juris-data* n° 2000-001378 - Civ. 1ère, 10 mai 2000, *Juris-data*, n° 2000-001922.

[67] يراجع فصل محمّد محفوظ: « L'obligation d'information du médecin en droit privé tunisien », préc.

[68] حول مفهوم الإرشاد ومقتضياته، يراجع : B. DE SAINT-AFRIQUE, Du devoir de conseil, *Defrénois*, 1995, 913.

[69] من مظاهر الثّقل أنّ الحرفيّ لا يمكنه أن يتفصّى منها بإدّعاء الجهل، حيث أنّه ممّن ينبغي عليهم أن يعلم، بل ويعدّ عالما وعليه تسليم المعلومة إن كان من أهل التّخصص (قُضي « En sa qualité de professionnel de l'immobilier (l'agent immobilier) ne pouvait ignorer les désordres apparents qui, en l'espèce, affectaient l'immeuble vendu par son entremise » et que « dès lors, en omettant d'informer de l'existence de ceux-ci (les acheteurs) il a manqué à son devoir de conseil » Civ. 1ère, 18 avr.

يمكن لمدينه أن يدفع بجهله للمعطيات التي يُطالب بالإعلام بها، إذ عليه أن يستعلم بها لكي يعلم عنها، ولا يمكنه أن يتقصى منها بأيّ وجه من الوجوه، اللّهمّ خطأ معاقده (كأن يكون هذا الأخير قد قصّر في مدّه بالمعلومات الكفيلة بتحفــّزه للأمر، حتـــى يعلم معاقده على الوجه الملائم لحاجياته[71]...).

وممّا يثيره نفس الواجب من الإشكالات أيضا، إثبات تنفيذه. فهل على الدّائن أن يثبت إخلال المدين به؛ أم عليه أن يثبت أنّه وفّى به؟ طرح التــساؤل في واجب الإعلام المحمول على الطبيب، خاصّة. وممّا درج عليه التّعامل الحصول على وثيقة من المتعاقد تفيد بأنّه أعلم معاقده وتتضمّن اعتراف هذا الأخير بذلك[72].

مبحث 3 - عيب الإكراه LE VICE DE VIOLENCE

163 - تعريفه [73]- جاء بالفصل 50 بمجلّة الإلتزامات والعقود في تعريفه لهذا العيب بكون (أي "الإكراه) هو إجبار أحد بغير حقّ على أن يعمل عملا لم يرتضه".

---

[99] 1989, *Bull. civ.* I, n° 150, p. 99)؛ وهو موقف يمكن أن يتأسّس في القانون التــونسي على جملة من الفصول ومن ذلك الفصل 673 م ا ع.

[70] حول هذه المسألة، يراجع : Ph. LETOURNEAU, De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, *D.* 1987, chron. p. 101.

[71] قــضي : (« Celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant) (Civ. 1ère, 24 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 370, p. 291).

[72] يراجع محمّد محفوظ، المرجع السّابق.

[73] حول الإكراه في القانون التّونسي، يراجع محمّد الزّين، العقد، الأرقام من 184 إلى 193؛ وحول الإكراه في القانون الفرنسي، يراجع : A. RIEG, Violence, *Répertoire Droit civil,* 2ème éd. ; J. GHESTIN, *Le contrat,* n° 579 et ss. et la bibliographie citée par ce dernier.

ومع ما يتضمّنه الفصل المذكور من علاقة بين الإكراه والخوف فإنّ الشّعور المذكور لا يؤدّي إلى إبطال العقد المبرم تحت طائلته في جميع الحالات؛ وهو ما يربط بينه وبين **المشروعيّة (فقرة 1)**؛ ثمّ إن ما يؤدّي إلى الإبطال منه لا يكون إلاّ بتوفّر **شروط معيّنة (فقرة 2)**.

فقرة 1 - الإكراه والمشروعيّة

164 - الإكراه المشروع والإكراه اللاّمشروع - من الإكراه ما يكون مشروعا **(عنصر 1)** ومنه ما يكون **غير مشروع (عنصر 2)**.

عنصر 1 - الإكراه المشروع

165 - تعريفه - الإكراه المشروع هو ما لا يستهجنه القانون؛ فلا يؤدّي إلى إبطال العقد، ومن ذلك ما يتولّد عن التّهديد بالتّقاضي وعن الوقار والهيبة والجلال. ويعرف النّوع الأوّل منه، بالتّهديد بالمرافعة؛ وقع التّنصيص على استبعاده بمقتضى الفصل 52 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ: "الخوف المبني على التّهديد بالمرافعة لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطّرق القانونية لا يوجب الفسخ إلاّ إذا كان التّهديد ممّا يؤثّر في الشّخص المقصود به بالنّسبة الى حاله، حتّى اختطفت منه منافع بغير حقّ أو كان التّهديد مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل قبله"[74]. في حين يعرف النّوع الثّاني منه، بإكراه الحياء؛ وهو ما وقع التّنصيص عليه بالفصل 55 من نفس المجلّة القائل بأنّ

---

[74] قضي : "إن الخوف المبني على التّهديد بالمرافعة لدى الحاكم أو بغير ذلك من الطّرق القانونيّة لا يفسخ العقد، إلاّ بشرطين (المنصوص عليهما بالفصل 52 م ا ع أعلاه)" (تعقيبي مدني، عدد 1049، مؤرّخ في 3 أفريل 1962، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1962، صفحة 29).

"الخوف المترتّب عن الحياء لا يقتضي الفسخ إلاّ إذا صحبه تهديد قويّ وضرب"[75].

ويشترط في جميع صور الإكراه المشروع لكي يبقى كذلك، أن لا يكون الغرض منه غيرَ مشروع أو أن تكون وسائله غير مشروعة[76]؛ كأن يستعمل الدّائن طرقا لاستخلاص دين له بالفعل تنتقل به مطالبته (وبالتّالي ما يمكن أن يحدثه في غريمه من الخوف) من المشروعية إلى اللاّمشروعية[77].

عنصر 2 - الإكراه اللاّمشروع

166 - الإكراه المعدم للرّضاء والإكراه المبطل للرّضاء - الإكراه اللاّمشروع هو ما كان ممنوعا قانونا؛ منه ما يؤدّي إلى إعدام الرّضاء تماما، ويكون ذلك بما يكتسيه من الخطورة الـــتّي يزول بها عنصر الإختيار، كمن يجبر أحدا على إمضاء عقد بسلاح يؤجّهه عليه أو على أحد أقربائه...، وهي وضعية نادرة في الواقع، ولكنـــّها، ممّا يمكن أن يوجد في المعاملات...

---

[75] قـــُضي : "لا يعدّ إكراها تصريح الوالدين بتهديد أحد أبنائهما بفراقهما له إن هو لم يمض بعقد البيع المحرّر بواسطة عدلين" (تعقيبي مدني عدد 1059، مؤرّخ في 20 فيفري 1979، نشريّة محكمة التـــّعقيب لسنة 1979، جزء 1، صفحة 82).

[76] حول تطبيق الإكراه، يراجع : Civ. 3ème, 13 janv. 1999, *D.* 2000, n° 4, Jurisp. p. 76, avec une note intitulée « Violence, contrat et religion » de Ch. WILLMANN، تتعلّق وقائع هذه القضيّة ببيع امرأة لمنزلها لجمعيّة دينيّة وقد تولّت ذلك تحت الضّغط حيث كانت في وضعيّة نفسيّة عسيرة (مطلّقة ولها عدّة أبناء في حضانتها). وقد أقرّت محكمة التـــّعقيب -الفرنسيـــّة- في هذا القرار، قرارا صادرا عن محكمة استئناف يقضي بإبطال البيع اعتمادا على وقائع عنف حصل البعض منها بعد إبرام العقد.

[77] تلك وضعيّة الدّائن الّذي يعمد لاستخلاص دينه إلى تهديد المدين بالإعتداء عليه وعلى أقاربه...

ومن الإكراه المشروع أيضا، ما يترتّب عنه إشابة الرّضاء فحسب، وهو ما اهتمّت به النّظم القانونيّة عند التّنظير للعيب المذكور، لاسيّما ببيان الشـــروط الواجب توفّرها لكي يقع التّصريح بإبطال ما أُبرم على أساسه من الإتّفاقات.

فقرة 2 - شروط الإكراه

167 - تعدّدهـــا - تتعدّد شروط الإكراه المبطل للعقد؛ فمنها ما يهم فاعله (**مصادره : عنصر 1**)؛ ومنها ما يهمّ وقائعه (**مظاهره : عنصر 2**)؛ ومنها ما يهمّ ضحاياه (**عنصر 3**). ويخضع **نظامها** جميعا إلى أحكام معيّنة، سواء فيما يتعلـــّق بتقديرها أو بأحكام دعواها (**عنصر 4**).

عنصر 1 : مصادر الإكراه

168 - تعدادها - جاء بالفصل 53 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود أنّ "الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من المعاقد الـــّذي انجرّت له منفعة العقد". وتؤدّي هذه الصّياغة إلى التـــّوسّع في قائمة الأشخاص الذين يمكن الأخذ بتصرّفاتهم لكي يترتّب عن إتيانها خوف وإبطال. فهي لا تنحصر - كفي التـــّغرير- في شخص المتعاقد وشخص نائبه أو شخص من كان متواطئا مع هذا أو ذاك، بل وفي كلّ شخص ولو كان أجنبيّا عن التـــّعاقد. ولا يشترط في الإكراه أيضا -كما هي الحال في التـــّغرير أيضا- أن يكون المتعاقد قد علم بوقوعه، أو أنّه استفاد منه، وإنّما يعتـــدّ بمدى تأثير وقائعه في رضاء ضحيّته. وهو ما يوسّع في نطاق الإكراه مقارنة بغيره من عيوب الرضاء ويبرّر بتجاوزه من حيث خطورته لبقيّتها...

ويجمع الفقه على أنّ عبارة الفصل 53 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود يمكن أن تتـــّسع إلى حدّ الأخذ بما يتولـــّد في نفسيـــّة المتعاقد

المتضرّر من الخوف والرّيبة بسبب الظـّروف[78]؛ وتعرف هذه الوضعيّـة بحالة الضّرورة؛ ومن تطبيقاتها المثال التّقليدي للرّبّان الّذي كانت باخرته سوف توشك على الغرق، فقبل -مكرها- بالإتّفاق مع ربّان سفينة أُخرى إنقاذه، مقابل أن يتنازل له عن جزء (هامّ) من حُمولته[79]؛ فمثل هذا الإتـّفاق باطل، ولو أنّ المتعاقد لم يكن المنشىء للأفعال المكوّنة للإكراه (كما هي وضعيّة الرّبّان الثـّاني في المثال) ولكنـّه استغلـّها لحسابه[80].

---

[78] يبدو ذلك اتـّجاه فقه قضاء محكمة التـّعقيب أيضا، حيث جاء في أحد قراراتها ما يلي : "إذا ادّعى شخص أنّه باع في ظروف قهريّة إبّان انتشار التـّعاضد وطلب الفسخ من أجل الإكراه الحاصل في تلك الظـّروف، فإن طلبه هذا لا يكون مسموعا إلاّ متى وقع خلال السـّنة الموالية لوقفة التـّأمّل الواقعة بداية من غرّة سبتمبر 1969، وهو ما يعتبر بداية تاريخ زوال الإكراه وقيامه (أي المدّعي) بعد سنة من هذا التـّاريخ يجعل قيامه ساقطا، طبق الفصل 330 التزامات وعقود" (تعقيبي مدني عدد 231، مؤرّخ في 21 جوان 1976، نشريّة محكمة التـّعقيب لسنة 1976، جزء 2، صفحة 128). وما أقرّه القرار المذكور قبول الإكراه الواقع من الظـّروف، ولكنّ رفض سماع المدّعي كان لأسباب إجرائيّة، وهو عزوفه عن القيام خلال فترة العام الـّتي انتهي فيها نظام التـّعاضد.

[79] أضيف إلى هذا التّطبيق تطبيقات عدّة حصلت في فترة الحرب العالميّة الثـّانية من قبل يهود أجبروا على التـّفويت في أملاكهم أحيانا بمقابل بخس، وأحيانا بدون مقابل، من جرّاء تهديدهم برفع أمرهم الى السـّلطة الفرنسيّة (المؤتمرة بأوامر الحكم النـّازي والنّازيين آنذاك) حتـّى لا يقع أخذهم إلى ألمانيا وقتلهم (أو حرقهم) هناك. كما أمكن لفقه القضاء الفرنسي أيضا أن يبطل عقود أبرمت مع جرّاحين استغلـّوا حالة المريض في فرض أجور غاية في الشـّطط... (Req. 27 avr. 1887, *D.* 1988, 1, 263 ; *S.* 1887, 1, 372).

[80] تدخّل المشرّع في هذه الوضعيّة، لا لإبطال العقود المبرمة من المنقذين، بل لتعديلها، وقد كان ذلك بالفصل 250 من مجلـّة التّجارة البحريّة في تنصيصه "يجوز للحاكم تعديل كلّ اتّفاق متعلّق بالمساعدة والإنقاذ أبرم وقت الخطر وتحت تأثيره إن رأى أن الشـّروط المتـّفق عليها غير عادلة وذلك بناء على طلب أحد المتعاقدين (فقرة 1) ويجوز للحاكم في جميع الأحوال أن يعدّل الإتّفاق بطلب ممّن له مصلحة في ذلك إن ثبت أنّ رضى أحد

169- ظرف الإستغلال، إشكالياته - يمكن أن يندرج ضمن حالات الضّرورة كذلك، أن يستغلّ طرف ظروف غريمه الذّاتية، كضعف عقله أوجنونه أوحاجته الماسّة إلى المال... ويشكّل ذلك ما يصطلح عليه قانونا بظرف الإستغلال. فهل يمكن القول بأخذ القانون التّونسي بهذا العيب؟

يبدو فقه القضاء رافضا لحدّ الآن لذلك[81]. ولكن لا يستبعد أن يتغيّر هذا الموقف بناء على المعطيات التّالية:

أوّلا : تكاثر النّصوص القانونية التي تمنع على الأشخاص من أن تستغلّ الوضعيّة الدّنيا لأطراف أخرى. وأوّل ما يمكن أن يذكر بهذا الصّدد، الفصل 1103 من مجلّة الإلتزامات والعقود المتعلّق بعقد القرض بالفائض[82]؛ ويضاف اليه الفصل 50 من القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرّخ في 2 جوان 1998 والمتعلّق بطرق البيع والإشهار

الطّرفين معيب بسبب التّغرير أو إخفاء الحقيقة أو أنّ الأجر مبالغ فيه زيادة أو نقصا بحيث لا يتناسب مع الخدمات المقدّمة (فقرة 2)".

[81] ربّما أمكن استشفاف ذلك من جملة من القرارات. ومن ذلك مثلا، القرار التّعقيبي المدني عدد 7212 الصّادر بتاريخ 14 ديسمبر 1954 (قضاء وتشريع 1960، عدد 8، ص. 154) وجاء فيه : "الفصل 51 من م ا ع اشترط عدّة أركان لإثبات الإكراه ولم يكن من بينها الإكراه الأدبي لبساطة العقل زيادة على أن تقدير درجة الإكراه يرجع إلى ما لحاكم الأصل من الحقّ في ذلك بدون أن يكون لمجلس التّعقيب حقّ المناقشة فيه".

[82] جاء بالفصل 1103 من م ا ع ما يلي : "من اغتنم اضطرار غيره أو ضعف إدراكه أو عدم معرفته الأحوال فأقرضه مالا أو جدّد له أجلا بفائض وغيره من المنافع التي تتجاوز القدر المعتاد وقيمة مصلحة المقترض حسب الأماكن وظروف الأحوال بمقدار معتبر يطالب لدى المحاكم الجنائية. ومن الجائز إبطال الإتفاقات والشّروط المحرّرة على خلاف ما يقتضيه هذا الفصل ولو بغير طلب المدين وحطّ الفائض المشترط ورجوع المدين بما أدّاه زائدا على القدر الّذي يعيّنه المجلس للفائض وإذا تعدّدت أرباب الدّين كانت مطالبتهم بالخيار".

التّجاري[83]؛ والفصل 50 من القانون عدد 83 لسنة 2000، المؤرّخ في 9 أوت 2000، والمتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونية الّذي تضمّن نفس العبارات[84]، وكلاهما يذكّر بالفصل 301 من المجلّة الجنائيّة[85]؛ وتثير جميعها (هذه الفصول)، إمكانيّة الإعتماد على نصوص جنائيّة قصد إرساء مؤسّسات مدنيّة[86].

ثانيا : اعتبار ظرف الإستغلال الذي ترسيه النّصوص السّالفة الذّكر، لا عيبا خاصّا بالعقود المعنيّة بالأمر فحسب (عقد القرض، عقد البيع

---

[83] جاء بالفصل 50 من القانون عدد 40 لسنة 1998 ما يلي : "يعاقب كل من استغلّ ضعف أو جهل شخص في إطار عمليّات البيع خارج المحلاّت التّجارية يدفعه للإلتزام حاضرا أو آجلا، بأي شكل من الأشكال، بخطيّة ماليّة تتراوح بين 1000 و20000 دينار. وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أنّ هذا الشّخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهّداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالإلتزام أو إذا ثبت أنّه كان تحت الضّغط، مع مراعاة أحكام المجلّة الجنائية".

[84] جاء بالفصل 50 من القانون عدد 83 لسنة 2000، ما يلي: "يعاقب كل من استغلّ ضعف أو جهل شخص في إطار عمليّات البيع خارج المحلاّت التّجارية يدفعه للإلتزام حاضرا أو آجلا، بأي شكل من الأشكال، بخطيّة ماليّة تتراوح بين 1000 و20000 دينار. وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أنّ هذا الشّخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهّداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالإلتزام أو إذا ثبت أنّه كان تحت الضّغط، مع مراعاة أحكام المجلّة الجنائية".

[85] جاء بالفصل 301 من المجلّة الجنائيّة ما يلي : "يعاقب بالسّجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطيّة قدرها فرنكات 5000، كلّ من انتهز فرصة قلّة تجربة شخص ليس له حقّ التّصرّف في أمواله أو استغلّ طيش أو حاجيات ذلك الشّخص فحمله على الإمضاء على رقعة ماليّة أو غيرها من الصّكوك المقيّدة لأملاكه (فقرة 1). يرفع العقاب لخمسة أعوام سجنا ولفرنكات 10000 خطيّة إذا كان المعتدى عليه موضوعا تحت رقابة أو سلطة المعتدي (فقرة 2). والمحاولة تستوجب العقاب (فقرة 3).".

[86] ممّا يعوق في ذلك، مبدإ استقلاليّة القانون الجنائي، حول المبدإ المذكور، يراجع : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal,* Etudes de droit criminel sous la direction de G. STEFANI, LGDJ 1956.

المنزلي، عقد الإتّجار الإلكتروني)، بل وممكنا بكلّ العقود كذلك، فتكون القاعدة بوجوب إقصاء الإستغلال في جميعها من قبيل قواعد القانون العموميـــّة، لا من قبيل القواعد الخصوصيّة...

وفي اعتقادنا أن لا مانع من التـــّعميم لجملة من الأسباب. ومن ذلك، أن قواعد القانون العمومية لها طبيعة ذكرية، لا حصريّة[87]؛ وأنّ ما تُرسَى به أيضا، طريقة التّعميم[88]. أمّا الهاجس من تدخّل القضاء وإفراطه في تحريف محتوى العقد... فلا ينبغي أن يبالغ فيه، اعتبارا إلى ما يتضمّنه النّظام الإجرائي -التّونسي- من الضّمانات (حقّ المواجهة، الطّعون، مراقبة المحاكم العليا...)[89]، وخاصّة مع ما اقتضاه الفصل 53 من مجلّة الإلتزامات والعقود في توسعة قائمة الظّروف الّتي يمكن على أساسها اعتبار حالات الإكراه؛ ثمّ الطريقة الذّاتية الـــّتي تعتمدها نفس المجلـــّة في تقدير عيوب الرّضاء عامّة وعيب الإكراه خاصّة...

عنصر 2 : مظاهر الإكراه

170- الإكراه المادّي والإكراه المعنوي - الإكراه نوعان: مادّي ومعنوي. فأمّا المادّي فيكون باستعمال العنف. وأمّا المعنوي فيكون باستعمال ضغوطات تؤدّي بطرف إلى التـــّعاقد، وما كان ليتعاقد لولاها.

يمكن استنتاج هذين النـــّوعين في الإكراه من الفصل 51 بمجلـــّة الإلتزامات والعقود القائل: "لا يكون الإكراه موجبا للفسخ إلاّ في الصّور

---

[87] يتأيّد ذلك بعنوان الفرع الثّاني من الباب الثّاني من المقالة الثّانية من الكتاب الأوّل بمجلّة الإلتزامات والعقود والـــّذي هو "في بعض قواعد عامّة تتعلـــّق بالقانون" (حول هذه المسألة، تراجع مؤلّفات المدخل العامّ لدراسة القانون).

[88] حول طرق إرساء قواعد القانون العموميّة أيضا، تراجع مؤلّفات المدخل لدراسة القانون.

[89] حول هذه الضّمانات، تراجع مؤلّفات الإجراءات المدنيّة والتّجاريّة.

الآتية: ... – ثانيا : إذا كان الإكراه من شأنه إحداث ألم ببدن المكره، أو اضطراب معنوي له بال في نفسه، أو خوف عليها، أو على عَرضه، أو ماله، من ضرر فادح بالنّسبة الى سنّه، وكونه ذكرا أو أُنثى، ومقامه بين النّاس، ودرجة تأثّره".

ومن الفقرة المذكورة للفصل 51 المذكّر به، تتحدّد معالم ما يستوجبه الإكراه من الشّروط بالنّسبة الى ضحيّته، أو ضحاياه حتّى يترتّب عنه إبطال العقد.

عنصر 3 : ضحايا الإكراه

171 – **الإكراه المباشر والإكراه غير المباشر: تحديد الإشكال** – أنْ ينصبّ الإكراه الموجب للإبطال على شخص المعاقد، فذلك ما لا نزاع فيه؛ وأمّا أن ينصبّ على شخص آخر، فهو ما يثير النّقاش حول الأخذ به. وإذْ يطرح هذا التّساؤل، فلكون الفصل 54 من مجلّة الإلتزامات والعقود يقتضي بأنّ "الإكراه يوجب فسخ العقد وإن وقع على من له قرابة قويّة مع المعاقد المكره على العقد".

ومع ما يتوسّع فيه نصّ الفصل المذكور إلى حدّ الأخذ بالإكراه المتولّد من تسلّط "الجاني" على أشخاص أخرى من دون المتعاقد، فإن عبارة "قرابة قويّة" الواردة بالنّصّ العربي لا تخلو من الغموض الدّاعي للتّأويل، بما ينعكس على نطاقها: فهل يمكن التّوسّع في العبارة المذكورة إلى ما يتجاوز نطاق الأبوين والأبناء والأشقّاء والشّقيقات والزوجة، كما توحي به الصّياغة الفرنسيّة لنفس الفصل (54 م ا ع)[90] ؟ وممّا هو حكم الأفعال

---

[90] جاء في الصّياغة الفرنسيّة للفصل 54 من مجلّة الإلتزامات والعقود ما يلي : " La violence donne ouverture à la rescision, même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement *liée par le sang*".

الموجبة لإكراه يستهدف صديقا حميما، أو خطيبة عزيزة... أو عشيقة، يهيم بها المتعاقد إلى حدّ الولع ؟ وهل يتحتّم نفس الحكم لو أنّ الإكراه يتعلّق بزوجة يعيش معها المتعاقد في خلاف دائم ؟؟؟ بعبارة أخرى، هل تتدخّل الأخلاق الحميدة في تحديد قائمة من تستهدفهم الأفعال الموجبة للإكراه، أم أنّه يعتدّ في ذلك بما أحدثته الأفعال اللاّمشروعة بنفسيّة الضّحيّة، بقطع النّظر عن مشروعيّة الإعتبارات الأخري من عدمها ؟؟؟

172 – اقتراح حلّ للإشكال – لا تمنع الصّياغة الفضفاضة للفصل 54 السّالفة الذّكر حسب رأينا من اعتبار الوضعيّة النّفسيّة للمتعاقد الضّحيّة، متى اتّضح وأنّ وقع الإكراه عليها قد حتّم تعاقده بالفعل؛ فالإكراه المتولّد عن وقائع تستهدف خطيبة قد يكون وقعها أكثر في نفسيّة المتعاقد من إكراه مزعوم يتسلّط عن زوجة فترت العلاقة معها بحكم ما يعيشه طرفاها من كره دفين وخلافات مستفحلة... وهو ما يتأيّد بتنصيصات الفصل 51 من مجلّة الإلتزامات والعقود في أخذه بطريقة التّقدير الذّاتيّة (Méthode d'interprétation *in concreto*) الّتي تعتد بجملة من المعطيات يقع على أساسها تقدير الإكراه، ومن ذلك: سنّ المتعاقد، وجنسه، ومقامه بين النّاس ودرجة تأثّره، ومن اشتراطه (نفس الفصل) أن يكون الإكراه ملجئا.

عنصر 4 : نظام الإكراه

173 – شرط الإلجاء – يشترط في الإكراه أن يكون ملجئا، أي لولاه ما كان لضحيّته أن يتعاقد[91]؛ يتحتّم هذا الشّرط بما اقتضاه الفصل 51 (أوّلا) من مجلّة الإلتزامات والعقود المذكّر به أعلاه في تنصيصه : "لا يكون الإكراه موجبا لفسخ العقد إلاّ في الصّور الآتية: أوّلا: إذا كان الإكراه

---

[91] يذكّر شرط الإلجاء في عيب الإكراه بشرطي الحتميّة في عيب الغلط، والأصليّة في عيب التغرير.

هو السّبب الملجئ للعقد...". ويحتـــّم الشرط المذكور جملة من المعطيات الـــّتي لها علاقة بأحكام الإكراه، لاسيّما في نظام دعواه.

174 - نظام الدّعوى في الإكراه (إثباته؛ تقديره؛ آجال القيام به؛ ونتائجه ودعواه) - الإكراه واقعة قانوينة، يمكن إثباتها بجميع الوسائل. وعلى ضحيّـــته أن يثبت وقع أفعاله على نفسيته وصبغته الإلجائية. وعلى القضاء أن يعتمد في تقدير ذلك على الطـــّريقة الذّاتية (Méthode d'appréciation *in concreto*)، كما أسلفنا...

وتخضع دعوى الإبطال في الإكراه إلى أجل العام. ولكنّ ذلك يكون بداية من يوم زواله (الفصلان 330 و331 م ا ع)، بخلاف الدّفع الباقي إلى ما بعد انقضاء آجال القيام القانونية (الفصل 335 م ا ع). ويمكن لضحية الإكراه أيضا أن تتحصّل -إضافة إلى إبطال عقدها- على تعويض ما نالها من أضرار ماديّـــّة ومعنوية. ولها كذلك أن تقتصر في التـــّداعي على ما يمكـــّنها من تعويض الضّرر مع الإبقاء على العقد، طبقا لقاعدة القانون العمومية: "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل" (الفصل 550 م ا ع). وإذا ما يُـــتوسّع في نتائج الإكراه مقارنة بالغلط، فلكون الإكراه جنحة، يتـــّجه مكافحة ما يترتـــّب عنها من إخلالات تتجاوز حدّ المتعاقد، لكي تشمل المجموعة ككل[92].

---

[92] ترفع دعوى الإبطال أمام المحكمة الإبتدائيـــّة باعتبارها من الدّعاوى غير المقدّرة، بخلاف دعوى التـــّعويض الـــّتي تتحدّد بالمبلغ المطلوب. وإذا كانت الدّعوى في الإبطال والتـــّعويض معا فإنها تكون من اختصاص المحكمة الإبتدائيّة... وفي كلّ ذلك تقارب مع عيب التـــّغرير واتـــّحاد مع ما يرتـــّبه هذا من الآثار كما رأينا.

مبحث 4 – الغـــــبـــن LA LESION [93]

175 – تعريفه – الغـَبن اختلال في التـّوازن بين مساهمات الأطراف، يعلق بالعقد حال قيامه، لا أثناء تنفيذه[94]، ويتجسّم في فارق محدّد بين قيمة الشّيء المتعاقد فيه واقعا، والقيمة المعيّنة له اتـّفاقا[95]. ويختلف إتيانه من زمن لآخر، فهو يتراجع في الفترات التّي يقع فيها اعتماد نظام الأسعار المحدّدة من السّلطات الإقتصاديّة، وهو يتنامى –أو يُدعى إلى التّنامي– في غيرها من الفترات الّتي يُعمل فيها بنظام الحريّة في الأسعار... وتتطلـّب خصوصيّاته بالقانون التـّونسي، الوقوف عند محتواه (في فقرة 1) ونظام دعواه (في فقرة 2).

فقرة 1 – محتوى الغـَبن

176 – تقديم – من النـّظم القانونية ما يعتبر الغـَبن كعيب خاصّ ببعض العقود فحسب، ولبعض الأطراف فقط؛ وذاك شأن النـّظام الفرنسي

---

[93] هناك من يستعمل المصطلح الضمّ (الغُبن)؛ وهناك من يستعمله بالفتح (الغَبن). وهو ما اعتمدناه في هذا المؤلّف، اقتفاء بموقف الأستاذ عبداللّه الأحمدي في مؤلّفه "البيع".

[94] إذا ما يحصل الإختلال أثناء التـّنفيذ، فإن المسألة لن تهمّ الغبن، وإنّما مؤسّسة الظّروف الطـّارئة (« Vice de formation, la lésion suppose un déséquilibre origine. Si l'équilibre du contrat n'était rompu qu'ultérieurement par suite de circonstances imprévues qui viendraient rendre plus onéreuse l'exécution de l'obligation d'une des parties, il y aurait non plus lésion mais imprévision » -F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 302).

[95] حول الغَبن في القانون التّونسي، يراجع محمّد الزّين، العقد، رقم 182؛ وكذلك يوسف الكناني : « La lésion est-elle une entité juridique autonome ? », *RTD* 1978, pp. 41 et ss.؛ وكذلك هشام القرفي : الغبن في القانون التّونسي، مذكّرة مرحلة ثالثة، كلّيّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس، سنة 1999.

خاصّة[96]، حيث وقع التّنصيص عليه -هناك- في حالات ذكرت على سبيل الحصر ببعض النّصوص القانونيّة فحسب، ولفائدة بعض الأطراف فقط[97]. وإذْ برّر التّحرّز من الغَبن بالقانون المذكور، فبالخشية من انخرام الأمن التّعاقدي، بالخصوص[98]؛ وهذا الموقف يواجه انتقادا، اليومَ، بسبب ما تطمح إليه النّظم القانونيّة من تحقيق للعدالة في المعاملات عموما[99]؛ وربّما برّر تكاثر التدخّلات من قِبل المشرّع الفرنسي في الأخذ بالغَبن، وتولّي

---

[96] حول الغبن بالقانون الفرنسي، يراجع: SCHINDLER-VIGUIE, *La notion de juste prix en droit positif français,* thèse Paris II, (multigr), 1993, n° 361 et ss. ; L. FING-LANGER, *L'équilibre contractuel,* thèse Orléans, éd. 2002.

[97] جاء بالفصل 1108 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة ما يلي: « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes ». ومن الحالات الّتي يمكن فيها إبطال الإتّفاقات للغَبن، عقد المقاسمة (بالفصل 887 فقرة 2 مجلّة مدنيّة)، وعقد البيع لفائدة البائع فقط (الفصل 1674 م م ف)، وعقد شراء الأسمدة لفائدة المشتري فحسب (بقانون 8 جويلية 1907)؛ (حول صور الغبن بالقانون الفرنسي، يراجع : A. BENABENT, *Les obligations,* 5è éd., Montchrestien 2000).

[98] جاء على لسان أحدهم في تبرير ذلك ما يلي : « La nullité pour lésion, eu égard à la difficulté d'une mesure objective des valeurs, encouragerait tous les retournements, saperait la confiance dans les contrats conclus, multiplierait les procès et poserait au juge des problèmes insolubles » (H. BATIFFOL, *Philosophie du droit*, Ed. PUF, Collec. « Que sais-je ? », 4ème éd., 1970, p. 108).

[99] بدأ هذا الموقف مع فقهاء تأثّروا بالفكرين الدّيني والإشتراكي؛ الدّيني، حيث أن من دعا تاريخيا إلى الغبن الكنسيّون، والإشتراكي، حيث أنّهم من دعوا إلى اعتماد عدالة في التطبيق، لا في المجرّد. وعلى أيّة حال فمن الفقهاء ممّن دعوا إلى توسيع رقعة الغَبن، SALEILLES بفرنسا (يراجع مؤلّف الفقيه المذكور: De la déclaration de la volonté, 1901, p. 108, où l'auteur écrit en substance que le droit doit tendre de plus en plus « à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat »)؛ يراجع في نفس الإتّجاه : D. MAZEAUD, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *Petites affiches,* 1998, n° 117, p. 12 ; S. PECH-LE GAC, *La proportionnalité en droit privé : les contrats,* thèse Paris XI, éd. 2000.

القاضي تعديل الإلتزامات التـّعاقدية أحيانا والإضافة إليها أحيانا أخرى[100]، بما سمح لبعضهم بأن يتساءل عمّا كان ذلك لا يؤدّي إلى انقلاب الأوضاع، فيصبح ما كان من قبيل المبدإ (رفض التّدخّل في شؤون العقد) استثناءً، وما كان من قبيل الإستثناء (إجازة التّدخّل فيه) مبدأ...[101].

ولا ريب في تضمّن القانون التّونسي لتنصيصات خاصّة بالغَبن، ومن ذلك ما اقتضاه الفصلان 125 فقرة 2 و126 من مجلـّة الحقوق العينيّة؛ ولكنّ ما يميّز القانون المذكور عن نظيره الفرنسي، تخصيص الغـَبن بأحكام عامّة[102] يتضمّنها الفصلان 60 و61 بمجلـّة الإلتزامات والعقود. وهي أحكام تجعل من الغَبن، لا عيبا خاصّا بعقد من العقود أو بمتعاقد من المتعاقدين فحسب (كما هي الحال بالقانون الفرنسي)، وإنّما ممكن الوجود في جميع عقود العوض[103]، عدا الإحتمال منها[104]، وهو ما يوسّع في نطاقه مقارنة بنظيره الفرنسي.

---

100 يتّضح ذلك من الأحكام القضائيّة الّتي يسمح القضاء لنفسه فيها بمراجعة أجور المتدّخلين في عديد العقود (الوكالة والمقاولة وغيرهما) (حول هذه الأحكام، يراجع: TERRE, SIMLER et LEQUETTE، نبذة 311.

101 يراجع في هذا المعني السّادة: TERRE, SIMLER et LEQUETTE في قولهم: "
Très restreinte dans le code civil, la liste des contrats susceptibles d'être rescindés pour cause de lésion s'est sensiblement allongée sous l'action du législateur et plus encore de la jurisprudence, au point qu'il est permis de se demander si, à terme, ce n'est pas le principe lui-même qui risque d'être remis en cause (Les obligations, n° 308)."

102 خلافا للقانون الفرنسي الّذي اعتمد الغَبن في بعض العقود، وبمناسبة تنظيم هذه الأخيرة، يراجع : A. BENABENT، المرجع السّابق، و *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5ème éd., Montchrestien, 2001, n° 38 et ss. (pour la vente), n° 278 (pour la dation en paiement), n° 275 (pour l'échange).

103 لا مكان للغبن في عقود التّبرّع، حيث أنّ الإختلال هنا هو ممّا رغب فيه، وهو هبة، لا مجال لإعمال الغَبن في شأنها. ولكن ذلك يتطلّب التـّأكّد في نيّة التـّبرّع.

ومع ذلك فلا يتوسّع القانون التـــونسي في قبول الغـــَبن بما يفتح الباب على مصراعيه أمامه، كما هي الحال في قوانين أخرى[105]، إذ يعتمد في ذلك على **نوعيّته: أي نوعيّة الغبن (عنصر 1)**؛ ثمّ إنّ ما يرتـــّب الإبطال منه يكون خاضعا لشرط معيـــّن هو من أصل عيبه، وهو **شرط الإختلال** بين المساهمات التـــّعاقديّة **(عنصر 2)**.

عنصر 1 - حالات الغـــَبن

177 - حالتان تؤثـــّران في طبيعته - الغـــَبن بالقانون التـــّونسي حالتان: يكون في الأولى **عيبا تابعا**، لا أثر له بنفسه (أ)؛ ويكون في الثانية، سببا **مستـــقـــلاّ**، يبطل العقد لذاته (ب).

أ) الغبن عيب تابع

178 - تحديده - ذاك شأن الغـــَبن في العقود التي تكون أطرافها رشداء؛ وقع التـــّنصيص على نوعيّته تلك بالفصل 60 من مجلـــّة الإلتزامات والعقود القائل "الغبن لا يفسخ العقد إلاّ إذا تسبب عن تغرير العاقد الآخر أو من نائبه أو ممّن نابه في العقد، عدا ما استثني بالفصل الآتي (الفصل 61 م ا ع)". فالغبن في هذه الصّورة لا يكون موجبا للإبطال إلاّ متى اصطحبه تغرير. فيستوعب هذا ذاك. بخلاف حالة الفصل 61

---

[104] عملا بالمقولة القائلة بكون الإحتمال يطرد الغَبن (L'aléa chasse la lésion). ومن تطبيقات ذلك بالقانون التـــّونسي ما اقتضاه الفصل 1473 م ا ع في تنصيصه "لا يسوغ القيام بفساد الصّلح لجهل في أصل الحكم. كما لا يسوغ القيام بالغبن، إلاّ إذا كان هناك تغرير".

[105] ذاك شأن القانونين الألماني والسّويسرى. فالفصلان 183 من المجلـــّة المدنيّة الألمانيّة و28 من مجلّة الإلتزامات السّويسريّة يتضمّنان قاعدة عامّة مفادها: قبول البطلان لغبن ناشىء عن اختلال واضح في المساهمات، إذا ما حصل ذلك بسبب استغلال ظروف الطّرف المقابل، أو اندفاعه، أو قلّة خبرته.

السّالف الذكر الّتي تجعل منه (أي من الغَبن) عيبا مستقلاّ بذاته، حيث يمكن أن يقع العمل به بقطع النّظر عن اصطحاب تغرير له من عدمه[106].

ب) الغــَبن عيب مستقلّ

179 - تحديده - وقع التّنصيص على صورته بمقتضى الفصل 61 من مجلــّة الإلتزامات والعقود في قوله: "الغــَبن يفسخ العقد إذا كان المغبون صغيرا أو ليس له أهلية التّصرّف، ولو كان العقد بحضرة وليّه أو من هو لنظره على الصّورة المرغوبة قانونا ولو لم يقع تغرير من معاقده الآخر...".

فلا حاجة للغــَبن، في العقود الــّتي يكون أحد أطرافها قاصرا عن سنّ الرّشد أو محجورا عليه، حتــّى يرتّب إبطال العقد، أن يصطحبه تغرير، وهو ما يعطي الغَبن في هذه الصّورة، طبيعة مستقلــّة، موضوعيّة إن صحّ التّعبير[107].

ولمّا كان الغَبن اختلالا في المساهمات التّعاقديّة، فإن ذلك مدعاة للتّوقّف عند حجمه.

---

[106] من الفقهاء من لا يشاطر هذا الرّأي. ومن هؤلاء الأستاذ محمّد بقبق الّذي يرى أن الغَبن عيب مستقلّ بذاته، وأنّ قراءة الفصل 60 بموروث القانون الفرنسي هو الّذي يجعل الغَبن عيبا مقترنا بالتّغرير. ويبرّر الأستاذ بقبق موقفه هذا بكون عبارة التّغرير الواردة بالفصل المذكور لا يقصد بها التّغرير كعيب من عيوب الرّضاء وإنّما الخطأ المتعمّد، مثلما وقع التّنصيص عليه في أكثر من موضع بمجلــّة الإلتزامات والعقود، ومن ذلك الفصلان 107 و278 بالمجلــّة المذكورة. يكفي حسب هذا الطّرح أن يقع الإختلال في المساهمات بسبب خطإ المتعاقد حتّى يلتئم الغبن (حول هذا الموقف، تراجع أطروحة الأستاذ محمّد بقبق : *De la déclaration de volonté comme source d'obligation dans le code des obligations et des contrats*, Tunis 1, 1993-1994.

[107] يراجع فصل الأستاذ يوسف الكناني، المذكور أعلاه.

عنصر 2 - الإختلال في الغَـبن

180 - حجمه - جاء بالفصل 61 أخيرا من مجلّـة الإلتزامات والعقود: "الغـَبن في هذه الصّورة (أي صورة عقود القصّر) هو ما إذا كان الفرق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة المذكورة بالعقد أكثر من الثّلث".

وممّا يثيره نظام الغـَبن، هنا، إن كان شرط الفارق، ينطبق في عقود الرّشداء كذلك؟ وإذْ يطرح هذا التّساؤل، فلكون الفصل 60 أعلاه لم يحدّد حجم الإختلال. يمكن في الإجابة على هذا الإشكال أن نفكّر في إجابتين : الأولى : تقتصر على فارق الثّلث بالنسبة الى عقود القصّر فقط، اعتبارا إلى أنّ المشرّع لم يذكره في الفصل 60 في عقود الرّشداء؛ الثّـانية : توسّع في اشتراط نفس الفارق إلى عقود الرّشداء أيضا، طبقا لقواعد القياس، لاسيّما ما يكون منه من باب أولى، قولا أنّه : إذا ما اشترط المشرّع فارق الثّـلث بالنّـسبة الى القصّر، فمن باب أولى أن يشترطه في عقود الرّشداء، اعتبارا إلى أنّ أولائك أجدر بالحماية من هؤلاء... وربّما كانت هذه القراءة أجدر بالإتّباع، وإلاّ ما كان أن تكون للغـَبن من خصوصيات مقارنة بالتّغرير، وبما أن المشرّع خصّه بنصوص خاصّة فمن الطبيعي أن تكون لهذه الأخيرة فائدة (الفصل 518 م ا ع)[108].

فقرة 2 – نظام الغـَبن

181 - دعوى الغـَبن - يترتّب عن الغَبن الحقّ في إبطال العقد. ويكون ذلك في ظرف سنة من تاريخ اكتشاف التّغرير، إذا ما حصل في

---

[108] من الجائز أن يقع التّساؤل عن الفائدة من الغبن، حال أنّ ما يمكن الحصول عليه في عقود الرّشداء يمكن الحصول عليه بمقتضى التّغرير. في اعتقادنا أن الفصل 60 له أهمّيّته. وهو ينطبق في عقود لا يرتّب فيها التّغرير الإبطال. والمقصود بذلك حالات التّغرير العرضي. للفصل 60 فائدة في هذه العقود، حيث يمكّن الغبن من الحصول على إبطال عقودها، شريطة أن يتجاوز الإختلال قدر الثّلث كما أسلفنا...

عقود الرّشداء (الفصل 330 م ا ع) وفي ظرف سنة من يوم الرّشد، أو من تاريخ وفاة عديم الأهليّة في العقود الأخرى (الفصل 331 م ا ع).

وتتطلّب دعوى الغبن في جميع صوره، إثبات شروطه. وينصبّ ذلك على التّغرير في الغبن التـــابع، وعلى الإختلال في القيمة في الغبن المستقلّ. ويؤخذ في تقدير الإختلال بتاريخ التّعاقد، لا بيوم الدّعوى. وفي رأينا أن دور القاضي يقتصر، في صورة توفّر شروط الغبن التـــصريح بإبطال العقد. ولا مانع من أن يتولـــى الطـــرف الضّحيّة التـــصديق على هذا الأخير، اعتبارا إلى أنّ الغـــبن من العيوب الموجبة للبطلان النـــسبي، لا المطلق، طبقا للفصلين 337 و338 من مجلـــة الإلتزامات والعقود. ولكنّ التـــصديق يكون بإرادة الضّحية، لا قسرا. فلا وجود - كما هي الحال بالقانون الفرنسي-، للإمكانية الممنوحة للمتعاقد من أن يعطّل دعوى غريمه بالإبقاء على العقد باعتماد قدر يحتسب القيمة الحقيقيـــة للشيء المتعاقد فيه مع التّنقيص منها بنسبة مائوية (قدرها 10 في المائة). وبالتّالي فلا يطرح بالقانون التـــونسي ما يشهده القانون الفرنسي من إشكاليات تنشأ من جرّاء احتساب الثّمن النّهائي[109]...

[109] حول هذه الإشكاليـــات، يراجع : J. GHESTIN, *La formation du contrat,* numéros relatifs à la lésion.

الفصل الرّابع
قيام العقد
(المحلّ والسّبب)

182 - تقديم : أهميّتهما ودورهما - المحلّ (مبحث 1) والسّبب (مبحث 2) من الأركان الأساسية في العقد؛ وقع التنصيص عليهما وعلى صفتهما تلك بالفصل 2 من مجلة الإلتزامات والعقود[1] والفصول من 62 إلى 70 بنفس المجلة. يترتب عن الإخلال بمقتضياتهما جزاء البطلان[2].

---

[1] جاء بالفصل 2 من مجلّة الإلتزامات والعقود ما يلي : "أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذّمّة هي : أوّلا - أهلية الإلتزام والإلزام؛ ثانيا - التّصريح بالرضاء بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا؛ ثالثا - أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد عليه؛ رابعا - أن يكون موجب الإلتزام جائزا".

[2] قُضي : "خلوّ الإلتزام من المحلّ الذي هو ركن من أركانه يجعله باطلا من أصله ولا يترتّب عليه شيء وذلك طبقا للفصلين 2 و325 من المجلة المدنيّة (المقصود : مجلة الإلتزامات والعقود)" (قرار تعقيبي مدني مؤرّخ في 20 نوفمبر 1979، جزء 2، ص. 101)؛ قُضي : "يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا ما خلا عن ركن من الأركان المكوّنة لجوهره كما في صورة فقدان الرضاء وفقدان المتعاقد عليه (المحلّ) أو فقدان السّبب حسب صريح الفصل 325 من المجلة المدنيّة (م ا ع). وهذا العقد باطل من أصله ليس له أيّ أثر سوى إرجاع الطّرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. ولا يصحّ بالمصادقة عليه سواء كانت تلك المصادقة صريحة أو ضمنيّة" (حكم ابتدائيّة الكاف، مؤرّخ في 23 جانفي 1962، القضاء والتشريع لسنة 1962، عدد 7، ص. 62).

مبحث 1 - المحلّ L'OBJET

183 - مصطلحاته، تعريفه ومصدر تنظيمه - "المحلّ"، ويقال "الموضوع"[3] كذلك، و"المعقود عليه" أيضا؛ وتنطبق جميع العبارات على ما يتعهّد به المدين في العقد من حقوق مجسّمة (عقار، منقول) أو غير مجسّمة (أسهم، حقّ تجاري...)[4]؛ تنظمه الفصول من 62 إلى 66 بمجلة الإلتزامات والعقود؛ هو من الأركان الأساسيّة في التعاقد كما ذكر[5]؛ ويستوجب لصحّة العقود وجوده من جهة (فقرة 1)، ومشروعيته، من جهة أخرى (فقرة 2).

فقرة 1- وجود المحلّ

184 - مقتضيات الوجود (الإمكانية والتعيين)- يقتضي معطى الوجود أن يكون المحلّ ممكنا (عنصر 1)، ومعيّنا (عنصر 2).

عنصر 1 : إمكانية المحلّ

185 - مفهوم الإمكانيّة - ينبغي للمحلّ، حتى يصحّ العقد، أن يكون موجودا أو، على الأقلّ، أن يكون قابلا للوجود حالَ الإتفاق؛ وهو ما يؤدّي إلى

---

[3] مصطلح "الموضوع" استعمله فقه القضاء أيضا في قرار تعقيبي مدني عدد 11251، مؤرّخ في 22 أفريل 1985، جاء فيه "لا جدال في كون الغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع...".

[4] يتحدّد المحلّ بالإجابة على التساؤل الآتي : بماذا يتعاقد المتعاقد ؟

[5] من التّطبيقات الفقه قضائيّة على اعتبار المحلّ من الأركان الأساسيّة في التعاقد، القرار التّعقيبي المدني عدد 1597 المؤرّخ في 20 نوفمبر 1979 والذي جاء بأحد حيثيّاته ما يلي : "خلوّ الإلتزام من المحلّ الذي هو ركن من أركانه، يجعله باطلا من أصله، ولا يترتّب عليه شيء (الفصلان 2 و325 م ا ع)" (نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1979، الجزء الثّاني، صفحات 101 وما بعدها).

إقصاء التعاقد في أشياء غير موجودة مطلقا أو أنّها لن توجد مستقبلا[6]؛ وإذا ما كانت موجودة حين التعاقد ولكنّها ممّا يصبح غير موجود فيما بعد (كأن تكون هلكت لاحقا)، فإن ما تثيره من إشكاليات تنطبق عليه قواعد التنفيذ[7]، لا القواعد المنظمة لقيام العقد[8].

ومع ما يقتضيه الشرط المذكور من وجود للشيء حين التعاقد، فلا مانع من ذلك، إذا كان المتعاقد فيه من الأشياء التي سوف توجد مستقبلا؛ وتلك الحال في عديد العقود التي يبرمها التجّار فيما بينهم بخصوص بضاعة سوف تصنع أو تستورد لاحقا. ولا يُقصى التعامل بالطريقة المذكورة إلاّ إذا مُنع ذلك بنصّ خاصّ. ومن تطبيقات المنع ما جاء بالفصل 66 من مجلة الإلتزامات والعقود بشأن التعاقد في تركات لم تفتح بعد، ولو برضاء صاحبها[9]. ويبرّر المنع هنا، باعتبارات أخلاقية، وبحماية المتعاقدين أنفسهم، إذ غالبا ما يكون التعاقد في هذه الفترة وليد اللهفة، ممّا يؤدّي إلى مزيد التداين (Surendettement)[10].

---

[6] فوزية طاهر، الإلتزام بشيء مستقبل، مذكرة مرحلة ثالثة، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1999.

[7] تحديدا نظرية المخاطر (Théorie des risques).

[8] حول انقضاء العقد باستحالة تنفيذه، يراجع : محمّد محفوظ : « L'extinction du contrat pour impossibilité en droit privé tunisien », *Etudes juridiques (Revue de la Faculté de Droit de Sfax)*, année 2000.

[9] جاء بالفصل 66 بمجلّة الإلتزامات والعقود ما يلي : "قد يكون المقصود من الإلتزام شيئا مستقبلا وغير محقّق عدا ما استثني في القانون. لكن لا يسوغ التّسليم في ميراث قبل وفاة المورّث، ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئيّاته ولو برضاء المورّث. فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقا".

[10] حول التعاقد في تركات لم تفتح بعد، يراجع : عبد الرزّاق السّعيدي، "منع التعاقد على التّركة المستقبلة"، القضاء والتّشريع، 1970، عدد 7، الصّفحات 24 و ما بعدها.

186 - استحالة المحلّ - يحتم الحديث عن وجود المحلّ، التعرّض إلى مسألة الإستحالة[11]؛ فالتعاقد في شيء مستحيل، يبطل به العقد، مطلقا. وهذه القاعدة ضاربة في القدم[12]؛ ومن مظاهرها أن تكون مادّيّة أو قانونية. وتلتئم الأولى بحكم طبيعة الأشياء، كمن يلتزم بتعهّدات غير معقولة واقعيّا (مساس السّماء بالأصبع يقول الرّومان)؛ كمن يتعاقد بصنع آلة تسفر عبر الأزمان. في حين تتأتى الثانية -الإستحالة القانونيّة-، من الموانع القانونية (كمن يتعهّد ببيع بضاعة يمنع القانون التداول فيها[13]).

ويراعى في الإستحالة المرتبة للإبطال، أن تكون مطلقة لا نسبية؛ وهو ما يربط العلاقة بينها وبين القوّة القاهرة في وجوب توفر شروطها (الخارجية، استحالة الدّفع، استحالة التوقّع)؛ فالمقاول محدود الإمكانيات الذي يتعهّد ببناء مركب ضخم لا يمكن له أن يبطل تعهّده بدعوى ما طرأ عليه من عجز في التنفيذ؛ عليه أن يعوّض لمعاقده ما تسببّ له فيه من خسائر بمفعول اندفاعه، إلاّ إذا كان هذا الأخير عالما -أو كان من واجبه أن يعلم بذلك-، وهي وضعيةُ من كان عارفا بالمعطيات التي تحول دون التنفيذ، أو مختصّا بما لا يسعه جهلها؛ جاء بالفصل 65 من مجلة الإلتزامات والعقود أنّه "من كان يعلم حين العقد عدم إمكان المعقود عليه أو كان من حقه أن يعلمه فعليه تعويض الخسارة للطرف الآخر. ولا تلزمه الخسارة إذا كان هذا الأخير عالما بما ذكر، أو كان من حقه أن يعلمه".

---

[11] حول مفهوم الإستحالة ونظامها القانوني، يراجع : محمّد محفوظ : المرجع السّابق وكذلك : سعاد يوسف : *De l'impossibilité de l'objet de l'obligation, Mémoire de DEA*, Tunis I, 1991.

[12] يقع التعبير عن ذلك بالقانون الرّوماني بالمقولة *Ad impossibilium nemo tenetur* (A l'impossible nul n'est tenu)؛ ويمكن أن يقع التعبير عنها في الفقه الإسلامي بالعبارة القائلة بأن "ليس في الإمكان أبدع ممّا كان".

[13] اللهمّ من قِبل بعض المؤسّسات المذكورة على سبيل الحصر وبمقتضى إجازات تسلم لها -الصّيدلية المركزيّة فيما يتعلق بتوريد المخدّرات وصناعتها، مثلا-

ومتى اتضحت الإستحالة في طبيعتها، جاز لها أن تأتيَ على جميع الإلتزامات التعاقدية أو على بعضها، إذْ من الإستحالة ما يكون كليّا، ومنها ما يكون جزئيا؛ كما يمكن لها أن تشمل إلتزامات بعض الأطراف من دونها الآخر؛ وهو ما تحسّب له الفصل 65 السّالف الذّكر عند قوله "وهذا الحكم (أي حكم الخسارة على المتعاقد العالم بالاستحالة) يجري أيضا في الصّورتين الآتيتين : الأولى إذا كان المعقود عليه غير ممكن في البعض دون الباقي وصحّ العقد في ذلك البعض؛ الثانية: إذا كان بالعقد خيار التعيين، وكان أحد الأشياء المعدّة للخيار غير ممكن". ففي هذين الصّورتين يبطل العقد، إلاّ إذا اتضح أن الجزء المستحيل هو في الجزء التابع فقط.

عنصر 2 : تعيين المحلّ

187 – تعيين المحلّ والقابلية لتعيينه – جاء بالفصل 63 من مجلة الإلتزامات والعقود : "المعقود عليه يجب أن يكون معيّنا ولو بالنّوع، أمّا مقداره، فيجوز أن يكون غير معيّن وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد".

فالتعيين يقتضي حسب الفصل المذكور أن يكون الشّيء الذي يلتزم به المدين، محدّدا التحديد الضّافي، النّافي عنه للغموض؛ ويوجب التعيين أن يتعلق بجميع العناصر الهامّة في تكوين العقد؛ ومن ذلك أن يؤدّي إلى تحديد الشّيء في ماهيته (أيّ عقارٍ؟)، وفي نوعه (أيّ فصيلةٍ من القمح أو من الشعير؟؟؟)، وفي مقاديره (كذا قنطار أو كيلغرام من البضاعة)، وفي نوعيّته (الجيّدة أم المتوسّطة[14])...

ويفهم من صريح الفصل 63 السّالف الذّكر أيضا، أن شرط التعيين ليس من الشّروط التي يُتشدّد في اعتبارها عند التعاقد، إذ يُكتفى بقابلية الشيء المتعاقد فيه للتعيين؛ وفي الأخذ بقابليّة المتعاقد فيه للتعيين تيسير على التجّار

---

[14] ولكن إذا لم يقع تحديد ذلك، فإنه يؤخذ بالنوعيّة المتوسّطة.

ممّن يلتزمون ببيع بضاعة لم تورّد بعد، أو هي لم تصنع بعدُ، في انتظار أن يقع توريدها أو صنعها... حيث يكفي في مثل هذه الصّور قابليّة المتعاقد فيه للتعيين، بما يمكن من تحديده لاحقا التحديد الضّافي.

وإذْ تشترط النّظم القانونية عامّة، والقانون التونسي خاصّة، أن يكون المحلّ معيّنا أو -على الأقلّ- قابلا للتعيين، فخوفا من أن ينفرد أحد الأطراف بذلك، فيكون العقد مجالا للتعسّف[15]؛ فاجتهدت القوانين -بمشرّعيها وقضاتها[16]- في التحسّب لهذا الخطر، بالإعتماد في تعيين ما يُتعاقد فيه، على معطيات موضوعية لا تخضع لإرادة هذا أو ذاك، كأن تكون معيّنة بطبيعتها، وذاك الشأن فيمن يتعاقد في مناب من شركة مثلا[17]؛ وهو ما يتضح من الفصل 579 من مجلة الإلتزامات والعقود[18] فيما يتعلق بثمن المبيع على وجه الخصوص[19]، والذي سوف توجد له عديد التطبيقات في فقه القضاء[20].

---

[15] حول التعسّف في استعمال الحقّ بالعلاقات التعاقديّة و ما تثيره من إشكاليات : M. SDIRI, *L'abus du droit dans l'exécution du contrat,* Mémoire de Mastère de droit privé, Faculté de Droit de Sfax, année universitaire 2002-2003.

[16] قضي في فرنسا : « ... la nullité d'un contrat de location de vidéo-cassette qui laisse au loueur 'la définition discrétionnaire de l'objet de la convention en lui permettant de répartir, à sa guise entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes' et qui prévoit une possibilité d'échange au profit du locataire dont seul le premier échange est gratuit » (Com. 19 nov. 1996, *D.* 1997, 609, note A. ZELGEVIC-DUHAMEL).

[17] قضي : "طالما أنّ المعقود عليه هو مناب من شركة فهو معين، وإن لم يكن مميّزا في العقد بجميع تفاصيله، وبالتالي فإنّ العقد صحيح واعتباره غير معيّن وباطلا يعتبر تأويلا خاطئا للفصل 63 من م ا ع" (قرار تعقيبي مدني عدد 2249، مؤرّخ في 20 أفريل 1981، نشرية 1981، قسم مدني، جزء 1، ص. 199).

[18] جاء بالفصل 579 من م ا ع ما يلي : "تعيين الثّمن الذي انعقد عليه البيع لازم. فلا يصحّ بعت أو اشتريت بما يعيّنه فلان أو بمثل ما اشترى به فلان، إلاّ إذا كان الثّمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع. وقد يصحّ الإعتماد على ما هو معيّن بقائمة السّوق أو بتعريفة معيّنة أو

وبالرّغم ممّا يوفره شرط التعيين من الحماية لأحد الأطراف، إلاّ أنّ الإجحاف فيه لم يمنع من تعطيل التعامل. وهو ما أفرزته العلاقات التجارية في العقود الإطارية خاصّة (عقود التمثيل الحصري)[21]. فارتأى فقه القضاء الفرنسي أن يخفف من حدّة هذه القاعدة وذلك بقبول التعيين من أحد الأطراف، مخضعا التعسّف هنا إلى جزاء الفسخ لا البطلان، متى اتضح من جانب أحد الأطراف[22]. وهو موقف يخلص النّزاعات من بعض الإشكاليات العويصة (الأثر الرّجعي للبطلان خاصّة) ويدمج القضاء في مراقبة تنفيذ العقود

على متوسّط أسعار السّوق أو كان ثمن المبيع لا يتغيّر فإن كان متغيّرا حمل المتعاقدان على أنّهما اعتمدا متوسّط الثّمن الواقع".

[19] حول الثّمن في عقد البيع وإشكاليات تعيينه، يراجع : أحمد بن طالب، "الثّمن في عقد البيع"، الأحداث القانونيّة التّونسيّة، 12- 1998، الصّفحات 5 وما بعدها ؛ وكذلك : حسّان البجاوي : تعيين الثّمن في عقد البيع، مذكرة شهادة دراسات معمّقة، تونس 1، 1995-1996.

[20] من ذلك : تعقيبي مدني عدد 483، مؤرّخ في 25 نوفمبر 1976، نشريّة 1976، جزء 3، ص 144 والذي جاء في مبدئه ما يلي : "عقد البيع الذي يكون فيه عنصر الثّمن غير معيّن أو غير قابل للتّعيين، يعتبر باطلا لانعدام أحد الأركان المكوّنة له، فهو بيع غير صحيح، لا ينتج أيّ أثر"؛ ومثله في المبدإ : تعقيبي مدني عدد 25203، مؤرّخ في 26 ديسمبر 1989، نشريّة 1989، ص 491.

[21] يمكن أن نجد تطبيقا لذلك في قرار استئنافي صادر عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 68496، صادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975، منشور بالمجلّة القانونيّة التّونسيّة لسنة 1976، جزء 1، الصّفحات 11 وما بعد (باللّغة الفرنسيّة) مع تعليق -نقدي- للمرحوم محمّد العربي الهاشم.

[22] كـان ذلك في أربعة قرارات تعقيبيّة صادرة عن الدّوائر المجتمعة (Assemblée plénière) لمحكمة التّعقيب الفرنسيّة في غرّة ديسمبر 1995، وقد جاء في مبدإ هذه القرارات ما يلي « Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celles-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à sa résiliation ou indemnisation » (Ass. Plén. 1er déc. 1995, *JCP* 1996, éd. G. II, 22565, note J. GHESTIN).

المذكـــورة[23]. وهذا الموقف[24] يمكن أن يجد سندا -حسب رأينا- في مقتضيات الفصل 579 السّالف الذّكر - فيما يتعلق بعقد البيع على الأقلّ- والذي لا يتخذ مبدءا صارما في المنع، بل يحيطه بجملة من الضوابط[25]...

فقرة 2 - مشروعية المحلّ

188 - مفهوم المشروعية في المحلّ - تقتضي المشروعية بالنسبة الى المحلّ (كشيء يُلتزم بأدائه) أن يكون جائزا قانونا؛ هذه القاعدة وقع التنصيص

---

[23] *D.* 1996, 13, rapp. M. JOEL, note L. AYNES ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, Chron., *Petites affiches,* 1995, n° 155, pp. 16 et ss. ; A. LAUDE, Chron., *Dalloz-Affaires,* 1996, n° 1, p. 4 ; A. COURET, Chron. *Droit et patrimoine,* Janv. 1996, p. 49 ; M.-A. FRISON-ROCHE, Chron. *RJDA*, 1996, p. 5 ; et M. JOEL et Ch. BOURGEON, Ch. JAMIN, Th. REVET, D. FERRIER, M. PEDAMON et Ph. SIMLER, « La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée Plénière, *RTD Com.* 1997, pp. 1 et ss. ; *Dalloz,* Collect. « Thèmes et commentaires » 1997.

[24] سبق لفقه القضاء الفرنسي أن عدّل من شرط التّعيين في عقود القرض حيث جاء بأحد القرارات التّعقيبيّة أنّ عقد القرض الذي التزم فيه المقترض بدفع فائض دون بيان نسبته ليس بالباطل لقابليّة الفائض للتّعيين بالرّجوع إلى النّسبة القانونيّة المعيّنة من قبل السّلط المختصّة حين الخلاص (Civ. 1ère, 27 juill. 1974, *D.* 1975, p. 586, note STOUFFLET).

[25] جاء بالفصل 579 م ا ع ما يلي : "تعيين الثّمن الذي انعقد عليه البيع لازم، فلا يصحّ 'بعت أو اشتريت بما يعيّنه فلان أو بمثل ما اشترى به فلان' إلاّ إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع وقد يصحّ الإعتماد على ما هو معيّن بقائمة السّوق أو بتعريفة معيّنة أو على متوسّط أسعار السّوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغيّر فإن كان متغيّرا حمل المتعاقدان على أنّهما اعتمدا متوسّط الثّمن الواقع". (عن الثّمن في عقد البيع عامّة، يراجع : أحمد بن طالب "الثمن في عقد البيع"، الأحداث القانونيّة التونسيّة، عدد 12، 1998، ص. 5 وما بعدها ؛ وحول الرّأي القائل بالتّخفيف من جزاء الإبطال في شأن شرط التّعيين، يراجع نورالدّين بسرور : *Sanctions des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 2001).

عليها بالفصل 62 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل: "لا يسوغ التعاقد إلاّ فيما يصحّ فيه التعامل من الأشياء والأعمال والحقوق المجرّدة فما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصحّ االتعامل فيه".

وعلى الرّغم من الصّياغة الحصرية "لا يسوغ التعاقد إلاّ..." التي اعتمدها الفصل المذكور، فهو قد أرسى مبدأ واستثناء. المبدأ : يتمثل في قابليّة كلّ شيء للتعامل؛ الاستثناء : يتمثل في وجود قاعدة قانونيّة مانعة[26]، ولكنّها قد تكون صريحة (نصّ قانونيّ) وقد تكون ضمنيّة (مخالفة للنّظام العامّ وللأخلاق الحميدة).

ولا ريب في تكاثر الموانع. المبرّرات لذلك مختلفة. منها ما يرمي إلى حماية الدّولة في كيانها، وحمايتها في مصادر مداخيلها؛ ويترتب عن كلّ ذلك منع التعاقد في نظام الحكم بقصد الإنقلاب عليه أو تغييره، ومنع الإتجار فيما تختصّ به الدّولة[27] ومؤسّساتها من التعامل... وكلّ ذلك يترتب عنه بطلان الإتفاقات الانتخابية... ومن الموانع ما يرمي إلى حماية العائلة في وجودها وفي تركيبتها؛ وهو ما يترتب عنه بطلان الإتفاقات الرّامية إلى منع الزّواج والتي قد تدمجها الأطراف في عقود الشّغل أو في عقود الهبة... وفي الوصايا[28]، أو تلك التي تكون غايتها المعايشة الحرّة بين ذكر وأنثى، أو تقرّ التعايش بين شخصين

---

[26] يتجه أن يؤخذ القانون بمفهومه الواسع ممّا يشمل النّصوص القانونيّة والعرف...

[27] قضي بعدم مشروعيّة العقد الذي يرمي بمقتضاه طرف إلى الحصول على مبلغ مالي من جرّاء تقديمه لوظيفة معيّنة (فذلك من اختصاص الدّولة) « Attendu que les tâches à accomplir par les syndics et administrateurs judiciaires ne constituent que l'exécution de mandats de justice qui ne sont pas des choses dans le commerce et ne peuvent pas faire l'objet d'une convention… casse… » (Civ. franç. 1ère, 20 mars 1984, *Bull. civ.* 1994, 1, 94, n° 101).

[28] يؤدّي منع الإتفاق على الزّواج إبطال البنود المعروفة ببنود العزوبيّة (Clauses de célibat). قُضي : « Le droit au mariage est un droit individuel, d'ordre public, qui ne peut se limiter, ni s'aliéner » (Paris 30 avril 1963, *D* 1963, 428 ; *RTD Civ.* 1963, 697, note G. CORNU ; M. DESPAX, *JCP* 1963, 1, 1776).

لهما نفس الجنس... ومن الموانع أيضا ما يرمي إلى حماية الشّخص في بدنه وفي حقوقه؛ فيترتب عن ذلك بطلان الإتفاقات المتعلقة بالمعتقدات (كمن يتعهّد بالإنضواء في دين معيّن، أو بالقيام بالطقوس الدّينية)، أو تلك الرّامية إلى التضييق من الحرّيّات السّياسيّة...

189 - نطاق المشروعية في المحلّ - مع كلّ ما تتسم به اللاّمشروعية من توسّع، فهي تشهد تراجعا، يترتب عنه إجازة التعاقد في بعض الميادين؛ غالبا ما يكون ذلك بنصوص صريحة، ومع اتخاذ جملة من التدابير بغية تأطير التعامل فيها[29]؛ وممّا يُذكر في هذا الصّدد، النّصوص المتعلقة بزرع الأعضاء ونقلها بين الآدميين.

وممّا تجمع عليه القوانين عامّة، بهذا الصدد، منع التعامل، اعتبارا إلى عدم قابلية جسم الإنسان إلى التداول التجاري، وإلى قابليّة ذلك، بغية إنقاذ المرضى واعتبارا إلى ما يتطلبه البحث العلمي من تجارب بالميدان. وممّا يتجه التذكير به بهذا الباب من النصوص التونسيّة، القانون عدد 22 لسنة 1991، المؤرّخ في 25 مارس 1991 والمتعلق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها، إذْ جاء مكرّسا لمبدإ المجانيّة هناك، ناصّا على منع التبرّع بين الأحياء بأعضاء يترتب عنها وفاة المتبرّع (الفصل 4) وهبة وزرع الأعضاء المتضمّنة للخصائص الوراثية (فصل 5)، مشترطا في الشخص المتبرّع أن يكون رشيدا، سليم المدارك العقليّة، مصدرا لرضائه عن طواعيّة (فصل 2)، مشترطا في التعبير عن إرادته، أن يفصح عنها أمام رئيس المحكمة الإبتدائية التي يقطن بدائرتها -المتبرّع- (فصل 8)، ومن هذا الأخير شخصيّا دون نيابة عنه في

---

[29] غالبا ما يكون ذلك بواسطة التصرّف الشكلي (L'acte solennel) والذي يوجب في صحّته تدخّل السّلطة القضائيّة. ومن تطبيقات ذلك التعهّد بهبة أحد أعضاء البدن والذي ينبغي أن يكون أمام رئيس المحكمة الإبتدائيّة التي يقطن بها المترشّح للهبة (يراجع في هذا الشّأن القانون عدد 22 المؤرّخ في 25 مارس 1991، المتعلق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها في فصله 8).

ذلك من أيّ كان (فصل 9)، وله حقّ التراجع في قراره متى شاء، ودون التقيّد في ذلك بأيّ شكليّة تذكر (الفصل 9)؛ فلا مجال، بالتالي، لإجبار المتراجع عن هبة عضو من أعضائه بأيّ وجه من الوجوه، ولا مجال -حسب رأينا- كذلك، للقول بإمكانيّة القيام على المتعهّد-المتراجع بتعويض ما نال المتعهّد له من الأضرار، ولو أن تصرّف الأوّل قد ألحق ضررا بالثاني، كأن يكون فوّت عليه فرصة التزوّد من متبرّع آخر أدركته المنية أو أنّه تبرّع بعضوه للغير... وفيما يتعلق بأخذ الأعضاء من الموتى، فإن القانون عدد 22 لسنة 1991 يشترط عدم ممانعة المتبرّع في قائم حياته من التبرّع بأعضائه، وعدم ممانعة أقربائه في ذلك. وبالنّسبة الى المتبرّع بالأعضاء من القصّر تشترط عدم ممانعة وليّه...

كما شهدت القوانين تراجعا في منع بعض الإشتراطات الرّامية إلى حرمان أحد المتعاقدين من أداء عمل أو تعاطي تجارة؛ وغالبا ما يبرّر التخفيف من المنع هنا، بعلاقة تعاقديّة سابقة تتضمّن التزاما أو أكثر على أحد الأطراف بعدم القيام بعمل، وهو شأن المنع على بائع الأصل التجاري في أن يستقرّ بنشاط مزاحم إلى جانب المشتري لنفس الأصل، وعلى الأجير السّابق في أن يزاحم مؤجّره بتعاطيه عين النّشاط لاحقا، أو أن يتعامل مع نفس الحرفاء بعد مغادرته العمل لدى أجيره الأسبق... وتتحسّب القوانين لمثل هذه الموانع الإتفاقية، فتضيّق منها في الزّمان وفي المكان، وهو ما يجيزه الفصل 118 من مجلة الإلتزامات والعقود في تنصيصه على أنّ "كلّ شرط من شأنه أن يمنع أو يقيّد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشرية كحقّ التزوّج ومباشرة حقوقه المدنية، فإنّه باطل وبه يبطل العقد. ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهّد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدّة معيّنة"[30].

---

[30] ومع ما يقتضيه هذا الفصل من منع للإشتراطات المانعة على أحد الأطراف مباشرة بعض الحقوق، كحقّ الزّواج فإن البعض من فقه القضاء الفرنسي قد تراجع في ذلك. مبرّرا إجازة مثل هذه الإشتراطات بالخصوصيّات الضّروريّة لبعض مؤسّسات التّعليم الدّيني، والّتي يقع الإنخراط فيها من قبل التّلاميذ بناء على احترام الأساتذة والمعلّمين فيها لنمط معيّن في

مبحث 2 – السّبب LA CAUSE

190 - مفهومه (غياب التعريف في التشريع واختلاف ذلك في الفقه)

– السّبب كما قلنا من أركان التعاقد. وعلى الرّغم ممّا يكتسيه من الأهمّيّة هناك، إلاّ أن المشرّعين لم يعرّفوه[31]؛ وهو ما اضطلع به الفقه[32]. وممّا يلاحظ في هذا الشأن إمكانيّة الخلط بينه وبين المحلّ؛ ومع ذلك، فلكلّ من المؤسّستين مفهومه ونظامه القانوني؛ فإذا كان المحلّ يتوافق مع ما يتعاقد به المتعاقد[33]، فإن السّبب يتوافق مع ما يتعاقد لأجله المتعاقد[34]، وهو ما قصده الفصل 2 من مجلة الإلتزامات والعقود عند قوله "أن يكون موجب الإلتزام جائزا"؛ ومما سجله

---

note G. CORNU) (Cf. LABROUSSE-RIOU, Art. « Mariage », *Encyc. Univ.* 1995).

[31] ذاك الشأن في القانون الفرنسي أيضا (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* n° 331).

[32] السّبب من المؤسّسات الّتي استقطبت باهتمام الفقهاء الفرنسيين منهم على وجه الخصوص. وممّن كتب في هذا الشأن 1) بتونس : لمياء الجوّة دراسة نقديّة لنظريّة السّبب، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كليّة تونس 1، سنة جامعيّة 1996؛ كريم بن قايد، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّية سوسة، سنة جامعيّة 2000؛ و2) في فرنسا : Ch. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause,* thèse Dijon 1918 ; J. DABIN, *Théorie de la cause,* thèse Liège 1919 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion de cause en droit civil français,* thèse Toulouse, 1920 ; J. HAMEL, *La notion de cause dans les libéralités,* thèse Paris, 1920 ; IONESCO, *L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux,* thèse Paris 1929 ; R. DORAT DE MONTS, *La cause immorale,* thèse Paris 1955. F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications juridiques,* thèse Paris 1957, spéc. n° 245 et ss. ; Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français,* thèse Paris II, 1993 ; J. ROCHFELD, *Cause et types de contrats*, thèse Paris, 1999.

[33] يقع تحديد المحلّ بالإجابة على التساؤل بماذا يتعاقد المتعاقد : De quoi s'engage le contractant ?

[34] يقع تحديد السّبب بالإجابة على السّؤال الآتي : بماذا يتعاقد المتعاقد؟ A quoi s'engage le contractant ?

الإلتزامات والعقود عند قوله "أن يكون موجب الإلتزام جائزا" وما جاء بالفصول من 66 إلى 70 بالمجلة المذكورة في استعمالها لمصطلحي "غير سبب" و"سبب غير جائز" والواردة جميعها تحت قسم عنوانه "في أسباب العقود"[35].

191 – مكانة السّبب : (النقاش حول أهمّيته ودوره) – ليس السّبب من أركان التعاقد بالنظام التـــونسي، فقط[36]، بل وبغيره من النّظم القانـــونية الأخرى[37]. ولكنّ الإجماع على قبوله لا تشهده جميع القوانين[38]. وربّما كان

---

[35] الصّياغة الفرنسية للنصوص أكثر تدقيق في اعتماد السبب كركن في التعاقد، حيث جاء بالفصل 2 من مجلة الإلتزامات والعقود الفرنسي : "Une cause licite de s'obliger". وجاء بالفصول من 67 إلى 70 استعمال عبارات " Obligation sans cause et cause illicite". وكلها وردت تحت قسم عنوانه " De la cause des obligations contractuelles".

[36] حول السّبب في القانون التّونسي، يراجع : محمّد الزّين، الأرقام 222 وما بعدها ؛ هشام بن عيّاد، سبب الإلتزام، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، تونس 1993؛ لمياء الجوّة، دراسة نقديّة في نظريّة السبب، رسالة مرحلة ثالثة، تونس 1، 1996– 1997.

[37] ذاك شأن النّظم القانونيّة المتأثرة بالقانون الفرنسي، ومن ذلك القانون البلجيكي، وقانون الكيبيكي... وقد وقع اعتبار السّبب كركن من الأركان الأساسيّة بالتعاقد بالقانون الفرنسي مع التّعرّض إلى أحكامه بالفصول 1131 و1132 و1133 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة. وحول ركن السّبب ونظامه بالقانون الفرنسي، يراجع : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 331 et ss. ; J.-P. CHAZAL, « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP* 1998, 1, 152.

[38] ومن ذلك النّظام الألماني، الذي يجيز التصرّفات المجرّدة، وهي تصرّفات غير مسبّبة (حول النّظام القانوني الألماني، يراجع : M. FROMENT, *Droit allemand des affaires et des biens, Droit des biens et des obligations, Droit commercial et du travail*, Ed. Montchrestien, Collec. « Domat-Droit privé », 2001, spéc. n° 75 et 172)؛ أمّا النّظم الأنقلوسكسونيّة فهي لا تشهد مؤسّسة السّبب بمثل ما يشهده النّظامان الفرنسي والتونسي، ولكنّها تشهد مؤسّسة شبيهة، وهي مؤسّسة *The consideration*. J.P. WALTON, « Cause et *considération* » dans le droit anglais des obligations » *RTD Civ.* 1919, pp. 469 et ss.

ذلك ممّا أدّى إلى انقسام الفقه بشأنه[39]، بين ناف لدوره في التعاقد، وذاك شأن اللاّسبّبيين (Les anti-causalistes)، من أمثال : H. PLANIOL[40]؛ ومدافع عنه في ذلك، وهو شأن السبّبيين (Les causalistes)، من أمثال H.[41] CAPITANT و[42] J. MAURY[43]. ولا ريب في انتصار النظم القانونيّة عموما إلى الشقّ الثاني[44]. ويتدعّم ذلك من تطوّر فقه القضاء (الفرنسي) بفضل جملة من القرارات التي ركزت مؤسّسة السّبب ومجدها؛ ومن ذلك قرار كرونوبوست (Chronoposte)[45] المعتمد عليه في إرساء مفهوم

---

[39] لا يكتسي السّبب أهمّيّته المشهود بها له الآن بالقانون الرّوماني، حيث أن الإلتزامات هنا تستمدّ قوّتها من شكليّاتها (Y. THOMAS, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain,* Thèse Paris II, 2 vol. 1976). وإذا ما اكتسب السّبب أهمّيّة فبفضل الفكر الدّيني عامّة (J. DOMAT, *Lois civiles,* éd. Bugnet, t. II).

[40] HUC, Commentaire du Traité élémentaire de droit civil, n° 1037 ،وكذلك code civil, t. VI, n° 39. ولكن يبدو أن المؤسّس للفكر اللاّسببي هو الفقيه ERNST في مؤلّف صادر له سنة 1826 وعنوانه : La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?

[41] H.CAPITANT : *De la cause des obligations,* 3ème éd., 1927. ، مع العلم وأنّ Capitant يتوسّع في السّبب بالتّعرّض لدوره، لا في قيام العقد فقط، بل وفي تنفيذه كذلك.

[42] J. MAURY, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français,* Thèse Toulouse, 1920 ; « Le concept et le rôle de la cause dans la jurisprudence », *RIDP Civ.* 1951, 485.

[43] حول هذا النّقاش، يراجع : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, المرجع السّابق.

[44] يعود الفضل في ذلك إلى بعض الفقهاء من أمثال DOMAT و DOMOLOMBE في فرنسا.

[45] قضي « Viole l'article 1131 c. civ. la Cour d'appel qui fait application d'une clause limitative de responsabilité, alors qu'en raison du manquement du débiteur à une obligation essentielle, cette stipulation qui

الإلتزام الأساسي (L'obligation fondamentale)[46]؛ وقرار يعود إلى مفهوم التوازن الجملي للعقد (L'économie générale du contrat)[47]... وكلها ممّا يؤدّي إلى إرساء مبدإ عامّ بالقانون يعرف بمبدإ الملاءمة في التعاقد (Principe de la proportionnalité contractuelle)[48].

وإذا ما كان للسّبب هذا الإشعاع المتواصل لحدّ السّاعة، فنظرا للدّور الذي من الممكن أن يضطلع به في التعاقد؛ ويعود الفضل في ذلك إلى اتساع مفهومه. ومع ذلك فإن انتقادات اللاّسببيين لم تبق دون تأثير، وهو ما سوف ينعكس على أغراضه من جهة (فقرة 1) وعلى نظامه القانوني من جهة أخرى (فقرة 2).

فقرة 1 - أغراض السّبب

192 - تنوّعها - يلمس التنوّع في أغراض السبب من صياغة عنوان الفصول المعيّنة له بمجلة الإلتزامات والعقود والتي استعملت الجمع :

---

[46] حول مفهوم الإلتزام الأساسي، يراجع : G. RUTH SEFTON, La notion d'obligation fondamentale, thèse Paris 5, LGDJ, n° 535 p. 307 et n° 632 p. 349 وكذلك ملحوظات : G. CORNU, in *RTD Civ.*, 1973, pp. 145 et ss. Sous Paris 14 avr. 1972.

[47] قضي : « Est nul pour absence de cause le contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, dès lors que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, situation démontrant l'absence de contrepartie réelle » (Civ. 1ère, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 286 ; *D* 1997, 500, note REIGNE ; *JCP* 1997, I, 4015, n° 4, observ. LABARTHE ; *Defrénois* 1996, 1015, observ. DELEBECQUE (Cour d'appel ayant retenu l'impossibilité de diffuser les cassettes en raison de la taille trop petite de l'agglomération).

[48] حول هذا المبدإ، يراجع : N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Colloque Paris, 1998.

"في أسباب العقود" لا المفرد : "سبب العقد"؛ وكذلك من استعمال الفصول المذكورة لعبارات ""غير سبب" و"سبب غير جائز"، وهو ما يوحي باختلاف الأسباب من عقد لآخر، بل ومن شخص لآخر...

وممّا نظر فيه الفقهاء هنا عموما، التفرقة بين **السبب بالمفهوم القريب أو الموضوعي (عنصر 1)** و**السّبب بالمفهوم البعيد أو الذّاتي (عنصر 2)**.

عنصر 1 - السّبب بالمفهوم القريب والموضوعي

193 - تعريفه - هو ما يتعاقد من أجله المتعاقد -ظاهريّا على الأقلّ-؛ يبدو اعتبار المشرّع التونسي له من خلال عبارة "غير سبب"، الواردة بالفصل 67 من مجلة الإلتزامات والعقود. ويختلف السّبب بهذا المفهوم، باختلاف العقود وحتى أطرافها كذلك، مع الإتفاق في المفهوم من نوعية عقود لأخرى؛ فقيل وإنّ السّبب يوافق نيّة الإيثار في عقود التبرّع؛ وواقعة التسليم في العقود العينيّة؛ ومعطى الإحتمال في العقود الإحتمالية؛ والمقابل في العقود التبادلية (كالثمن، بالنّسبة الى البائع في عقد البيع، والمثمن، بالنّسبة الى المشتري في نفس العقد، والخدمة المطلوبة من صاحب العمل بعقد المقاولة، والمقابل، بالنسبة الى المقاول بنفس العقد...). ولمّا كانت جلّ العقود ممّا يبرم بمقابل، فإن السّبب بمفهوم الغرض القريب والموضوعي يتوافق مع المقابل في جلّ الحالات، إن لم يكن في معظمها.

194 - دوره - لا يتمثّل ما يؤدّيه ركن السّبب بالمفهوم القريب في العقود بالتوافق الحسابي بين المساهمات التعاقدية، فنظام الغبن يحول دون ذلك[49]؛ وإنّما في إضفاء حدّ أدنى من التوازن (وبالتالي من الجدّيّة) في

---

[49] حيث يشترط أن يكون الفارق بين القيمة الحقيقيّة والقيمة بالعقد، أكثر من الثّلث (الفصل 61 م ا ع).

العقود[50]. وهو دور يختلف من نظام قانوني لآخر، ومن فصيلة عقود لأخرى، بنفس النّظام.

وممّا يتجه ذكره في هذا الشّأن التطوّر الواضح في فقه القضاء (الفرنسي، خاصّة[51]) وذلك بتجاوز ما كان يشهده السّبب بهذا المفهوم من تضييقات، منتهيا بالسّماح للقاضي لكي يتدخّل بالترفيع في مساهمات بعض الأطراف أو التخفيض في مساهمات بعضها الآخر. ومن تطبيقات ذلك، ما تشهده القوانين، عامّة، بخصوص البنود المجحفة في إقصاء آثارها ببعض العقود -إن لم نقل في جميعها- على الأقلّ. ويتأيّد ذلك بما ذهب إليه فقه القضاء المذكور بالتوسعة في نطاق هذه المؤسّسة (البنود المجحفة ومن ورائها مؤسّسة السبب) للأخذ بها رأسا، لا في العقود الإستهلاكية فقط، بل وحتى في عقود التكافؤ الإقتصادي، أيضا[52]؛ وهو ما أقرّته محكمة التعقيب الفرنسيّة في قضيّة Chronoposte (المذكورة أعلاه)، اعتمادا على فكرة الإلتزام الأساسي والقيمة العامّة أو التوازن الجملي للعقد (L'économie générale du contrat) كما أسلفنا[53].

---

[50] يلمس هذا الدّور في فقه القضاء الفرنسي خاصّة، بداية من سنة 1996 (مع فقه قضاء كرونوبوست، والأحكام المتأثّرة به).

[51] وربّما أمكن استخلاص ذلك أيضا ببعض التوجّه الذّي يشهده القانون نحو الأخذ بتعديلها(حول هذا التّوجّه، يراجع : M. BAGBAG, De la possible réception de la clause pénale par le COC, *RTD* 1998, pp. 41 et ss.؛ وحول البنود المجحفة بالقانون التونسي، يراجع : N. REKIK, Les clauses abusives et la protection du consommateur, *E.J.*, 2000, pp. 111 et ss.

[52] حول ظاهرة البنود المجحفة (Les clauses abusives) ومفهومها والتّصدّي لها بالقانون الفرنسي، يراجع : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, n° 319 et ss.

[53] يؤدّي ركن السّبب بمفهوم المقابل إلى تحقيق حدّ أدنى من الموازنة في التعاقد. ومن نتائج ذلك أنّه يمكّن الحصول على إبطال عقود ينعدم فيها المقابل مطلقا (من تطبيقات ذلك في عقود المتخصّصين في الأنساب : Civ. 18 avril 1953, D. 1953, 409 et ss.). أو يكون فيه المقابل زهيدا للغاية (كأن يكون ثمن الجراية في بيع العقّار مقابل جراية يقل بكثير عن

عنصر 2 - السّبب بالمفهوم البعيد أو الذّاتي

195 - مفهومه : (السّبب الشّخصي والسّبب الإجتماعي) - يتطابق السّبب بالمفهوم البعيد مع الغاية القصوى التي انصرفت إليها إرادة المتعاقد بتعاقده. ومن الغايات ما يكون شخصيّا، يتمثّل في الغرض الذي يدفع بمتعاقد للتعاقد؛ ولا تأخذ به القوانين عادة لتوافقه مع الباعث للتعاقد (Le motif)[54]؛ فلا يهمّ أن تبيعني عقارك المجاور معتقدا أنّني جار حسن السّلوك، ويتضح - بعد سكناي- أنّني عكس ذلك... ومن الغايات ما يكون إجتماعيا، ممّا ينشئ توافقا بين السّبب بالمفهوم البعيد والسّبب الجائز؛ وذاك ما قصدته مجلة الإلتزامات والعقود من خلال عبارة السّبب "غير الجائز" الواردة بالفصلين 67 و70؛ وعبارة "سبب ثابت جائز" الواردة بالفصل 68 بنفس المجلة؛ ممّا يعطي للسّبب -بالمفهوم المذكور- بعدا إجتماعيا يتجاوز في اهتمامه دائرة الأشخاص المتعاقدة، مدمجا في اعتباره مصالح المجموعة ككلّ.

196 - دوره - يمكن السّبب بالمفهوم البعيد من تحقيق مراقبة للعقد من قبل السّلط العامّة بما يجعله يتطابق مع مصادر المشروعية بوجه عامّ، والمقصود بذلك النصوص الخاصّة والنظام العامّ والأخلاق الحميدة.

ومن آثار السّبب بالمفهوم المعنيّ بالأمر، إقصاء العقد كوسيلة يقع بمقتضاها إتيان تصرّفات تستهجنها المجموعة وتعجز عن إقصاء العمل بها بقيّة المؤسّسات القانونيّة الأخرى (من أمثال الرضاء). وتجدر الإشارة في هذا الشّأن إلى هشاشة الإنتقادات التي وجّهت من قبل اللاّسببيين، في القول بكون ما تصل إليه مؤسّسة السّبب من المطابقة للمشروعية، يمكن لمؤسّسة المحلّ أن تحققه؛

مداخيل العقّار). وكذلك الشّأن في عقود الإحتمال الّتي ينعدم فيها المعطى المذكور من أصله (كمن يشتري عقارا مقابل جراية عمريّة يدفعها للبائع الذي يتوفّى إثر البيع بسبب مرضه ' .(3ème ch. Civ.- française- 6 nov. 1966, *JCP* 1970, II

[54] L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques.*

وهو ما لا يستقيم في جميع الوضعيات. فعقد البيع الذي يتعلق بعقار اقتناه مشتريه قصد استعماله في تخزين سلع ممنوعة أو في استغلاله لتيسير الإتصالات الجنسية بمقابل، محله مشروع (النّقود لا رائحة لها كما يقال)، ولكنّ غرضه (سببه) غير مشروع...

فقرة 2 – نظامه القانوني

197 – تقديم – يترتب عن الإخلالات بما يقتضيه السّبب من القواعد، الحقّ في إبطال العقد؛ ولا يكون ذلك إلاّ بجملة من الشّروط، منها ما يهمّ محتواه (**عنصر 1**)، ومنها ما يهمّ إثباته (**عنصر 2**).

عنصر 1 : محتوى السّبب

198 – إشكالية العلم به – سواء تعلق الأمر بالسّبب بالمفهوم القريب الذي يتطابق مجملا مع المقابل، أو بالسّبب بالمفهوم البعيد الذي يتطابق مجملا مع المشروعيّة عموما، فهو يخضع في جميع صوره إلى جملة من القواعد؛ ومن ذلك أن يكون محتما للتعاقد؛ أي أن يشكل الغرض الذي وقع من أجله تعاقد المتعاقد. وممّا يثار في هذا الصّدد من الإشكاليات، إن كان من الواجب أن يكون الطرف المقابل على علم به، كالبائع في مثال العقار المخصّص من المشتري لتنظيم الاتصالات الجنسيّة به، أم أنّه لا حاجة لذلك؟

تختلف مواقف النظم القانونية في هذا الشّأن. وغالبا ما يراعى في حلّ هذا الإشكال استقرار العلاقات التعاقدية وموقف الطرف الآخر (إن كان عن حسن نيّة أو عن سوئها) ومقتضيات النظام العامّ... فإذا ما كان السّبب مخالفا لمصادر الجواز بما يجعل العقد مخالفا لهذه المصادر، فإن حماية المجموعة تقتضي أن يقع التصريح بإبطاله، وأن يقع التوسع في قائمة المحقين بذلك، سيّان أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالغرض المنافي للقانون من عدمه. ومع ذلك فقد يثار إشكال من الطرف الآخر، وما له من موقف إبّان التعاقد؛ فما هو ذنبه

إن هو جهل بالسّبب المذكور؟ وهل من حماية له، مع طرح أثر عقد قد يستفيد منه ؟ وكلها تساؤلات تبرّر الإبقاء على العقد المبنيّ على سبب غير جائز أحيانا[55].

199 - غياب التنصيص الصّريح بالقانون التونسي - لم يتضمّن القانون التونسي تنصيصا صريحا لإشكالية علم الطرف الآخر بالسّبب غير الجائز الذي حتم تعاقد معاقده، فيوجب ذلك الرّجوع إلى طرق التأويل المعمول بها بالقانون المذكور قصد اكتشاف القاعدة[56]. ويجيز القياس الرّجوع في هذا الشّأن للفصل 77 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي يسمح باسترداد ما دفع لسبب يخلّ بالقانون أو بالنظام العمومي أو بالأخلاق الحميدة؛ فعمومية الفصل المذكور تجيز -حسب رأينا- القيام بدعوى السّبب في جميع الحالات ومن جميع الأطراف، بما في ذلك، ممّن كان عالما -أو غير عالم- بالسّبب غير الجائز الذي دفع بمعاقده إلى التعاقد. أمّا قواعد القانون العمومية، فتمكن من الرّجوع إلى طبيعة السّبب في القول باشتراط علم المتعاقد الآخر من عدمه. وهي من المؤسّسات التي تهمّ الفترة السّابقة للتعاقد، ممّا يثبت الصّلة بينها وبين

---

[55] استقرّ فقه القضاء الفرنسي طويلا على وجوب العلم من المتعاقد الآخر بالسّبب غير الجائز الذي دفع بمعاقده إلى التعاقد (Cass. civ. 12 juill. 1989, *Bull. civ.* I, n° 292, p. 194, *JCP* 1990, II, 21546, note Y. DACORNE-LABBE ; *Defrénois* 1990, p. 358, observ. J.-L. AUBERT ; *Grands arrêts,* n° 155). غير أن هذا الموقف قد وقع تغييره تحت تأثير الفقهاء (A. WEIL, « Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », *Mélanges J. MARTY,* 1978, pp. 1165 et ss.)، غيرّ فقــه القضاء الفرنسي من موقفه في قرار شهير Cass. civ. 1ère, 7 oct. 1998, *D.* 1998, 563, concl. SAINTE-ROSE, 1999, *Som. Com.*, p. 110, observ. DELEBECQUE, chron. TOURNAFOND, p. 237 ; *JCP* 1998, II, 10202, note M.-H. MALEVEILLE, 1999, I, 114, n° 1, observ. C. JAMIN, *Defrénois*, 1998, 1408, note D. MAZEAUD, 1999, 602, note V. CHARIOT, *Grands arrêts,* n° 157).

[56] هذه الطّرق هي حسب الفصل 535 من مجلّة الإلتزامات والعقود القياس وقواعد القانون العمومية.

قواعد القانون العامّ فيما يتعلق بالمسؤولية المدنيّة على وجه الخصوص. وذاك ما يسمح بالأخذ في حلّ إشكال بموقف المتعاقد الآخر، إن كان على حسن نيّة أو على سوئها. فلا يقع قبول الإبطال إلاّ متى كانت للمتعاقد حسن النّيّة مصلحة في ذلك. أمّا المتعاقد سيّء النيّة فلا يسمح له بذلك عملا بالقاعدة العمومية موضوع الفصل 547 بمجلة الإلتزامات والعقود القائلة : "من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه إلاّ إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح". وما اقتضاه الفصل 548 بنفس المجلّة في قوله : "ما صدر من شخص لا يكون حجّة له". وكلها قواعد تؤدّي إلى تقوية قواعد النّظام العام وهي قواعد تتطلب نجاعتها، أن ترفض دعوى الإبطال في شأنها أحيانا[57].

عنصر 2 - إثبات السّبب

200 - قرينتا السّبب - للسّبب قرينتان : قرينة وجود وقرينة مشروعيّة. وقع التنصيص على الأولى بالفصل 69 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "السّبب المصرّح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه"؛ ووقع التنصيص على الثانية بالفصل 68 من نفس المجلة في قوله : "كلّ إلتزام يحمل على سببا ثابت جائز ولو لم يصرّح به".

نتيجة القرينتين على صعيد التداعي، وأنّ العقد يعدّ -بمقتضى القانون-، وأنّ له سبب، حتى ولئن لم يقع بيانه بوجه صريح؛ وهو ما يعطي قيمة قانونيّة

---

[57] شهد فقه القضاء الفرنسي تطوّرا في مسألة العلم. فبعد أن كان يرفض دعوى الإبطال بسبب علم المتعاقد، أصبح يقبل بذلك ولو كان صاحبها عالما بالسبب غير الجائز. كان ذلك في قرار صادر عن الدّائرة المدنية الأولى لمحكمة التعقيب الفرنسيّة بتاريخ 7 أكتوبر 1998 الذي جاء متضمّنا لما يلي : " Mais, attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat (JCP 1998, Ed. Gén. p. 2163, avec une note de M.-H. MALVILLE ; Dalloz 1998, jurisp. p. 564 ; JCP 1999, Ed. Gén. pp. 369 et ss. Avec Observ. Ch. JAMIN...".

للتصاريح غير المسبّبة التي يصطلح عليها بالتصرّفات المجرّدة (Les actes abstraits)، من أمثال الورقات التجاريّة. كما يعدّ للعقد - بمقتضى القانون دائما-، وأنّ له سببا جائزا، ولئن كانت الحقيقة تخالف ذلك.

201 - قوّة القرينتين - القرينتان موضوع الفصلين 67 و68 السّالفي الذّكر من القرائن البسيطة؛ وقع التنصيص على قوّتهما تلك، بالفصل 70 بالمجلة المذكورة القائل : "إذا تبيّن أنّ السّبب المصرّح به إنّما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز، فعلى من يدّعي أن للعقد سببا جائزا غيره أن يثبت ذلك".

نتيجة ذلك على الصعيد الإجرائي، وأنْ على من يدّعي أنّ السّبب غير موجود في الواقع، أو أنّه غير جائز، أن يثبت صدق إدّعاءاته[58].

202 - طرق الإثبات - يثار التساؤل هنا عمّا إن كان إثبات عكس ما تقتضيه قرينتا الوجود والمشروعيّة يكون وجوبا بالكتابة في الصّور التي تقتضي فيها النّصوص القانونيّة الكتب، أم بجميع الوسائل.

تعدّدت المواقف في هذا الشّأن؛ وما يمكن اختزاله، هنا، أنّ كلّ ما يتعلق بالفترة السّابقة للتعاقد يندرج في نظام المسؤوليّة التقصيريّة؛ ثمّ إنّ المخالفة للوجود والجواز واقعة قانونيّة، يكون إثباتها بجميع الوسائل المقبولة قانونا؛ ويتدعّم الموقف الأخير في الذّكر بالنّسبة إلى المخالفة للمشروعيّة؛ حيث تقتضي المطابقة للقانون المضاعفة في إلغاء ما يعارضها من الإتفاقات والإشتراطات المخالفة...

---

[58] قضي : "إذا ادّعى المدّعي أنّ السّبب المصرّح به في العقد غير صحيح جاز له إثبات ما يدّعيه ووجب على المحكمة عند تقدّمه بسماع بيّنته في ذلك أن تستمع لهذه البيّنة" (تعقيبي مدني، عدد 9990، مؤرّخ في 24 جويلية 1973، نشريّة 1973، الصّفحات 63 وما بعد).

الفصل الخامس

قيام العقد

(الشكليّة في التّعاقد)

203 - مفهوم الشّكلية - تقتضي الشّكلية إخضاع العقد إلى نمط أو أنماط معيّنة في التعاقد، لا يصحّ بدونها. ويتطلب الوقوف على مكانتها (في **مبحث 1**) التعرّف على مبرّراتها (في مبحث2).

مبحث 1 - مكانة الشّكلية

204 - ماضي الشّكلية وحاضرها - تختلف مكانة الشكليّة من زمن إلى آخر. وهو ما يوحي **بتطوّرها** عبر العصور (**فقرة 1**)؛ وممّا تتميّز به اليومَ، **واقع** يتسم **بالإنتعاش** (**فقرة 2**).

فقرة 1 - تطوّر الشّكلية

205 - اختلاف النّظم التّاريخيّة من الشّكلية - شهدت الشّكلية بالمفهوم المذكور أعلاه، تطوّرا من حقبة زمنيّة لأخرى، ومن نظام قانوني لآخر؛ وما يلاحظ بهذا الصّدد الإختلاف الواضح في مواقف **النظم القانونيّة القديمة** منها (**عنصر 1**)، وهي وضعيّة لا تزال مؤثرة في **النظم المعاصرة** بشأنها (**عنصر 2**).

عنصر 1 - مواقف النظم القانونيّة القديمة من الشكلية

206 - القانون الرّوماني والقوانين الدّنيّة - شهدت الشكليّة أوجَها **بالقانون الرّوماني** (أ) وتراجعها مع **الأنظمة الدّنيّة** (ب).

أ) الشّكليّة في القانون الرّوماني

207 - موقف القانون الرّوماني منها - يقدّم القانون الرّوماني على كونه ممّا يأخذ بالشكليّة إلى حدّ الإغراق في ذلك؛ ويبرّر المؤرّخون ذلك، بالصّبغة الإجرائية للقانون المذكور[1]. حيث أن كلّ حقّ، تقابله دعوى معيّنة[2]، تخضع إلى إجراءات خاصّة، قد تتطلب الحضور الشخصي للأطراف المعنية[3]، وتلفظهم بعبارات محدّدة أحيانا... وكثير ممّن يبرّرون ذلك، بالرّوح الدّينيّة للقانون المذكور[4]؛ وربّما أمكن تبرير ذلك أيضا، بوجود مختصّين بالميدان القانوني، ممّا أضفى على العمل القانوني صبغة تقنيّة واضحة[5]...

ومهما يكن من أمر، فإنّ الإفراط في الشكليّة بالعهد الرّوماني قد أدّى إلى ظهور عقود لا تصحّ إلاّ بتنصيصات معيّنة (Contrats *Litteris*)،

---

[1] حول شكليّة القانون الرّوماني ومبرّراته، يراجع: توفيق حسن فرج، القانون الرّوماني.

[2] حول مفهوم الشكلية ومبرّراتها وتطبيقاتها بالقانون الرّوماني أيضا، يراجع: J.-L. THIREAU, Introduction historique au droit, « Champs Université », Flammarion, 2001, pp. 62 et ss. يقول الكاتب في هذا الصدد: " Les Romains ne raisonnaient pas en termes de droits subjectifs mais en termes d'actions, et c'est seulement dans la mesure où ils disposaient d'une action en justice qu'ils pouvaient s'estimer titulaires d'un droit : l'action précédait le droit (ibid. p. 67)."

[3] الشكلية ممّا يبرّر غياب العمل بالنيابة بالنظام القانوني الرّوماني كذلك. (حول النيابة في التعاقد، يراجع الفصل الثّاني بهذا المؤلف المتعلّق بالرضاء).

[4] المراجع السابقة.

[5] وربّما كان من أسباب ظهور الشّكلية بالعهد الرّوماني أيضا، تفتح روما على مجتمعات أخرى، تجهل جميع أفرادها باللغة اللاّتينية. فكانت الشّكلية المأثورة تسهّل التعامل، في التوافق على بعض الحركات بما لا يدع مجالا للشكّ من قِبل الكافة حول معناها...

وأخرى لا تصحّ إلاّ بأقوال معيّنة (Contrats *Verbis*)[6]، وكلّ ذلك ممّا يؤسّس إلى نظريّة التصرّف الشّكليّ-الرّسميّ[7].

وإزاء ما بلغته الشّكلية من غلوّ بالعهد الرّوماني[8]، فما كان أمامها إلاّ أن تتقهقر[9]. وهو ما حصل بآخر العهد المذكور، مع جملة من العقود الدّارجة، وهي أربعة : عقد البيع، وعقد الكراء، وعقد الوكالة، وعقد الشركة[10]... ثمّ ومع الفكر الدّينيّ عموما[11].

---

[6] ومن ذلك أن يصعد المتعاقدون على ربوة أو غيرها من الأماكن الظاهرة للعموم ومساس الأشياء المتعاقد عليها بآلات معينة، وفي ذلك فهم من الجميع بما تنصرف إليه إرادة الأطراف واتفاقاتهم... (يراجع J.-L. THIREAU المرجع السابق).

[7] ترجمة : بالتصرّف الشكليّ (Acte formaliste) غير كافية، وكذلك ترجمته بالتصرّف الرّسمي (Acte authentique)؛ في اعتقادنا أنّ عبارة : Solennel تقتضي توفّر الخاصيّتين : أي خاصيّة الشّكليّة وخاصيّة الرّسميّة؛ فيكون التّصرّف المصطلح عليه بالفرنسيّة ب Solennel هو التصرّف الذي لا يصحّ إلاّ متى حرّر من قبل أشخاص معيّنة وتضمّن تنصيصات معيّنة، ويكون جزاؤه البطلان المطلق.

[8] لا غرابة أن يكون السبب في ذلك ظهور فئات تتمعّش من هذا الإختصاص، بمساندة من السلطة نفسها...

[9] من أسباب ذلك، تولي بعض المختصين الإعلام عن ذلك بمؤلفات للعموم (يراجع : J.-L. THIREAU المرجع السابق).

[10] وممّا صيغ للحدّ من قيود الشكلية وآثارها في ذلك الوقت، مؤسسة الإلتزام الطبيعي؛ فقد كان لهذه الأخيرة الفضل في ترتيب آثار على إلتزامات ما كانت لتكون ملزمة من الوجهة القانونية الصرفة، لو أنه لم يقع تطبيق المقتضيات الشكلية المهيمنة آنذاك حول مفهوم الإلتزام الطبيعي، يراجع الفصل التمهيدي لهذا المؤلف. كما يتجه التذكير بفرع أخذ شيئا فشيئا يستقلّ عن القانون المدني (*Jus civile*) ويعرف بقانون البشر (*Jus gentium*) ويشمل جملة القواعد المكوّنة استثناء عن القانون المدني، غايته تنظيم علاقات الأجانب... والتجّـار. وهذا الفرع ممّا أسس إلى ظهور مادّة القانون الدّولي العامّ... والقانون التجاري (Y. GUYON : article « Droit des affaires », Encyclopédie Universelle).

ب) موقف النظم الدّينيّة من الشكليّة

208 - تقهقر الشّكليّة - سوف يكون ذلك مع **القانون الكنسي** (1) والإسلامي (2).

1) الشكّليّة في القانون الكنسي

209 - مبرّرات ذلك - حصل تقهقر الشّكليّة بسبب الفكر الكنسي الذي يولي أهمّيّة إلى التعهّد وأخلاقيّاته (*Pacta sunt servanda*)، أكثر منه إلى الأنماط التعاقدية التي يقع إفراغها فيه. فإذا كان الفكر الرّوماني يأخذ بالقاعدة القائلة بأنّه لا يمكن للتصرّف الخالي من الشّكليّات أن ينشئ إلتزاما[12]، فإن القانون الكنسي يرى بخلاف ذلك، معتبرا أن الإلتزام لا يخضع في نشأته لأي إجراء أو شكليّة تذكر[13]، مساندا بذلك الرّضائيّة وما سوف يتبعها من حرّيّة تعاقديّة[14]، جاعلا من مخالفة التعهّد إثما، يمكن للمحاكم الكنسيّة أن تعاقب عليه؛ وهو موقف يتقارب مع التشريع الإسلامي؟

2) الشكليّة والتّشريع الإسلامي

210 - نقاش - يثير التشريع الإسلامي تساؤلات بخصوص الشّكليّـــة : فهل هو من القوانين التي تعتمد هذا المعطى أم لا ؟ وإذ يُسمح

---

[11] J. Ph. LEVY, « Le consensualisme et les contrats, des origines au code civil » *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, 209.

[12] *Ex nudo pacto actio non nascitur* (Le pacte nu ne donne naissance à aucune action).

[13] *Ex nudo pacto actio oritur* (L'action naît du pacte nu).

[14] يقول الفقيه IHERING حول الرّضائيّة في هذا الشّأن أنّها تحفز : Elle évite « l'honnête homme, ignorant des affaires, se trouve à la merci d'un adversaire retors et sans conscience, car qui sait se servir de la forme, s'en fait une corde pour étrangler l'homme inexpérimenté » (IHERING, *L'esprit du droit romain*, 1887, t. III, n° 50, p. 173).

بطرح هذا التساؤل، فلوجود تنصيصات شرعيّة تقرّ بالشّكليّة[15]، وأخرى توحي بمعارضتها[16].

وممّا استقرّ عليه الفقهاء عموما، أن ما يتضمّنه التشريع الإسلامي من وجوب تحرير لعقود بالكتابة، هو للإثبات، لا لصحّة التصرّف[17]. ويتدعّم ذلك من مؤسّسة عدليّة الإشهاد نفسها؛ حيث أن العدل المحرّر للكتب لا يتدخّل لإعطاء الصّبغة الرّسميّة لعلاقة ما، بل توثيقا لوقت الحاجة[18]. ممّا يجعل القانون الإسلامي منتميا إلى النظم الآخذة بالرّضائية[19]، لا إلى تلك الآخذه بالشّكليّة... وهو ما سوف ينتشر في أصقاع كانت، تحت تأثير القانون الرّوماني (بلاد الشامّ)، من معاقل الشّكليّة، لكي تصبح في ظل الفقه الإسلامي من فضاءات الرّضائية... وسوف يتدعّم هذا التمشي بمدرسة القانون الطبيعي وبمن تأثرت به من النّظم القانونية المعاصرة.

---

[15] ومن ذلك ما جاء بالقرآن الكريم "يا أيّها الّذين آمنوا، إذا تداينتم بدين لأجل مسمّى فاكتبوه".

[16] ومن ذلك قوله تعالى "يا أيّها الّذين آمنوا، أوفوا بالعهود".

[17] الفرق بين الإثنين واضح، ففي الشّكلية كشرط صحّة يترتّب عن غيابها بطلان التّصرّف؛ وفي الشّكليّة كشرط للإثبات، يمكن تلافي ذلك إذا ما طرأت بعض الأحداث التّي تحول دون الإثبات بالكتب، ومن ذلك علاقة القرابة ووجود بداية حجّة بالكتابة، هذا إن لم يؤخذ بالإعتراف وبتوجيه اليمين (يراجع في هذه المسائل مؤلّفات المدخل لدراسة القانون، فيما يتعلّق بالإثبات).

[18] الإصطلاح في حدّ ذاته معبّر. فعدل الإشهاد يتدخّل كشاهد على التّصرّف. وتنظيم هذه المهنة كذلك. حيث أن ما يحرّره العدول هو للتّوثيق، لا لصحّة التّصرّف. (في هذا المعنى، محمّد الشّرفي : *Introduction à l'étude du droit*, CERP 1983).

[19] من دعاة هذا الموقف الأستاذ سامي الجّربي، في أطروحته "تفسير العقد"، كلّيّة الحقوق بتونس 1، سنة جامعيّة 1997.

عنصر 2 – موقف النظم المعاصرة من الشكليّة

211 – موقف تأليفي – هو موقف **النظم المعاصرة** عموما (أ) بما في ذلك **القانون التونسي** نفسه (ب).

أ) موقف القوانين المقارنة من الشكليّة

212 – أهميّة الشكليّة بالنّظم المقارنة – من الخطإ القول أنّ النظم المعاصرة تستهجن الشكليّة، ولو أنّ الرّضائيّة هي ممّا يعتمد من قِبلها، عموما. وتلك حال النظام الفرنسي على وجه الخصوص، حيث يكتسي العقد الشّكلي هنا، أهمّيّة قصوى بالمعاملات[20]، ولا أدلّ على ذلك من قابليّة بعض المحرّرات (العدليّة) إلى التنفيذ مباشرة، دونما حاجة في ذلك إلى استصدار أحكام قضائيّة في الغرض[21].

كما تكتسي الشكليّة مكانة متزايدة في القوانين الأنقلوسكسونيّة عامّة، وبالقانون الإنقليزي خاصّة[22]. ويتأكد ذلك بتكاثر النصوص البرلمانيّة هنا وهناك التي تستوجب تحرير كتايب، لا لإثبات العلاقات التعاقديّة -كما تقتضيه الرّضائيّة-، بل ولصحّتها، أيضا[23] وهو ما تفترضه الشكلية، بما

---

[20] حول العقد الشكلي، تراجع أطروحة : M-A. GUERILLERO, *L'acte juridique solennel,* thèse Toulouse, éd. 1975.

[21] تراجع مؤلفات الإجراءات بالفقه الفرنسي.

[22] حيث يتشابه النظام الأنقلوسكسوني مع القانون الرّوماني في تركيزه على الإجراءات هو الآخر (حول النظام المذكور، يراجع محمّد بقبق، مدخل عامّ لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، سلسلة "معرفة القانون"، تونس 2002.

[23] ومن ذلك ما اقتضاه قانون الصّرف الصّادر سنة 1882، وقانون التأمين البحري الصّادر سنة 1906، و قانون القرض الإستهلاكي الصّادر سنة 1974 (في فصله 61) وخاصّة قانون الملكيّة الصّادر سنة 1989 والّذي يستوجب لصحّة العقود المتعلّقة بالعقّارات أن يقع تحرير كتب لصحّتها (حول هذه التّطبيقات، يراجع : J. MANWARING, *Les contrats,* Ed. Yvon Blais Inc. Collct. « *La*

يوجب التأليف فيما يسمى بالتصرّف الشكلي (L'acte solennel)[24]. وهو ما يؤكد الفكر القائل بصحوة الشكلية في جميع هذه النظم، بما في ذلك القانون التونسي نفسه.

ب) موقف القانون التونسي من الشّكلية

213 - أهمّيّة الشكليّة بالقـــانـــون التونسي - لا ريب في تأثر المشرّع التونســـيّ بما يسمّى بالرّضـــائية، والتي هي من النّتـــائج الحتميّة (Corollaires) لمبدإ سلطان الإرادة[25]. ويتدعّم ذلك من عدم تنصيص الفصل 2 بمجلة الإلتزامات والعقود على الشّكلية كركن من أركان التعاقد[26]. وهو ما يجعل من التنصيصات الشّكلية أحيانا شروطا لإثبات الإتفاقات (*ad probationem*) لا لصحّتها (*ad solemnitatem/ad validitatem*).

---

common law en poche », Sous la direction de J. VANDERLINDEN, éd. 1999, p. 64, notice 135).

[24] التصرّف الشكلي، تصرّف يستوجب لصحّته (لا لإثباته) شكليات معينة ومضمونا معيّنا يكون دونهما إبطال العقد. وغالبا ما تستوجب تدخّل شخص معيّن لتحريره. ومن أمثلة ذلك، القاضي في عقود التبني، وضباط الحالة المدنيّة والعدول في عقود الزّواج، وهؤلاء والمحامون في عقود التفويت في الأملاك العقّاريّة المسجّلة طبقا لمقتضيات الفصول 373 و377 و377 ثالثا بمجلّة الحقوق العينيّة والمحامين في تحرير العقود المتعلقة بالأصول التجارية في بيعها وكرائها ورهنها... طبقا للفصل 189 جديد و189 مكرّر من المجلة التجارية.

[25] محمّد الشرفي، المدخل لدراسة القانون، (بالفرنسية).

[26] جاء بالفصل 2 من مجلة الإلتزامات والعقود ما يلي : "أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذّمّة هي : أوّلا – أهلية الإلتزام والإلزام؛ ثانيا – التصريح بالرّضاء بما ينبني عليه العقد تصريحا معتبرا؛ ثالثا – أن يكون المقصود من العقد مالا معينا يجوز التعاقد فيه؛ رابعا – أن يكون موجب الإلتزام جائزا".

ويوجب كما سبق بيانه، تأويل هذه التنصيصات بما يؤدّي إلى التضييق في نطاقها، لا إلى التوسّع فيه...[27].

ولكنّ هذا الموقف قد يوجب التعديل بحكم تكاثر الشّكليات التي تستوجبها عديد النّصوص القانونية، لا لإثبات الإتفاقات فحسب، بل ولصحّتها، إن لم يكن لقيامها... ممّا أدّى بالبعض إلى الحديث عن صحوة الشّكلية (La renaissance du formalisme). وهو ما يمكن أن ينطبق على القانون التونسي[28] الذي شهد في ماضيه انطباق القانون الرّوماني، لا سيّما مع استقرار الحكم البيزنطي وما تبعه من تطبيق لقانون جستنيان[29].

وإذا ما كانت للشّكليّة هذه الإنتعاشة، فلكونها تضطلع بمزايا قد تقصر الرّضائيّة عن توفيرها[30].

---

[27] ليس ذاك هو موقف فقه القضاء دائما، حيث نجده أحيانا يحاول التّقليص من حدّة الشّكلية معتبرا إيّاها للإثبات، ونجده أحيانا أخرى مدعّما لها، مشدّدا في شروط الشّكلية. ومن الأمثلة على ذلك موقفه في شأن عقد المغارسة، عند تأويله لعبارة "رسم صحيح" الواردة بالفصل 1416 فقرة 2 بمجلّة الإلتزامات والعقود القائلة بأنّ "عقد المغارسة يحرّر فيها رسم صحيح" حيث اعتبر أن المقصود بذلك لا الكتب الخطّي وإنّما الحجّة العادلة (تعقيبي مدني، دوائى مجتمعة عدد 706، مؤرّخ في 24 جوان 1961، مجموعة قرارات الدّوائر المجتمعة لسنوات 1961-1992، مركز الدّراسات القانونيّة والقضائيّة لوزارة العدل، تونس 1996، الصّفحات 165 وما بعد).

[28] للأستاذ محمّد الشرفي موقف مخالف، حيث يعتقد أنّ الشكلية جديدة بالقانون التونسي (يراجع مدخله لدراسة القانون).

[29] حول تاريخ القانون التونسي، يراجع: M. MAHFOUDH, « De quelques éléments pour une histoire du droit commercial tunisien », article à paraître in *Mélanges HACHEM.*

[30] يقول الأساتذة F. TERRE وPh. SIMLER وY. LEQUETTE في التّعديل من الموقف القائل بترجيح الرّضائيّة على الشّكليّة ما يلي: « ... contrairement à ce que pourrait laisser croire une présentation trop caricaturale, tous les avantages ne sont pas du côté du consensualisme et les inconvénients du côté du formalisme » (*Les obligations*, n° 131).

فقرة 2- انتعاشة الشّكلية

214 - بيان ذلك - تتأيّد انتعاشة الشكلية بما تتميّز به هذه من الأهمية بالوقت الرّاهن، سواء من خلال **مظاهرها** (عنصر 1)، أو **ميادينها** (عنصر 2).

عنصر 1 - مظاهر الشكليّة

215 - اختلافها : الكتب وغيره - تتعدّد الشكليات التي من الممكن أن تفرض القوانين اللجوء إليها. ولا يقتصر في ذلك على ما هو تقليديّ كالكتب[31]، بل يضاف إليه محتوى معيّن بتنصيصات معيّنة[32] وصيغ معيّنة أحيانا، وأحيانا أخرى تصريحات معيّنة، وتراخيص معيّنة تسلمها هيئات

---

[31] من تطبيقات ذلك بالقانون التونسي ما اقتضته الفقرة الأولى من الفصل 190 بالمجلّة التجاريّة في شأن العقود المتعلّقة بالأصول التجاريّة والتي جاءت ناصّة على ما يلي : "كلّ تصرّف في أصل تجاري بالبيع الإختياري أو الوعد ببيعه أو بإحالته مطلقا، ولو كان هذا التصرّف معلّقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقتضي انتقال الأصل التّجاري بالقسمة أو التصفيق أو بطريق المساهمة به في رأسمال شركة، يجب إثباته بكتب وإلاّ كان باطلا".

[32] جاء بنفس الفصل 190 من المجلّة التجاريّة في فقرته الثانية ما يلي : "و يجب على المحيل (محيل الأصل التجاري) أن يذكر في عقد الإحالة : 1) إسم البائع السّابق وتاريخ الإحالة له ونوعها وثمنها مع التنصيص على ثمن العناصر المعنويّة والسلع والمعدّات كل على حدة؛ 2) قائمة تحتوي على حقوق الإمتياز والرّهون المرسّمة على الأصل التّجاري؛ 3) رقم العمليّات التجاريّة التي باشرها في كلّ سنة من السّنوات الماليّة الثّلاثة الأخيرة أو من تاريخ الإحالة له إذا كان استغلاله لم يمض عليه ثلاث سنوات؛ 4) الأرباح التي حصل عليها في نفس المدّة؛ 5) وعند الإقتضاء كراء المحلّ وتاريخه ومدّته ومبلغ الكراء الحالي واسم المكري وعنوانه." وجاء بالفقرة الثّالثة من نفس الفصل 190 م ت "ويمكن أن يترتب عن إهمال ذكر البيانات المقرّرة آنفا، بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان واقعا في خلال السّنة الموالية لتحويزه".

مختصة، وذاك شأن البيوعات العقارية (من و)إلى الأجانب[33]، والتي تخضع في صحّتها إلى رخصة الولاية بالمكان التي يوجد به المبيع[34]...

ويبقى أهم أنموذج في الشكليّات ما يصحب عقد الزّواج، الذي يتطلب لإبرامه تدخّل محرّرين يخصّهم التشريع بذلك، (عدلي إشهاد على الأقلّ، ضبّاط الحالة المدنية)، وحضور المتعاقدين أمام هيئات معيّنة (الهيئات القنصلية بالنّسبة إلى التزوّج خارج البلاد)، والإدلاء بتصريحات محدّدة[35].

عنصر 2 – ميادين الشكليّة

216 – إتساع ذلك – لم تعد الشّكلية حكرا على الزّواج، بل تجاوزته إلى غيره من العقود؛ ومن ذلك ما يتعلق بالأصول التجارية، سواء فيما يخصّ بيعها أو رهنها أو كراءها[36]؛ وما يتعلق بالتفويت في العقارات واستغلالها...

---

[33] وقع التنصيص على وجوب الرّخصة المذكورة بمقتضى أمر 4 جوان 1957 (حول ظروف هذا الأمر وفلسفته، يراجع: M.-A. FADHEL MOUSSA, *L'Etat et l'agriculture en Tunisie, Essai sur l'intervention de l'Etat dans le secteur agricole*, pp. 122 et ss).

[34] حول أثر التراخيص الإدارية في صحّة العمليات العقـارية على وجه الخصوص، يراجع : محمّد كمال شرف الدّين : "جزاء غياب الرّخصة الإدارية في العمليات العقارية" المجلة القانونية التونسية، 1990، ج 3، الصفحات 35 وما بعدها ؛ وكذلك الحبيب الشطي: دراسات في القانون العقاري، مجموعة 1 و2، طبع دار الميزان، تونس.

[35] (ومن ذلك قول الزّوجة أو وليّها: "باسم اللّه تزوّجتك أو زوّجتك ابنتي"، وردّ الزّوج: "باسم اللّه قبلت ذلك"...)

[36] يتجه التذكير في هذا الشأن بمقتضيات القانون عدد 31 لسنة 2003 المؤرّخ في 28 أفريل 2003، والمتعلق بتنقيح المجلة التجارية وبإضافة فصل إليها. والفصل المضاف هو الفصل 189 مكرر الذي جاء ناصّا على ما يلي : "يجب أن تحرّر العقود المتعلقة بالأصل التجاري بواسطة محامين مباشرين من غير المتمرّنين، باستثناء عقود التّبنيّ التي تبرمها الدّولة والجماعات المحلية والمؤسّسات العمومية ذات الصبغة الإدارية وكذلك رفع الرّهون والعقود التي ينصّ القانون على إبرامها بحجّة رسمية (فقرة 1). وتعتبر الحجج المحرّرة

وتتسم الشّكليات هنا بالتدرّج؛ فلا تقتصر على الكتب فقط، بل وتتطلب تدخّل محرّرين معيّنين (عدول إشهاد، محامين...)، وذكر تنصيصات معيّنة؛ وممّا يذكر في هذا الشّأن ما يقتضيه الفصل 377 مكرّر من مجلة الحقوق العينيّة فيما يتعلق ببيع وكراء ورهن العقارات المسجّلة، حيث يخصّص بعض المحترفين، فقط، بتحريرها (عدول الإشهاد، المحامين، أعوان إدارة الملكيّة العقارية)، ويربط الحقّ بترسيمه بالدّفتر العقاري[37]... وكذلك ما أصبح يقتضيه الفصل 189 (مكرّر) بالمجلة التجارية في بيع وكراء ورهن الأصول التجاريّة، حيث يخصّص بذلك المحامين المرسّمين، لا غير، مرتبا عن انعدام تدخل هؤلاء بطلان ما ينجز من المحرّرات مطلقا[38]. وكثيرا ما تفرض النصوص بهذه المحرّرات

من غير ما ذكر باطلة بطلانا مطلقا (فقرة 2). ويجب على كل محرر عقد متعلّق بأصل تجاري أن يضمن به البيانات التالية 1) اسم محرّر العقد ولقبه وعنوانه وعدد بطاقة تعريفه الوطنيّة وإمضاءه وختمه؛ 2) ذكر انه اطّلع على السجلّ التجاري والدّفتر العمومي لرهون الأصول التجارية وعلى ما ورد بهما من بيانات في خصوص الأصل التجاري موضوع العملية؛ 3) ذكر أنه أشعر الأطراف بالحالة القانونية للأصل التجاري المراد التعامل عليه وبعدم وجود أيّ مانع قانوني للتّحرير؛ 4) ما يستوجبه تحرير العقد من البيانات على المعطيات الواردة بالسجلّ التجاري والدّفتر العمومي لرهون الأصول التجارية؛ 5) بيان الإجراءات التي يجب على الأطراف القيام بها لترسيم العملية موضوع العقد في السجلّ التجاري وفي الدّفتر العمومي لرهون الأصول التجارية (فقرة 3)؛ وتستثنى الدّولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصّبغة الإدارية من وجوب ذكر ما ورد بالفقرة المتقدّمة عندما تتولى تحرير العقد بواسطة مصالحها (فقرة 4). ومحرّر العقد مسؤول إزاء الأطراف عن مخالفته لأحكام هذا الفصل. وكلّ شرط يخالف ذلك لا عمل عليه (فقرة 5). ولكلّ شخص تضرّرت حقوقه من مخالفة الأحكام الواردة بهذا الفصل الحقّ في القيام على محرّر العقد بدعوى في غرم الضّرر (فقرة 6)".

[37] حول القيود الشكليّة في عقد البيع، تراجع : عفاف بالشيخ، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، 1994-1995.

[38] يراجع في هذا الشأن القانون عدد 2003-31 المؤرّخ في 28 أفريل 2003 والمتعلق بتحوير وإضافة فصل بالمجلة التجارية (الفصل 189 مكرّر) (الوارد نصه أعلاه)؛ (يراجع الرّائد الرّسمي للجمهوريّة التونسيّة عدد 34 لسنة 2003، الصفحات 1188-1190.

تنصيصات معيّنة[39]، فيظهر ذلك وكأنه من باب الغلوّ... فيجيز التساؤل عن أبعاد الشّكلية.

مبحث 2 - مبرّرات الشّكلية

217 - فوائد الشكليّة - للشّكلية فوائد ثابتة (فقرة 1)؛ ومع ذلك تبقى مدعاة إلى **التقييم (فقرة 2)**.

فقرة 1 – فوائد الشكليّة

218 - أغراض الشكليّة: تنوّعها - تتنوّع الشكليّة من حيث أغراضها، وربّما أجاز ذلك التمييز بين نوعين منها: **شكليّة للحماية** (عنصر 1) وأخرى **للتوجيه** (عنصر 2).

عنصر 1 – شكلية الحماية[40]

219 - المستفيدون منها – هم الأطراف (أ) والغير (ب).

أ) الشكليّة الحامية للأطراف

220 - أغراضها ومظاهرها – غايتها إعلام المتعاقد بما له من الحقوق والواجبات. وممّا يستعمل للغرض، فرض بعض التنصيصات بالكتب. ومن ذلك، أن يقع التنصيص بكتب بيع الأصل التجاري على رقم معاملات الأصل خلال السّنوات الثلاثة السّابقة لإبرام العقد.

---

[39] يراجع القانون عدد 2003-31 الوارد أعلاه.

[40] خيرنا استعمال ترجمة عبارة « Formalisme protecteur » بعبارة "الشكلية الحامية" لا "الشكلية الحمائية". لكون عبارة "حمائية" هي ترجمة لمصطلح « Protectionniste » ، وهو مصطلح له معناه بالميدان الإقتصادي، إذ يقتضي منع الإنتاج الدّاخلي من مزاحمة المنتجات الشبيهة الأجنبيّة.

بل وقد توجب النّصوص أحيانا، أن يقع إبراز هذه التنصيصات بحروف ظاهرة (Caractères apparents) في الطّباعة، وأحيانا جدّ ظاهرة في ذلك (Caractères très apparents) مقارنة بنمط الطباعة المتداول بالنّسبة إلى بقية أجزاء الكتب[41]. ويعتمد هذا النّمط من الشّكليّة – التي غايتها حماية بعض الفئات المتعاقدة– في العقود الإستهلاكية خاصّة، ولفائدة المستهلكين على وجه التحديد[42].

ب) الشكلية الحامية للغير

221 – غايتها ووسائلها – غايتها إعلام الغير بالعقد، لما عسى أن يقوم به إزاءه من الحقوق. ومن الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك، القيام بموجبات التسجيل الجبائي لصحّة بعض العقود[43]، وموجبات الترسيم العقاري فيما يتعلق بالتعامل بالعقارات المسجّلة. وممّا يتجه ذكره بهذا الشّأن، تنصيص الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية على أن الحقّ لا ينشأ لصاحبه

---

[41] ذاك ما وقع التّنصيص عليه بمقتضى الفصل 12 من قانون التّأمين، فيما يتعلّق بالإستثناءات من التّأمين. حول هذا الفصل ومصدره، يراجع، محمّد الزّين : *Droit du contrat d'assurance,* édité par l'auteur lui-même, Tunis 1996, n° 116.

[42] والأمثلة على ذلك في القانون التّونسيّ كثيرة. فعقد الشّراء لمنقولات بالتسهيلات، لا يكون إلاّ بكتب، بصريح الفصل 4 من القانون عدد 39 لسنة 1998، المؤرّخ في 2 جوان 1998 والمتعلّق بالبيع بالتّقسيط. وكذلك اقتناء حقّ الإنتفاع فيما يتعلّق بالإيواء السّياحي بنظام اقتسام الوقت، حيث ينصّ الفصل 13 من القانون عدد 46 لسنة 1997، المؤرّخ في 14 جويلية 1994 على وجوب تحرير كتب في الغرض يكون وجوبا "باللّغة العربيّة وبلغة ثانية حسب اختيار الحريف، في أربعة نظائر على الأقل"... إلى غير ذلك من الحالات التي يعسر حصرها. وممّا يلاحظ في هذا الشّأن التّوسّع في مفهوم الكتب، لا سيما في المبادلات الإلكترونيّة، وذلك ببعث تقنية المصادقة من قبل مؤسّسة معيّنة للغرض وهي الوكالة الوطنيّة للمصادقة الإلكترونيّة (الفصول 8 وما بعد من القانون عدد 83 لسنة 2000، المؤرّخ في 9 أوت 2000 والمتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونيّة).

[43] فيما يتعلّق بموجبات التّسجيل في البيوعات العقاريّة، يراجع الحبيب الشّطّي : "محرّر العقود والجباية العقاريّة"، *دراسات في القانون العقاري*، المجموعة الثّانية، دار الميزان للنّشر، نوفمبر 2001.

(مشتري، مرتهن عقار...) إلاّ بمقتضى ترسيمه، ممّا يجعل من الترسيم (وهو شكليّة) الواقعة المنشئة للحقّ المذكور[44]، لا التراضي على إتيان التصرّف. أمّا في غير ذلك من الحالات التي تستوجب التنصيصات الصّريحة، فإن الشّكليات التي تكون غايتها حماية الغير، هي ممّا يترتب عنه عدم المجابهة بالإتفاق (Inopposabilité)، لا بطلانه[45]؛ وهو الشّأن، بالنّسبة إلى وجوب ترسيم التصرّفات المتعلقة بالأصول بالسجلّ التجاري[46]...

عنصر 2 – شكلية التوجيه

222 – تعريفها – هي شكليّة غايتها توجيه العقد بما يتماشى واختيارات المجموعة؛ وهي اختيارات قد تكون سياسية، أو إقتصادية/إجتماعية.

وممّا ينتمي إلى النّوع الأوّل، اشتراط الرّخص الإدارية في بعض التصرّفات؛ ومن تطبيقات ذلك، رخصة الولاية بالنّسبة إلى عقود التفويت العقاري إلى الأجانب؛ ويبرّر الإشتراط هنا بالتخوّف من امتلاك الأجنبي لما يعدّ المصدر الرّئيسي لثروة المجموعة بالبلاد : أراضيها...

وممّا ينتمي إلى النوع الثاني، وجوب القيام ببعض الإجراءات، ومن ذلك تأمين مبالغ مالية معيّنة، قصد تعاطي مهنة ما؛ وفي ذلك رغبة واضحة في تكوين مؤسّسات لها قدرة على المزاحمة من جهة، وتحقيق مساحة مالية

---

[44] حول الأثر المنشئ للترسيم العقاري، تراجع : أحلام بالشيخ، رفض الترسيم، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمقة "شعبة القانون الخاصّ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، سنة جامعية 2002/2001.

[45] حول هذين المفهومين، تراجع المؤلّفات المتعلّقة بالبطلان، وبالعقد والغير.

[46] حول هذه المسائل، تراجع مؤلفات المدخل للقانون التجاري، ومن ذلك بالنسبة إلى القانون التونسي : M. et Mme DAHDOUH, *Droit commercial*, Ed. Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 1ère éd., année 2000.

كافية للقيام بالأغراض التي يؤمل بعثها من أجلها من جهة أخرى[47]... وتحقيق القدرة في حماية بعض الفئات الإجتماعية...

فقرة 2 - تقييم الشّكليّة

223 - مخاطرها - بالرّغم ممّا تحققه الشّكلية من دور إيجابي في حماية بعض الأطراف والأشخاص المعنية بالتعاقد، فهي لا تخلو من المخاطر.

إذ أنه فضلا عن تعارضها مع مبدإ حرّيّة الإتجار وما يتبعه من تقييد للتعاقد، فهي تؤدّي إلى التضييق من المبادرة الخاصّة، وتجعل من التعامل حكرا على بعض الفئات الإجتماعية، لا سيّما الميسورين منهم، ممّن تتوفر فيهم القدرة على تأجير من يرشدهم للغرض[48].

ويضاف إلى ذلك، التسبّب في وضعيّات مجمّدة، قد يعسر -أو يستحيل- حلها... ومن ذلك أن يقع شراء العقار من أجنبيّ استخلص أمواله وغادر تراب البلاد، دون الحصول على رخصة منه في بيع المبيع... وتضخم المشاكل في العقارات المسجّلة، حيث يجد المشتري نفسه في وضعية الحائز للأرض دون ملكيّتها؛ فيكون ما يملكه بمثابة رأسمال جامد لا يصلح له في تطوير نشاطه... إلى غيره من الوضعيّات (المأسويّة أحيانا) التي لا تحصى ولا تعدّ...

---

[47] من تطبيقات ذلك في شركات التجارة الدّوليّة، حيث يقتضي القانون الذي ينظمها (قانون عدد 94-42 المؤرّخ في 7 مارس 1994 والمنقح بالقانون عدد 96-59 المؤرّخ في 6 جويلية 1996) أن يكون رأسمالها 150 ألف دينار على الأقلّ؛ وهذا الحدّ يمكن النّزول به إلى 20 ألف دينار فقط، بالنّسبة إلى المستثمرين الشّبّان، مرّة واحدة في العمر (طبقا لقرار وزير التجارة المؤرّخ في 28 أفريل 1999).

[48] وممّا يتولّد عنه الإفراط في الشّكليات كذلك، تكاثر النّصوص، ممّا يترتب عنه فقدان قيمة النّصّ القانوني، وتبعا لذلك فقدان القانون لمصداقيّته.

ولا ريب في شعور السلط العامّة بمثل هذه التداعيّات السّلبية للشّكليّة؛ وهو ما يبرّر عديد تدخلاتها قصد تخليص بعض العقارات من الجمود، بهدف إدماجها في الدّورة الاقتصادية بالبلاد، وفي تدخل المشرّع نفسه قصد التعديل من بعض المواقف الفقه-قضائيّة المفرطة في آثار الشّكليّات، وهو ما حصل قصد تصحيح عقود تفويت في عقارات أُبرمت من أطراف تونسية الجنسية، دون الترخيص المستوجب سابقا من الولاية[49]...

224 - محاسنها - ومع كلّ ما ذكر من سلبيّات، فللشكليّة محاسنها، حيث أنّها ترمي إلى تنظيم المعاملات، وجعل العقود تنطبق مع متطلباتها القانونية، وتكوين إطار كفء يضطلع بتحرير العقود...؛ كما تمكّن الأطراف من التعرّف على محتوى عقودهم بما يحفظهم من الوقوع في الغلط والتغرير وغيرهما...

ولا ريب في أنّ الشّكليّة تكون أكثر نجاعة، متى خصّصت السّلط العامّة بعض المؤسّسات لتلافي تعقيداتها... ومن المؤسّسات المذكورة

---

[49] أعفى الفصل الأوّل من المرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1977 الأشخاص الطبيعيين التونسيين والذّوات المعنوية التونسيّة من الرّخصة السابقة للعمليات العقاريّة التي كان يستوجبها بينهم أمر 4 جوان 1957. فأثير التساؤل حول مآل العقود المبرمة قبل دخول هذا المرسوم حيّز التنفيذ. وقد تأرجح فقه القضاء بين رافض للمفعول الرّجعي للمرسوم المذكور (تعقيبي مدني عدد 15531 مؤرّخ في 30 نوفمبر 1986) وقائل بأثره ذاك مقرّين بنظرية التصحيح التشريعي للعقود الباطلة (تعقيبي مدني عدد 9285، مؤرّخ في 21 مارس 1984). وتدخّل المشرّع لحسم الخلاف مغلبا الموقف الثاني وذلك بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 1992، المؤرّخ في 27 أفريل 1992 والذي تضمّن فصلا وحيدا جاء ناصا على انطباق أحكام المرسوم السالف الذّكر على العمليّات العقاريّة الواقعة بين الأشخاص التونسيين، مادّيين كانوا أو ذواتا معنوية قبل تاريخ صدوره شريطة أن لا تكون قد صدرت في شأنها أحكام قضائية أحرزت على قوّة ما اتصل به القضاء (أي نهائية). (حول أثر الرّخص الإدارية في المعاملات العقـــاريّة يراجع : أحلام بالشيخ، رفض الترسيم، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس، سنة جامعية 2001-2002، الصفحات من 40 إلى 46.

القضاء، الذي يمكنه انطلاقا من نظريّة البطلان أن يحدّد من صرامتها، وذلك باعتماد جزاء البطلان النسبي غالبا، اعتبارا إلى أنّ كثيرا ممّا تقتضيه أحكامها إنما سنّ لحماية بعض الفئات بالأساس[50]؛ والتضييق في نطاق البطلان المطلق إلى الحالات النّادرة التي تكون الشّكليّة فيها لأغراض توجيهيّة بحتة... وفي اعتقادنا أن لا مانع -حتى في هذه الحالة- من اعتبار تقنية التصحيح اللاّحق للخلل[51]؛ وهو ما يكون باستهجان بعض الثوابت، ومن ذلك القول بعدم قابليّة حالات البطلان المطلق -جميعها- للإجازة، لا سيّما في الوضعيّات التي ينادي فيها أحدهم بإبطال التصرّف مطلقا، حال أنّ ادّعاءه لا يتأيّد سوى في الظاهر، إن لم يخفِ ندما عن علاقة كان، من قبلُ، متلهّفا على إتيانها[52]...

---

[50] ممّن نظروا لهذا الموقف، الأستاذ نورالدّين بسرور في أطروحته : *Sanctions des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse de Doctorat d'Etat e Droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis (Tunis 1), Juin 2001.

[51] وهو ما تولى المشرّع التونسيّ إتيانه بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 1992 المؤرّخ في 27 أفريل 1992 والذي رتب معفولا رجعيا للمرسوم عدد 4 لسنة 1977 المؤرّخ في 21 سبتمبر 1977 والذي جاء معفيا وتونسي الجنسيّة فيما يتعلق بعقود التفويت العقارية من رخصة الوالي طبقا لما كان مستوجبا قبل بمقتضى أمر 4 جوان 1957...

[52] مثال من كان متلهّفا في اقتناء أصل تجاري من أجنبي، ثمّ ندم عن ذلك، وراح يبحث عن التعلاّت للتفصّي منه، ومن ذلك عدم الحصول على ترخيص وزارة التجارة الذي زال العمل به منذ مدّة.

الفصل السادس

قيام العقد

(بطلان العقد)

LA NULLITE DU CONTRAT

225 – تقديم – البطلان جزاء العقد الذي شهد إخلالا –أو أكثر– في مرحلة تكوينه؛ له أهمّيّة كبرى بالنظرية العامّة للعقد[1]؛ ومن إشكاليّاته – الكثيرة– ما يمكن الوقوف على بعضه **بمقاربة نظريّة (مبحث 1)**، وعلى بعضه الآخر **بمقاربة تطبيقيّة (مبحث 2)**.

مبحث 1 – المقاربة النظرية

226 – مفهوم البطلان وأنواعه – للبطلان خصائصه مقارنة بغيره من الجزاءات القانونيّة الأخرى **(فقرة 1)**؛ وهو أنواع، تحدّد كلّ نوعيّة منها البعض من أحكامه **(فقرة 2)**.

---

[1] حول البطلان بالقانون التونسي، يراجع : محمّد الزّين، العقد، الأرقام 239 وما بعد؛ وحول البطلان في القانون الفرنسي، يراجع : J. GHESTIN, *Le contrat,* 1ère éd., LGDJ 1980, n° 723 et ss. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, 4 – Les obligations,* Ed. PUF, collec. « Thémis », 9ème éd. 1976, n° 48 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* n° 81 et ss. et 339 et ss.

فقرة 1 - خصائص البطلان[2]

227- طبيعته - البطلان (La nullité) جزاء قانوني، أي أنّ الدّولة هي التي تسهر على تسليطه، ولو باللجوء إلى الوسائل القسريّة. وممّا تستقرّ عليه مجمل الآراء أن لا بدّ في ذلك، من تدخل القضاء[3]؛ ولا يمكن لهذا الأخير أن يصرّح به إلا تنفيذا لنصّ خاصّ، طبقا لمقولة مفادها أن "لا بطلان بدون نص"[4]...

وعلى أية حال فإنّ هذه القواعد، تميز الجزاء المذكور في طابعه الآني والمحسوس عن غيره من الجزاءات التي يمكن الإصطلاح عليها باللاّقانونية، من أمثال : الأخلاقية والدّينية، في طابعها المؤجّل

---

[2] حول البطلان انظر كذلك : علي السبيكي : بطلان الإلتزامات، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، سنة 1991؛ شكري بن عبدالله، نظريّة البطلان في مجلة الإلتزامات والعقود، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، سنة 1993.

[3] ولئن يؤدّي العمل بالدّفع بالبطلان إلى عدم اشتراط حكم القاضي دائما.

[4] من الممكن أن نشكك في سند هذه القاعدة وذلك من مطابقة الفصول 325 والفصول 2 و 23 من مجلة الإلتزامات والعقود ببعضها؛ الفصل 325 في قوله : "... ويبطل الإلتزام من أصله في الصورتين الآتيتين : أوّلا - إذا خلا ركن من أركانه؛ ثانيا - إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة" فما هي حاجة المشرّع لذكر الصّورة الأولى، لو أن البطلان لا يكون على مقتضى الصورة الثانية (حكم القانون ببطلانه -أي العقد- في صورة معينة)؛ الفصل 2 في قوله : "أركان العقد الذي يترتب عليه تعمير الذّمة هي: أوّلا - (ال)أهلية... ؛ ثانيا - التصريح بالرّضاء...؛ ثالثا - (المحل)؛ رابعا - (السّبب)"، وهو تعبير يوحي بأن قائمة الأركان محدّدة على وجه الفصل؛ والفصل 23 في قوله : "لا يتمّ الإتفاق إلاّ بتراضي المتعاقدين على أركان العقد وعلى بقية الشروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له..."، وهو ما يعني أن الأركان لا يعينها المشرّع فقط، بل تتعين بالرّجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة... ولكنّ قاعدة لا بطلان بدون نصّ تجد سندا في استقرار المعاملات التعاقدية والتحسب لمؤثراتها منذ البداية وفي ذلك احترام لمبدإ التعرّف على المؤثرات المذكورة ابتداء (Le principe de prévisibilité des conséquences contractuelles).

واللاّمحسوس. ثمّ، وفي كونه جزاءا قانونيا، فإنّ البطلان يختلف عن سائر الجزاءات القانونية الأخرى أيضا.

228 - مميّزاته - البطلان جزاء مدني؛ وهو ما يميّزه عن الجزاءات الردّعية، كالتأديبية (توبيخ، إنذار...) والجنائية (كالسّجن والخطيّة ومصادرة الأموال... وغيرها)[5].

وعلى الرّغم من الإختلاف بين الجزاءين (البطلان من جهة والجزاءات الردّعية من جهة أخرى) فالعلاقة قائمة بينهما، إذ غالبا ما ترتب النّصوص القانونية، عن بعض التجاوزات، إخضاع المخالفين إلى عقوبات بالسّجن والخطيّة وإلى إبطال ما تولوا إتيانه من تصرّفات[6]...

وممّا يثار، تبعا للعلاقة بين جزاء الإبطال والجزاءات الردّعية، (لاسيّما الجنائيّة منها)، جملة من التساؤلات، ومن ذلك إمكانية المطالبة بإبطال الإتفاقات المعقودة تبعا لتصرّفات مجرّمة (كبيع ملك الغير الذي يعاقب عليه الفصل 292 من المجلة الجنائيّة[7])[8]، ومآل هذه عند غياب

---

[5] حول العلاقة بين العقد والعقوبات الجزائيّة، يراجع: R. OTTENHOF, *Le droit pénal et la formation du contrat civil,* thèse Rennes, LGDJ 1970, Préface H. BLAISE, spéc. n° 11 ; M. MAHFOUDH, *L'incrimination*, thèse Tunis I, 1998, ronéot.

[6] عبد العزيز العوّادي، تأثير العقود الباطلة أو غير الشرعية في القانون الجنائي، قضاء وتشريع، 3/ 1979.

[7] جاء بالفصل 292 المذكور ما يلي : "يشبه بالتحيّل ويعاقب مرتكبه بالعقوبات المقرّرة بالفصل المتقدّم (السّجن خمسة أعوام والخطيّة 10.000 دينار) أوّلا : بيع أو رهن أو توثيق أو كراء ما لا حقّ لمرتكب ذلك في التصرّف فيه خصوصا الأحباس. ثانيا : بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه أو رهنه أو إكراؤه أو تسليمه بالفعل توثّقة"؛ يرى البعض أن ما يبرم خلافا للفصل المذكور جزاؤه الإبطال (يراجع محمّد الصّالح العيّاري، "ليس لما يرسّم بسجلّ الملكيّة العقّاريّة حصانة لا ترفع في كلّ الحالات"، مذكّرات وبحوث قانونيّة، مؤسّسات عبدالكريم بن عبدالله، 1989، ص. 70 وما بعدها)؛ وهو ما يتعارض حسب رأينا، فيما يتعلق ببيع ملك الغير على الأقل- مع مقتضيات الفصل 576 م ا ع.

التتبّعات الرّدعيّة (بحكم عدم التشكي، أو تقادم الدّعوى العامّة، أو وفاة المتهم...)؛ وعن مآل التتبّعات المذكورة بالنسبة إلي تصرّفات لم يقع القيام بإبطالها، أو أنّه وقع تنفيذها رغما عن بطلانها أو قابليّتها للإبطال[9]...

229 – اختلاف البطلان عن غيره من الجزاءات المدنية الأخرى – البطلان من الجزاءات المدنية؛ وهذا يعني أن هناك جزاءات مدنيّة أخرى تهمّ العقود أيضا؛ ومن ذلك، جزاء السّقوط (Caducité)، وجزاء توقف النفاذ (العقد الموقوف)، وجزاء عدم المجابهة (Inopposabilité)، وخاصّة جزاءا الفسخ (Résolution) والإنعدام (Inexistence).

230 – جزاء البطلان وجزاء السّقوط: La caducité – كلّ منهما يتعلق بإخلالات تهمّ الفترة السّابقة للتعاقد؛ ولكنّ البطلان جزاء يترتب عن إخلال يعود بالمسؤولية إلى أحد الأطراف أو جميعها؛ بخلاف جزاء السّقوط، الذي يتعلق بعقود نشأت صحيحة ولكنّها اختلت فيما بعد، بسبب فقدانها لركن من أركان صحّتها (لا يكون للأطراف عادة ضلعا في إحداثه)، كمن يتولى إبرام عقد لتوريد بضاعة يصدر بعد إبرامه له قانون يمنع جلبها من الخارج، وكذلك موت جرّاح التجميل، بعد التعاقد معه، وقبل تنفيذ

---

[8] وممّا يطرح من تساؤلات أيضا، مآل العقد المبرم تبعا لواقعة إشهار كاذب (يجرّمها الفصل 13 من القانون عدد 117 لسنة 1992 المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992)، فهل يجوز القيام بإبطاله بناء على التغرير النّاشئ للمتعاقد تبعا لتغليطه بسبب واقعة الإشهار المعاقب عليه؟ وهل يشترط في ذلك أن تقع المعاقبة عليه، أم يكتفى بإثبات عدم صحّته أمام القضاة المدنيّين ؟؟؟

[9] يمكن أن تثار أيضا إشكاليّة العقود المبرمة خلافا للفصل 301 من المجلة الجنائيّة الذي جاء ناصّا على ما يلي : "يعاقب بالسّجن مدّة ثلاثة أعوام وبخطيّة قدرها فرنكات 5000، كلّ من انتهز فرصة قلة تجربة شخص ليس له حقّ التصرّف في أمواله أو استغلّ طيش أو حاجيات ذلك الشخص فحمله على الإمضاء على رقعة مالية أو غيرها من الصّكوك المقيّدة لأملاكه..."، بل ويمكن أن يقع التوسع في التساؤل لمعرفة ما إذا كان بالإمكان إرساء عيب الإستغلال كعيب مدني في جميع العقود.

العملية الجراحيّة من قِبله[10]، أو كراء رخصة تتولى السّلطة المختصّة سحبها بناء على وفاة صاحبها... ففي جميع هذه الحالات ينشأ العقد صحيحا، ولكنّه يفقد صحّته بعد إنشائه، بسبب فقدان ركن من أركانه، فيترتب عن ذلك سقوطه[11]؛ وربّما كان أهمّ فارق بين الجزاءين (البطلان من جهة والسقوط من أخرى) أنّ الأوّل له أثر رجعي، بخلاف الثاني الذي لا يكون له الأثر المذكور[12].

231 - جزاء البطلان وجزاء توقف النفاذ (نظرية العقد الموقوف) - يهمّ جزاء توقف النفاذ عقودا تنشأ صحيحة، ولكنّ نفاذها يتوقف على إجازة أطراف أخرى، يهمها العقد.

ولا ريب في اختلاف هذه الوضعية عن وضعية البطلان، حيث يكون العقد هنا باطلا، في حين يكون في توقف النّفاذ صحيحا ولكنّ نفاذه متوقف

---

[10] مثال أعطاه السّادة TERRE وSIMLER وLEQUETTE في مؤلفهم : Les obligations، رقم 82.

[11] ينطبق جزاء السقوط في التعهّدات الآحادية كذلك، كأن يهلك الموصى به أو يستحقّ من الغير في الوصية. وقع التنصيص على ذلك بالفصل 185 بمجلة الأحوال الشخصية في قوله : "إذا هلك الموصى به المعين أو استحقّ فلا شيء للموصّى له وإذا هلك بعضه أو استحقّ أخذ الموصى ما بقي منه".

[12] حول مفهوم السّقوط، يراجع : Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil,* thèse Toulouse, Préface Ph. HEBRAUD, LGDJ 1963 ; F. GARRON, *La caducité du contrat,* thèse Aix, 1999 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé,* thèse Paris XII, 2000 ; N. FRICERO-GOUJON, *La caducité en droit judiciaire privé,* thèse ronéot. Nice 1979 ; Il a été jugé qu'un contrat d'approvisionnement exclusif prévoyant que le prix déterminé par référence à un tarif fixé par l'Etat devient caduc, lorsque cette fixation administrative cesse (Com. 27 avril 1971 et 5 nov. 1971, *D.* 1972, p. 353 note J. GHESTIN ; *JCP* 1972, II, 16975, Observ. LEVENEUR) ; la nullité du contrat de vente peut entraîner la caducité du prêt destiné à en financer le prix (Civ. – française- 1ère, 1er juill. 1997, *Defrénois* 1997, 1251 note AYNES ; *D.* 1998, *Som. Com.* p. 110, observ. *D.* MAZEAUD).

على ما تتخذه أطراف أخرى من المواقف، وهو ما يذكر بنظريّة العقد الموقوف بالفقه الإسلامي، لا سيما الحنفي منه[13].

ولا ريب أيضا، في إمكانية وجود تطبيقات لهذه المؤسسة بالتشريع التونسي؛ ومن ذلك ما خصّ من الأحكام بالنسبة الى البيع في مرض الموت، حيث تتوقف صحّته على مصادقة ورثة البائع عليه (طبقا للفصلين 565[14] و354[15] و355[16] بمجلة الإلتزامات والعقود)؛ وكذلك ما خصّ من أحكام لبيع ملك الغير، حيث يتوقف نفاذ البيع هنا على إجازة صاحبه أو إنجرار ملكيّة المبيع إليه (طبقا للفصل 576[17] بمجلة الإلتزامات والعقود)[18]... ويمكن أن نضيف لهاتين الحالتين، توقف مآل العقد الذي

---

[13] حول العقد الموقوف، يراجع فتحي الورتتاني، العقد الموقوف في القانون المدني، مذكّرة مرحلة ثالثة في القانون الخاصّ الشامل، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس (تونس 2)، سنة جامعية 1991/1990.

[14] جاء بالفصل 565 من م ا ع "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كان يبيع له بأقلّ من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد"

[15] جاء بالفصل 576 من م ا ع : "يجوز بيع ملك الغير : أوّلا – إذا أجازه ربه؛ ثانيا – أو صار المبيع ملكا للبائع بعد (فقرة 1). فإن لم يجزه المالك جاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع وعلى البائع الخسارة إن لم يعلم المشتري وقت الشراء أنّ البائع فضوليّ وليس لهذا البائع أن يعارض ببطلان البيع بدعوى أنه فضولي (فقرة 2)".

[16] جاء بالفصل 355 من م ا ع ما يلي : "الإسقاط الصّادر من الدّائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الدّيون ومصاريف جنازته".

[17] جاء بالفصل 565 من م ا ع "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كان يبيع له بأقلّ من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد"

[18] ممّن تعرّضوا لهذا الموقف الأستاذ نورالدّين الغزواني في مقاله : « Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui »، بالمجلة القانونية التونسية، 1987، الصفحات 119 وما بعدها.

أبرمه متعهّد في حقّ الغير عن إجازة المتعهّد في حقه[19]... كما أقرّتها (أي مؤسّسة العقد الموقوف) محكمة التعقيب في عدد من قراراتها[20].

وينشأ العقد في جميع وضعيات توقف النفاذ، صحيحا لو أنه صدر من صاحب الحقّ، ويتوقف مآله صحّة أو بطلانا على وقوع المصادقة من الشخص الذي أعطاه المشرّع ذلك الحقّ. فهو عقد في وضعية هشة، أكثر ما تذكرنا بوضعية الإلتزامات المشروطة. فإمّا أن تتحقق المصادقة عليه، فيصحّ بأثر رجعي؛ وإمّا أن لا تقع، فيسقط العقد، لخلوّه من ركن من أركانه الجوهرية، وهو في وضعيتنا، خلوّه من رضاء صاحبه...

---

[19] من الحالات التي تذكّرنا بالعقد الموقوف، ولكنه هنا تصرّف (لا عقد) موقوف، ما جاء بالفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية بخصوص الوصية في قوله "لا وصية لوارث، ولا فيما زاد على الثلث إلاّ بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي"؛ وكذلك ما جاء بالفصل 180 من نفس المجلة في قوله: "تخصيص الموصي في حياته جميع ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل منابهم من الإرث جائز ويلزم بالوفاة (فقرة 1). والزّائد على المناب يجري عليه أحكام الوصية للوارث".

[20] ومن ذلك : قرار تعقيبي مدني عدد 4804، مؤرّخ في 13 فيفري 1945، قضاء وتشريع 1960، عدد 9 و10 عدد الصّفحات 803/181؛ قرار تعقيبي مدني عدد 4327، مؤرّخ في 8 ديسمبر 1966، قضاء وتشريع 1967، عدد 2، صفحة 30؛ وخاصّة قرار تعقيبي مدني عدد 11257، مؤرّخ في 22 أفريل 1985، نشريّة محكمة التعقيب لسنة 1985، قسم مدني 1، ص. 152 وكذلك المجلة القانونيّة التونسيّة، 1988، صفحة 61، مع تعليق للأستاذ علي الجلّولي. وقد جاء في حيثيّات القرار الأخير الذّكر ما يلي: "وحيث يؤخذ من صريح عبارات هذا النصّ (576 م ا ع) أن مجال تطبيقه لا يتعدّى صورة تسلط البيع على شيء مملوك لغير البائع، وإنّه متى حصل ذلك فليس من الضّروري أن يحمل العقد في طيّاته بذور البطلان بل إنّ انعقاد البيع جائز، وأثر العقد في حقّ المتعاقدين قائم إلاّ أن نفاذه بالنسبة الى المالك الحقيقي موقوف على الإجازة، فمتى تعذّر عليها أصبح من حقّ المشتري وحده المطالبة بالفسخ مع غرم الخسارة".

232 - جزاء البطلان وجزاء عدم المجابهة (Inopposabilité)

- كلاهما من الجزاءات المدنية؛ ولكنّ جزاء عدم المجابهة[21] يهم الغير، إذ يتعلق بعقود تنشأ صحيحة بين الأطراف، ولكنّها ممّا يضرّ بمصالح غيرهم...

ومن تطبيقات جزاء عدم المجابهة، ما تقتضيه قواعد القانون التجاري في وجوب إخضاع تكوين الشركات إلى إجراء ترسيمها بالدّفتر المعدّ لذلك. في حين يهمّ جزاء البطلان الأطراف أو من انجرّت لهم حقوق من هؤلاء. فعلى بائع الأصل التّجاري، مثلا، أن يحرّر كتبا في الغرض، ومتى أحجم عن ذلك، لا يعدّ بائعا مطلقا. ولا يمكن لورثته من بعده التعذّر بالبيع للتفصّي من تتبّعات تقام على الأصيل.

ومع ذلك، فمن التصرّفات القانونية ما يثير تساؤلات فيما إذا كانت خاضعة لجزاء الإبطال أم جزاء عدم المجابهة. ومن ذلك ما تستهدفه الدعوى البليانية والمنحرفة موضوع الفصل 306 (في فقرتيه 1 و2) من مجلة الإلتزامات والعقود من الأعمال. كلاهما غايته إلغاء تصرّفات يأتيها متعاقد بغية التحيّل على حقوق دائنيه؛ فما يكون جزاؤهما؟ هل هو البطلان أم أنّه عدم المجابهة؟ فإذا قلنا أنّ الدّائن يقوم بحقّ المدين، أصبحت الدعوى في الإبطال، وهو شأن الدّعوى المنحرفة التي يمارس فيها الدّائن حقا للمدين؛ وإذا قلنا إن الدّائن يقوم في حقّ نفسه، أضحى جزاؤها عدم المجابهة، وهو ما ينطبق في الدّعوى البليانية، حيث يأتيها الدّائن ضدّ

---

[21] حول جزاء عدم المجابهة بالعقد، أو عدم النّفاذ، يراجع: D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse Paris, 1929 ; F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris II, 1979 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, thèse Rennes, éd. 1984 ; et pour une application, Civ. 1ère, 23 nov. 1976, Bull. civ. I, 1976, n° 361, p. 284.

تصرّفات أبرمها مدينه قصد تهريب كلاّ أو بعضا من أرزاقه، بغية التنقيص ممّا تشكله ذمّته من ضمانات لدائنيه...

233 - جزاء البطلان وجزاء الفسخ (La résolution) - كلاهما يختلف عن الآخر؛ ومع ذلك فقد يحصل الخلط بينهما. وممّا يتسبّب في ذلك المشرّع نفسه بمجلة العقود والإلتزامات (أو بالأحرى مترجمها) الذي يستعمل بها عبارة "الفسخ" في سياق يقتضي استعمال مصطلح "البطلان"[22]، والحال أنّ لكلّ من المصطلحين مفهومه ونظامه؛ فالبطلان كما سبق بيانه جزاء يترتب عن إخلالات تتعلق بالفترة السّابقة لقيام العقد؛ أمّا الفسخ فهو جزاء -لا محالة-، ولكنه يهم مرحلة تنفيذ -أو بالأحرى عدم تنفيذ- الإلتزامات التعاقدية؛ فالبائع في عقد البيع الذي لا يتحصّل على ترخيص في الصّور الملزمة بذلك، يكون جزاء بيعه الإبطال؛ أمّا البائع الذي يسلم المبيع أو يكون بمبيعه عيب يحول دون استعماله، يكون جزاء بيعه الفسخ.

كما يمكن أن نجد بمجلة الإلتزامات والعقود بعض التأصيل لتفرقة تهمّ "الفسخ" من جهة و"الإنفساخ" من جهة أخرى[23]؛ حيث يبدو الأوّل ممّا

---

[22] لا يوجد الخلط بالصياغة الفرنسية للمجلة حيث استعملت عبارة Rescision وهي تتوافق مع البطلان، وتحديدا مع البطلان النسبي. والواقع أن العبارة المذكورة استعملت تاريخيّـا للتعبير عن نوع من البطلان كان يخضع في تطبيقــه إلى ترخيص من السلطة (Lettre de rescision)؛ ثم اقتصر في استعمال العبارة المذكورة بالقانون الفرنسيّ الحديث على جزاء الغبن، لا غير (حول المقصود من مصطلح Rescision وظروف ذلك التاريخيّة، يراجع: H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Les obligations*, n° 294).

[23] يمكن للتفرقة بين جزاءي الفسخ والإنفساخ أن يجد سندا في الفصلين 273 و274 من م ا ع، حيث جاء بالأوّل في فقرته الثالثة والأخيرة ما يلي: "... وفسخ العقد لا يكون إلاّ بحكم"؛ وجاء بالثاني ما يلي: "إذا اشترط العاقدان أنّ عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد، فإنّ العقد ينفسخ بمجرّد وقوع ذلك".

ينطق به القاضي وجوبا، في حين يعفى الثاني من ذلك، فيكون بمقتضى القانون.

وفي وجوب اللجوء للقضاء للتصريح به، يتقارب جزاء الفسخ مع جزاء البطلان، ويختلف مع جزاء الفسخ، شأنه في ذلك شأن الإنعدام.

234 - جزاء البطلان وجزاء الإنعدام (L'inexistence) - كلاهما من الجزاءات المدنية التي تهمّ مرحلة تكوين العقد أيضا وإلى إلغاء نتائه؛ ولكنّ جزاء الإنعدام[24] يعبّر -بصفة أكثر- عن خطورة الإخلال.

والواقع أن عبارة الإنعدام نفسها، تشكل مصطلحا فقهيّا أكثر منه تشريعيا، سيق بسبب ما تشهده نظريّة البطلان من التضييقات، خاصّة بمادّة الأحوال الشخصيّة، بسبب قاعدتها القائلة بأن "لا بطلان بدون نصّ"، وقاعدتها الأخرى القائلة بوجوب الرّجوع في التصريح به إلى القضاء؛ ففي بعض الوضعيّات بالفعل، لم يتحسّب المشرّع للإخلال بالتنصيص على بطلان تصرّفه: كمن يتزوّج بشخص يتضح فيما بعد أنّه من نفس الجنس[25]...؛ فقيل أن مثل هذه العقود ليست باطلة فحسب، بل ومنعدمة كذلك؛ ممّا يجيز إعفاء -كلاّ أو بعضا- من اللجوء إلى القضاء للتصريح بإبطالها[26].

---

[24] حول جزاء الإنعدام، مفهومه وتطبيقاته، يراجع: J. DURRY, « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques », *Trav. Assoc. H. Capitant*, 1961-1962, pp. 618 et ss.

[25] أو يقع تحرير عقد يتعلق بالتفويت في عقار مسجل بواسطة شخص لا تتوفر فيه الصفة القانونية.

[26] BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, 1885 ; HARTEMANN, *Distinction des actes annulables et des actes inexistants*, 1889 ; LOYER, *Les actes inexistants*, 1908.

ولا ريب في اعتماد بعض القرارات لهذا الطرح[27]؛ ولكنّ التنظير القانوني يبدو مقتنعا بعدم جدوى "الإنعدام" كمؤسّسة قانونيّة يقع اللجوء إليها لطرح آثار بعض التصرّفات؛ فالعقد المنعدم يشكل واقعا لا بدّ من إلغائه، وهو ما يستوجب تدخّل القضاء[28] أو على الأقلّ تحرير كتب يتصادق بمقتضاه الأطراف على إلغاء مفعول العقد الباطل. ثمّ إنّ ما يحققه جزاء الإنعدام من النّتائج، يمكن لجزاء البطلان -لا سيّما المطلق منه- أن يحققه؛ ممّا يوحي باختلاف البطلان في نوعيته كذلك.

فقرة 2 - أنواع البطلان

235 - بيان ذلك : البطلان المطلق والبطلان النّسبي (المصطلحات: (La nullité relative et la nullité absolue - البطلان نوعان: مطلق ونسبي؛ وهناك من يستعمل مصطلح "البطلان" قاصدا البطلان المطلق، ومصطلح "الإبطال" قاصدا البطلان النّسبي. كما استعملت مجلة الإلتزامات والعقود (في فصولها من 325 وما بعدها) عبارة "الإلتزام الباطل من أصله"، للتدليل على البطلان المطلق و"القابلية للفسخ (والصّحيح للإبطال

---

[27] قضي : "... لا جدال في أن الغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع الذي لا يفسد الرّضاء فحسب، بل يعدمه أساسا" (تعقيبي مدني عدد 11251، مؤرّخ في 22 أفريل 1985، نشرية 1985، قسم مدني)؛ وقضي : "إنّ العقد الباطل لا يزول بطلانه للتقادم لأنه معدوم والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال الأمد" (تعقيبي مدني عدد 1637، مؤرّخ في 12 ديسمبر 1978، قضاء وتشريع 1979، عدد 4، ص. 106).

[28] يقول الأساتذة Terré و Simler و Lequette في هذا الصّدد : « Mais, dès lors qu'il y a une apparence de contrat et que l'une des parties entend s'en tenir à celle-ci pour en demander l'exécution, l'autre partie n'a d'autre ressource que de saisir le tribunal afin de rétablir la réalité, c'est-à-dire de constater que le tribunal et nul » (*Les obligations*, n° 390).

أو) للبطلان"، للتدليل على البطلان النّسبي[29]. الواقع أنّ من استعمل هذه العبارات هو مترجم المجلة، نقلا للعبارة الفرنسية : rescision، والتي هي نوع من البطلان (النسبي) بالقانون الفرنسي.

236 - **الإختلاف بينهما** - يختلف البطلان المطلق عن البطلان النّسبي في كون الأوّل يترتب عن بعض الإخلالات، وله جملة من القواعد والآثار التي قد تختلف في البعض منها -على الأقلّ- عن حالات الثاني.

فما يعلق منها بالسّبب وبالمحلّ من المخالفات يكون حريّا بالطلان المطلق[30]؛ وما يعلق منها بالرّضاء، يكون حريّا بالبطلان النّسبي؛ وما يترتب عنه البطلان المطلق لا تمكن إجازته أو تصديقه، بخلاف ما يترتب عن البطلان النّسبي، حيث تجوز المصادقة عليه وتصحيح إخلالاته؛ فضلا عن الإختلاف في آجال التقادم ونظام الدّعوى في كلا الحالتين...

ومن كلّ ذلك، يطرح التساؤل : ما الفرق بين البطلان المطلق والبطلان النّسبي؟ ومتى يكون الجزاء بطلانا مطلقا؛ ومتى يكون بطلانا نسبيّا؟

تصدّى الفقه لمجمل هذه التساؤلات فيما يعرف اليوم بنظريّة البطلان.

---

[29] يظهر أخذ المشرّع بنوعي البطلان المطلق والنسبي من خلال استعماله لعبارة "العقد الباطل من أصله" للتدليل على البطلان المطلق (في الفصول من 325 إلى 329 بمجلة الإلتزامات والعقود) وعبارة الفسخ للتدليل على البطلان النسبي. أمّا في الصياغة الفرنسية فقد وقع التعبير عن جزاء البطلان المطلق بكلمة Nullité وNullité de plein droit وعن جزاء البطلان النسبي بكلمة Rescision. وهي كما أسلفنا مصطلح قديم كان يستعمل بالقانون الفرنسي للتعبير عن نوعيّة من البطلان، تكون خاضعة في إعمالها إلى ترخيص مسبّق من السلطة السياسية Lettre de rescision.

[30] ولئن وجد من يعتقد بأن هذه الأركان، أو في البعض من عناصرها يهمّ الأطراف المتعاقدة، ممّا يناسبها البطلان النّسبي.

237 - نظريّة البطلان (المدرسة التّقليدية والمدرسة الحديثة) - تهتمّ هذه النّظرية بأسس البطلان؛ وقد ظهر في هذا الشأن مدرستان: تقليدية وحديثة[31].

238 - طرح المدرسة التقليديّة - ترى المدرسة المذكورة، أنّ البطلان حالة يولد معها العقد، مناطها نوعيّة الإخلال نفسه[32]؛ وتعتمد، في تحديد أيّا من البطلانين ينطبق، على دِرجة خطورة الخلل[33]، مشبّهة العقد بالكائن البشري؛ فإذا كان الخلل على درجة كبرى من الخطورة فإن العقد يولد معها ميّتا، ممّا يجعل البطلان المستوجب مطلقا، لا إمكانية في شفائه[34]، وذاك شأن ما يعلق بقيام الرّضاء (التراضي) وبالمحلّ والسّبب من الإخلالات. وإذا كان الخلل على درجة ضعيفة من الخطورة، فإن العقد يولد مريضا، ويكون البطلان المستوجب له نسبيّا، ممّا يسمح بتلافي خلله، وهي الحال في الإخلالات المتعلقة بالأهلية وبسلامة الرّضاء...

---

[31] بالنسبة لعرض النظريّتين، يراجع: N. BESROUR, *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse pour l'obtention du doctorat d'Etat en droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Juin 2001 (Introduction).

[32] من روّاد المدرسة التّقليديّة: AUBRY et RAU, 1ère éd., t. I, § 37 et t. IV, § 332 à 337 ; J. BONNECASE, in *Traité de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE t. III, n° 77 (supplément) ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil,* t. I, n° 140.

[33] يبدو أن لهذه النظريّة أثرا في قانون الفكر الرّوماني الذي لم يشهد نظريّة عامّة للبطلان J. GHESTIN, *Le contrat,* 1ère éd. LGDJ 1980, n° 734).)

[34] يرى أصحاب النظريّة التقليديّة للبطلان، أنّ الخلل الخطير، يجيز للأطراف التحلل من العقد، دون اللجوء إلى القضاء، ولا ارتباط بآجال يتقادم معها حقّ الطّعن (حول التّعريف بأطروحات النّظريّة التّقليدية وأثر ذلك في النّظام القانوني للبطلان يراجع: J. GHESTIN, *Op. cit.*, n° 736).

239 - نقد المدرسة التقليدية وطرح المدرسة الحديثة - وقع انتقاد اطروحات المدرسة التقليدية من الفقهاء في بداية القرن العشرين[35]. وممّا يؤثر في ذلك، انتقادهم لتشبيه العقد بالكائن البشري، قولا بأن لا مؤسّس له في التشريع؛ مضيفين أنّ الرّجوع إلى درجة الخطورة لا يمنع من الإجتهاد، إذ يفتح المجال للقضاء في تقدير ما يكون منه من هذا القبيل وما لا يكون كذلك، بما ينعكس سلبا - حسب رأيهم- على استقرار العقود؛ مؤيدين ذلك بأنّ العديد ممّا يراه البعض من قبيل الإخلالات الخطيرة ليس دائما كذلك، والعكس جائز أيضا؛ مقترحين تعويض معيار الخطورة بمعيار المصلحة.

وقد أسّست هذه الإنتقادات إلى بعث نظريّة حديثة أهمّ ما يميزها التعريف البديل لجزاء البطلان في كونه حقاّ في الغاء ما يترتب عن العقد من النّتائج، يقرّه المشرّع لمصلحة طرف أو أكثر في العلاقة التعاقدية؛ فإذا كانت عامّة كان البطلان المستوجب لإخلالاتها مطلقا، يترتب عنه ما خصّه المشرّع بهذا النّوع من الجزاءات القانونية؛ وإذا كانت خاصّة، كان البطلان المقرّر لها نسبيّا، مع ما يترتب عن ذلك من النتائج التي عيّنها القانون لهذا النوع من الجزاء.

240 - نقد المدرسة الحديثة - ومع ما يبديه تأصيل المدرسة الحديثة للبطلان من معقولية، فهو لا يخلو من النّقد بدوره؛ فكيف يمكن أن نميّز بين ما يهمّ المصلحة الخاصّة وما يهمّ المصلحة العامّة؟ وما هي الحال لو تجتمع، في نفس الوضعيّة، بعض عناصر المصلحة الخاصّة وبعض عناصر المصلحة العامّة... وهذا الإنتقاد ليس بالنظريّ البحت؛ فكم من

---

[35] هما ثلاثة فقهاء بالأساس : الفقيه DROGOUL, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse Aix, 1902 في أطروحته: والفقيه J. JAPIOT، *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909 في مؤلّفه: والفقيه E. GAUDEMET، *Théorie générale des obligations*, pp. 147 et ss.

القواعد الرّامية إلى توجيه الإقتصاد -وبالتالي إلى حماية المصلحة العامّة- إنما يقصد به حماية بعض الأطراف في نفس الوقت، وفي ذلك اعتبار للمصلحة الخاصّة[36]... وهو شأن ما يرمي من النّصوص إلى مكافحة المزاحمة المنبوذة وإلى حماية المستهلكين في ذات الوقت؛ فهل يترتب عن إخلالاتها التعاقدية البطلان المطلق أم البطلان النّسبي؟ وكذلك الشأن بالنّسبة الى التشغيل بأجر دون الأدنى؛ فهل هو حريّ بالبطلان النّسبي أم بالبطلان المطلق، حال أنّ الأجر المذكور لا يرمي إلى حماية الأجراء فقط، بل وإلى دفع الإقتصاد بما يمكن فئة الأجراء من الإستهلاك دفعا للحركية الإقتصادية بوجه عامّ أيضا ؟؟؟

241 - موقف القوانين من المدرستين - أيّ من المدرستين وقع اتباعه من قبل النّظم القانونية عامّة، ومن قبل القانون التونسيّ خاصّة[37]؟

لا نجد مواقف صريحة في هذا الصّدد. وربّما وجد سكوت المشرّعين هنا مبرّره من محدودية المدرستين في التأسيس لنظريّة البطلان وللتفرقة بين نوعيه...

وممّا تؤاخذ عليه النظريّتان معا، أنّ كلاهما يهتم بالقوانين الوضعية محاولا تبرير ما تتضمّنه من القواعد، أكثر من كونه يخلق معايير ثابتة، تمكن من حلّ الإشكاليّات بوجه ثابت[38].

---

[36] حول هذه الإنتقادات، يراجع : J. GHESTIN, *Op. cit.*, n° 749.

[37] ربّما لمس أخذ محكمة التعقيب بالنظرية التقليديّة في قرار يتعلق بكراء رخص سيارات الأجرة، إذ ارتأى لها أن العقد المذكور غير قابل للتصحيح فهو باطل من أصله ولا إمكانية في شفائه (قرار مدني عدد 74431، مؤرّخ في 10 ماي 2000 (غير منشور لحدّ الآن حسب علمنا).

[38] يقول الأستاذ J. GHESTIN في هذا الصّدد: " ... les réponses données par la jurisprudence sont le plus souvent inspirées par l'empirisme et la tradition. (*Op. cit.*, n° 749)".

وعلى أيّة حال فمن القواعد بالقوانين الوضعية ما يوحي بانتماء المشرّعين إلى المدرسة التقليدية، ومن ذلك معيار الخطورة[39]؛ ومنها ما يوحي بالإنتماء إلى المدرسة الحديثة، محدّدا الحقّ في التشبّث بالإبطال فيمن سنّت القاعدة المختلة إلى حمايته، وهو شأن التشريع التونسي، كذلك[40]. أمّا فقه القضاء فيبدو متململا هو الآخر، حيث نجد من القرارات ما يعتمد في الفصل في نوعية البطلان على معيار الخطورة، ومنها ما يعتمد معيار المصلحة[41]...

التردّد بين أساسي البطلان يمكن أن يستشفّ من المقاربة التطبيقية للجزاء المذكور، أيضا.

مبحث 2 - المقاربة التطبيقيّة

242 - اختلاف النظام واتّحاد الآثار - يخضع **البطلان** بنوعيه إلى **نظام** مختلف **(فقرة 1)**؛ ويترتب عن كليهما نفس **الآثار (فقرة 2)**.

---

[39] في هذا المعنى الأستاذ J. GHESTIN، حيث عنون أحد فقرات مؤلفه (*Le contrat,* L'état de l'acte ne peut être " (LGDJ, 1ère éd. 1980, n° 748 ."complètement négligé

[40] نعتقد أن استعمال المصطلحات من المؤشّرات أحيانا على الأخذ بنظرية أو أخرى. فعبارة "البطلان" توحي بوجود حالة يولد معها العقد، وفي ذلك أخذ بأطروحات المدرسة التقليديّة؛ أمّا عبارة "الإبطال" أو "القابلية للبطلان" فتحيل إلى وضعية لم تلتئم بعد، تستوجب التصريح بطرح ما يترتب عنها من آثار بعد التئامها، وفي ذلك أخذ بأطروحات المدرسة الحديثة...

[41] قضي : "إنّ الإعتراضات على العقود القابلة للإبطال لا تقبل إلاّ من الطرف الذي أراد القانون حمايته" (قرار تعقيبي مدني عدد 4411، مؤرّخ في 13 ديسمبر 1966، قضاء وتشريع 1966، عدد 3-4، ص. 72.

فقرة 1 - اختلاف النظام

243 - مناط الإختلاف - **يختلف** البطلان المطلق عن البطلان النسبي **من حيث الأشخاص** التي يمكنها إعماله **(عنصر 1)**؛ **ومن حيث الآجال** الواجبة **لرفع دعواه (عنصر 2)**؛ ومن حيث **القابلية للتصديق** في كلتا حالتيه **(عنصر 3)**.

عنصر 1 - الإختلاف من حيث الأشخاص

244 - قائمة الأشخاص المحقة بالإبطال - تختلف هذه القائمة من البطلان المطلق والبطلان النسبي؛ ففي الجزاء الثاني تتسم بالإنحسار؛ وفي الجزاء الأوّل، يميّزها الإتساع.

وممّن يمكنهم القيام بدعوى البطلان النسبي من سنت القاعدة لمصلحته[42]؛ ومن تطبيقات ذلك في قصور الأهلية وعيوب الرّضاء[43]؛ وفي ذلك أخذ ببعض مسلمات المدرسة الحديثة. وينتقل هذا الحقّ من الطرف المعنيّ بالحماية إلى خلفه العامّ (وارثه)؛ وهو ما يمكن أن يتأيد بصريح الفصل 333 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ "طلب الفسخ (يقرأ البطلان) ينتقل إلى الوارث في المدّة التي بقيت لمورّثه...".

وممّا يثار من التساؤل في هذا الوضع بالذّات، أن كان حقّ القيام بدعوى الإبطال النّسبي ينتقل إلى الخلف الخاصّ أيضا؛ كأن أشتري عقارا

---

[42] قضي : "... الوسيلة المذكورة (الطعن بالإبطال لقصور الأهلية) لا يتمسّك بها إلاّ الطرف الذي أراد القانون حمايته لا معاقده الرّشيد" (قرار تعقيبي مدني عدد 8532، مؤرّخ في 22 ديسمبر 1953، قضاء وتشريع 1960، العددين 9 و10، ص. 154).

[43] قضي : "إن القيام على أساس الغلط في الوصف طبق أحكام الفصل 45 من م ا ع لا يكون لغير المتعاقدين أو من انجرّ لهم منهم حقّ" (تعقيبي مدني عدد 575، مؤرّخ في 20 أفريل 1976، قضاء وتشريع عدد 6 لسنة 1976، ص. 631/29).

لمشترِ ثانٍ أن يقوم بإبطال عقد، لا على بائعه له، وإنما على بائعه الأصلي؟ في اعتقادنا أن لا مانع من انتقال الحقّ -مع ما يتضمّنه من دعاوى- من صاحب الحقّ إلى خلفه الخاصّ. ولكن لا يمكن لهذا الأخير أن يطالب بأكثر ممّا يمكن لسلفه (Son auteur) أن يطالب به (الفصل 551 م ا ع).

ومتى وقع الإقرار بانتقال حقّ المطالبة بالبطلان النّسبي من السّلف إلى الخلف (عامّا كان أو خاصّا)، فهذا يعني أنّ دعواه ليست من الدّعاوى الخاصّة بأصحابها، كما هي الحال في دعوى الطلاق مثلا[44]، وإنّما من دعاوى الذّمّة؛ فمن يقتني شيئا تنتقل اليه حقوق ذلك الشيء، بإيجابيّاته وسلبيّاته، على أن يكون ذلك محدودا بما جناه السّلف من التصرّف المنشىء لحقوقه بالفعل[45].

أمّا في دعوى البطلان المطلق، فإن الإتساع يتجاوز قائمة الأطراف المتعاقدة، ومن انجرّ لهم حقّ منهم. وإذْ يبرّر التوسّع في قائمة الأشخاص المحقة بدعوى البطلان المطلق، هنا، فاعتبارا -ولا شكّ- إلى خطورة الإخلالات؛ وفي ذلك تأثر بأطروحات المدرسة التقليدية. وهو ممّا يترتب عنه التوسعة في حظوظ التصريح بإبطال العقد الخطير. ومع ذلك فليس من

---

[44] ذاك ما انصرف إليه فقه القضاء (تعقيبي مدني عدد 7065، -قرار "الخيّاط"- مؤرّخ في 7 ديسمبر 1982، نشريّة محكمة التّعقيب لسنة 1982، قسم مدني، صفحة 215؛ ولكنّ هذا الموقف لم يحض بتأييد الجميع. فمن المؤيّدين محمّد الصالح العيّاري : "الورثة ليسوا خلفاء لأسلافهم في متابعة قضايا الطّلاق"، القضاء والتّشريع عدد 4 لسنة 1984، الصفحات 51 وما بعدها ؛ ومن المعارضين : محمّد الهاشمي دحيدح "تعليق على مقال الورثة ليسوا خلفاء لأسلافهم في متابعة قضايا الطّلاق"، القضاء والتّشريع، المرجع السّابق، الصّفحات 107 وما بعدها...

[45] يثار التّساؤل كذلك إن كان بإمكان القاضي أن يثير دعوى البطلان النّسبي من تلقاء نفسه. الإجابة حسب رأينا بالسّلب، اعتبارا إلى أساس البطلان النّسبي نفسه، والّذي يتمثل في حماية مصلحة خاصّة. اللّهمّ إلاّ أن يكون المعني بالإبطال قاصرا...

المتجه أن يقع الإفراط في فتح مجال الإبطال إلى ما يتعارض ومعطى الإستقرار التعاقدي.

وممّا لا ريبّ فيه السّماح بدعوى الإبطال المطلق إلى ممثلي النيابة العمومية التي أفردتهم التشاريع بحماية المصلحة العامّة[46]. وقد تتسع القائمة، كذلك، إلى من له مصلحة ماديّة أو معنويّة مباشرة من العقد، فيشمل ذلك الجار في تمكينه من إبطال عقد بيع أبرمه جاره غاية في استعماله استعمالا مشينا بالأخلاق الحميدة؛ وفي اعتقادنا أنّ هذا الحقّ واجب الإرتباط بقيام النّيابة العمومية أيضا؛ ويكون ماديّا بتقديم مطلب لهذه الأخيرة قصد حثها على التداعي، أو في توجيه الدّعوى عليها قصد إبداء ملحوظاتها، قياسا بما يعتمد في قضايا الحجر[47]. وعلى أيّة حال، فإن حقّ القيام في البطلان المطلق، لا ينبغي أن يصل إلى حدّ فتح التداعي إلى جمهور الناس؛ فدعوى البطلان المطلق ليس معناها دعوى البطلان الشّعبية...

---

[46] يكون ذلك بالخصوص فيما يتعلق بالإخلالات الشكلية. قضي : "يكون باطلا بطلانا مطلقا بيع العقار الذي لم يكن مسبوقا بإجازة من الوالي حسب أحكام القانون الصادر في 4 جوان 1957، المتمّم بالقانون المؤرّخ في 8 أوت 1961. ولا يصحّ هذا البيع إلاّ إذا تضمّن تلك الإجازة وضبط تاريخها وعددها بكلّ دقّة. ويجب على النيابة العمومية القيام من تلقاء نفسها ببطلان تلك العقود إذا لم تنصّ على الإجازة التي فرضها القانون المشار إليه ولم يتمسّك الخصوم بهذا البطلان" (قرار تعقيبي مدني، عدده 6475، مؤرّخ في 31 ديسمبر 1968، نشرية 1968، قسم مدني، ص. 115).

[47] في اعتقادنا أنّ جزاء عدم المجابهة غير قادر –في مثل هذه الوضعيات– على حماية المتضرّر؛ ففي مثال الجار الذي يبتلى بعقد أبرمه جاره قصدا في تعاطي نشاط مخالف للأخلاق الحميدة لا يمكنه بمقتضى جزاء عدم المجابهة من إلغاء العقد المذكور، حيث يبقى هذا الأخير قائما، خلافا لجزاء البطلان الذي يمكن من إزالة العقد من أصله...

عنصر 2 - الإختلاف من حيث الآجال

245 - إشكالية التقادم في البطلان المطلق - يثار الإشكال بالنّسبة إلى دعوى البطلان المطلق، إن كانت تخضع للتقادم -كما هي الحال في دعوى البطلان النّسبي-، أم لا.

وإذْ يثار هذا السّؤال، فبناء على أن الفصول من 325 إلى 329 المتعلقة بالبطلان المطلق بمجلة الإلتزاماتْ والعقود لا تتضمّن تنصيصات تخصّ التقادم[48]؛ وإنما وردت الأحكام المذكورة بالفصول من 330 إلى 338 بنفس المجلة، المتعلق جميعها بالبطلان النّسبي؛ وإذا ما اعتبرنا أن التقادم أساسه السّكوت بما يقع بمقتضاه التصديق الضّمني على العقد الباطل، فإن الفصل 329 فيها يمكن أن يحول دون ذلك، اعتبارا إلى إقصاء العمل بالتصديق في البطلان المطلق.

وقد ارتأت محكمة التعقيب أن تأخذ، ببعض قراراتها، بعدم قابليّة دعوى البطلان المطلق للتقادم[49]؛ وربّما كان ذلك بسبب ما أحدثه مفهوم

---

[48] طرحت إشكاليّة قبول دعوى البطلان المطلق للتّقادم بالقانون الفرنسي أيضا. ومع ما توحي به بعض المواقف من التّململ هناك أيضا (قضي : " un acte tellement... informe qu'il ne pourrait avoir d'effets juridiques ne deviendrait pas valable par l'effet du temps -Civ. -française- 16 nov. 1932, *DH* 1933, 4 ; *S* 1934, 1, 1, note P. ESMEIN")، فإن شبه الإجماع متّجه إلى قابليّة هذا النّوع من البطلان إلى التّقادم كذلك. ويعتمد في تبرير ذلك على الفصل 2262 من المجلّة الفرنسيّة القائل "toutes les actions... sont prescrites par trente ans". (J. GHESTIN, *Le contrat*, n° 857).

[49] كان ذلك بمناسبة قرارين على الأقلّ. قرار تعقيبي مدني عدد 1637، مؤرّخ في 12 ديسمبر 1978 جاء فيه ما يلي : "إن العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتّقادم لأنّه معدوم، والعدم لا ينقلب وجودا مهما طال الأمد" (القضاء والتّشريع عدد 4 لسنة 1979، ص 106 ؛ وقرار تعقيبي مدني عدد 11113، مؤرّخ في 25 ديسمبر 1984، جاء فيه أن العقد

الإنعدام من التأثير في الفكر القانوني، بداية من القرن العشرين عامّة؛ ولكنها غيّرت من موقفها[50]. وفي أخذها بالرّأي القائل بقبول دعوى البطلان المطلق للتقادم بمرور الزّمن (والذي يجد سنده في الفصل 402 من مجلة الإلتزامات والعقود[51]) تكون محكمة التعقيب التونسيّة التونسيّة متوافقة مع موقف القانون الفرنسي (الآخذ بالفصل 2262 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة[52])[53] في إقرار قابليّة الإخلالات الحرّيّة بالبطلان المطلق إلى التقادم هي الأخرى[54].

ويبدو الموقف القائل بقابليّة البطلان المطلق للتقادم أكثر وجاهة من الذي يرى بعكس ذلك؛ السّند في ذلك حجّتان على الأقلّ : أولاها، أنّ الفصل 334 من مجلة الإلتزامات والعقود عامّ[55]، والعامّ يؤخذ على عموميّته؛ ثانيها أنّ القول بأنّ الإخلالات في البطلان المطلق خطيرة وأن لا موجب

الباطل لا تسري عليه أحكام الفصل 402 الّتي لا تتعلّق إلاّ بالعقود الّتي نشأت صحيحة" (نشريّة محكمة التّعقيب، 1984، جزء 2، ص 273).

[50] كان ذلك بمقتضى قرار جاء فيه: "سكوت الطاعن مدّة طويلة من الزّمن تقارب الثلاثين سنة تزيل حقه في إبطال عقد البيع المؤرّخ في 15 ماي 1958" (تعقيبي مدني عدد 2897، مؤرّخ في 26 جانفي 1993، نشرية 1993، ص. 305 وما بعدها).

[51] جاء بالفصل 402 م ا ع ما يلي : "كلّ دعوى ناشئة عن تعمير الذّمّة لا تسمع بعد مضيّ خمس عشرة سنة، عدا ما استثني بعد، وما قرّره القانون في صور مخصّصة".

[52] جاء بالفصل 2262 من المجلة المدنية الفرنسية ما يلي : " Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi".

[53] يراجع احتراز الأستاذ محمّد الزّين الّذي يرى أن الفصل 402 من م ا ع لا ينطبق، لكون دعاوى البطلان ليست من دعاوى تعمير الذّمّة (العقد، رقم 293).

[54] J. GHESTIN, *Le contrat*, 1ère éd., n° 857.

[55] جاء بالفصل 334 م ا ع ما يلي: "القيام بالفسخ (المقصود البطلان) يسقط على كلّ حال بمضيّ خمسة عشر عاما من تاريخ العقد".

لاستقرارها... لا يجد مبرّرا مع ما تشهده مؤسّسة التقادم نفسها من تعارض مع الأخلاق؛ فلماذا يُقبل باستقرار الحقّ للحائز ولو على سوء نيّة، وبُسقوط الدّعوى العمومية ولو في الجرائم الخطيرة... ولا يُقبل بسقوط حقّ المطالبة بالإبطال في العقود؟؟؟

246 - آجال التقادم في البطلان النسبي - تخضع دعوى البطلان النسبي للتقادم. وقع التنصيص على هذه القاعدة، بالفصول من 330 إلى 334 بمجلة الإلتزامات والعقود.

وممّا يتجه ذكره في هذا الصّدد، خضوع الدّعوى في البطلان النسبي، إلى آجال تبدو مدّتها أقصر، مقارنة بآجال التقادم في البطلان المطلق، حيث تضبطها النصوص بصفة عامّة بسنة واحدة. ولكنّ الأجل المذكور يمكن أن يطول بإرجاء بداية احتسابه. ويختلف ذلك من إخلال لآخر. ففي عيب الغلط، يبدأ احتساب السّنة من تاريخ اكتشافه. وكذلك الأمر في عيب التغرير أو فيما يستوعبه من عيوب (: الغبن في عقود الرّشداء، واجب الإعلام السّابق للتعاقد). أمّا في الإكراه فإن أجل العام يبدأ من تاريخ انتهاء الظرف المحدث للعيب المذكور، وهي قاعدة يمكن تطبيقها في عيب الإستغلال أيضا. وفيما يتعلق بغبن القصّر، فإن أجل العام ينقطع احتسابه إلى أن يبلغ القاصر سنّ الرّشد القانونية (الفصل 331 م ا ع)، أمّا في عقود المحجورين، فإن الأجل المذكور يبدأ لفائدة ورثتهم من تاريخ وفاتهم (الفصل 331 من نفس المجلّة كذلك).

وممّا يثار في شأن الآجال من الإشكاليّات بخصوص ما يقتضيه الفصل 334 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل بأنّ "القيام بالفسخ (البطلان) يسقط على كلّ حال بمضيّ خمسة عشر عاما من تاريخ العقد"؛ فما هي الحال لو أن أجل الخمسة عشر عاما انقضى قبل بلوغ القاصر رشده أو وفاته؟ هل يُغلب الفصل 331 من المجلة المذكورة أم الفصل 334 من نفس المجلة؟

الأرجح أن الأجل لا ينطلق إلاّ من تاريخ الرّشد. وفي أحد المبادئ العامّة للقانون سند لذلك، وهي أن الآجال لا يمكن لها أن تحتسب إلاّ بداية من استقرار الحقّ لصاحبها؛ وبداهة أن الحقّ في التداعي لا يستقرّ للقاصر إلاّ مع بلوغه سنّ الرّشد؛ وإلاّ لانتهينا إلى وضعيّة لا معقولة قانونا، حيث ترفض دعوى القاصر قبل سنّ الرّشد، وتنقضي بعدم سماعها، بعد ذلك...

247 - الآجال في دعوى البطلان والآجال في الدّفع بالبطلان - دعوى البطلان تخضع للتقادم بخلاف الدّفع بالبطلان الذي لا يسقط بالتقادم؛ هذه القاعدة وقع التنصيص عليها بالفصل 335 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله: "يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد أن يحتجّ ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدّعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدّة المعيّنة بالفصل 330 والفصل 331 والفصل 332 والفصل 333 والفصل 334 (من هذه المجلّة)"[56].

وللقاعدة المذكورة أهمّيّتها في التطبيق؛ ومن فوائدها التصدّي لطرف يسكت عن عقد مختلّ إلى أن تنقضيَ آجال التداعي ببطلانه، ثم تراه يقوم، بعد ذلك، بدعوى في تنفيذه؛ لا سيّما وأن الآجال لذلك أوسع، بصريح الفصل 402 من مجلة الإلتزامات والعقود. يمكن لمعاقده في هذه الصّورة أن يجمّد طلبه وذلك بالدّفع بالخلل الذي تردّى فيه التزامه، ممّا يجعل

---

[56] تستمدّ هذه القاعدة أصلها من القانون القديم، حيث يقع التّعبير عنها كمبدإ من مبادئ القانون بمقتضى المقولة اللاّتينيّة القائلة " *Qua temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*". حول هذه القاعدة بالقانون الفرنسي، يراجع: LAURENT et BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd., n° 347 ; M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé » *D* 1987, chron. pp. 67 et ss. ; M. BRUSCHI, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », *Droit et patrimoine*, 2000, 69 ; J.-L. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, pp. 19 et ss.

الدّعوى في البطلان قابلة للتقادم، بخلاف الدّفع الذي لا يسقط بالتقادم، فيصحّ وصفه بالأبدي[57].

عنصر 3 - *الإختلاف من حيث القابليّة للتصديق*

248 - التصديق: المصطلحات والمفهوم - "التصديق" (La confirmation)[58]، -وتستعمل مجلة الإلتزامات والعقود مصطلح "الإمضاء" كذلك[59]- وهناك من يستعمل مصطلح "الإجازة"[60] أيضا؛ وكلها تنطبق على تصرّف آحادي (تعبير عن إرادة من جانب واحد)، يقع بمقتضاه التصريح بالتعرّف على الخلل وإرادة تصحيحه[61].

---

[57] قضي : "يجوز لمن طولب بالوفاء بالعقد التمسّك ببطلانه في جميع الأحوال التّي يسوغ له القيام فيها بتلك الدّعوى ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدّة المعينة بالفصول 330، 331، 332، 333، 334 من م ا ع" (قرار استئنافي مدني، صادر عن محكمة استئناف تونس في 10 أفريل 1962، القضاء والتشريع لسنة 1963، العدد 3، ص. 59).

[58] حول التّصديق، يراجع : G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, thèse Paris II, 1972, préface J. FLOUR.

[59] عبارة الإمضاء تتعارض مع المفهوم المتداول لهذه الكلمة والتي تقابله عبارة Signature في اللغة الفرنسية. أي التّعبير الشّكلي عن الكتب الّذي يكون بأشكال خاصّة بصاحبها أسفل الكتب.

[60] سامي القلاّل : إجازة العقد الباطل من خلال مجلة الإلتزامات والعقود، مذكّرة مرحلة ثالثة، كليّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس (تونس 1)، سنة جامعية 1993.

[61] يختلف التّصديــق (Confirmation) عن التّسوية (Régularisation) وإعــادة العقد (Réfection). فالتّصديق (Confirmation) حقّ للمتضرّر من إخلال ينجرّ عنه بطلان العقد نسبيّا، ويترتّب عنه إجازة العقد بأثر رجعي. أمّا التّسوية(Régularisation) فهي إجراء (يسمح القانون القيام به خلال مهلة معيّنة) ويترتّب عنه تصحيح تصرّف باطل، وينطلق أثرها من تاريخ التّصحيح. وغالبا ما تعتمد في ميدان الشّركات. ومن تطبيقاتها كذلك إجــازة المالك في بيع ملكه من الغير (الفصل 576 م ا ع -1°)... وإمّا من إعــادة العقد (Réfection) فكما توحي به عبارتها طريقة غالبا ما تكون الوحيدة في إقرار عقد باطل بطلانا مطلقا. وتتّفق مع التّسويّة في أثرها غير الرّجعي. حول

والتصديق غير ممكن في البطلان المطلق، بصريح الفصل 329 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي جاء ناصّا على أنّ "إمضاء الإلتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه"[62]؛ بخلاف البطلان النّسبي، حيث يجوز فيه التصديق، طبقا لمقتضيات الفصلين 337 و338 من نفس المجلة[63].

التّسويّة،يراجع: DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls,* thèse Toulouse, éd. 1973, préface Ph. HEBRAUD.

[62] ذاك ما رأته محكمة التعقيب في شأن كراء رخص سيارات الأجرة، في موقفها القائل بعدم إمكانية ذلك، وعدم قابلية العقد للتصحيح لبطلان العقد من أساسه (وعدم إمكانية شفائه) في قرار مدني عدد 74431، مؤرّخ في 10 ماي 2000 (غير منشور لحدّ الآن حسب علمنا)، وقد جاء هذا القرار مطبقا لأحكام الفصل 16 من الأمر عدد 1223 الصّادر بتاريخ 25 أوت 1989 ولأحكام الفصلين 61 و64 من مجلة الإلتزامات والعقود المتعلقين بالمحلّ.

[63] كذلك الشّأن في القانون الفرنسي، مع شيء من التّململ هناك، حيث هناك من يرى العام أن لا مانع من اعتماد التّصديق إذا ما كان الإخلال في فترة ما يهمّ النّظام العام، ثم صدر قانون جديد يغيّر من طبيعته (« ... Il a été soutenu que la confirmation pourrait jouer lorsqu'une réforme législative vient permettre un contrat que les textes antérieurs frappaient d'une nullité absolue ou encore lorsque la nullité tenait à la période où le contrat a été passé, par exemple un pacte sur succession futur. Nul à l'époque où il a été conclu, le contrat serait valable s'il est confirmé postérieurement au changement de la législation ou à l'ouverture de la succession. Mais la jurisprudence refuse d'admettre, dans de tels cas, la confirmation – Cass. req. 19 fév. 1929, *DH* 1929, p. 162- N'ayant pas d'effet rétroactif, elle –la confirmation- permet seule à respecter la règle de la non-rétroactivité de la loi nouvelle et d'éviter que le contrat ne produise effet durant la période interdite –Cass. req. 13 mai 1884, *S.* 1884, 1, 336 ; Cass. civ. 26 oct. 1943, *JCP* 1944, II, 2582, note TOURNON, *D* 1946, p. 301, note J. BOULANGER ; Cass. 1ère, civ. 12 déc. 1961, *Bull. civ.* I, n° 603, p. 480 –à propos de pacte sur succession future- F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* n° 399.

249 – نظام التصديق – يتجه أن نعتبر، في نظام التصديق، ثلاثة معطيات على الأقلّ، يمكن استنباطها من الفصلين 337 و338 السّالفي الذّكر: **مظاهره (أ)؛ شروط قيامه (ب)؛ وآثاره (ج).**

أ) مظاهر التصديق

250 – مظهران اثنان – جاء بالفصل 338 من مجلة الإلتزامات والعقود : "إذا لم يحصل إمضاء الإلتزام أو التصديق عليه بوجه صريح، يكفي إجراء العمل به اختيارا في الكلّ أو في البعض...". وهذه الصّياغة تعني أنْ للتصديق مظهرين : صريح وضمني.

فأمّا التصديق الصّريح فيكون بجميع التصارح الشفوية والكتابية التي يمكن بمقتضاها إجازة الشيء؛ ولا ريب في وجوب الكتب إذا ما كان العقد ممّا يستوجب لصحّته الكتابة؛ وأمّا التصديق الضّمني (ويقال بالدّلالة كذلك) فيكون بالسكوت عن الطعن خلال المدّة القانونية[64]، كما يكون بإجراء العمل بالعقد الباطل[65].

---

[64] قُضي : "اقتضى الفصل 330 و331 م ا ع أنه يسقط القيام بفسخ (يقرأ البطلان) العقود بمضيّ عام لأنّ السكوت بين تاريخ الرّشد ورفع الدّعوى يعدّ من باب المصادقة الضّمنيّة على المعنى الذي كان صدر من القاصر المميز" (قرار تعقيبي مدني عدد 16669، مؤرّخ في 16 فيفري 1988 نشرية 1988، قسم مدني، ص. 309).

[65] قُضي : "ولئن كان الطاعن ولا يزال باقيا على حقه في الإحتجاج ببطلان العقد وفق أحكام الفصل 335 من م ا ع إلاّ أنه لا ينبغي إغفال أنّ الأحكام المذكورة إنما وردت حسب صريح عبارتها على وجه الجواز المقيد حسب رأي فقهاء القانون وشرّاحه ربّما إذا كان المتضرّر من العقد على جهل بسبب فساده وبقي على جهله حتى وقت مطالبته بالوفاء إلاّ أنه يستخلص من أوراق القضيّة أنّ المطعون عليهم أنجزوا أعمال بناء بمحل التداعي وأنّ الطاعن لم يعارض في ذلك وقد تجاوز سنّ الرّشد بعد، ممّا يجعله بعد الإنتقاد المفروض بجهله بسبب الفساد راضيا بالتزامه مصادقا عليه وغير محقّ في

ولا يصحّ التصديق بمظهريه، إلاّ متى توفرت فيه جملة من الشروط؛ وقد يتخذ شكل الإتفاق؛ ومع ذلك فهو من التعهّدات الآحادية؛ فالذي يهمّ فيه، إرادة من كان بيده حقّ إبطال العقد، لا غيره من الأطراف المعنيين به...

ب) شروط التصديق

251 - الإختيار والعلم واحترام الآجال - يشترط في التصديق، لكي يكون صحيحا، أن يكون عن اختيار؛ وقع التنصيص على هذه القاعدة بالفصل 338 من مجلة الإلتزامات والعقود في استعماله لعبارة "إختيارا"؛ وهو ما يورث التصديق عيبا إذا ما وقع تحت الإكراه[66].

ويضاف إلى شرط الإختيار، شرطا العلم بالخلل ونيّة تصديقه. ويتأكد مجمل الشرطين بما جاء بالفصل 337 بنفس المجلة القائل: "إمضاء الإلتزام القابل للفسخ (الإبطال) قانونا أو التصديق عليه لا يصحّ إلاّ إذا تضمّن مضمونه مع بيان السّبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ"؛ كما يتأكد شرط العلم بالخلل بالفصل 338 من نفس المجلة في استعماله عبارة "ممّن علم عيوبه" وخاصّة عبارة "بوجه صحيح" الواردة بنفس الفصل؛ وهي عبارات تؤدّي إلى استبعاد الغلط والتغرير والإكراه لكي يصحّ التصديق، قياسا بما يعتمد في عيوب الرّضاء؛

المعارضة" (تعقيبي مدني، عدد 2950، مؤرّخ في 16 جوان 1981، قسم مدني، الجـزء 2، ص. 185).

[66] « Il a été soutenu que lorsque la règle transgressée est une disposition d'ordre public de protection, la confirmation ne devrait pouvoir intervenir qu'après que la raison d'être de cette protection, à savoir l'état d'infériorité dans lequel est placée la partie protégée, a cessé » (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 403, citant J. GHESTIN, *Le contrat, Formation*, 2ème éd., n° 839 et J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *L'acte juridique*, n° 344).

خلاصة القول أنّ من يتولى التصديق على عقد باطل، ينبغي أن يقوم بذلك عن دراية من أمره، دون تغليط أو إكراه[67]... وممّا يشترطه الفصل 338 المذكور أعلاه حتى يرتب التصديق آثاره التصحيحيّة كذلك، أن يقع في الآجال القانونية، وأن لا يمسّ بوضعيّات الغير، ممّن التأمت لهم حقوق على أساس العقد الباطل.

ج) آثار التصديق

252 - أثره الرّجعي ونطاقه - يترتب عن التصديق، متى توفرت فيه شروط صحّته، تصحيح العقد الباطل؛ ويكون ذلك بأثر رجعي[68].

وفي انطباقه بالأثر المذكور، ينبغي للتصديق أن يراعيَ ما اكتسبه الغير[69] حسن النيّة من الحقوق تبعا للعقد الباطل؛ كأن يبيع زيد وهو قاصر، عقارا إلى عمرو، ثمّ يتولى زيد عند بلوغه سنّ الرّشد، بيع نفس العقار إلى الحارث؛ ولنفترض أن زيدا يروم تصديق بيعه الأوّل إلى عمرو؛ فإذا ما طبّقنا القاعدة القائلة بأن التصديق يصحّح التصرّف بأثر رجعي، وجب اعتبار البيع الأوّل (بيع زيد إلى عمرو) صحيحا، والبيع الثاني منه إلى الحارث مجرّدا من نتائجه بمقتضى التصديق؛ الفصل 338 من مجلة الإلتزامات والعقود يحول دون هذه الوضعيّة: حقوق الحارث لن تمسّ؛ حيث

---

[67] يمكن للمستفيد من التّصديق أن يثبت الإختيار والنّيّة بجميع الوسائل، باعتبار أن هذه المعطيات هي من الوقائع القانونيّة الّتي يمكن إثباتها بجميع الوسائل، طبقا لقواعد الإثبات العامّة.

[68] لا يقتضي كتب التصديق دفع معاليم إداءات إضافية، عدا ما يستوجب من المعاليم القارّة لتسجيل الكتايب.

[69] الغير المقصود به هنا، هو الخلف الخاصّ (« On s'accorde à admettre que les tiers visés... sont les ayants cause à titre particulier du confirmant ayant acquis des droits antérieurement à la confirmation et postérieurement à l'acte confirmé » -J. GHESTIN, *Le contrat*, 1ère éd., n° 832-).

أن حقّ زيد في تصديق عقده مع عمرو -على فرض إقرار هذا الحقّ له- لن يكون مؤثرا في وضعيّة الحارث[70].

يمكن للتصديق أن يكون في جميع العقد أو في جزء منه؛ يفهم ذلك من العبارة الواردة بالفصل 338 بمجلة الإلتزامات والعقود: "...في الكلّ أو في البعض"؛ وهو ما يسمح -حسب رأينا- بأن يقع تصحيح الغبن مثلا، وذلك بأن يتسلم المعاقد الضّحيّة تعويضا عمّا بخس فيه من مقابل. ولا ينبغي للتصديق، على أيّة حال، أن يتحول به العقد الباطل، من فئة تعاقديّة إلى أخرى، وإلاّ فقد وصفه كتصديق وأصبح عقدا آخر، قد يفتقد أثر الرّجعية، ويتطلب دفع الأداءات المستوجبة لصندوق الدّولة...

فقرة 2 - إتحاد الآثار

253 - الإسترداد والإنقاذ - يترتب عن البطلان، سواء كان مطلقا أو نسبيّا، إلغاء ما رتبه العقد المصرّح بإبطاله من نتائج[71]؛ ويكون ذلك مبدئيّا **بإسترداد** ما دُفع من المساهمات تنفيذا لمقتضياته **(عنصر 2)**؛ ولمّا كان ذلك من النتائج الخطرة، فغالبا ما تسعى النظم القانونيّة -بإعانة من

---

[70] يرى البعض أن الحارث في المثال قد اكتسب حقّ القيام بدعوى البطلان الّتي كانت لزيد ضدّ عمرو والّتي انتقلت له بمقتضى البيع الثاني له، والتي يفتقدها زيد تبعا لبيع العقّار ثانية إلى الحارث (يراجع في هذا المعنى : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 408).

[71] تنطبق هنا القاعدة الأصولية القائلة بأنّ ما انبنى على باطل فهو باطل. من نتائج ذلك مثلا : "بطلان عقد البيع يجعل الأخذ بالشفعة غير مقبول لانعدام موضوعها" (قرار تعقيبي مدني عدد 1675، مؤرّخ في 29 جانفي 1980، نشرية 1980، قسم مدني)؛ قضي كذلك : "يكون الإلتزام باطلا من أصله ولا يعمل به إذا خلا من ركن من أركانه وتأسيسا على ذلك، فإنّ ترسيمه بالسجلّ العقاري لا يكسبه الشرعية القانونية ولا يصيره صحيحا" (تعقيبي مدني عدد 13253، مؤرّخ في 19 ماي 1986، نشرية 1986، قسم مدني، جزء 2، ص. 243).

الفقه أحيانا[72]- إلى تفادي ذلك؛ ومن الطرق المعتمدة للغرض **إنقاذ العقد الباطل**؛ ويتمّ ببعض الأوجه المعيّنة لذلك (**عنصر 1**).

عنصر 1 - إنقاذ العقد الباطل

254 - مفهوم الإنقاذ - يقتضي الإنقاذ التدخل رأسا من القانون للغرض؛ وهو ما يميّزه عن التصديق الذي لا يكون إلاّ بإرادة المُصدّق، ويوسّع في نطاقه إلى ما يتجاوز حالات البطلان النّسبي لكي تشمل حالات البطلان المطلق، كذلك؛ يتأكد ذلك بمقتضيات الفصول 326 و327 و328 من مجلة الإلتزامات والعقود. فعلى الرّغم من التنصيص على الإنقاذ بالنسبة إلى هذا، فلا جدال في انطباق أحكامه، من باب أولى، على ذاك، أيضا.

255 - طرق الإنقاذ - يمكن إنقاذ العقد الباطل -نسبيّا أو مطلقا-، بطريقتين على الأقل[73]، وقع التنصيص على كليهما ضمن الفصول السّالفة الذّكر. فأمّا من الأولى فتعتمد التضييق في نطاق البطلان من الكلّ إلى الجزء؛ وأمّا الثانية، فغايتها الإبقاء على العقد بالرّغم ممّا تناولته من الإخلالات الهامّة، أحيانا.

256 - التضييق في نطاق البطلان (البطلان الجزئي)[74] - يمكن للتضييق في نطاق البطلان أن يكون بتحديده إلى الإلتزام التابع لا الأصلي؛

---

[72] من الفقهاء الذين حاولوا التأليف فيما يمكن من تلافي جزاء البطلان بالقانون التونسي، الأستاذ نورالدّين بسرور في أطروحته: *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Juin 2001.

[73] حول بقيّة الطرق، يراجع، نورالدّين بسرور، المرجع السابق.

[74] حول البطلان الجزئي، يراجع: Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse Strasbourg, LGDJ 1969 ; B. TESSIE, « Quelques réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », D. 1976, chron. 281 ; J. GHESTIN, *Le contrat, Formation,*

وقع التنصيص على ذلك، بالفصل 326 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل: "إذا بطل الإلتزام الأصلي بطل ما التحق به من الإلتزامات إلاّ إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك. وبطلان الإلتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل"[75]. وتعدّ هذه القاعدة تطبيقا لنظرية التبعية (Théorie de l'accessoire) في إخضاعها التابعَ لحكم المتبوع[76]. كما وقع التنصيص على البطلان الجزئي بالفصل 327 من نفس المجلة الذي جاء ناصّا ما يلـــي : "بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه، إلاّ إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل، فيستمرّ بصورة عقد خاص"[77].

2ème éd., n° 876 et ss. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 420.

[75] قضي : إذا شمل عقد البيع العقار والأصل التجاري وكان باطلا بالنسبة الى الأوّل فإنّ هذا البطلان ينسحب على الأصل التجاري أيضا..." قرار تعقيبي مدني عدد 11119، مؤرّخ في 26 جوان 1975، نشرية 1975، قسم مدني).

[76] للتّبعيّة تطبيقات عدّة بالقانون. ومن ذلك اعتبار المنقول عقّارا بحكم إدماجه فيه على سبيل القرار (الفصل 10 من مجلّة الحقوق العينيّة) والأخذ بمسؤوليّة المتبوع عن أفعال تابعه في بعض الحالات (الفصل 107 من مجلّة الطّرقات)... وربّما كان أهمّ تطبيق اعتبار التّصرّف المدني له صبغة تجاريّة إن هو عقد لأغراض الإتّجار؛ (حول تطبيقات التّبعيّة بالمادّة التّجاريّة، تراجع مؤلّفات القانون التّجاري، ومن ذلك: Mme N. MEZGHANI, *Droit commercial*, CPU, Tunis 2000 ; J. MESTRE, *Droit commercial*, avec la collaboration de M.-E. THAN-PANCRASI, 24ème éd. « Manuel » LGDJ, 1999, n° 40 et ss.).

[77] يتفق الفصل 327 من مجلّة الإلتزامات والعقود في قبوله بقاعدة البطلان الجزئي مع الفقرة 139 من المجلّة المدنية الألمانية والفصل 20 فقرة 2 من مجلّة الإلتزامات السّويسريّة. وجاء بالفقرة 139 من المجلّة المدنيّة الألمانية ما يلي: " Lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte tout entier est nul, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que, sans la partie nulle, il aurait été cependant conclu". في حين جاء بالفصل 20 فقرة 2 من مجلّة الإلتزامات السّويسريّة ما يلي: " Si le contrat n'est vicié que dans certaines clauses, ces clauses sont frappées de nullité à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles". وعلى الرّغم من عدم

ومع ما تبديه هذه القاعدة من البساطة، فهي لا تخلو من الصّعوبات في تطبيقها. فكيف يقع تحديد إلتزام بكونه أصليا أو تابعا ؟ صاغ الفقه جملة من القواعد للغرض، منها ما هو موضوعيّ، ومنها ما هو ذاتيّ.

ومن طرق التحديد الموضوعيّ أن يقرّر المشرّع -رأسا- ما يكون من الإلتزامات أصلي وما يكون منها تابع ؛ وذاك ما يفعله أحيانا؛ ومن تطبيقات ذلك ما اقتضاه الفصل 615 من مجلة الإلتزامات والعقود في عقد بيع العقار[78]؛ ومن طرق التحديد الموضوعي أيضا، عند غياب النصّ، الرّجوع إلى طبيعة العقد، وإلى ما يشكل فيه عناصر أساسيّة لقيامه؛ ففي عقد البيع، تتمثل الإلتزامات الأصلية في المبيع وفي الثمن؛ وبالتالي فإنّ ما يعلق بهذه العناصر من الإخلالات يكون أصليا، ويترتب عنه بطلان الإلتزامات التابعة، ومن ذلك أجل التسليم.

ويقع الرّجوع، في تحديد ما هو أصليّ وما هو تابع، إلى إرادة الأطراف المتعاقدة أيضا[79].

تنصيص المجلّة المدنيّة الفرنسيّة على قاعدة عامّة تقتضي قبول العمل بالبطلان الجزئي، إلاّ أن فقه القضاء الفرنسي قد عمل بذلك. ممّا يحدث تقاربا بين القوانين الأربعة، بالرّغم من بعض الإختلافات في التّنصيص أو عدم التّنصيص على قاعدة صريحة. أو في الصّياغات بين قانون وآخر.

[78] جاء بالفصل 615 م ا ع ما يلي : "البستان والأرض الخارجة عن الدّار سواء كانت مشجّرة أو لا، لا تعدّ من توابع الدّار ولو كان لها منفذ من داخل الدّار، إلاّ إذا كانت صغيرة جدّا بالنّسبة الى الدّار أو تبيّن أن المالك جعلها تابعة لها فإنّها تكون حينئذ من توابعها".

[79] يتضح من تطبيق الطرق المذكورة أن الدّار المشتراة مثلا، هي من الإلتزامات الأصلية وأن ما يعلق بإخلالات فيها(حدودها، مساحتها) ممّا يرتّب الإبطال في جميع العقد، ولو أن الإخلالات تعلّقت بالمساحة التّابعة لها. ولا يكون الأمر بخلاف ذلك إلاّ متى انصرفت إرادة المتعاقد إلى جعل هذه الإلتزامات من قبيل الإلتزامات الأصلية. كقاطن الشّقّة ممّن يجد مشكلا في الحفاظ على سيّارته فيقتني منزلا، يتضمّن وجوبا مستودعا لسيّارته،

257 - الإبقاء على العقد الباطل - يكون ذلك بوسيلتين: تحويل العقد، وانتقاصه (الحذف)، وكلها من الصّور التي يقع بمقتضاها "تدارك البطلان" إن صحّ التعبير[80]، وهو ما يرمي إلى "إنقاذ العقد" كذلك.

258 - الإبقاء على العقد بتحويله - وقع التنصيص على تقنية التحويل بالفصل 328 من مجلة الإلتزامات والعقود المذكر في قوله "إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشروط ما يصحّ به إلتزام آخر جرت عليه القواعد المقرّرة لهذا الإلتزام".

ويعتمد في البلوغ لهذا الغرض على طريقة التكييف القانوني بالخصوص[81]؛ ومن تطبيقات ذلك أن لا تفقد الكمبيالة (وهي سند تعاقديّ في الأصل) الخالية من بعض تنصيصاتها الوجوبية كلّ قيمتها، وإنّما تعتمد كاعتراف بدين. ولا يخلو ذلك من النتائج على الصّعيد الإجرائي؛ فلا يمكن لحامل الكمبيالة أن يستخلص ما له من دين على أساس إجراءات الأمر بالدّفع، وإنّما يمكنه ذلك بقضيّة أصلية، يقع التأمّل فيها من أحقيّته بالدّين، طبقا لقواعد القانون العامّ والإجراءات العامّة...

ويتضح بعد ذلك أن ما اعتقده مستودعا تابعا للمنزل ليس بالمستودع وإنّما هو دورة مياه، أو مساح لا يفي بالحاجة. ففي هذه الحالة يصبح ما هو تابع أصليّا بالرّجوع إلى إرادة الشّخص المتعاقد. وهو ما يفيد بأن التحديد لما هو أصلي وما هو تابع من الإلتزامات يعتمد الطّريقة الذّاتية كذلك.

[80] حول تدارك البطلان، يراجع : أحمد الورفلي، تدارك البطلان من خلال أحكام مجلة الإلتزامات والعقود، القضاء والتشريع، عدد 2 لسنة 1999.

[81] قضي : "إنّ بطلان الإلتزام لا يقتضي الفسخ الفاصم للعلاقة إذا كانت المحكمة قد تولت تأويل العقد ممّا يرجع به إلى تحقيق المقصود فيصبح بذلك إلتزام غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجري عليه القواعد المقرّرة لذلك الإلتزام كما اقتضى ذلك الفصل 328 من م ا ع" (تعقيبي مدني عدد 6557، مؤرّخ في 25 مارس 1959، القضاء والتشريع لسنة 1960، عدد 10، ص. 154).

259 - الإبقاء على العقد بالإنتقاص منه (الحذف) - وقع التنصيص على هذه التقنية بالفصل 327 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل: "بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه إلاّ إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمرّ بصورة عقد خاصّ".

وتكون تقنية الإنتقاص هذه، بحذف الجزء الباطل من العقد، واعتباره كأنه لم يكنِ (تجاهله)؛ كمن يشترط في هبة حقّ استرجاع الشيْءَ الموهوب إن أتى الموهوب له تصرّفا لا يرتضيه الواهب (كأن يتزوّج الأوّل، أو يتزوّج بمن لا يرتضيه الثاني)، ففي مثل هذه الحالات يكون الشرطُ باطلا والهبة صحيحة، طبقا لما جاء بالفصل 209 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله: "إذا اشترط الواهب أنه يرجع في هبته إن شاء، فالهبة صحيحة والشرط باطل"[82]. وذاك ما يعتمد، إزاء بعض البنود المجحفة[83] والتي غالبا ما تتصدّى لها النّصوص القانونيّة بأن تعتبرها غير مكتوبة[84].

وممّا يلاحظ في طريقة الحذف هذه، إعتمادها، أكثر فأكثر من قبل النّصوص القانونية، لما يهمّ منها موادّ النّظام العامّ -بوجهيه: الإقتصادي والإجتماعي[85]، بالخصوص[86]-. وإذْ تعتمد هذه الطريقة، فلأنّها أنجع في

---

[82] كذلك الشأن بالنسبة الى شروط الوصية، حيث جاء بالفصل 172 بمجلة الأحوال الشخصية ما يلي : "إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح، صحت الوصية وألغي الشرط"

[83] حول البنود المجحفة ونظامها القانوني بالقانونين التّونسي والفرنسي، أعمال ملتقى حول البنود المجحفة، كليّة الحقوق بصفاقس مع الإشتراك مع هيئة المحاماة بصفاقس، 1999، منشورة بمجلة الدّراسات القانونيّة لكليّة الحقوق بصفاقس، 1999.

[84] J. KULLMAN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, p. 59 ; V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, 3691 ; R. BAILLOD, « A propos des clauses réputées non écrites », *Mélanges Louis Boyer*, 1996, p. 15.

[85] من تطبيقات تقنية الإنتقاص ما اقتضاه الفصل 33 من القانون عدد 40 لسنة 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التّجاري في تنصيصه على أنّه "يجب على التّاجر في حالات البيع عن بعد مع التّجربة، تحمّل الأخطار التي قد يتعرّض إليها المنتوج وذلك إلى

تمكين نظريّة البطلان من بلوغ جداواها. وهو ما يثير التساؤل عن إمكانيّة اعتمادها في غير الحالات التي وقع التنصيص على العمل بها صراحة. فهل أنّ عقد الشّغل المبرم بأجر دون الأدنى عقد باطل[87]، يوجب إنهاء العمل به (وذلك بقطعه)، أم يتجه الإبقاء عليه، ولكن بالأجر القانوني؟ في اعتقادنا أن الفصل 327 من مجلة الإلتزامات والعقود عامّ، والعامّ يؤخذ به على عموميته[88]، ممّا يؤدّي إلى الإبقاء على العقد السّالف الذّكر. مع التذكير بأن

غاية انتهاء مدّة تجربة المنتوج. ويعدّ لاغيا، كلّ شرط للإعفاء من المسؤولية مخالف لأحكام هذا الفصل". ومن تطبيقات تقنية الإنتقاص كذلك ما اقتضاه الفصل 23 من القانون عدد 39 لسنة 1998 المتعلق بالبيع بالتقسيط في قوله "يمنع إدراج بنود في العقد يكون موضوعها أو من آثارها إعطاء التّاجر الحقّ في أن يغيّر من جانب واحد خاصّيات المنتوج المزمع بيعه أو الخدمة المراد إسداؤها. ويعدّ باطلا كلّ شرط مخالف". وغير هذين الفصلين كثير.

[86] قضي : "إذا أبرم عقد التسويغ لمحلّ تجاري لمدّة عامين متتاليين شغل بمقتضاه المكري المحلّ ودفع لمعاقده معين كراء العامّ الأوّل والثلاثة أشهر الأولى من العام الثاني، يكون عقد الكراء المبرم بينهما بعد ذلك والنّاصّ على إلغاء كلّ اتفاق سابق وعلى تجديد مدّة كراء المحلّ بعام واحد من تاريخه يجسّم النّيل من حقّ المكتري ومن تجديد عقد الكراء الأوّل المحدث بالقانون عدد 37 (لسنة 1977، المؤرّخ في 25 ماي 1977) فهو إذا لاغ ولا عمل به بصريح الفصل 32 من القانون المشار إليه" ب(تعقيبي مدني عدد 7298، مؤرّخ في 31 مارس 1983، نشريّة 1983، جزء 1، ص.150).

[87] ربّما رأى البعض أنّ هذا المثال لا تنطبق عليه طريقة الإنتقاص، حيث أنّ تصحيح عقد الشّغل هنا يوجب الزّيادة في الأجر، لا التّنقيص منه. ولكنّ مفهوم الإنتقاص لا ينبغي أن يؤخذ في محتواه الحسابي، بل القانوني، وهو ما يقتضي إمكانية الطّرح من الشّروط أو الزّيادة فيها على وجه القياس. فتكون تقنية الإنتقاص بالتّالي ممّا يوجب تعديل العقد سواء بتنقيص ما جاء به زائدا عن القدر القانوني، أو بزيادة ما ينقصه (حول هذه الطّريقة، يراجع : D. BAKOUCHE, L'excès en droit civil, thèse Paris II, 2000.

[88] طبقا لمقتضيات القاعدة العامّة موضوع الفصل 533 من نفس المجلة في قوله "إذا كانت عبارة القانون مطلقة، جرت على إطلاقها".

كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة
المكتبة
BIBLIOTHEQUE

تطبيق نظريّة البطلان بطريقة حتميّة، قد يفقد جزاؤها نجاعته[89]. ممّا يوجب ملاءمتها لمتطلبات أحكام النّظام العامّ بوجهيه كما ذكر.

عنصر 2 - الإسترداد

260 - مفهوم الإسترداد - لا يقع الإسترداد إلاّ إذا تولى أحد الأطراف -أو كلاهما- تنفيذ العقد البالطل[90]؛ ومتى تمّ ذلك، وجب الإسترداد[91]، وهو ما يقتضي، **مبدئيا**، أن يُرجع كلّ طرف ما تسلمه من الآخر من مساهمات تنفيذا للعقد المبطل (أ). وقد يتعذّر ذلك، بجملة من الظروف، فتثار الجدوى، حينئذ، من **حدود الإسترداد** (ب).

أ) سند الإسترداد ونطاقه

1 - مبدأ الإسترداد

261 - أساسه - وقع التنصيص على مبدإ الإسترداد بالفصل 336 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل: "إذا فسخ (أُبطل) الإلتزام، عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد. ويجب حينئذ على كلّ منهما أن يردّ لصاحبه

---

[89] من يبطل عقده بناء على ثمن يزيد على الثّمن المعيّن بمقتضى النّصوص القانونيّة، قد يبيع ثانية نفس الشيء بثمن أزيد من الأوّل، بل وقد يجد مدعّما في النّصوص الإقتصادية التي قد تأتي بعد ذلك لكي ترفع من الثّمن الأوّل أو تلغي العمل بالتّعريفات تماما. فيكون إلغاء العقد الأوّل مفيدا، لا مضرّا بالبائع (حول حدود نظريّة البطلان ووجوب ملاءمتها لمقتضيات قواعد النّظام العامّ، يراجع : J. GHESTIN, *Le contrat,* 1ère éd., n° 913).

[90] إذا لم يحصل التّنفيذ فإن البطلان سوف يجعل كلّ طرف في حلّ من العقد.

[91] قضي : "الإلتزام الباطل لا يترتب عليه سوى استرداد ما وقع قبضه بغير حقّ طبقا لأحكام الفصل 323 من م ا ع" (قرار تعقيبي مدني عدد 12897، مؤرّخ في 17 مارس 1986، نشرية 1986، قسم مدني).

ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرّائه[92]. وأمّا الحقوق التي اكتسبها الغير قانونا بغير تدليس، فتجري عليها الأحكام الخاصّة المتعلقة بالعقود الخاصّة".

وممّا يذكر في نطاق المبدإ المذكور، أنّه ينطبق في جميع العقود، والإلتزامات.

2 – نطاق الإسترداد من حيث العقود

262 – الإسترداد والمشروعية – سيّان في الإسترداد أن يكون العقد من العقود المشروعة أو اللاّمشروعة؛ وقع التنصيص على هذه القاعدة بالفصل 77 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل: "يجوز استرداد ما دفع لسبب يخلّ بالقانون أو بالنّظام العمومي أو بالأخلاق الحميدة". وهو ما يميّز النّظام القانوني التونسي عن غيره من الأنظمة الأخرى، خاصّة الفرنسي منها، طبقا لمقولة لها قيمة القاعدة العامّة للقانون هناك، مفادها أن "ليس للشّخص أن يتبجّح بفساد أخلاقه (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)"[93].

ومع ما يؤدّي به الموقف التونسي من إحراج للقضاء، أحيانا[94]، فهو حريّ بالتمجيد، لكونه يحفز المجتمع من فرص الإقتصاص للنفس بالنفس،

---

[92] يرى مجمل الفقهاء أن أساس الإسترداد هو مؤسّسة الدّفع غير المستحقّ، مبرّرين ذلك بما يترتّب عن البطلان من إلغاء للعقد (J. CARBONNIER, *Op. cit.*, n° 48 ; E. JEULAND, *Droit des obligations*, Ed. Montchrestien, collec. « Focus », 1999, « Nullité », p. 112).

[93] حول هذه المقولة بالقانون الفرنسي، يراجع : L. ROLAND et R. BOYER, *Adages du droit français*, n° 246 ؛ وحول انطباقها، يراجع: Ph. LETOURNEAU, *La règle* nemo auditur..., thèse Paris, LGDJ 1970, préface P. REYNAUD ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, n° 428.

[94] محمّد العربي الهاشم، مدخل لدراسة القانون، درس مرقون، تونس 1986.

مع ما يترتب عن ذلك من خطر يتمثّل في ظهور مؤسّسات الإجرام المنظم، وتعويضها لمؤسسات الدّولة فيما تستنكف به هذه للإضطلاع به من الأعباء. وربّما كانت مثل هذه الإعتبارات ممّا أدّى بالقانون الفرنسي إلى التعديل من موقفه أعلاه، في اعتبار المقولة المذكر بها لا تحول دون القيام بإبطال العقود المخالفة للقانون، وفي قبول الإسترداد بالنسبة إلى العقود المخالفة للشرعية وللنّظام العامّ (Contrats illicites)، وحصر قاعدة رفض ذلك بالنسبة إلى العقود المخالفة للأخلاق الحميدة، فحسب، ومتى تساوى الطرفان في الفساد[95]، بل وبقبول الإسترداد في الحالة الأخيرة الذّكر أيضا، متى كان أحد الأطراف أجدر بالحماية من الآخر بناء على ضعفه[96].

263 - نطاق الإسترداد من حيث الإلتزامات - يتحتم الإسترداد بالنسبة إلى جميع الإلتزامات التي قد يرتبها التعاقد؛ وهو ما ينطبق على محلّ التعاقد وعلى غلاله الطبيعية والمدنيّة[97]. ومع ذلك فيمكن لقاعدة الإسترداد الكلي هذه (*restitutio in integrom*)، أن تشهد بعض التعديل بحكم موقف المتعاقد، إن كان حسنُ النيّة أو سيّئُها...

---

[95] عملا بمقولة أخرى ترفض الإسترداد في هذه الصّورة: *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. (حول هذه المقولة وتطبيقاتها، يراجع : ROLAND et BOYER، المرجع السّابق).

[96] قبل فقه القضاء الفرنسي بدعوى استرداد مبالغ تولّت مومس تسليمها إلى شخص يدّعي حمايتها، اعتمادا على ضعف الأولى في علاقتها مع الثّاني، وأحقّيتها بالحماية (Cass. crim., 7 juin 1945, D. 1946, p. 149, note SAVATIER ; *JCP* 1946, II, .2955, note HEMARD)

[97] فإذا ما باع أحدهم بقرة مثلا، وازداد لها عجل، فإن الإسترداد ينسحب على البقرة وعلى مولودها. وكذلك الشّأن لو أن المشتري للعقّار قد اكتراه للغير، وجنى من ذلك مداخيل، فقاعدة الإسترداد تقتضي، مبدئيّا، منه أن يعيد ما اشتراه، وما جناه من استغلاله بعد شرائه.

ففي الصّورة الأولى، لا يرُدّ المتعاقد حسن النيّة إلى معاقده من الغلال إلاّ ما كان موجودا لديه حال البطلان؛ وتلك هي الحال في عقد باطل بمقتضى غلط تلقائي ليس للطرف الآخر ضلع فيه. أمّا في الصّورة الثانية، فإنّ المتعاقد سيئ النيّة مجبر على أن يردّ لمعاقده جميع ما تسلمه منه تنفيذا للعقد الباطل، بل وما جناه من غلال طبيعيّة أو مدنية نتيجة للعقد المذكور، حتى ولو أنه فوّت، كلاّ أو بعضا للغير، فيما تحصّل عليه تبعا للعقد المبطل. وإذا ما تعذّر الردّ أجبر على إرجاع قيمته.

ويعدّ المتعاقد (بحكم قرينة الفصل 558 من مجلة الإلتزامات والعقود) أنه على حسن نية، متى كان جاهلا حين التعاقد بأوجه البطلان؛ أي أنه يكون عن سوء نيّة إذا ما كان عالما بوجه العيب حال التعاقد، لا بعده؛ وهو ما يوجب على الطّرف الآخر إثبات العلم، ويكون ذلك بجميع الوسائل القانونية، اعتبارا إلى أنّ سوء النيّة من الوقائع القانونيّة القابلة للإثبات بأمور إيجابيّة في العادة، لا يتعذّر إثباتها.

ب) حدود الإسترداد

264 - مظاهر الحدود ومبرّراتها - يمكن لأثر الإسترداد أن يشهد جملة من الحدود. وغالبا ما يكون المبرّر لذلك تعذّر الإرجاع نفسه، أو استقرار حقوق للغير على ما يكون مناطا للإسترداد من جرّاء العقد الباطل، أو حماية للقصّر ممّن أبرموا أو تأثروا بالعقد الباطل. أو كذلك معطى الحقّ.

265 - حدود الإسترداد تبعا لتعذّر ذلك - يمكن للإسترداد أن يجد حدودا لإيقاعه بسبب الإستحالة المادّية أو بناء على طبيعة المساهمات العينية. ومن صور التعذّر المادّي للإسترداد، أن يهلك المبيع بأمر خارجيّ؛ فالهلاك في مثل هذه الحالات يعفي المشتري من ردّ الشيء ومن توابعه إن هلكت هي الأخرى... إلاّ أن يكون المشتري نفسه هو المتسبّب في اندثار مشتراه، أو المقصّر في الحفاظ عليه... مع لفت الإنتباه إلى أن الحدّ من

الإسترداد في هذه الصّورة، لا ينطبق إلاّ فيما يتعلق بالأشياء المعينة بذاتها، أما المثلية منها (Choses de genre)، فإنّ هلاكها لا يعفي من إرجاعها طبقا للقاعدة القائلة بأنّ المثليات لا تهلك (*Genera non pereunt*).

ومن صور تعذّر الإسترداد أيضا، طبيعة المساهمات التي تمّ تنفيذها، كأن تتمثل في الإنتفاع بشيء أو في أداء عمل استفاد منه المتعاقد الآخر. فمن تسلم الشيء بمقتضى عقد تسويغ أُبطل، بعد ردح من زمن تنفيذه، لا يمكنه أن يرجع الفترة الزّمنية التي استغلها خلاله. ولا كذلك من تمثلت مساهمته في أداء خدمة أُضيفت إلى ذمّة معاقده؛ وتلك وضعيّة الأجير في عقد الشّغل[98]...

266 – حدود الإسترداد بناء على حسن نية أحد الأطراف – يراعى في الإسترداد تبعا للعقد الباطل، بين ما إن كانت الأطراف المعنيّة به عن حسن نيّة أو عن سوئها. فمن كان عن سوء نيّة يعيد الشيء وغلاله. وإذا ما استحال عليه ذلك بحكم استقرار حقّ للغير ينشئه المطلوب، فلا يعفى من الرّدّ بل إنّه يرجع قيمته التي تقدّر حال الحكم. وإذا كان عن حسن نيّة، يعيد الشيء أو قيمته، ولا يردّ من الغلال إلاّ ما كان موجودا لديه حين القيام (لا

---

[98] وقد يكون من حقّ طرف أن يُبقي ما تسلمه من الآخر مقابل استغلاله للشيء، أو استفادته منه... ولكنّ ما يُجنى من العقد في مثل هذه الحالات، لا يكون بعنوان تنفيذ عقد انعدم، وإنّما بعنوان منحة أو غرامة انتفاع، قد يراعى في تقديرها العقد الباطل نفسه، ولكن، لا مانع من أن يتولاّها القضاء بالمراجعة إن بدا له إجحافها. يتضح ذلك من خلال التطبيق القضائي. فما يعطى للمكتري بعنوان عقد باطل (بعد الحكم بالخروج من المكرى) لا يكون بعنوان معين كراء وإنما بعنوان غرامة تصرّف. وممّا لا شكّ فيه الإعتماد عادة على المبلغ المحدّد بالعقد (المبطل) في الحكم بتلك الغرامة. ولكن، من الناحية المنطقية الصّرفة فلا مانع من أن يتولى القضاء تعيين مبلغ آخر إن بدت له زهادة المبلغ التعاقدي، أو إجحافه...

حين صدور الحكم)[99]. ويراعى في تقدير القيمة ما اكتسبه المطلوب بالفعل، لا ما كان بالإمكان أن يكتسبه لو أنّه تصرّف في الشيء موضوع العقد الباطل...

267 – حدود الإسترداد تبعا لاستقرار حقوق للغير – يتحتم واجب الإسترداد بالنسبة إلى أطراف العقد الباطل ولمن انجرّ له حقّ من هؤلاء[100]، وذاك شأن الخلف العامّ (الوارث) والخلف الخاصّ (المشتري مثلا)، ممّن لا يمكنهما أن يكتسبا حقوقا أكثر ممّا لهما قانونا[101]. ولا يستثنى من ذلك إلاّ الغير الذي اكتسب حقوقا على أساس العقد الباطل، شريطة أن يكون قد تولى ذلك بغير تدليس (يراجع الفصل 336 م ا ع)[102].

ويبرّر الإستثناء هنا، بنظريّة الأمر الظاهر التي تؤدّي إلى تصحيح تصرّفات باطلة لفائدة الغير، وقع إتيانها من شخص لا حقّ له في إبرامها (كالوارث الظاهر والوكيل الظّاهر، وغيرهما...)[103].

---

[99] قضي : "... ليس على المشتري أن يرجع من الغلة إلاّ ما كان موجودا منها عند القيام عليه بالفسخ (البطلان) إن كان عن حسن نية وكان يجهل أيضا الخلل الواقع بالإجراءات" (تعقيبي مدني عدد 829، مؤرّخ في 19 نوفمبر 1962، قضاء وتشريع 1963، العدد 7، ص. 74).

[100] طبقا لقاعدة القانون العامّة القائلة بأن ما انبنى على باطل فهو باطل. وهي قاعدة لم يقع التّنصيص عليها صراحة ضمن قواعد القانون العموميّة المدرجة بالفصول 532 م ا ع. ومع ذلك يمكن استخلاصها من جملة من الأحكام، طبقا لتقنية التّعميم المعمول بها بالنّسبة إلى قواعد القانون العموميّة ومبادئه (حول هذه المسألة، تراجع مؤلّفات المدخل لدراسة القانون).

[101] تنطبق في هذا الشّأن قاعدة الفصل 551 م ا ع، القائلة "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره، أكثر ممّا لنفسه من الحقوق".

[102] يعدّ الغير مدلّسا إذا ما كان عالما بوجه الخلل في العقد الذّي يروم أن يكتسب على أساسه حقّا ما.

[103] وقع إرساء نظريّة الظّهور كمصدر في استقرار الحقوق (للغير)، بمقتضى قرار عدد 27632، صادر عن الدّوائر المجتمعة بتاريخ 4 أفريل 1997 (مجموعة قرارات الدّوائر

وتستقرّ وضعيّة الغير بالنّسبة إلى المنقول طبقا لمقتضيات الفصل 53 من مجلة الحقوق العينيّة، باعتباره حائزا بشبهة[104]. وبمقتضى الحيازة في العقّار، إذا ما كان للحائز عقدا، ولو كان باطلا، ومرّت المدّة القانونيّة على حيازته[105].

وعلى الرّغم من حماية الحقوق المكتسبة للغير، فإن الإسترداد يتحتم على هذا الأخير، إذا كان ما جناه بدون مقابل. فالإسترداد هنا لا يتسبّب في خسارة له. ومع ذلك فيمكن للإسترداد ان يتعذّر في هذه الصورة أيضا، إذا ما فوّت الغير في الشيء بدوره للآخر[106].

المجتمعة لمحكمة التّعقيب، 1996-1997، ص 92؛ في التّعليق على هذا القرار، يراجع محمّد محفوظ، -فصل باللّغة الفرنسية- المجلّة القانونيّة التّونسيّة 2001)؛ مثله قرار تعقيبي مدني عدد 124 لسنة 1999، مؤرّخ في 11 نوفمبر 1999، قرارات الدّوائر المجتمعة لسنة 1999- 2000، ص 54.

[104] جاء بالفصل 53 م ح ع ما يلي: "من حاز شيئا منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنّه ملك ذلك بالوجه الصّحيح وعلى من يدّعي خلاف ذلك أن يثبته (الفقرة 1). ولا يحمل على الشّبهة من علم أو كان من حقّه أن يعلم عند توصّله بالشيء المنقول أن المتوصّل منه ليس له التّصرّف في ذلك (الفقرة 2)". ويتقارب الفصل 53 من م ح ع مع ما يقتضيه الفصل 2279 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة في تضمّنه القاعدة المأثورة من كون حائز المنقول يعدّ مالكا له "En fait de meuble possession vaut titre".

[105] طبقا للفصلين 45 و46 من م ح ع. وجاء بالفصل الأوّل : "من حاز عقّارا أو حقّا عينيا على عقّار مدّة خمسة عشر عاما بصفة مالك، حوزا بدون شغب، مشاهدا مستمرّا وبدون انقطاع ولا التباس كانت له ملكيّة العقّار أو الحقّ العيني بوجه التّقادم (الفقرة 1). والحوز المعيب لا تأثير له إلاّ من وقت زوال العيب (الفقرة 2)". وجاء بالفصل الثّاني: "تخفض مدّة التّقادم إلى عشر سنوات إذا انجرّ الحوز بحسن نيّة وبمقتضى عمل قانوني من شأنه أن تنتقل به الملكيّة لو صدر ممّن له الحقّ (الفقرة 1). والعبرة في حسن النّيّة بوقت تلقّي الحق (الفقرة 2)" (حول الحيازة بوجه عامّ، يراجع يوسف الكناني وفوزي بالكناني، الأموال، منشورات مركز النّشر الجامعي، تونس 2003).

[106] حول الإسترداد بوجه عامّ، يراجع: A. BOUZIGES, *Les restitutions après annulation ou résolution d'un contrat,* thèse dactyl. Poitiers, 1982 ; E.

268 - حدود الإسترداد بناء على حماية القصّر - يتأيد ذلك بصريح الفصلين 8 و9 من مجلة الإلتزامات والعقود. ويعفى القاصر من الإسترداد ولئن كان متحيلا في إقناع معاقده برشده[107].

ولكنّ القاعدة القائلة برفض الإسترداد بناء على حماية القصّر تجد استثناء يوجب على هؤلاء ردّ ما تسلموه تنفيذا لعقد باطل، إذا كان ما جُني من قبلهم لا يزال موجودا بذمّتهم أو أنّهم استفادوا به[108]، خلافا لما بدّدوه أو بذّروه فيعفوا من إرجاعه. ويعدّ القاصر مستفيدا بالشيء المراد استرداده إن هو أنفقه في مصلحته، وأنّه لا يزال موجودا لديه[109].

269 - الإسترداد والحقّ - قد يتعارض الإسترداد مع معطى الحقّ، فيكون من العدل التضييق في نطاقه. وقد سبق لنا أن تعرّضنا لمثل هذه الوضعية فيمن يُستغلّ عقارُه مدّة من الزّمن ثمّ يصدر حكم بإبطال العقد المؤسّس لذلك، فيكون من حقه، إذا ما كان عن حسن نية، أن يتحصّل على تعويض ما ناله من ضرر. وغالبا ما يكون ذلك بالإبقاء في ذمته على ما تسلمه من المساهمات تنفيذا للعقد الباطل. وكذلك الشأن بالنّسبة إلى ما قدّم له

POISSON-DROCOURT, Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat, *D.* 1983, chron. 85 ; M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil,* thèse Paris II, 1990.

[107] وقع التنصيص على هذه القاعدة بالفصل 10 (فقرة 1) م ا ع القائلة: "للوليّ أو المولى عليه بعد رشده القيام بفسخ (إبطال) عقد ما التزم به ولو مع استعماله للحيل القاضية بحمل المتعاقد معه على اعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه أو أنه تاجر...".

[108] وقع التنصيص على هذه القاعدة بنفس الفصل 10 (فقرة 2) م ا ع القائلة: "لكن هذا لا يمنع من بقاء المولى عليه عامر الذّمّة بقدر ما انتفع به من جرّاء تلك العقدة حسب ما هو مقرّر بهذا القانون".

[109] يراجع الفصل 13 من م ا ع القائل: "إذا تمّم الرّشيد ما التزم به للصغير أو القاصر فهما (أي الصغير أو القاصر) ملزومان بقدر ما انتفعا به من جرّاء ذلك والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفقا المال الذي أخذاه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عندهما".

من شغل من أجير صدر الحكم بإبطال عقده فيما بعد، فيكون من الإنصاف الإبقاء على ما استفاد به من العمل في هذه الصّورة...

ويمكن للتضييق من نطاق الإسترداد في مثل هذه الحالات أن يجد سندا في مؤسسة الإثراء بدون سبب، وهي من المؤسسات التي تدمج العدل والإنصاف في تطبيق القواعد القانونية[110]. ويمكن أن نجد صدى لهذا الإعتبار في الحيثيّة الصّادرة عن محكمة التعقيب في قولها بأحد قراراتها "الإلتزام الباطل لا يترتب عليه سوى استرداد ما وقع قبضه **بغير حقّ** طبقا لأحكام الفصل 323 من م ا ع"[111].

---

[110] حول هذا الدّور لمؤسّسة الإثراء بدون سبب، تراجع مؤلفات المدخل لدراسة القانون.

[111] (يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 12897، الصادر بتاريخ 17 مارس 1986، نشرية 1986، قسم مدني).

الفصل السّابع

تنفيذ العقد

(قراءة العقد)

270 – تقديم – يصبو العقد إلى التنفيذ؛ وهو ما يتم بدون نزاعات، غالبا. ومع ذلك، فقد يحصل أن تطرأ خلافات بين الأطراف، أو بين هؤلاء وغيرهم من الأشخاص. وقد يلجأ الجميع إلى اتباع موقف سلبيّ، في انتظار أن يقع التنفيذ من الآخر[1]. ولكنّ مبدأ إقصاء العدالة للنفس، يوجب، في نهاية

---

[1] من وسائل الترقب، حقّ الحبس، والدّفع بعدم التنفيذ. وقد وقع التعرّض إلى مؤسّسة حقّ الحبس بالفصل 309 من مجلة الإلتزامات والعقود. ويقتضي حقّ الحبس من الدّائن أن يحبس الشيء لديه إلى أن يقع خلاصه في دينه. ويمكن له أن يجابه دائني المدين كذلك بهذا الحقّ. وممّا يستوجبه حقّ الحبس أيضا، أن يكون دخول الشيء في حوزة الدّائن عن حسن نيّة. ويفهم من جميع ما ذكر أن حقّ الحبس من التأمينات العينية. وهو ما يتجاوز النظرية العامّة للعقد (حول هذا الحقّ، يراجع فصل الأستاذ العجمي بلحاج حمّودة، المجلة القانونية التّونسيّة، 1976، الجزء الثاني). أمّا مؤسّسة الدّفع بعدم التنفيذ، فهو ممّا يهمّ النظرية المذكورة، حيث وقع التنصيص عليه بالفصل 247 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "إذا كان الإلتزام من الطرفين فلأحدهما أن يمتنع عن إتمام ما عليه حتى يتمّم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلاّ إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطّرفين بما عليه. وإذا كان على أحد أن يوفي بما عليه لعدّة أشخاص، فله أن يمتنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتمّموا جميعا ما وجب عليهم". ويفهم من الفصل المذكور أن حقّ الدّفع بعدم التنفيذ من الحقوق التي تتعلق بالعقود التبادلية فحسب. ولا يقع إقصاء العمل بها إلاّ متى اقتضى القانون أو الإتفاق التعجيل بالتنفيذ (كما هو الشأن في البيع بالتقسيط، مثلا). ومتى كان العقد ممّا يجيز الدّفع بعدم التنفيذ، فبالإمكان مجابهة الطّرف المقابل به، سيّان في ذلك أن يكون واحدا أو مجموعة. ويبقى الدّفع بعدم التنفيذ من مظاهر العدالة الخاصّة، ممّا يستوجب –في نهاية الأمر– رفع النزاع إلى القضاء، إذا ما لم يتوصّل الأطراف إلى حلّ مرضي. ويمكن لمن تعسّف في استعماله أن يعاقب مدنيا، بتسليط غرامات عليه. وممّا تقتضيه قاعدة غياب التعسّف، أن يكون المتشبّث بعدم التنفيذ قد وفّى من جهته بإلتزامه.

الأمر أن يقع رفع الأمر إلى من عيّنهم النّظام القانوني بفضّ النزاعات بالمجموعة؛ والمقصود بذلك، القضاة أوّلا، والمحكمون في الصّور التي لا تمنع فيها النّصوص القانونية من اللجوء إلى التحكيم، ثانيا[2]؛ وهذا موقف إيجابي، يتجسّم بالقيام بما يقتضيه التداعي من الإجراءات والحقوق إزاء عقد لم ينفذ بعد أو أحجم أحدهم عن تنفيذه.

ومتى رفع الأمر إلى العدالة (بالمفهوم الواسع)، أصبح على المتعهّد بالقضيّة **أن يحدّد العقد المراد تنفيذه (مبحث 1)** وأن **يضبط الإلتزامات التي يجب تنفيذها**. ويتم ذلك **بتفسير العقود** خاصّة (مبحث 2).

مبحث 1 - تحديد العقد المراد تنفيذه

271 - **إشكاليات التحديد** - قد يجد القضاء نفسه في حالة ريب من العقد المطالب بتنفيذه؛ وهو ما يحصل بسبب تكاثر العقود؛ وتلك إشكالية تطرأ مع **الصّوريّة (فقرة 1)**. كما يمكن للرّيب أن يحصل بسبب وضعيّة تعاقدية تأخذ من عديد العقود الخاضع كلّ منها إلى نظام خاصّ به، وهو ما يطرح إشكالية **تكييف** ما قد يعرض على القارئ من العقود؛ فكيف ذلك **(فقرة 2)**؟

وذاك ما وقع التنصيص عليه بالفصل 246 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله "ليس لأحد أن يقوم بحقّ ناتج من الإلتزام ما لم يثبت أنّه قد وفّى من جهته أو عرض أن يوفي ما أوجبه عليه ذلك الإلتزام بمقتضى شروطه أو بمقتضى القانون والعرف".

[2] حول التحكيم وحالاته ونظامه يراجع القانون المؤرّخ في 24 أفريل 1993، ومؤلفات القانون التجاري ومن هؤلاء : Y. GUYON, *L'arbitrage*, Economica, Droit-Poche, 1995.

فقرة 1 - الصّوريّة في التّعاقد[3]

272 - تعريف الصّورية - الصّوريّة عمليّة تمويه مشتركة (Une machination concertée)[4]، تتمّ باتفاق كافّة الأطراف المتعاقدة، وتقتضي من جميعهم أن يقع إبرام أكثر من عقد، أحدُها ظاهر (acte apparent)[5]، وهو ما يُبرزونه للعيان، والآخر مخفيّ (acte simulé ou occulte, dit aussi contre-lettre)، ولكنه ما تصادقت عليه إرادتهم الحقيقيّة فعلا، ويقع بمقتضاه إلغاء أو تغيير مفاعيل العقد الظاهر[6].

وللصّورية مظاهر مختلفة (عنصر 1)، تخضع، جميعها، **لنظام خاصّ** (عنصر 2).

عنصر 1 - مظاهر الصّورية

273 - أشكال الصّورية - يمكن للصّوريّة أن تتخذ عديد الأشكال.

---

[3] حول الصّوريّة بالقانون التّونسي، محمّد الزّين، العقد، ص474 وما بعدها ؛ محمّد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مركز النشر الجامعي، تونس 1980، ص 241 وما بعدها ؛ وحول الصّوريّة (La simulation) بالقانون الفرنسي، يراجع : M. DAGOT, *La simulation en droit privé,* thèse Toulouse, 1907 ; J.-D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, *RTD civ.* 1956, 261 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations,* n° 537 et ss.

[4] وهو ما يميّز الصّوريّة عن التغرير، حيث أنّ التمويه في التغرير ضحيته أحد المتعاقدين، بخلاف التمويه في الصّوريّة الذي تكون ضحيّته الغير.

[5] ذاك ما يقع فيه احترام التنصيصات الشّكليّة وما يقدّم للتسجيل...

[6] استخلص هـذا التعريـف من أحد الإقرارات التعقيبيّة الفرنسية الذي جاء فيه ما يلي : « La simulation suppose 'l'existence de deux conventions, l'une ostensible, l'autre occulte, intervenues entre les mêmes parties, dont la seconde est destinée à modifier ou annuler les stipulations de la première » Civ. 1ère, 13 janv. 1953, *Bull. civ.* I, n° 15, p. 12.

وممّا يمكنها أن تتجسّم به، وجود العقد نفسه، وطبيعته، ومحله، وسببه...

ومن الصّورية في وجود العقد نفسه، أن يقع تحرير كتب يتضمّن بيع عقار لمعاقد، وإلغاء مفعول ذلك بكتب آخر يُنصّ به على أنّ ملكية الشيء باقية لبائعه (Vente fictive)...

ومن الصّورية في طبيعة العلاقة أن يظهر الأطراف عقدهم في نمط يجعله ينتمي إلى نوع، والحال أنّه ينتمي إلى نوع آخر؛ كأن يُخفوا عمليّة بيع وراء هبة أوعملية هبة وراء بيع... وهي صورة التصرّف المقنع[7] (Acte déguisé) ...

ومن الصّوريّة في المحلّ، أن يزعم الأطراف -بعقد ظاهر- أن تعاقدهم في شيء، حال أنّه في شيء آخر؛ وتلك من الطرق التي يمكن الإلتجاء إليها لإخفاء عملية قرض بربا...[8].

ومن الصّورية في السّبب، أن يقع إخفاء جزء من الثمن، بادّعاء التنقيص فيه، غاية في التهرّب من الأداءات الموظّفة عليه، أو الزّيادة فيه (أي الثمن)، غاية في تعجيز طرف عن استعمال بعض الحقوق المشروعة

---

[7] تعدّ من قبيل الصّوريّة أيضا، أن يخفي أحدهم وصيّة باطلة (كأن تكون لوارث، أو أن تكون لغير وارث في قدر يزيد على ثلث التركة) في شكل بيع... ويرى بعضهم أن البيع من المريض في مرض موته، هو وصيّة مقنعة، تنطبق عليها أحكام عدم النفاذ (يراجع، نورالدّين بسرور، *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse de doctorat d'Etat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Juin 2001, n° 71.

[8] ممّا يستعمل لذلك، القراض ويسمّي أيضا المضاربة الذي وقع تنظيمه بمجلة الإلتزامات والعقود بالفصول من 1195 إلى 1225. ومع ما يخفيه القراض من عمليات مستهجنة أخلاقيّا ودينيا فإن ذلك من الأعمال الجائزة، ينطبق عليها ما أسماه الأستاذان Ghestin وGoubeaux بعلمية "تلاعب جائزة" : Habileté permise وتختلف عن التحيل عن القانون : La fraude à la loi.

له بمقتضى القانون؛ ومن تطبيقات ذلك -في عقود بيع العقارات بالخصوص-، ما يبرم من الإتفاقات قصدا في حرمان الشريك من استعمال حقه في الشفعة... إلى غير ذلك من الوضعيّات والأشكال التي لا تحصى ولا تعدّ، والتي قد تختلف من أطراف لأخرى...

274 - مشروعيّة الصّوريّة - بالرّغم ممّا توحي به الصّوريّة من مخالفة للمشروعية، فهي ليست كذلك في جميع الحالات[9]؛ ومن ذلك مثلا، أن يهب الشقيق شقيقه الذي يعيش الخصاصة (بسبب ما تراكم عليه من ديون) عقارا ليقطن به وعائلته، مخفيا ذلك في شكل كراء أو إشغال على وجه الفضل...

ولا لزوم في الصّوريّة حتى تلتئم وضعيّتها أن يكون إبرام العقدين في نفس الوقت، أو أنّ حيّزا من الزّمن يفصل بينهما، إذ يمكن للعقد المخفيّ أن يقع إبرامه بعد العقد الظاهر، أو قبله (كمن يسعى في تنظيم إفلاسه، فيمهّد لذلك بجملة من العقود)[10]. ومع ذلك فإن الاختلاف في الأزمان قد يثير إشكاليّة تتمثل في التمييز بين أن ما إن كانت العملية من قبيل الصّورية أم أنّها تتمثل في تجديد عقد بآخر؛ وهي إشكالية يقع حلها بالرّجوع إلى جملة من المعطيات، ومنها القرائن الدّالة على ما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة حين التعاقد.

---

[9] من الفقهاء من تحدّث عن مفارقة الصّوريّة، (يراجع في هذا الصّدد : A. HIMFRAY, Du paradoxe juridique de la simulation, *Rev. Administrer,* nov. 1982, pp. 11et ss.).

[10] يتجه التنبيه إلى موقف فقه قضائي مخالف. قضي وأنه "من شروط الحجج المناقضة للعقد أن يكون تاريخها متفقا مع تاريخ العقد المطعون فيه" (حكم ابتدائي مدني، صادر عن المحكمة الإبتدائية بتونس تحت عدد 836، بتاريخ 30 جانفي 1962، القضاء والتشريع لسنة 1962، عدد 7، ص. 75/591).

وإذا كان للقوانين الرّدعيّة أن تردع من الصّوريّة ما يخالف التشريع[11]، فليس للقانون المدني أن يتجاهل ما تحدثه هذه من وضعيات متشعبة أحيانا، ومن آثار متشابكة أحيانا أخرى؛ وهو ما تحسّب له المشرّع التونسي بالفصل 26 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله: "الحجج الناقضة للعقود ونحوُها من المكاتيب السّرّية لا عمل عليها إلاّ بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتجّ بها على الغير ما لم يعلم بها. ومن يصير إليه حقّ من المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصّة يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل"[12].

---

[11] جاء بالفصل 288 من المجلة الجنائيّة ما يلي : "يعاقب بالسّجن مدّة خمسة أعوام كلّ تاجر صار عاجزا عن الدّفع أو حكم عليه بخلاص دين ارتكبِ بعد حلول ذلك الدّين: أوّلا – إخفاء أو اختلاس أو بيع بأقلّ من القيمة أو إعطاء أشياء من مكاسبه أو أسقط دينا له أو خلّص دينا صوريّا..." وجاء بالفصل 289 من نفس المجلة ما يلي : "يعاقب بالسّجن مدّة عامين الإنسان الذي مراعاة لمصلحة المدين التاجر يتعمّد إخفاء الأشياء التابعة لمكاسب هذا الأخير أو يستظهر بديون له عليه صوريّة"؛ وجاء بالفصل 18 من مجلة الحقوق والإجراءات الجبائيّة ما يلي : "تحيل النّيابة العموميّة لمصالح الجباية كلّ الوثائق التي من شأنها أن تحمل على الظنّ بارتكاب تحيّل في المادّة الجبائيّة أو أيّ عمل غايته التحيّل الجبائي أو التهرّب من دفع الأداء سواء تعلق الأمر بقضيّة مدنيّة أو تجاريّة أو إجراء بحث جزائي ولو انتهى بعدم سماع الدّعوى"؛ وجاء بالفصل 101 من نفس المجلة ما يلي: "يعاقب بالسّجن لمدّة تتراوح بين ستة عشر يوما وثلاث سنوات وبخطيّة تتراوح بين 1000 و50000 دينار كل شخص قام : – بافتعال وضعيّات قانونيّة غير حقيقيّة أو تقديم وثائق مزوّرة أو إخفاء الطبيعة القانونيّة الحقيقيّة لعقد أو اتفاقيّة قصد الإنتفاع بامتيازات جبائيّة أو التنقيص من الأداء المستوجب أو إسترجاعه؛ – بعمليّات تؤدّي إلى تحويل الممتلكات إلى الغير قصد التملص من تسديد الدّيون الجبائيّة؛ – ...".

[12] يتشابه الفصل 26 من مجلة الإلتزامات والعقود، مع الفصل 1321 بالمجلة المدنيّة الفرنسيّة والذي جاء ناصّا على ما يلي : «Les contre-lettres ne peuvent avoir leurs effets qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers».

عنصر 2 - نظام الصّورية

275 - مشاكل الصّورية - تثير الصّورية عدّة مشاكل، يحوم جميعها حول تحديد العقد الذي يتّجه تنفيذه : إن هو العقد الظاهر أم المخفي. ويهمّ هذا التساؤل **الأشخاص** المعنيّة بها (أ). وممّا تثيره من الإشكاليات أيضا، عند تغليب العقد الحقيقي، تصفية ما تحدثه الوضعيّة الظّاهرة من الآثار -على الأقلّ وقتيّا-، وذاك معطى يوجب التوقف عند مآل الصّوريّة (ب).

أ) الصّوريّة والأشخاص

276 - الأطراف والغير - تختلف الإجابة بالنسبة إلى الأخذ بأيّ من العقدين بين أن تكون الأشخاص المعنيّة بالصّوريّة **الأطراف** المتعاقدة (1) أم **الغير** (2).

1) الصّوريّة والأطراف

277 - القاعدة وإشكالياتها - يتضمّن الفصل 26 السّالف الذّكر، تغليب العقد المخفي. ويمكن لهذه القاعدة أن تجد مبرّرا في مبدإ سلطان الإرادة، حيث أن العقد المخفيّ هو ما تصادقت إرادة الأطراف المتعاقدة على مفاعيله.

وغالبا ما يكون الأمر كذلك فيما يتعلق بالنّزاعات الحاصلة بين الأطراف وورثتهم. ومع ذلك فقد يثار اشكال في صورة الإختلاف بين ورثة نفس الطرف. فما هي الحال لو أنّ الأب أظهر هبة متجره في شكل عقد بيع مثلا؛ فهل يطالب بقيّة الورثة بتنفيذ العقد المذكور؟ ألا يعدّ هؤلاء غيرا في هذا المثال، باعتبار أن شقيقهم لم تكن له صفة الخلف العامّ وإنما الخاصّ ؟

يمكن أن نجد لهذا الإشكال حلاّ في الفصل 26 أعلاه في قوله : "ومن يصير إليه حقّ في المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصّة يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل". ففي المثال المذكور، يتدخّل الإبن بصفته خلفا خاصّا، لا بصفته خلفا عامّا ؛ وبالتالي ينطبق عليه ما ينطبق على الخلفاء الخاصّين من القواعد. يبدو فقه القضاء متجها نحو هذا الحلّ[13]. ممّا سمح بإبطال عقد بسبب صوريّته كذلك. وهو موقف يمكن أن يتدعّم بمقتضى القياس مع ما يعتمد من الحلول فيما يتعلق بالغير ممّن تتعارض مصالحهم في تشبّث بعضهم بالعقد السرّي وبعضهم الآخر بالعقد الظاهر.

2) الصّوريّة والغير

278 - **القاعدة وإشكالياتها** - يتضمّن الفصل 26 من مجلة الإلتزامات والعقود، قاعدة مفادها عدم مجابهة الغير بالعقد السّرّي؛ معنى ذلك أن المشرّع لا يعتبر المسألة مسألة صحّة، بقدر ما يعتبرها مسألة تنفيذ؛ فالعقد المخفي، ولئن كان صحيحا وملزما للأطراف ولورثتهم، لا يلزم الغير؛ معنى ذلك أن الغير يمكنه، بحسب مصلحته، إمّا أن يتشبث بالعقد المخفيّ أو أن يتشبّث بالعقد الظاهر، بحسب مصلحته. وفي ذلك حماية له من مخاطر الصّوريّة.

ومع كلّ ذلك، فقد يحدث أن يتشبّث بعض من الغير بالعقد السّرّي وبعضهم الآخر بالعقد الظاهر؛ كأن يقع إبرام عقد بيع ظاهريا وعقد آخر يلغيه حقيقة، يقع إخفاؤه عن العامّة؛ وتتعارض المصالح بين دائني هذا الطرف وذاك : بعضهم يريد عقلة المبيع، باعتباره ملكا لطرف، وبعضهم ينازع في عقلته من هؤلاء أو يريد عقلته باعتباره ملكا للطرف الآخر.

---

[13] قرار تعقيبي عدد 11624، مؤرّخ في 25 ماي 1976، نشريّة محكمة التعقيب، الجزء الثّاني، ص 88.

يبدو الفصل 26 صامتا عن هذه الوضعيّة. وتبدو النّظم القانونية آخذة بوجوب حماية الغير ممّن يدفع بالعقد الظاهر[14]؛ حجّتهم في ذلك أنّه ينبغي أن يقع ترجيح موقف من يثق في الأمور الظّاهرة (Il faut donner foi à l'apparence). وهو موقف يجد مبرّرا في المعقول والمنطق؛ فالعقود تبرم لكي يعلم بها الجميع، لا لإبقائها مخفيّة عليهم؛ ثمّ إنّ مؤسّسة الظهور ممّا يعتمد أمرا غير مألوف، يوجب أن يقع التضييق في نطاقه؛ وعلى أيّة حال، فلا يمكن أن يقع البلوغ بواسطتها إلى ما لا يستطيع الأطراف البلوغ إليه بوجه شرعي.

ب) مآل الصّوريّة

279 - عرض الإشكاليات - كيف يمكن تسوية ما يترتب عن الصّوريّة من الآثار؟

ربّما كان هذا المثال حريّا ببيان ما قد يترتب عن الصّورية من الإشكاليّات لنفترض وأن زيدا باع – صوريا – عقاره لعمرو ؛ ولنفترض وأنّ عمروا قد تولى خلاص معاليم التسجيل المستوجبة على العقد المذكور وترسيم ما يتضمّنه من مبيع باسمه بإدارة الملكيّة العقاريّة؛ ولنفترض كذلك أنّ الأطراف تروم، بعد أن بلغت وطرها من العقد الظاهر (تضليل الدّائنين)، الرّجوع إلى الوضعيّة السّابقة لتعاقدهم ؛ فكيف يكون ذلك، خاصّة إذا ما توفّى أحدهما أو كلاهما، أو أنّ البعض منهما قد نكل في التزامه الأصلي (موضوع الإتفاق الحقيقي) ؟؟؟

---

[14] ذاك هو موقف فقه القضاء الفرنسي، الّذي ينطلق في حلّ هذا الإشكال على تنصيصات الفصل 1321 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة الّتي تتشابه إلى حدّ بعيد من ما نصّ عليه الفصل 26 بمجلة الإلتزامات والعقود التّونسيّة (« Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers »).

لم يقع التحسّب صراحة لهذه الوضعيّة، لا في النّصوص الفرنسيّة ولا في النّصوص العربيّة؛ وفي اعتقادنا أن لا إشكال متى تصادقت الأطراف على إلغاء نتائج الإتفاق الظّاهر؛ كأن يقع تحرير كتب يقع بمقتضاه الإقرار بالصّوريّة والإذن لحافظ الملكيّة العقارية مثلا بإلغاء الترسيمات المحدثة بناء على العقد الظّاهر والرّجوع إلى الوضعيّة السّابقة للتعاقد الصّوري. أمّا عند النزاع، فلا بدّ من رفع دعوى من أحد الأطراف أو من ورثتهم، تعرف بدعوى التصريح بالصّوريّة (L'action en déclaration de simulation)، غايتها الحصول على حكم قضائي يلغي مفاعيل الكتب الظّاهر، وترجيح آثار الكتب الحقيقي... ممّا يطرح في هذه الوضعية، تساؤلات تهمّ إثبات الصّوريّة؟

280 - إثبات الصّوريّة - يختلف الإثبات بين أن يكون ممن تهمّهم دعوى التصريح بالصّوريّة الأطراف المتعاقدة وخلفاؤهم أم الغير. فعندما يكون المعنيّون بالأمر الأطراف المتعاقدةُ أنفسُهم أو خلفاؤهم، فإن إثبات الصّوريّة يقع طبقا لقواعد القانون المدني المعمول بها في مادّة التصرّفات القانونيّة[15]؛ وهو ما يقتضي وجود كتايب، إذا ما تجاوزت قيمة المتعاقد فيه الألف دينار[16]، إلاّ أن تكون الأطراف تجّارا، فيقع الإثبات بجميع الوسائل[17]. وإذا ما كان المعنيّون بالصّوريّة غيرا، فإن إثباتها يكون بجميع الوسائل، اعتبارا إلى أن الكتايب -المخفيّة والظّاهرة منها-، تشكل بالنّسبة

---

[15] طبقا للفصل 420 من م ا ع.

[16] قضي : الإتفاق السري المدّعى به في ثمن المبيع على كونه أرفع مقدارا ممّا بكتب البيع لا يمكن إثباته إلاّ بالكتابة" (تعقيبي مدني عدد 297، مؤرّخ في 10 أكتوبر 1960، القضاء والتشريع 1961/3، ص 34).

[17] طبقا لمبدإ حريّة الإثبات المعمول بها في العلاقات التّجاريّة، يراجع في هذه المسألة، مؤلّفات القانون التّجاري، ومن ذلك : N. MEZGHANI, *Droit commercial,* CPU, 2000 ; Ch. LABASTIE-DAHDOUH et H. DAHDOUH, *Droit commercial,* Editions de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 2002.

إلى هؤلاء وقائع قانونيّة يمكن إثباتها بجميع الوسائل؛ وفي كلّ ذلك تطبيق للقواعد العامّة المعمول بها في مادّة الإثبات[18].

فقرة 2 - تكييف العقود

281 - تعريف التكييف : أهمّيته في التطبيق القانوني - التكييف عملية تمشّ قانوني[19]، يقع بمقتضاها تصنيف تصرّف قانوني معيّن -أو واقعة قانونيّة معينة- ضمن صنف من الأصناف القانونية المألوفة، بغية تحديد النّظام المخصّص - لهذه أو تلك- بمقتضى القانون[20].

وللتكييف أهمّيّة كبرى في التطبيق القانوني، لا سيّما في المواد التي تحكمها قاعدة الشّرعية (المادّة الجزائة على وجه الخصوص)[21]. أمّا في غيرها من الموادّ، فللتكييف أهمّيّته التي لا تنقص عمّا يكون لها بالموادّ المذكورة. ومن الموادّ التي يهمّها التكييف -بشيء من الخصوصيات-، مادّة القانون الدّولي الخاصّ خاصّة[22]، وموادّ القانون المدني عموما[23].

---

[18] تراجع بالنّسبة إلى هذه القواعد، مؤلّفات المدخل لدراسة القانون.

[19] حول التّكييف بوجه عامّ، يراجع: F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse Paris, éd. 1957.

[20] تعرّف الأساتذة Terré وSimler وLequette التكييف بما يلي : « Qualifier, c'est rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime » (*Les obligations*, n° 444).

[21] حول التّكييف في المادّة الجنائيّة، يراجع : P. DAVID, Qualification, *Encyclopédie Dalloz*, Pénal V.

[22] للتّكييف أهمّيّة كبرى في مادّة القانون الدّولي الخاصّ، حيث تثار أحيانا إشكاليات بشأن الاختلاف في ذلك من نظام قانوني لآخر في تحديد قاعدة الإسناد المنطبقة على الإشكال المطروح على القضاء (تراجع في هذا الشّأن، مؤلّفات القانون الدّولي الخاصّ، ومن ذلك بالنسبة إلى القانون التّونسي : A. MEZGHANI, *Droit international privé*, ECP-CERP, 1991 ; M.-A. HACHEM, *Droit international privé*, CPU ؛ وفي القانون الفرنسي : D. GUTMANN, *Droit international privé*, Ed. Dalloz, Collec. « Cours », année 2002, n° 55 à 65).

282 - أهمّيّته في العقود - للتكييف أهمّيته في مادّة العقود أيضا[24]، لا سيّما بحكم ما تشهده هذه من تشعّب وتكاثر، وخضوع كلّ منها إلى نظام خاصّ به[25]. ولا سيّما كذلك مع مبدإ الحرّيّة التعاقدية الذي لا يمنع من أن يلجأ الأطراف إلى أنماط تعاقديّة مختلفة، لم يسبقهم إليها غيرهم... وذلك بالأخذ، في جزء منها بالالتزامات المألوفة بعقود معيّنة وفي جزئها الآخر بالتزامات مألوفة بعقود أخرى[26]...

بديهي، حينئذ، أن يقع الإهتمام بالعمليّة التي يقع بمقتضاها تصنيف العمليّة التعاقدية ضمن إطار تعاقديّ أو آخر؛ وهو ما يعتمد في مجمل النّظم القانونية، بما في ذلك بالنّظام القانوني التونسي، الذي يشهد هو الآخر جملة من القواعد التي يمكن أن تؤلف إلى ما يسمّى **بأحكام التكييف** (عنصر 1)، وأُخرى يمكن أن تؤلف إلى ما يصحّ الإصطلاح عليه **بمعايير التكييف** (عنصر 2).

---

[23] حول التّكييف في المادّة المدنيّة بوجه عامّ، يراجع: P. JESTAZ, « La qualification en droit civil », in *La qualification, Revue Droits,* n° 18, année 1993, pp. 45 et ss.

[24] حول التّكييف في المادّة التّعاقديّة، يراجع : X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles,* thèse Nancy II, 2 volumes, 1992, (ronéot.).

[25] يمكن أن نتساءل بالنّسبة إلى عارية شيء إن كان العقد عقد عارية استعمال أم عارية استهلاك. ولعمليّة التّكييف هنا نتائجها القانونية. فإذا ما كيّف العقد بعارية استعمال، وجب على المستعير أن يعيد نفس الشيء. وما يزاد للشيء من الفوائد أثناء تنفيذ العقد يكون للمعير. أمّا إذا ما كيّف العقد بعارية استهلاك (ويقال قرض أيضا)، فالتزام المستعير يقتضي أن يعيد للمعير شيئا مماثلا لما استعاره. وما يزاد للشيء من الفوائد أثناء تنفيذ العقد يكون للمستعير. حيث أن عقد عارية الاستهلاك يأخذ من العقود الناقلة للملكية، ومن عقود الانتفاع في ذات الوقت (تراجع الفصول من 1054 إلى 1094 من مجلة الالتزامات والعقود).

[26] يعرف ذلك في الاصطلاح الفرنسي بالعقود *Sui generis*؛ وهي عقود غير مسمّاة.

عنصر 1 - أحكام التكييف

283 - طبيعة التكييف - التكييف مسألة قانونية؛ معنى ذلك، أنْ ليس للأطراف سلطة عليها، فالاتفاقات تستمدّ وصفها من طبيعتها، وهي طبيعة تتحدّد بما لها من محتوى[27]، لا بما تطلقه عليها أصحابها من الأوصاف، الّتي قد تكون غايتها التحايل على الأحكام القانونيّة[28]؛ وبالتالي فإنّ ما يصبغه هؤلاء من الأوصاف على اتفاقاتهم لا يقيّد القضاء حيث تبقى لهذا الأخير السّلطة في تصحيح ما يعتمد في هذا الشّأن من التسميات؛ معنى ذلك، أنّ المحاكم الأعلى في الدّرجة تراقب ما تعتمده المحاكم الأدنى من الأوصاف على ما يطرح عليها من نزاعات بخصوص العقود، وعلى رأسها، محكمة التعقيب، حيث تتصدّى للأخطاء في هذا الصّدد بطريقة تحريف الوقائع.

بقي أن نتساءل إن كانت مسألة التكييف من المسائل التي تهمّ النظام العامّ بما يمكّن المحاكم أن تثيره من تلقاء نفسها ولو لأولّ مرّة لدى التعقيب، أم أنها ليست كذلك. في اعتقادنا أن ذلك يتعلق بالعقد الواجب التكييف على مقتضاه: فإذا كان ممّا تهمّ إلتزاماته النظام العامّ، جازت إثارته من المحاكم، ولو لأوّل مرّة من قِبل محكمة التعقيب، كأن يكون الاتفاق قد كيّف بعقد شركة، حال أنّه عقد شغل؛ أمّا إذا كان العقد الواجب التكييف على مقتضاه ممّا لا يهمّ النّظام العام، فلا حقّ للمحاكم أن تثير ما يتعلق بإخلالاته من

---

[27] « Le contenu prévaut sur l'intitulé » (A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5ème éd. –A jour le 1er juillet 2001, Montchrestien, collec. « Domat-Droit privé », n° 8).

[28] كمن يبيع بضاعة بالتّقسيط، فيذكر أن الثّمن واجب الدّفع حالاّ، غاية في حرمان المشتري من مهلة التفكير وحقّ التّراجع.

تلقاء أنفسها؛ كأن يثار الإشكال إن كان العقد عارية استعمال، أم عارية استهلاك، أم كراء[29].

ولمّا كان للتكييف الصّبغة القانونية، فهذا ما يجيز التأليف فيما ينبغي أن يعتمد في شأنه من الطرق قصد تطبيقه.

عنصر 2 - معايير التكييف

284 - الاعتبارات الموضوعيّة والاعتبارات الذّاتيّة - بما أنّ التكييف من المسائل القانونيّة، فإن الهيمنة في ذلك تكون للمعايير الموضوعية بالأساس؛ ومع ذلك فمن المعايير ما يترك مجالا للإعتبارات الذّاتية أيضا.

ومن المعايير الموضوعية في التكييف، الرّجوع إلى المساهمات الأساسية؛ فوجود ثمن يوجب تكييف العقد ببيع؛ ووجود خدمة بمقابل يوجب تكييف العقد بإجارة على الصّنع؛ والتنصيص على نسبة من الرّبح، توحي بعقد اشتراك...

ومع ذلك فقد تختلط الأمور، ومن ذلك أن يتضمّن العقد خلاصا يتكوّن في جزء منه بأجرة قارّة، وفي جزء آخر بنسبة من الأرباح؛ وممّا يعتمد في حلّ هذا الإشكال معيار النسبية (Le critère de proportionnalité)؛ وهو معيار لا يمكن الأخذ به بمعزل عن معيار التبعية (Le critère de l'accessoire). ويقتضي أن يقع إخضاع كافّة الإلتزامات إلى نفس النّظام[30]، ما لم تكن هناك إمكانية من التجزئة، ويتمّ

---

[29] حول هذه الإمكانيّة، يراجع : A. BENABENT, *Op. cit.*, n° 8

[30] يصطلح على ذلك بنظام La qualification globale في فرنسا (A. BENABENT، المرجع السّابق).

ذلك بإخضاع بعض الإلتزامات إلى نظام تعاقدي وبعضها إلى نظام تعاقدي آخر[31].

وممّا يذكره الفقهاء عموما اختلاف التّكييف عن التّفسير، ومع ذلك فقد يحصل أن تتداخل كلّ من الطريقتين. فكيف ذلك؟

مبحث 2 - ضبط الإلتزامات التّعاقدية
(تفسير العقود)

285 - مصطلحات - يقال تفسير العقود، وهو المصطلح المستعمل من مجلة الإلتزامات والعقود كعنوان للفصول 513 وما بعدها ؛ ويقال تأويلها، وهي العبارة التي استعملتها نفس المجلة بالفصل 514 في تعدادها للحالات الموجبة للتفسير؛ ومن الممكن أن نفكر في عبارة الشرح كذلك[32]؛ فأيّ مصطلح يتجه اعتماده بالنسبة إلى العقود بالذّات[33].

يبدو الإصطلاح القانوني التونسي متجها إلى استعمال عبارة التفسير بالنّسبة إلى تأويل العقود، وعبارة التأويل بالنسبة إلى القانون؛ أما عبارة الشرح، فغالبا ما تستعمل للتذكير بالمواقف الفقهية حول مسألة من المسائل[34].

---

[31] يبدو أن ذلك ما يستهجنه الفقهاء.

[32] وهو ما جاء بالفصل 522 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله " لا يتسامح فيما فيه التّنازل عن حقّ بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسع فيها بالشّرح. وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التنازل".

[33] مع العلم أن اللّغة الفرنسية لا تشهد هذا الإختلاف بحكم استعمال عبارة Interprétation.

[34] نجد عبارة "شرّاح القانون" دارجة لدى بعض الفقهاء التّونسيين. وخاصّة لدى الإستاذ محمّد الزّين في مؤلّفه "العقد". ويتطابق ذلك مع دور الفقهاء الّذي يتمثّل بدرجة أولى في التّعريف بالقواعد والمؤسّسات القانونية. ولربّما عكست هذه العبارة موقفا من العمل

286 - التفسير والتكييف - يختلف التفسير والتكييف من حيث مفهوم كلّ واحد منهما وطبيعته القانونية ومنهجيّته؛ فالتكييف عمليّة تصنيف، يقع بمقتضاها مقارعة واقعة ما بنظام قانوني؛ والتفسير عمليّة بحث عن واقعة ما، غاية في تحديد نطاق الإلتزامات التي تعهّدت بها أطرافها؛ والتكييف مسألة قانونية، تخضع لرقابة محاكم القانون؛ بخلاف التفسير الذي يرى فيه مسألة واقعية، لا يتدخل القانون فيها[35] إلاّ في الحالات القصوى (التحريف)[36]؛ بحيث ما يعتمد من القضاء للغرض، لا رقابة فيه لمحكمة التعقيب[37] (من حيث المبدإ على الأقلّ)[38].

الفقهي في انتماء من يستعملها إلى مدرسة الشّرح على المتون. وهو ما يبرّر ابتعاد البعض عن هذه العبارة واستعمال عبارة فقهاء القانون ممّا يعكس انتماء إلى المدارس الفقهية الأخرى، ومن ذلك المدرسة التّأريخية أو مدرسة التّأويل الحرّ.

[35] ما يسنّ من القواعد من المشرّعين في الغالب، ليست له صبغة ودوبيّة، بل احتياطيّة (قضي : " Les articles 1156 s., formulent pour l'interprétation des conventions, des règles qui ne présentent pas un caractère impératif et dont une éventuelle méconnaissance ne saurait, à elle seule, donner ouverture à cassation » -Civ. 1ère, 6 mars 1979, *Bull. civ. I,* n° 81 ; Com. 19 janv. 1981, *Ibid., IV,* n° 34 ; Soc. 3 juin 1984, *Ibid. V,* n° 490 ; Civ. 1ère, 19 déc. 1995, *Ibid. I,* n° 466 ; *RTD Civ.,* 1996, 611, observ. MESTRE").

[36] قضي : " Il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme (Civ. 15 avr. 1872, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* 11ème éd., n° 160)".

[37] قضي : " L'interprétation des contrats relève de l'appréciation souveraine des juges du fond –jurisprudence constante : Cass. 2 fév. 1808, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* 11ème éd., 159-".

[38] لا مانع من أن تراقب محكمة التعقيب حسن تطبيق الطريقة المعتمدة في التأويل.

ومع ذلك فللمؤسّستين علاقة بينهما. فتفسير بعض المسائل، قد يؤدّي إلى الإنتقال بوضعيّة من تصنيف قانونـــي، إلى تصنيف قانونيّ آخر[39]؛ مثال : للقول ما إن كانت إعارة شيء تنفيذا لعقد عارية استعمال أو لعقد عارية استهلاك، بغية تحديد انطباق نظام هذا أم ذاك، لا بدّ من الرّجوع إلى التفسير[40].

287 - أهمّية التفسير (خطة المبحث) - يتضح ممّا ذكر أهمّيّة التفسير[41]؛ وممّا يزيد في ذلك، اختلاف الأطراف فيما قد تدّعيه للغرض، واختلاف المحاكم من دائرة ترابية لأخرى[42]، بل واختلاف الدّوائر من دائرة

---

[39] يقول الأساتذة Terré وSimler وLequette في هذا الاختلاف بين التّفسير والتّكييف ما يلي : « En stricte logique, interprétation et qualification s'inscrivent dans une chronologie où la première apparaît comme un préalable nécessaire de la seconde. Il convient, en effet, d'abord, de dissiper *les*). obscurités du contrat lui-même avant de rechercher le régime juridique qui lui est applicable » (*obligations*, n° 444

[40] قضي : "إنّ بطلان الإلتزام لا يقتضي الفسخ الفاصم للعلاقة إذا كانت المحكمة قد تولت تأويل العقد ممّا يرجع به إلى تحقيق المقصود فيصبح بذلك إلتزام غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجري عليه القواعد المقرّرة لذلك الإلتزام كما اقتضى ذلك الفصل 328 من م ا ع" (تعقيبي مدني عدد 6557، مؤرّخ في 25 مارس 1959، القضاء والتشريع لسنة 1960، عدد 9 وعدد 10، ص. 154).

[41] أمكن بمقتضى التّفسير أن يقع إضافة التزامات جديدة إلى عقود ما فكّرت فيها الأطراف في البداية. وممّا أضيف إلى العقد بواسطة التّفسير خاصّة الالتزام بإعلام المتعاقد، وواجب ضمان سلامة المسافر، وواجب التّحرّز (Obligation de confidentialité) وغيرها من الواجبات. حول هذه الواجبات الّتي وجدت ميدانا رحبا في عقد الإجارة على الصّنع خاصّة، يراجع : A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Ed. Montchrestien, Collec. Domat-Droit privé, 5ème éd. 2001, n° 541 et ss.

[42] حول مسألة التفسير بوجه عامّ، يراجع : سامي الجّربي : "تفسير العقد"، أطروحة دكتوراه دولة (نوقشت بكلية الحقوق والعلوم السّياسية بتونس في شهر جويلية 1997)، مركز النشر الجامعي، تونس، 2000.

لأخرى، أحيانا... وممّا يذكر في هذا الشّأن، وجود قواعد قانونية قد تختلف من نظام لآخر، واهتمام الفقهاء بالمسألة والتنظير فيها... وكلّ ذلك يمكن أن نقف عليه من خلال معطيين على الأقلّ: يتمثل الأوّل في **إشكاليات التفسير** (**فقرة 1**)؛ ويتمثل الثاني فيما عيّن لهذه الأخيرة من **الحلول** (**فقرة 2**).

فقرة 1 - إشكاليات التفسير

288 - نوعها - يطرح التفسير نوعين من الإشكاليات على الأقل : متى يمكن القول بأنّ الوضعيّة توجب التفسير؟ وما هي المقترحات التي صيغت لحلها؟

يمكّن السّؤال الأوّل من **التذكير بظروف التفسير** (**عنصر 1**)؛ في حين يمكن السؤال الثاني من التذكير **بمدارس التفسير** (**عنصر 2**).

عنصر 1 - ظروف التفسير

289 - تفسير العقد أم تفسير الكتب؟ - يبدو من صياغة الفصول 513 وما بعد من مجلة الالتزامات والعقود، أن التفسير يتطلب وجود محرّرات؛ ولا ريب في أن جلّ الإشكاليات إنّما تطرأ بسبب تنصيصات مكتوبة؛ ولكن مفهوم العقد (كعلاقة اتفاقية يترتب عنها مفاعيل قانونية - *Negotium*-)، يتجاوز نطاق الكتب المجسم لذلك (*Instrumentum*) فيوجب تفسيره كذلك... يمكن للتفسير، حينئذ، من النّاحية النّظرية على الأقلّ، أن يتسلط على وقائع مادّية، دون وجود كتب بين الطرفين، للبحث في مدى وجود اتفاق بينهما من عدمه، وفي محتوى الالتزامات الاتفاقيّة المترتبة عن ذلك... وما من شكّ في كون الصّياغة الفرنسية للفصول السّالفة الذكر تؤكد إقصاء الرّأي القائل بالإقتصار في التفسير على العقود

المجسّمة بالكتابة، وشمول هذه التقنية للإتفاقات بقطع النّظر عن تجسيمها بأيّ سند مادّي من عدمه[43].

290 – تحديد ظروف التفسير سلبا وإيجابا - تتحدّد ظروف التفسير وحالاته سلبا، وذلك ببيان الوضعيّات التي لا مجال فيها لذلك، وإيجابا ببيان الحالات الموجبة لذلك.

291 – تحديد ظروف التفسير سلبا - لا موجب للتفسير إذا ما كانت عبارة الكتب واضحة أو أن يكون مدلول التصرّفات بائنا؛ هذه القاعدة وقع التنصيص عليها بصريح الفصل 513 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله "إذا كانت عبارة الكتب واضحة فلا عبرة بالدّلالة". ومحكمة التعقيب بالمرصاد للتجاوزات في هذا الصّدد؛ فهي لا تتوانى عن نقض ما يطعن فيه أمامها من أحكام وقرارات تتولى تفسير اشتراطات واضحة في معانيها؛ وغالبا ما يكون الأساس القانوني التي تستعمله لذلك، تحريف الوقائع. يقتضي الوضوح، حينئذ، وجود معنى وحيد للتنصيص أو التصرّف الواقع تفسيره[44].

كما تتحدّد ظروف التفسير سلبا أيضا، بحالات الغلط المادّي؛ كأن يقع الإختلاف في ذكر المبالغ، بالأرقام وبلسان القلم، عديد المرّات، فيوجب ذلك الإصلاح. جاء بالفصلين 527 و528 بمجلة الالتزامات والعقود في حلّ

---

[43] خلافا للفصل 513 الذي جاء ناصّا كما رأينا على أن "إذا كانت عبارة الكتب صريحة، فلا عبرة بالدّلالة" فإن نفس الفصل باللّغة الفرنسية يتجاوز اشتراط الكتب في قوله "Lorsque les termes de l'acte sont formels...".

[44] « Une clause n'est claire et précise que si elle n'est susceptible que d'un seul sens » (Civ. 12 janv. 1938, *DH* 1938, 197 ; Civ. 1ère, 28 fév. 1962, *Bull. civ. I,* n° 128).

إشكاليات التناقض هنا أن ذلك لا يمنع من تصحيح الغلط، متى اتضح أنّه غلط فعلا[45].

292 - حالات التفسير إيجابا : أساسها القانوني وتعدادها - وقع التنصيص عليها بالفصل 514 من مجلة الالتزامات والعقود في قوله : "يسوغ تأويل العقد في الأحوال الآتية : أوّلا إذا كانت عبارته مناقضة للمقصود ولصريح الغرض منه عند تحريره؛ ثانيا : إذا كانت عبارته غير واضحة في نفسها أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها؛ ثالثا : إذا كان موجب الرّيب تناقضا في فصول الكتب أوجب ترددا في حقيقة مدلولها".

ويمكن إدراج هذه الحالات الثلاث في فئتين :

- الفئة الأولى تتضمّن حالات الغموض؛ ويمكن أن تنجرّ عن وضعيّات مستراية في مدلولها، كمن يتولى إتيان تصرّف ينبئ بالتبرّع وبالعوض في نفس الوقت، أو بتنصيصات توحي بالشيء وبنقيضه، ومن أمثلة ذلك أن يتضمّن كتب التعاقد كلمة غير واضحة في مدلولها؛ وهذه الفئة تنطبق عليها حالة الفصل 514 ثانيا.

- الفئة الثانية (التي من الممكن أن تشمل بقيّة الحالات الموجبة للتفسير) تتمثل في التناقض بين أجزاء الكتب الواحد؛ مثال ذلك، أن يتضمّن كتب الكراء بندا يمنع تجديد العلاقة، وبندا آخر يشترط زيادة في معيّن الكراء عند تجديده... والتناقض بين تنصيصات العقد والمقصد الذي أرادته الأطراف من التعاقد، كأن يقع التصريح في عقد البيع بوقوع التسليم والتحويز، خلافا للواقع...

---

[45] يتجه التذكير في هذا الصدد بما اقتضاه الفصل 47 من مجلة الالتزامات والعقود في قوله : "مجرّد الغلط في الحساب لا يترتب عليه فسخ العقد وإنما يصلح الغلط".

ففي جميع هذه الصّور يطرح التساؤل عن الطرق التي يمكن أن تعتمد لحلّ ما يترتب عنها من إشكاليات. وهو ما ألف فيه الفقه بتقديم مقترحات في الغرض يمكن تجميعها فيما يعرف بطرق التفسير.

عنصر 2 - طرق التفسير

293 - الطرق الذّاتية والطرق الموضوعية - من طرق التفسير ما يأخذ بإرادة الأطراف المتعاقدة وتعرف بطرق التفسير الذّاتي؛ ومنها ما يعتمد معطيات أخرى، ومن ذلك المعنى المتداول للصّيغ اللغوية وطبيعة العقد، وأعراف المكان والمنطق والمعقول... وتندرج جميعها ضمن ما يسمّى بطرق التفسير الموضوعي[46].

ويمكن للطرق الذّاتية في التأويل أن تجد مبرّرا في مبدإ سلطان الإرادة، وفي اعتبار العقد مسألة تهمّ الأطراف أوّلا وآخرا. ومع ذلك فللطرق المذكورة مخاطرها. ويكمن ذلك في كون الإرادة معطى نفسيّا خاصّا بصاحبه، من العسير توضيحه بشكل ثابت. وممّا يُخشى في هذا الصّدد بالخصوص، أن يكون ما ينسب من إرادة لطرف لا يعدو أن يكون سوى توهّم... هذا إذا ما اعتبرنا أن للأطراف المتعاقدة إرادة فعلا، حيث غالبا ما يضطلع المحرّرون بدور هامّ في هذا الشّأن، بما يجعل الإرادة المعبّر عنها إرادتهم، أكثر من كونها إرادة من أجّرهم للغرض...

أمّا طرق التفسير الموضوعي، فتبرّر بالفكر القائل بأن العقد رابطة قانونية، لا تهمّ أطرافها فقط، بل المجموعة أيضا... وممّا لا ريب فيه أنّ الطرق المذكورة تمكن من حلّ عديد الإشكاليات. ومع ذلك فهي لا تخلو من القسر أحيانا؛ إذْ لا يستبعد أن تؤدّي إلزام الأطراف بالتزامات ما انصرفت

---

[46] حول هذه الطّرق، يراجع، سامي الجّربي، تفسير العقد، مركز النشر الجامعي، تونس 2000.

إليها إرادتهم مطلقا؛ وهو ما لا يحول دون خلق الشّحن في العلاقة التعاقدية بما ينعكس سلبا على التنفيذ فيما بعد، فينتقل العقد إلى مأساة، لا للأطراف المتعاقدة فحسب، بل ولأقربائهم كذلك أولمن انجرّ له حقّ منهم أيضا...

وممّا يطرح من التساؤل بعد التذكير بطرق التفسير، تحديد موقف القوانين بوجه عامّ والقانون التونسي بالخصوص، منها[47].

فقرة 2 - حلول التفسير

294 - موقف المشرّع التّونسي - من الصّعب التأليف في هذه المسألة؛ ومع ما يقتضيه الوضع من اجتهاد، فإن المشرّع التونسي يبدو آخذا **بطرق التفسير الذّاتي وطرق التفسير الموضوعي** في نفس الوقت. وربّما كانت نيّته متجهة إلى **تغليب** الأولى (**عنصر 1**). ومع ذلك فهناك من النّصوص ما يدعّم **الدّور الهامّ** الذي أراد منحه للثانية (**عنصر 2**)[48].

عنصر 1 - تغليب الطرق الذّاتية

295 - تبرير ذلك - يبرّر ذلك بوجوب الرّجوع إلى **إرادة الأطراف** وتأثير ذلك في حلّ إشكاليات التفسير فأحيانا **بصفة مباشرة** (أ)، وأحيانا بصفة **غير مباشرة** (ب).

---

[47] حول هذه المسائل، يراجع سامي الجّربي، المرجع السابق أيضا.

[48] ربما جازت التفرقة بين طرق التفسير الأصلية (وهي الذّاتية) وطرق التفسير المكملة (وهي الموضوعيّة). ونتيجة ذلك أن على القضاء والمحكمين اللجوء إلى الأولى، ولا اللجوء إلى الثانية، إلاّ متى عجزت الأولى عن الوصول إلى حلّ. وعليه أن يظهر في حكمه كيف أنه حاول تطبيق الأولى فعجز عن الوصول إلى حلّ إشكال التفسير فالتجأ إلى الثانية. ولكنّ هذا التقسيم من شأنه أن يصير مسألة التفسير مسألة قانونية، حيث أن لجوء القضاء إلى الطرق الثانية هو ما يستوجب النقض. وهو ما لم تستقرّ عليه المحاكم حسب رأينا في الوقت الرّاهن. ممّا يفيد بأن الأحكام العامّة المتعلقة بالتفسير بمجلّة الإلتزامات والعقود لها صبغة اختيارية، لا وجوبية...

أ) التّأثير المباشر للإرادة

296 - سنده - يتأكد التأثير المباشر للإرادة من مقتضيات الفصل 515 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله "العبرة في التراكيب بالمقاصد، لا بظاهر الألفاظ والتراكيب". والفصل 530 من نفس المجلة في قوله : "العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلاّ على ما قصد التعاقد فيه أو الإلتزام به". ويضاف إلى ذلك عديد الفصول التي جاءت فيها عبارات "المقصد" و"المراد"؛ وهي فعلا ممّا يثير التساؤل فيما يتعلق بمعناها. ومع ذلك فبالإمكان ربطها بالإرادة[49].

وممّا تشكّله هذه التنصيصات من أهمّيّة، أنها تفصل في إشكال كثيرا ما تردّى فيه الفقهاء، ويتمثل في تحديد الإرادة التي يجب الأخذ بها : إن كانت الإرادة المعلنة التي قد يقع التعبير عنها عن غير قصد؟ أم الإرادة الحقيقية التي انصرفت إليها مقاصد الأطراف المتعاقدة، والتي قد لا يقع التعبير عنها مطلقا ؟ وذلك بتغليب هذه عن تلك.

والإرادة التي يتجه الأخذ بها، هي الإرادة التي التأمت حال التعاقد، لا تلك الّتي يزعم أحدهم التئامها فيما بعد، والتي يصحّ وصفها بالوهمية أو بالخياليّة. وهو معطى واقعي لا بدّ للقضاء من البتّ فيه، شريطة أن يكون لموقفه ما يدعّمه من المعطيات التي لها أصل ثابت بالملف، ومع التعليل المنطقي والمستساغ.

---

[49] جاء على لسان الأستاذ سامي الجّربي أثناء مناقشته لأطروحته "تفسير العقد"، أن عبارة "المقصد" الواردة بالفصول من 513 إلى 531 بمجلة الإلتزامات والعقود هي ممّا أضناه (هكذا).

ب) التأثير غير المباشر للإرادة

297 – سند ذلك – وقع اعتبار الإرادة –ولكن بصفة غير مباشرة هذه المرّة– من بعض الأحكام الواردة بمجلة الإلتزامات والعقود في حلّ بعض إشكاليات التفسير؛ ومن ذلك مثلا ما اقتضاه الفصل 517 في قوله "فصول الكتب تؤوّل ببعضها... (وخاصّة في قول الفصل المذكور) وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة". وإذ يقع تغليب ما تأخر عما تقدّم من الاشتراطات، فذلك اعتبارا لموقف يعتبر أنّ المتأخّر هو آخر ما انصرفت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة، وهو ما لا يشاطره الجميع.

وممّا ينتمي إلى الإرادة بصفة غير مباشرة الإختلافات في الأرقام والمبالغ. خاصّة ما وقع ذكره بلسان القلم كاملا. فهو يغلب عمّا ذكر بالأرقام فقط. وهي قاعدة عامة، جاء بها الفصل 527 من مجلة الالتزامات والعقود في قوله "إذا ذكر المبلغ أو المقدار بلسان القلم وبالرّقم معا، فالمعتمد عند الخلاف ما صرّح به بلسان القلم إلاّ إذا تبيّنت جهة الغلط بوجه ثابت. وتجري هاته القاعدة أيضا في خصوص الكمبيالات".

ومن القواعد أخرى ممّا تعتبر الإرادة غير المباشرة كمرجع لحل بعض الإشكاليّات في التفسير، ممّا لم تأخذ بها مجلة الالتزامات والعقود صراحة لا محالة، ولكنها ممّا يفرض نفسه في حلّ إشكاليّات تفسير العقود بوجه عامّ. وتتمثل في تغليب ما يحرّر بخط اليد أو ما يقوم مقام خط اليد عمّا ورد بنمط الطباعة ببقيّة أجزاء الكتب[50].

وممّا يلحق بالإرادة أيضا، الأعراف المتداولة بالمكان. حيث تعدّ أنّها قبلت من الأطراف، أو أنّ هذه قد اختارتها ضمنيا. وهو ما اقتضاه الفصل

---

[50] ذلك ما يستقرّ عليه فقهاء القانون بوجه عامّ، تراجع في هذا الشأن، مؤلّفات العقد عموما.

516 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله "المعمول به عادة بمحلّ الكتب كالمشروط نصّا، وكذلك ما هو من طبيعة الأمر المقصود".

عنصر 2 - أهمّيّة الطرق الموضوعية

298 - تعدادها - يمكن القول بإرساء المجلة لبعض الوسائل التي تنتمي إلى طرق التفسير الموضوعي ولبعض التطبيقات للوسائل المذكورة. وهذه الطرق أربع على الأقل : **قواعد اللغة (أ)؛ طبيعة العقود (ب)؛ المعقول (ج)؛ والتفّسير ضدّ المدين (ح).**

أ) قواعد اللغة

299 - تعريف ذلك وسنده - المقصود بذلك قواعد اللغة المتعارف عليها من قبل اللغويين المختصّين بمعاني الكلمات ونحوها[51]... وقع التنصيص على طريقتها بالفصل 519 بمجلة الالتزامات والعقود في قوله "تحمل العبارات على حقيقة معناها، حسبما هو معتاد بمحلّ تحرير الكتب. إلاّ إذا ثبت قصد تخصيصها بمعنى خاصّ. وإذا كانت العبارة مستعملة في الإصطلاح لمعنى خاصّ، حملت عليه". ويعطي الفصل 520 من نفس المجلة مثالا للقواعد اللغوية المتعارف عليها. ومن ذلك أن الوصف بين متعاطفين يعود إليها جميعا. وذاك شأن العطف بحرف الواو. أمّا العطف بعبارة "ثمّ" فلا يشمل العطف إلاّ ما بعده[52].

---

[51] توجب اللّغة على رجال القانون أن يكونوا عالمين بقواعدها، أحيانا في جزئياتها. حول اللّغة وإشكالياتها في القانون، يراجع : M. MAHFOUDH, La langue et le droit, *Mélanges S. BELAÏD*, (à paraître).

[52] جاء بالفصل 520 من مجلة الإلتزامات والعقود ما يلي : "الوصف بعد متعاطفين يعود إليها جميعا كما في قولك (وهبت لأبنائي وأبناء أبنائي الذّكور). إلاّ إذا تبيّن بوجه صريح أن الوصف لا يعود إلاّ للأخير. فإن كان العطف بثمّ عاد الوصف على ما بعده. والشّرط بعد المتعاطفين يعود إلى جميعها".

والرّجوع إلى قواعد اللغة المتعارف عليها لا يقع تغليبه إذا ما تعلق الأمر بعبارات لها معنى معيّن بالمنطقة التي وقع إبرام العقد فيها[53]. وإذا ما كانت العبارات من المصطلحات القانونية فينبغي أخذها بذلك المفهوم إلاّ متى تأكّد أن الأطراف قد رامت استعمالها في معنى آخر[54]. وهو ما يلعب أهمّيّة في تفسير بعض العقود التي وقع تحريرها من المختصّين بذلك، شريطة أن يكون استعمالها في مكانها[55].

ب) طبيعة العقد

300 - محتوى ذلك وسند اعتماده - يقع الرّجوع إلى طبيبعة العقد لتحديد التزامات الأطراف؛ ومن تطبيقات ذلك ما اقتضاه الفصلان 521 و522 من مجلة الإلتزامات والعقود. الأوّل في قوله بأنّ "ما كان غرضه التبرّع يتسامح في تفسيره بخلاف ما كان فيه عوض"؛ والثاني في تنصيصه على أنّ "لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حقّ بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسع فيها بالشّرح. وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التنازل".

ومع ما يبديه الفصلان المذكوران من تناقض، فلكلّ منهما ميدانه. فالفصل 521 ينطبق في عقود التبرّع، حيث لا يمكن للتفسير أن يتوسّع في

---

[53] ومن ذلك أن يتضمّن الكتب عبارات دارجة في المكان أو بالنّسبة إلى الفئة المهنية المعنية بالعقد. ومن العبارات التي لها معني معيّن في بعض مناطق السّاحل عبارة "الحبّل" والتي تعني عدد معيّن من الأمتار المربّعة. وعبارة "المرجع" بمنطقة صفاقس. وعبارات "الويبة" و"القفيز" بالنّسبة إلى فلاّحي الزّياتين...

[54] كأن يستعمل أحدهم عبارة "الخطأ" قاصدا بذلك الغلط. أو عبارة "الفسخ" قاصدا بها الإبطال. فلا يقع الاخذ بالإصطلاح المتعارف عليه، إذا ما تأكّد أن صاحبه قد استعمله في المعنى الخاطئ.

[55] يصحّ هنا ما قيل في الملحوظة السّابقة.

نطاقها؛ وهي قاعدة يمكن أن نجد تطبقات لها في الفصلين 207[56] و208[57] من مجلة الأحوال الشّخصية بعقد الهبة. أمّا الفصل 522 فيهم إلتزامات المتبرّع التي لا ينبغي أن يقع التوسّع فيها. وإذا ما اقتضى الحال تفسيرها، فإنّ ذلك يؤدّي إلى التيسير، لا إلى التشديد على المطالب بها... ويمكن أنْ نجد لذلك تطبيقات بفصلي الهبة المذكورين أعلاه فيما يتعلق بضمان الشيء الموهوب من العيوب، حيث لا يعقل أن يقع إثقال كاهل الواهب بالتزامات هي ممّا يتحمّله المتعاقدون في الإتفاقات التبادلية في العادة. وربّما برّرت جميع هذه القواعد بالإرادة الضّمنية للأطراف المتعاقدة؛ وفي ذلك صدىً لطرق التأويل الذّاتية؛ ومع ذلك فهي تأخذ بالمعقول كما سوف نرى. وممّا تعتمده أيضا التخفيف فيما قد يحمل على أحد الأطراف من الالتزامات؛ وهذه من طرق التفسير الموضوعيّ كذلك.

---

[56] جاء بالفصل 207 من مجلة الأحوال الشّخصيّة ما يلي : "لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلاّ إذا تعمّد إخفاء سبب الإستحقاق أو كانت الهبة بعوض وفي الحالة الأولى يقدّر للموهوب له تعويض عادل عمّا أصابه من الضّرر وفي الحالة الثّانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلاّ بقدر ما أدّاه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتّفق على غيره (فقرة 1). ،إذا الشيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى (فقرة 2)".

[57] جاء بالفصل 208 من مجلة الأحوال الشّخصيّة ما يلي : "لا يضمن الواهب خلوّ الشيء الموهوب من العيب (فقرة 1). على أنّه إذا تعمّد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلوّ الشيء الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الضّرر النّاشئ عن العيب ويكون كذلك ملزما بالتّعويض إذا كانت الهبة بعوض على أن لا يتجاوز التّعويض في هذه الحالة قدر ما أدّاه الموهوب له من العوض (فقرة 2)".

ج) المعقول

301 - مفهومه؛ سند اعتماده؛ تطبيقاته - المعقول، ما يقنع العقل بجدواه واعتماده[58]؛ وقع التنصيص عليه بالفصل 531 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "إذا لم يعط التفسير حقيقة أو مجازا معنى معقولا مطابقا للقانون بطل الفصل". ومن تطبيقات هذه الطريقة في تفسير العقود، أنّه إذا ما تضمّن الكتب تنصيصين : واحدا لا فائدة منه، والآخر فائدة منه، غُلب الثاني على الأوّل. وقع التنصيص على هذه القاعدة بوجه صريح في الفصل 518 بمجلة الإلتزامات والعقود القائل : "إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة أولى من حملها على ما لا فائدة فيه".

ويمكن أن ندرج ضمن طريقة المعقول كذلك، اعتبار الكتب وحدة متكاملة يفسّر بعضه ببعضه. وهي قاعدة وقع التنصيص عليها بالفصل 517 من مجلة الإلتزامات والعقود القائلة بأن "فصول الكتب تؤوّل ببعضها بأن يُعطى لكلّ منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب. وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة".

وإذا ما اعتمد المعقول كوسيلة في التأويل فلكون الإنسان عاقلا مبدئيّا، لا ينطق على الهواء. ولكنّ المعقول الذي يعتمد هو ما يقبله القانون، لا ما يتأتى من المنطق أحيانا. فاعتماد جميع الكتب قد يحتم الأخذ بالتزام مخالف للأخلاق الحميدة؛ في هذه الصّورة تصبح المسألة ممّا يقتضي تطبيق القانون، لا ممّا يقتضي تفسير العقود. وهو ما يتدعم بالفصل 531 السّالف الذّكر.

---

[58] حول هذا المفهوم وأهمّيته بالقانون عموما، يراجع : I. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit », *RTD civ.* 1984.

ح) التيسير على المدين

302 - حالات ذلك؛ سند اعتماده؛ تطبيقاته - لا يكون التيسير على المدين في قراءة العقد إلاّ متى عجزت جميع الطرق الأخرى عن حلّ ما يطرح العقد من التساؤلات. عندها يجوز التفسير بما يخفّف على المدين لا بما يشدّد عليه. وقع التنصيص على هذه القاعدة بالفصل 529 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "التفسير عند الرّيب يكون بما هو أخفّ على المدين بيمينه".

وفكرة التيسير هذه، هي ممّا يبرّر بعض القواعد الصّريحة الواردة بالباب المخصّص بمجلة الإلتزامات والعقود لتفسير العقود. ومن ذلك ما يقتضيه الإختلاف في ذكر المبالغ بأوجه متناقضة. وقد جاء بالفصل 528 بالمجلة المذكورة "إذا تكرّر في الكتب ذكر المقدار أو المبلغ بلسان القلم فالمعتمد عند الخلاف الأقلّ قدرا إلاّ إذا تبيّنت جهة الغلط بوجه ثابت"[59].

[59] فكرة التيسير هذه تنطبق في تأويل النّصوص القانونية كذلك، بصريح الفصل 541 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "إذا أحوجت الضّرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدّته، ولا يكون التأويل داعيا لزيادة التضييق أبدا".

الفصل الثامن

تنفيذ العقد

(آثار العقد)

303 - إلزاميّة العقد - للعقد آثار تتمثل -عادة- في إلزامية أطرافه بعين ما وقع الإتفاق عليه؛ ومع ذلك فقد تثار إشكاليات، يتعلق بعضها بتحديد قائمة الأشخاص المعنية بما وقع الإتفاق على تنفيذه، وبعضها الآخر بتحديد الإلتزامات الواجب تنفيذها؛ فيجيز ذلك التعرّض إلى **إلزامية العقد من حيث الأشخاص (مبحث 1)** و**إلزاميته من حيث محتواه (مبحث 2)**.

مبحث 1 - إلزامية العقد من حيث الأشخاص

304 - تحديد الأشخاص المعنية بالتنفيذ - هي مبدئيّا الأطراف المتعاقدة **(فقرة 1)**؛ وقد تثار إشكالية فيما يتعلق **بالغير**، وبمدى إلزامية العقد بالنسبة إلى من يمكن أن تتوفّر فيه الصّفة المذكورة **(فقرة 2)**.

فقرة 1 - إلزامية العقد بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة

305 - مفهوم الطرف - المقصود بالطرف هو **المتعاقد** (سيّان في ذلك أن يكون قد حضر واقعة التعاقد أم أنه أناب عنه من يمثله لذلك[1]) الذي تنصرف إليه آثار العقد؛ فهو من يكون معنيا بمقتضياته **(عنصر 1)**. ولكنّ الطرف لا يتطابق، في جميع الحالات، مع شخص المتعاقد نفسه، بل يمكن أن يتمثل فيمن انجرّ له حقّ من هذا الأخير، ويعرف هذا الصّنف من الأشخاص في النظرية العامّة للعقد بالخلفاء **(جمع خلف)** في التعاقد **(عنصر 2)**.

---

[1] يراجع ما قيل في شأن النّيابة، بالفصل 2 بهذا المؤلّف.

عنصر 1 - إلزامية العقد بالنسبة إلى المتعاقد

306- أساس الإلزاميّة - تستمدّ إلزاميّة العقد للمتعاقد ممّا وقع التنصيص عليه بالشّطر الأوّل من الفصل 240 بمجلة الإلتزامات والعقود القائل : "لا يلزم العقد إلاّ العاقدين...".

ويعدّ هذا التنصيص تطبيقا لقاعدة عامّة يقع العمل بها في مادّة الإلتزامات عموما، وقع التأصيل لها بالفصل 37 من نفس المجلة عند قوله : "ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا في النّيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية".

وفي التنصيص على إلزامية العقد بالنسبة إلى المتعاقدين المباشرين، أخذٌ بأحد النتائج التي يرتبها منظرو القانون عن مبدإ سلطان الإرادة؛ وتمكن النتيجة المذكورة الأطراف الدّائنة من أن تقوم على الأطراف المدينة بتنفيذ مقتضيات العقد، ولو بالجبر؛ وتمكنهم (نفس النّتيجة) من المطالبة بفسخ العقد، إن عنّ لهم ذلك[2].

عنصر 2 - إلزامية العقد بالنّسبة إلى الخلف

307 - مفهوم الخلف - المقصود بالخلف، الشخص الذي انجرّ له حقّ من الطرف المتعاقد؛ وتتحدّد قائمة من تنطبق عليهم هذه الصّفة،

---

[2] أصبح الدّائن تبعا لتغيير فقه القضاء لموقفه، مخيّرا بين أن يطلب الفسخ وأن يقوم بالتّنفيذ متى كان ذلك ممكنا. وهو ما يتعارض مع موقفه السّابق بخصوص تأويل الفصل 273 من مجلّة الإلتزامات والعقود القائل: "إذا حلّ الإلتزام وتأخّر المدين عن الوفاء فللدّائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا، وإلاّ فسخ العقد، مع أداء ما تسبّب عن ذلك من الخسارة في كلا الحالتين. فإن كان الوفاء لا يتيسّر إلاّ في البعض، جاز للدّائن، إمّا طلب الوفاء الجزئي أو فسخ العقد مع تعويض الخسائر في كلا الحالتين. وتجري في المماطلة للقواعد المقرّرة بالفصول المتعلّقة بالعقود الخاصّة. وفسخ العقد لا يكون إلاّ بحكم".

بالرّجوع إلى النصوص القانونية في بعض الوضعيّات وتجاه بعض الأشخاص أو بالرّجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدة قبل التعاقد في وضعيات أخرى.

والخلف ممّن يمكن أن ينجرّ له حقّ من الطرف المتعاقد نوعان : خلف عامّ، والمقصود بذلك الفرع الوارث لجزء من تركة المتعاقد أو لجميعها(Ayant cause universelle ou à titre universel) ؛ والخلف الخاصّ (Ayant cause à titre particulier) وهو من خصّه المتعاقد بعيّنة في ذمّته، كالموصّى له أو المشتري لشيء منه[3] واللذين قد يجدان نفسيهما ملزمين بالتزامات رتبها سلفهما[4].

308 – أساس إلزامية الخلف – وقع التنصيص على إلزامية الخلف بتعهّدات سلفه (son auteur) بالفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله: "الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط، بل تجري أيضا على ورثتهم[5] وعلى من ترتب له حقّ منهم[6]، ما لم يصرّح بخلاف

---

[3] حول هذه الوضعيّات، يراجع بالقانوني التونسي : R. MEDIOUNI, *Les effets du contrat à l'égard de l'ayant cause à titre particulier,* Mémoire de DEA, Faculté de Tunis 2, 1995؛ وبالنسبة الى القانون الفرنسي : A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations,* thèse Paris I, 2000.

[4] قضي : "إنّ العقد الصريح لا تعارضه العادة ولا العرف. فمالك العقار الذي سوغ منه شقة للمكتري بعقد التزم فيه بتحمله قيمة ما يقع استهلاكه من الماء والضوء واشترى مالك جديد تلك العمارة وحازها بما لها وعليها من حقوق، فإنّ عقد الكراء يكون عاملا ضدّه تجاه المكتري ولا يلزم هذا الأخير بدفع قيمة الماء. فالحكم عليه بأداء حسب العادة والعرف فيه خلاف للعقد وهو صريح في ذلك لا يقبل التأويل لذلك فإنّ الحكم يكون خارقا للقانون ومستوجبا للنقض" (تعقيبي مدني عدد 4730، مؤرّخ في 23 جوان 1982، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982، قسم مدني، جزء 3، ص 239).

[5] وهو ما يصطلح عليه بالخلف العامّ (Ayant cause à titre universel).

ذلك أو ينتج من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد والقانون لكن لا يلزم الورثة إلاّ بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم. فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء من دين مورّثهم وحينئذ لا يسع أرباب الدّين، إلاّ تتبّع مخلف المدين".

ويوضّح الفصل 241 المذكور **حالات إلزامية الخلف** بالتزامات سلفه(أ) **وحدود الإلزامية** فيما يتعلق بالورثة (ب).

أ) حالات الإلزامية بالنّسبة إلى الخلف

309 - المبدأ - يقتضي الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود في إلزام الخلف بما عقده سلفه من التعهّدات أن يكون ذلك ممّا لم يقع إقصاؤه بموجب الإتفاق نفسه؛ وهذه الوضعيّة قد ينتبه إليها الأطراف أنفسهم؛ ومن تطبيقاتها، التنصيص بعقود الشّركات أن الإشتراك لا ينتقل إلى ورثة الأطراف المتشاركة.

كما يقع الرّجوع في القول بانتقال إلتزامات الأطراف المتعاقدة لخلفائهم من عدمها إلى طبيعة الإلتزامات المعقودة؛ وغالبا ما تشكل الإعتبارات الشّخصيّة عائقا في ذلك[7]؛ ومن العقود المبرمة للإعتبارات الشّخصيّة عقد الوكالة، وعقد الكراء[8]، وعقد الإجارة على الصّنع (المقاولة)

---

[6] وهو ما يصطلح عليه بالخلف الخاصّ، أي من اكتسب شيئا أو حقّا من ذمّة المتعاقد : كالموصَى له، والموهوب له والمشتري. فهذا الأخير يجد نفسه ملتزما بما عقده بائع الشيء له من الإلتزامات تجاه الغير. كأن يكون اكترى العقّار المبيع. فالمشتري يحلّ هنا محلّ البائع له فيما عليه من الإلتزامات : توفير الشيء للإنتفاع؛ وفيما كان للمالك من الحقوق: استخلاص معيّنات الكراء.

[7] M. CONTAMINE-REYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse Paris 1974 (ronéot.).

[8] مع شيء من التّحفظ هنا، نظرا للقوانين الكرائيّة التي تقول بانتقال بعض الحقوق (حقّ البقاء في الأكرية السّكنيّة، غرامة الحرمان في الأكرية التجاريّة) إلى ورثة المكتري.

وهو ممّا يتطلب اختصاصا في أجير الصنّعة قد لا يتوفر في فرعه الوارث؛ بديهيّ مثلا أنّ وفاة المحامي أو الطبيب لا تنقلان إلتزاماتهما إلى ورثتهما[9]...

وقد تثار، في انتقال الإلتزامات من المورّث إلى خلفائه العامّين، إشكاليّات في عقد الشّغل؛ فهل تنتقل إلتزامات أحد الطرفين، هنا، إلى ورثته؟ يقتضي القانون الوضعي في هذا الصّدد قواعد استثنائيّة سُنت لحماية الأجراء؛ ولكنّ الإعتبارات الشّخصية لا تقصي تماما القواعد العامّة التي تعتمد في ذلك الرّجوع إلى طبيعة الإلتزامات المحمولة على كلّ طرف.

يتجه في تطبيق هذه القواعد التمييز بين ما إذا كانت الوفاة قد طالت الأجير أم المؤجّر. فوفاة الأجير لا تنقل التزاماته إلى ورثته، حيث أن ما يلتزم به الأجراء هو قيام بعمل؛ فلا تجبر أصحابها بعين ما تعهّدوا به في صورة أحجامهم عن تنفيذها، وإنما تردّ إلى تعويض بمقابل يكون في شكل مالي (طبقا للفصل 275 من م ا ع[10])؛ فمن باب أولى أن لا ينتقل إلتزام الأجير إلى ورثته، ولو أنه وقع التنصيص بعقد الشّغل على واقعة الإنتقال، حيث أنّ ذلك ممّا يولد حقا للوارث، بطريقة الإشتراط لمصلحة الغير، لا التزاما عليه؛ مع الإبقاء على إلتزامات المؤجّر في هذه الحالة، إن وقع التنصيص على انتقال الحقّ في الشغل لوارث الأجير بعقد الشغل، وعنّ لهذا الأخير أن يحلّ محلّ مورّثه في تنفيذ التزاماته...

---

[9] يثير عقد الكراء إشكالا في هذا الشأن. فهل أنه من العقود المبرمة للإعتبارات الشخصية أم لا. الإتجاه الغالب أنها من العقود المزدوجة. فهي ممّا يراعي الإعتبارات الشخصية عند قيامه. ولكنه ممّا لا يراعي ذلك دائما في التنفيذ. فحق البقاء في الأكرية السكنية ينتقل إلى الورثة (بعضهم على الأقلّ)؛ (يراجع في هذا الشأن قانون 25 فيفري 1976).

[10] جاء بالفصل 275 م ا ع : "إذا التزم أحد بعمل شيء طولب بالخسارة عند عدم العمل...".

أمّا وفاة المؤجّر فلا ينقضي بها عقد الشّغل؛ وتلك قاعدة وقع التنصيص عليها بالفصل 15 من مجلة الشّغل، يمكن أن تبرّر بالرّجوع إلى طبيعة التزامات المؤجّرين أنفسهم، حيث أنها من نوع الإعطاء لمبلغ مالي بعنوان أجر، يستحقّ من الأجير بحكم تنفيذ الشّغل المتفق عليه، تنتقل ملكيّته من المؤجّر إلى الأجير بتنفيذ الشّغل؛ وتلك طبيعة لا تحول دون انتقال إلتزام المؤجر إلى ورثته، حيث أنها ممّا يستخلص من ذمّة المتوفى.

ب) حدود إلتزامات المورّث

310 - الاستثناءات - قد تطرح في المعاملات إشكالية إلزامية الورثة بالتزامات عقدها مورّثهم في قائم حياته، ترتبت عنها ديون للغير[11]، يقوم الدّائنون بمطالبة ورثته بأدائها بعد وفاته[12]، فيطرح التساؤل، عندئذ، عن مدى إلزامية الورثة بها[13]؛ وهل أن إلتزامهم بتنفيذها من الإلتزامات المطلقة أم النسبية؟

يتضمّن الفصل 241 من مجلة الإلتزامات والعقود في هذا الشّأن قاعدتين : القاعدة الأولى تتمثل في تمكين الوارث من قبول التركة في حدود الدّين الذي على مورّثه؛ القاعدة الثانية، تسمح للوارث بالإمتناع عن قبول التركة. ويكون القبول في حدود الدّين، ويكون التنازل عن التركة بقيام الوارث بإجراءات لدى إدارة الضّرائب قصد التعبير عن ردّه للتركة بوجه

---

[11] مع التّذكير بالفصل 150 من مجلّة الإلتزامات والعقود الّذي يجعل الدّين حالاً بموجب وفاة المدين.

[12] حول هذه المسألة، تراجع : سماح الفقي، موت المتعاقد، رسالة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كلّيّة الحقوق بصفاقس، 2003؛ وفي القانون الفرنسي : M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, thèse Paris II, éd. 1988

[13] الواقع أن هذه المسألة لا تهمّ مادّة العقد فقط، بل وكذلك موادّ أخرى، ومن ذلك الإجراءات.

صريح[14]؛ عدم القيام بهذا الإجراء يترتب عنه، حينئذ، قرينة مفادها قبول الوارث لتعهّدات مورّثه[15]. ويبدو من النصوص المنطبقة في هذا الصّدد[16]، أنّ القرينة المذكورة من القرائن القاطعة إذا ما قصّر الوارث في التخلي عن الإرث خلال المدّة المعيّنة للغرض، وهي ستة أشهر بداية من تاريخ وفاة المورّث[17].

فقرة 2 - آثار العقد تجاه الغير

311 - مبدأ الأثر النسبي للعقد تُجاه الغير (سنده ومبرّراته) -

العقود التي لها أثر مطلق في الإلزامية تجاه الأطراف، يقابلها أثر نسبي في نفس الإلزامية تجاه الغير؛ وقع التنصيص على هذه القاعدة -المبدئيّة-

---

[14] جاء بأحد القرارات الصّادرة عن محكمة الإستئناف بتونس أنّ الإمتناع عن قبول الإرث لا يكون بمجرّد تصريح يقدّمه الورثة أثناء التّقاضي بل بتصريح يقدّمه الورثة لقابض التّسجيل بمكان افتتاح التّركة مصحوبا بكلّ ما يجوز من الوثائق والرّسوم التي تهمّ التّركة مع تمكينه من حوز المخلّف بصورة قانونيّة (قرار عدد 92154، القضاء والتّشريع عدد 4 لسنة 1992، ص 109) ؛ وعن مكان افتتاح التّركة، يراجع فرج القصيّر، أحكام المواريث في القانون التّونسي، دار الميزان للنّشر، سوسة، تونس، طبعة ثانية، سبتمبر 2001، الأرقام من 33 إلى 35.

[15] يكون الوارث في صورة إلزامه بالتزامات مورّثه ملزما في حدود منابه سلبا أم إيجابا. فإذا ما وقع بيع بمبلغ ألف دينار، ووقعت وفاة البائع قبل قبض الثمن أو وفاة المشتري قبل دفعه. ولنفترض أن كلاّ منهما ترك ابنين: فمطالبة ورثة هذا تكون بحساب خمسمائة دينار، وعلى ورثة ذاك أن يقوموا بمطالبة خمسمائة دينار كذلك، إلاّ أن يكون موضوع الالتزام ممّا لا يقبل التّجزئة، حيث يكون كلّ وارث مطالبا بتنفيذ الكلّ (عن جميع هذه المسائل، تراجع سماح الفقي، موت المتعاقد، المرجع السّابق).

[16] وقع تنظيم ذلك بمقتضى الأمر العليّ المؤرّخ في 15 فيفري 1932، والقرار الصّادر عن المدير العامّ للماليّة بتونس في 28 ماي 1932.

[17] وفي اعتقادنا أن هذا الأجل لا يمكن أن يحتسب ضدّ من ليست له القدرة على الإفصاح عن نيّته في التّنازل، والمقصود بذلك القصّر.

بالفصل 240 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل : بأن العقد "... لا ينجرّ منه للغير ضررٌ ولا نفعٌ إلاّ في الصّور التي نصّ عليها القانون". وإذ يقع التشبّث بهذه القاعدة، فلكون العقد يبقى، أساسا، أداة تعبير عن إرادة، لا تلزم سوى أصحابها المباشرة أو غير المباشرة[18].

ومع ما يبديه الفصل المذكور من صرامة في هذا الشّأن، إلاّ أنّ قاعدته القاضية بإقصاء الغير من نطاق الإلزامية ليست بالمطلقة؛ حيث يتضمّن إمكانية الاستثناء عنها؛ ويكون ذلك لغايتين: إمّا **لإلزام الغير** بمقتضيـــات عقد هو أجنبـــيّ عنه **(عنصر 1)**؛ وإمّا **لخلق نفع للغير (عنصر 2)**.

عنصر 1- العقد كمصدر لإلزام الغير[19]

312 - صور الإلزامية - يمكن للعقد أن يلزم الغير باعتباره واقعة قانونيّة لا يمكن لهذا الغير أن يتجاهلها (أ)؛ ويمكن أن يكون ذلك بمقتضى طريقة التعهّد في حقّ الغير (ب).

أ) العقد واقعة قانونية لا يمكن للغير تجاهلها

313 - تطبيقات ذلك - تتضمّن النظم القانونية تطبيقا لهذه الصّورة من الإلزامية في ميدان الشّغل؛ فالعقد الرّابط لمؤجّر بأجير لا يمكن تجاهله من بقية المؤجّرين؛ هذه القاعدة وقع التنصيص عليها بالفصل 26 من مجلة

---

[18] مصطفى البنغازي : الأشخاص المعنيّون بمبدإ القوّة الملزمة للعقد" مذكرة مرحلة ثالثة، كلية العلوم القانونية والسياسية والإقتصاديّة بتونس.

[19] ليس للعقد أن يضرّ بالغير. كأن يتّفق اثنان على مزاحمة ثالث بطريقة غير مشروعة. وهو ما تتقصّى وراءه القواعد الرّادعة للمزاحمة غير المشروعة (يراجع في هذا الشّأن القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرّخ في 29 جويلية 1991 والمتعلّق بالمنافسة والأسعار والقوانين اللاّحقة له)؛ حول المنافسة تراجع : جويدة قيقة : *Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation*, CPU, Tunis 2002.

الشّغل[20]، ويمكن التوسّع فيها إلى غيرها من العقود، باعتبارها تطبيقا لقاعدة عامّة تقتضي من الكلّ أن يحترم غيره وعدم المساس بمصالحه. ومن الإتفاقات التي يمكن للتوسيع أن يشملها، عقود التزويد بين تجار، مثلا؛ فما يبرم بين تاجرين، لا يجوز لثالث أن يتجاهله، على الأقلّ في الصّور التي يكون فيها العقد المذكور قانونيا[21]. وقاعدة الإحترام من الغير لعقد أبرمته أطراف معينة، تتطلب أن يكون الشخص المتسلط على عقد هؤلاء عالما بوجوده؛ وعلى المتضرّر من تسلط الشخص المذكور أن يثبت علم هذا الأخير بالعقد المتسلط عليه، وهو ما يكون بجميع الوسائل القانونية.

ب) التعهّد في حقّ الغير (La promesse de porte- fort)

314 – تعريفه – يحصل التعهّد في حقّ الغير[22]، بحكم ضمان أحد لالتزام طرف بالموافقة على عقد؛ وهي طريقة يمكن الإلتجاء إليها في بعض الوضعيّات؛ كأن تروم جملة من الورثة قسمة تركة، ويكون من بينهم قاصر أو غائب، فيتعهّد أحدهم (الأمّ أو الشقيق الأكبر) للآخرين بالحصول على موافقة القاصر حال بلوغه سنّ الرّشد أو الغائب حال دخوله أرض الوطن، على العقد المبرم من البقيّة[23].

---

[20] جاء بالفصل 26 من مجلّة الشّغل ما يلي: "يعتبر المؤجّر الجديد متضامنا في المسؤوليّة مع العامل الّذي قطع بصفة تعسّفيّة العمل بعقد الشّغل والّذي عرض من جديد خدماته عن الضّرر الملحق بالمؤجّر السّابق في صورة علمه بأنّ هذا العامل كان عاملا عند الأوّل".

[21] تثار الإشكالية بالنسبة إلى العقود التمثيل الحصري (Les contrats de concession exclusive). فهل أنّ ما يبرم بين تاجرين من هذا القبيل خلافا للتراخيص الواجب الحصول عليها من وزارة التجارة يلزم غيرهما؟

[22] ربّما كان من الأنسب أن يصطلح على هذه المؤسّسة بالتعهّد على الغير، لا بالتعهّد في حقّ الغير، لكون التعهّد ينشئ هنا التزاما -أدبيّا، لا محالة-، ولكنّه التزام في نهاية الأمر، لا حق على الغير.

[23] حول التّعهّد في حقّ الغير، يراجع : J. BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui,* thèse, Caen, 1933 ; VERICEL,

وتختلف هذه الوضعيّة عن وضعيّة التعاقد بالنيابة؛ إذْ لا يتعهّد المتعهّد عن الغير (القاصر أو الغائب) بموجب نيابة قانونية أو اتفاقية عن هذا أو ذاك، بل من تلقاء نفسه بما من شأنه أن يلزم المتعهّد في حقه؛ وما يضمنه المتعهّد في مثل هذه الوضعيّة لبقيّة المتعاقدين، لا أن يصادق من وقع التعهّد في حقه على العقد، وإنما أن يقبل بذلك حال صيرورته قادرا على التعبير عن إرادته (بدخوله أرض الوطن في حالة، أو بلوغه سنّ الرّشد في حالة أخرى).

خلاصة القول أنّ تصريح المتعهّد في مثالنا لا يخلق التزاما قانونيا على المتعهّد في حقه؛ أقصى ما ينشئه عليه تعهدا أدبيّا. النتيجة أن المتعهّد في حقه ممّن يكون قد نفذ العقد لا يمكنه أن يتراجع بعد تنفيذه له، حيث تكون لمصادقته على العقد المذكور أثر رجعي؛ فلا يعدّ أنه أبرم عقدا جديدا؛ ولا تدفع مبالغ تسجيل إضافية؛ وإذا ما رفض المتعهّد في حقه تنفيذ ما وقع التعهّد لأجله، لا يكون لبقيّة المتعاقدين أن يقوموا بإلزامه على ذلك بالطرق الجبرية؛ وغاية ما يستطيعونه، التداعي على المتعهّد في تعويض ما نالهم من أضرار بسبب تعهّده "الإندفاعي" (Téméraire, irréfléchi) والذي لم يثمر... وقد يكون أساس ذلك التسرّع وعدم الإحتياط في التعهّد في حقّ من لا يوفي بتعهّداته، ولو أدبيّا...

315 - مدى أخذ القانون التونسي بمؤسّسة التعهّد في حقّ الغير - يطرح التساؤل عن مدى أخذ القانون التونسي بمؤسّسة التعهّد في حقّ الغير من عدمه؛ وإذْ يطرح التساؤل المذكور فللإستغناء عن فصل بالمشروع الأوّلي لمجلة الإلتزامات والعقود يرسي صراحة المؤسّسة المذكورة[24]، ثمّ

Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?, *D.* 1988, chron. 123.

[24] هو الفصل 23 الذي جاء ناصّا على ما يلي: " On peut également se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers

ولقابلية الفصل 40 من المجلة المذكورة، لا سيما في صياغته العربيّة، وهي المغلبة، للتأويل، كما يُعلم.

وفعلا، جاء بالفصل 40 عربي ما يلي: "يصحّ التعاقد (لا الإشتراط) في حقّ الغير[25] على شرط تصديقه فيكون حينئذ للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها. فإذا لم يعرّف بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالعقد، انفكّ إلتزامه". فهل يعدّ هذا الفصل مرسيا لمؤسّسة تسمح لشخص بأن يتعهّد في حقّ غيره، أم أنها تتمّة للفصلين 38 و39 من نفس المجلة اللذين يتعلقان بمؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير، والتي يقتصر دورها، كما سوف نبيّنه، على إرساء منافع للغير من العقد لا إلتزامات عليه؟

ربّما وجد هذا الموقف تدعيما في الصياغة الفرنسية لنفس الفصل40، لا سيّما من استعماله لعبارة "Stipuler pour un tiers"، وهي عبارة توحي بإنشاء الفائدة لا الإلتزامات على الغير؛ ومع ما يشكله هذا الموقف من وجاهة، يجوز أن لا تقع مشاطرته. و يمكن لذلك أن يتأيد بالتركيب اللغوي للفصل المذكور، حيث يفتتح نصّه بجملة توحي بأنه يقصد مؤسّسة أخرى، لا مؤسّسة الاشتراط لمصلحة الغير؛ هذا من جهة ومن أخرى، فإنّ

---

refuse de tenir l'engagement"؛ وهذا الفصل هو عينه تقريبا الفصل 1120 من المَجلة المدنيّة الفرنسيّة الذي جاء ناصّا على نفس القاعدة: " Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement."

[25] في حين جاء بالفصل 40 من مجلّة الإلتزامات والعقود في صياغته الفرنسية ما يلي: « On peut *stipuler* (et non contracter) pour un tiers sous réserve de ratification. Dans ce cas, l'autre partie peut demander que le tiers au nom duquel on a contracté déclare s'il entend ratifier la convention. Elle n'est plus tenue, si la ratification n'est pas donnée dans un délai raisonnable, et au plus tard quinze jours après la notification de la convention ».

ما يتضمّنه الفصل 40 من أحكام لا يضيف شيئا إلى المؤسّسة المذكورة (الإشتراط لمصلحة الغير). وما يتضمّنه الفصل 40 من أجل مطالبة الغير بتنفيذ ما وقع التعهّد في حقه، لا ينطبق في الإشتراط لمصلحة الغير بصريح الفصل 39 الذي لم يقيّد قبول المشترط في حقه بأجل لقبول ما اشترط في حقه من التعهّدات[26].

ويمكن لأخذ القانون التونسي بمؤسّسة التعهّد على الغير أن يتأيّد بجملة من المعطيات الأخرى؛ ومن ذلك استعمال الفصل 40 لعبارة "في حقّ الغير"، والتي يفهم منها أن المقصود لا المنافع للغير فقط، بل والتعهّدات عليه أيضا... والمتأمّل في مجلة الإلتزامات والعقود يجد أنّ عبارة "الحقّ" ليست تفيد دائما وجود الفائدة لصاحبها بل والإلتزامات عليه، كذلك[27]. وممّا يضاف في التأسيس لمؤسّسة التعهّد في حقّ الغير بالقانون التونسي أيضا، قاعدة التأويل التي تقتضي أن تقرأ النصوص بما ينجرّ عنه الفائدة لا بما يكون لا فائدة ترجى منه؛ وممّا يلاحظ في هذا الشّأن نقصان الفائدة المرجوّة من الفصل 40 السّالف الذّكر، إذا ما أُقصيت مؤسّسة التعهّد في حقّ الغير من مشمولاته[28]. ويضاف في التأسيس إلى نفس المؤسّسة كذلك، مبدا حريّة

---

[26] ربّما كانت هذه الأسباب ممّا دفع بمحرّري مجلة الإلتزامات والعقود للإستغناء عن فصل يأخذ بمحتوى الفصل 23 من المشروع الأوّلي المرسي صراحة لمؤسّسة التعهّد في حقّ الغير كما رأينا...

[27] ومن ذلك ما اقتضاه الفصل 65 من نفس المجلة فيما يتعلق بالعقود الباطلة بناء على استحالة محلها حيث جاء فيه "من كان يعلم حين العقد عدم إمكان المعقود عليه، أو كان من حقه أن يعلمه، فعليه تعويض الخسارة للطرف الآخر...". فعبارة "الحقّ" هنا تفيد الإلتزام والواجب، وإلاّ ما أجبر العالم باستحالة المحلّ من التعويض.

[28] ولئن ظهر هذا الفصل كمفيد أحيانا في الإعفاء من الإدلاء بالتواكيل عندما يضيف العقد إلى ذمّة الغير؛ كأن يقع الشّراء للقاصر من مال وليّه أو لأحد آخر من ماله أيضا؛ فلا نرى في هذه الحالة ما يضيف الفصل 40 المذكور من قاعدة مقارنة بما يقتضيه الفصلان 38 و39 المتعلقان بمؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير.

التعاقد؛ ويقتضي هذا الأخير في منع بعض التصرّفات أن لا يقع القول بإقصاء مؤسّسة تعاقديّة ما إلاّ متى وقع التنصيص على ذلك بوجه صريح؛ ولا نعتقد أن الفصل 37 من مجلة الإلتزامات والعقود ممّا يمكن من ذلك، خاصّة وأنّ حقّ المتعهّد في حقه محفوظ في عدم الموافقة على ما وقع التعهّد بشأنه في حقه؛ وتبقى للمؤسّسة المذكورة أهمّيّتها في المعاملات، لا سيما التجاريّة منها[29]. وربّما كان ذلك ممّا دفع بفقه القضاء إلى اعتبار الفصل 40 مكرّسا لها بقرارات لم نشهد حسب علمنا ما يعارضها لحدّ الآن[30].

عنصر 2 - العقد كمصدر لانتفاع الغير

316 - مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير : أساسها القانوني - يمكن للعقد أن يكون مصدرا لانتفاع الغير، ويكون ذلك بواسطة مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير. وقع التنصيص على ذلك صراحة -هذه المرّة-، بالفصلين 38 و39 من مجلة الإلتزامات والعقود : الأوّل في قوله : "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعيّن الغير، إذا كان ذلك في ضمن عقد بعوض أو في تبرّع بين المتعاقدين. وحينئذ، ينفذ الشّرط مباشرة في حقّ ذلك الغير ويكون له القيام به على الملتزم إلاّ إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معيّنة. وإذا اشترط شيء للغير فعرّف الذي

---

[29] وكذلك في علاقة الأطراف بإدارة الضّرائب، في عدم اعتبار موافقة الغير ممّن وقع التّعهّد في حقّه منشئا لعقد آخر قصدا في استخلاص معاليم أخرى.

[30] قضي : "إنّ التعهّد في حقّ الغير جائز قانونا ويكون العقد تامّا إذا صادق عليه ذلك الغير طبق الفصل 40 من م ا ع" (تعقيبي مدني عدد 5939، مؤرّخ في 10 نوفمبر 1953، قضاء وتشريع 1960، عدد 9 لسنة 1960، ص 58)؛ وقضي أيضا: "إنّ التعاقد في حقّ الغير يصحّ بتوفر أركانه حسب الفصل 40 من م ا ع" (حكم محكمة إبتدائية تونس، عدد 35، مؤرّخ في 29 ديسمبر 1960، قضاء وتشريع عدد 2 لسنة 1961، ص 50)؛

اشترطه بعدم قبوله له، فلا عمل على الشّروط"؛ والثاني (الفصل 39) في تنصيصه : "يسوغ لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب من ذلك الغير تنفيذ الشرط إلاّ إذا ظهر من العقد أن التنفيذ لا يجوز طلبه إلاّ من ذلك الغير".

ويمكن من خلال الفصلين المذكورين تحديد النظام القانوني لمؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير؛ وفي ذلك فائدة كبرى، اعتبارا إلى ما تلعبه المؤسّسة المذكورة من دور في المعاملات بوجه عام... وعلى أيّة حال، فإنّ المؤسّسة المهتمّ بها الآن، من المؤسّسات الثلاثية[31]، أي ممّا يشهد تدخّل ثلاثة أطراف على الأقلّ، هي في الإشتراط: "المشترط" (Stipulant) وهو من أدمج الإشتراط؛ "المتعهّد" (Promettant)، وهو الملتزم بتنفيذ الإشتراط؛ و"المستفيد" (bénéficiaire)، وهو من أُدرج الشرط لمصلحته.

317 – أهمّيّة مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير (تطبيقاتها) – ربّما تجاوزت مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير ما كان يعتقد لها من الأهمّيّة زمن إرسائها؛ وقد اتضح بالتعامل أنها لا تستعمل في علاقات التبرّع فقط، بل وفي معاملات العَوض، أيضا[32]. وتجيز التوسعة في نطاقها إلى ظهور تطبيقات عديدة لها، منها ما وقع التنصيص عليه صراحة، ومنها ما اعتبر ضمنيّا.

---

[31] شأنها في ذلك، شأن الدّعوى البليانية (Action paulienne) والدّعوى المنحرفة (Action oblique) وغيرهما) (دعوى مباشرة Action directe) حول المؤسّسات الثلاثية وإشكالياتها عموما : يراجع : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse ronéot., Bordeaux 1968.

[32] ممّا يلفت الإنتباه الإعتماد على مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير من قبل فقهاء القانون عامّة في استنباط النّظام القانوني لبعض المؤسّسات التي لم يفردها المشرّعون بنصوص صريحة.

ومن تطبيقات الإشتراط لمصلحة الغير الصّريح، ما تعتمده مؤسّسة التأمين على المسؤولية في التنصيص على حقّ يتكوّن للمتضرّر بحكم حصول حادث ضارّ به، يسمح له بالقيام رأسا على شركة التأمين، اعتمادا على العقد الذي أبرمه المؤمَّن (بالفتح) عند اقتنائه لوسيلة نقل لدى هذه الأخيرة؛ ومؤسسة التأمين على الحياة أيضا، والتي تقتضي أن تدفع جوائز من متعاقد لشركة تأمين تتولى صرفها في شكل رأسمال إلى من وقع الإشتراط لمصلحتهم حال وفاة المؤمّن.

ومن تطبيقات الإشتراط لمصلحة الغير بوجه ضمني، اعتبار الرّاكب في عقد النقل، لا كمشترط لمصلحته الخاصّة، فحسب، بل ولمصلحة أقربائه ممّن لهم علاقة به، تجيز لهم القيام على الناقل بتعويض ما نالهم من أضرار بسبب وفاة مورّثهم؛ واعتبار ربّ العائلة، في اقتنائه لمنتوجات، لا لاستهلاكه الشّخصيّ فقط، بل ولاستهلاك أفراد من عائلته أيضا، وهو ما يسمح لهؤلاء بأن يستفيدوا بنفس الضّمانات التي تكون للمقتني المباشر للمنتوج إذا ما تضرّروا منه[33]...

ففي جميع هذه الوضعيات، تخلق مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير حقا يمكن لهذا الأخير أن يجنيَه مباشرة من العقد؛ ويترتب عن ذلك جملة من الآثار.

318 - آثار الإشتراط لمصلحة الغير - تتطلب دراسة آثار مؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير أن يقع النظر في علاقات كافة الأطراف المعنيّة بها، وهي حسب ما توحي به حلقة الإشتراط : **علاقة المستفيد بالمشترط؛**

---

[33] يراجع الفصل 17 من القانون عدد 117 لسنة 1992، المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992 والمتعلق بحماية المستهلك.

علاقة المشترط بالمتعهّد؛ علاقة المتعهّد بالمستفيد؛ وعلاقة هؤلاء جميعا بالغير[34].

319 - علاقة المشترط بالمستفيد - تؤدّي هذه العلاقة إلى التأمّل في الظروف التي دعت المشترط إلى أن يشترط لفائدة المستفيد، وتحديدا بالأسباب التي جعلته يتولى الإشتراط.

طبيعة العلاقة الدّاعية لذلك قد تكون تعاقديّة أو لا تعاقديّة. وممّا ينتمي إلى العلاقات غير التعاقديّة ما يكون مبناه الودّ والمحبّة؛ ومن ذلك ما يدفع بالأب إلى أن يؤمّن على حياته لفائدة زوجته وأبنائه؛ ومن العلاقات اللاّتعاقدية كذلك، ما يفرضه القانون في التحسّب لوقائع لا قدرة للمشترط على تحمّل تبعاتها؛ ولنا تطبيق على ذلك في وجوب تأمين ما قد يترتب عن سياقة العربات ذات المحرّك من الأضرار بسبب السّياقة... أمّا العلاقة التعاقدية المؤسّسة للإشتراط فيمكن أن تترتب عن معاملة اتفاقية سابقة بين المشترط والمستفيد بالإشتراط؛ كأن يكون على الأوّل دين للثاني، فيكون الإشتراط لمصلحة هذا الأخير وفاء بذلك الدّين...

وإذ يتجه الرّجوع إلى الأساس الذي يبرّر الإشتراط، فللحكم على أخلاقيّات السّبب الدّاعيَ له[35]؛ فإذا ما كان غير جائز (علاقة مخادنة بين المشترط والمستفيد بالإشتراط، مثلا)، فإنّ ذلك لن يكون دون تأثير، حيث لا يستبعد أن يقوم المتضرّرون من هذه العلاقة، كالزّوجة والأبناء، قصد إلغاء مفاعيله...

---

[34] تؤدّي الصّبغة الثلاثية لمؤسّسة الإشتراط لمصلحة الغير، التأرجح، في حلّ ما تشهده المؤسّسة المذكورة من إشكاليات، بين الحلول المعتمدة من قبل القواعد التعاقديّة والحلول المعتمدة من قبل القواعد اللاّتعاقدية، وذلك بحسب الطبيعة القانونية لكلّ علاقة.

[35] تنطبق حينئذ مقتضيات السّبب، موضوع الفصل 4 بهذا المؤلف.

320 - **علاقة المشترط بالمتعهّد** - هي علاقة تعاقديّة، يمكن بمقتضاها لكليهما أن يقوم لأجل إبطال أو فسخ التعاقد، وأن يدفع كلّ للآخر بما يمكنه أن يدفع به في كلّ علاقة تعاقدية؛ ففي عقد التأمين على الحياة مثلا، يمكن للمؤمّن أن يقوم بإبطال عقد التأمين إن قصّر المؤمّن له في إعلام معاقده ببعض الظروف التي لها تأثير على إلتزام الأوّل؛ كما يمكن لنفس المؤمّن أيضا أن يقوم بالفسخ إن قصّر المستأمن في دفع جوائز التأمين في إبّانها، ويجوز للثاني أن يقوم بالإبطال هو الآخر، إن اتضح تغرير الأوّل، وفي فسخ العقد إن اتضحت عدم القدرة من هذا الأخير على التنفيذ، أو حصل تنفيذ سيّئ للمستفيد[36]...

321 - **علاقة المتعهّد بالمستفيد** - هي علاقة تعاقديّة في بعضها، لا تعاقدية في بعضها الآخر.

وممّا يأخذ من الطبيعة التعاقدية، حلول المستفيد محلّ المشترط فيما يكون له من الحقوق لو أنه كان المتعاقد المباشر[37]؛ ويترتب عن ذلك حقّ للمستفيد في التداعي المباشر ضدّ المتعهّد؛ ويكون ذلك بواسطة دعوى تعرف بالدّعوى المباشرة (Action directe)[38]؛ اصطلح عليها بهذه العبارة لكونها تنشئ حقا مباشرا للمستفيد على المتعهّد، يمكنه من القيام على هذا الأخير رأسا، ودون إدخال المشترط في الدّعوى؛ وما يجنيه المستفيد من هذه الدّعوى يكون كحقّ خاصّ من عقد الإشتراط، لا يمرّ بذمّة المشترط،

---

[36] حول هذه الإشكاليّات، يراجع، محمّد الزّين، *Droit du contrat d'assurance*, Auto-édition, Tunis 1996.

[37] لا يمكن للمستفيد أن يجني حقوقا أكثر ممّا يعطيه له عقد الإشتراط، طبقا لقاعدة عامّة في الفصل 551 من مجلّة الإلتزامات والعقود "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق"؛ حول هذه القاعدة، يراجع: محمّد محفوظ : "Essai sur la notion de l'apparence» RTD 2001, (à paraître).

[38] حول هذه الدّعوى، يراجع محمّد الزّين، المرجع السّابق، رقم 409 وما بعد.

فيمنع دائني هذا الأخير من عقلته في ذمّة المتعهّد على اعتباره من مستحقات المشترط[39].

كما يمكن للمتعهّد أن يدفع ضدّ المستفيد بما كان بإمكانه أن يدفع به من الأوجه ضدّ المشترط نفسه؛ كأن يكون المستفيد قد تولى السّياقة في حالة سكر، أو كان يسوق دون الحصول على الرّخص القانونيّة المستوجبة في الغرض. وإذْ يمكن القول بقبول هذه الدّفوعات فاعتبارا إلى أنّها ممّا يتعلق بالموجبات القانونية عامّة... ومع ذلك فلا يمكن -في قبول هذه الدّفوعات- البلوغ إلى حدّ السّماح للمتعهّد بأن يواجه المستفيد بتقصيره تجاه المشترط لفائدته؛ كأن يكون المستفيد ابنا قصّر في قائم حياة والده في القيام بشؤونه والإنفاق عليه؛ فذاك ممّا يكون من حقّ المشترط وحده (وورثته من بعده) الدّفع به، لا من حقّ المتعهّد أن يواجه به المستفيد في المطالبة بتنفيذ مقتضيات الإشتراط...

وعلاقة المتعهّد بالمستفيد علاقة غير تعاقديّة في بعضها الآخر؛ فالمستفيد من العقد لا سلطان له على صحّة هذا الأخير أو مآله؛ نتيجة ذلك أن ليس له أن يدفع ببطلان العقد المذكور لانتفاء مصلحته؛ ولا يجوز له كذلك أن يقوم بفسخه؛ وإذا ما وقع ذلك من الغير (المشترطُ، مثلا)، فما يترتب عن فسخه من النتائج يستفيد منه المشترط وخلفاؤه، لا المستفيد أو خلفاؤه[40].

322 - علاقة أطراف الإشتراط بالغير - يمكن للغير أن يهتمّ بعمليّة الإشتراط، إذا ما كانت مضرّة بحقوقهم؛ كأن يتولى المشترط الإشتراط لشخص لا تربطه به علاقة شرعية (عشيقة) أو أن يشترط بدون عوض لفائدة أحد أقربائه، والحال أنه يرزح تحت الدّيون؛ أو أن يكون المتعهّد قد

---

39 يراجع في هذا الشّأن، J. CARBONNIER, *Droit civil, 4 – Les Obligations*, Ed. PUF, collect. « Thémis », 9ème éd., 1976, § 57.

40 يراجع، J. CARBONNIER، المرجع السّابق.

التزم بتعهّدات يتضرّر منها دائنوه؛ أو يكون للمستفيد دائنون يفكرون في عقلة ما قد يجنيه هذا الأخير من عملية الإشتراط...

يمكن في جميع هذه الوضعيّات أن يقع تطبيق القواعد العامّة بالعقود؛ فالإشتراط غير المشروع يجوز الطعن فيه بناء على السّبب غير الجائز ممّن تكون لهم مصلحة في ذلك، لا سيّما الورثة[41]؛ ومن كان مفلسا لا يمكنه أن يتبرّع (طبقا للفصل 552 من مجلة الإلتزامات والعقود)... وكلّ ذلك يعطي للغير حقّ الطعن في عقود يبرمها المشترط بغية التهرّب من إلتزاماته تجاه دائنيه، ويكون ذلك إمّا بمقتضى الدّعوى البليانية (Action paulienne)، موضوع الفصل 306 (فقرة أولى) من مجلة الإلتزامات والعقود أوبمقتضى الدّعوى المنحرفة(Action oblique) موضوع نفس الفصل (306) في فقرته الثانية[42]؛ وكذلك الشّأن لو أن المتعهّد قد تجاوز إمكانياته في علاقة الإشتراط[43].

---

[41] كأن يكون الإشتراط من المورّث إلى عشيقته.

[42] جاء بالفصل 306 من م ا ع ما يلي : "يجوز للدّائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود الّتي تمّمها مدينهم بأنّه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم تغريرا وتدليسا لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلّقة بالحالة الشّخصيّة أو بالميراث (فقرة 1). وإذا لم يتيسّر لأرباب الدّيون الخلاص فيما لهم على المدين وكان له حقوق على الغير كان لهم عرض نازلتهم على الحاكم وبعد إثبات حقوقهم يمكن لهم التّحصيل على تعرقيل ما للمدين من الحقوق والدّيون الّتي على الغير والقيام بما تبعها من الحقوق والدّعاوى عدا الحقوق الخاصّة بذاته كحقوق الأب على ولده وحقّ الإنفاق والسّكنى والنّفقة وحقوق تترتّب له من جنحة أو شبهها وقعتا على الذّات وبصفة عامّة كلّ ما لا يصحّ حجزه ولا إحالته وأمّا القيام بالفسخ بناء على أهليّة المدين أو صغر سنّه فإنّ ذلك لا يعدّ من الدّعاوى الشّخصيّة على معنى هذا الفصل ويسوغ للدّائنين القيام بها (فقرة 2)".

[43] حول دعوى الدّائن طعنا في عقود مدينه، يراجع صلاح الدّين الملولي : تعليق حول قرار تعقيبي بالقضاء والتشريع عدد 8 لسنة 1987؛ وحول الدّعوى البليانية، يراجع البشير زهرة : تعليق على قرار استئنافي بالقضاء والتشريع عدد 7 لسنة 1988.

مبحث 2 – إلزاميّة العقد من حيث محتواه

323 – **تقديم** – ما هي الإلتزامات التي يمكن أن تقع مطالبة المتعاقد بها؟ وهل لها أن تبقى ثابتة ولو مع طول المدّة، أم أنه يجوز تغييرها؟

يؤدّي التساؤل الأوّل إلى إثارة **مسألة توابع العقد**، ويؤدّي التساؤل الثّاني إلى إثارة **مسألة الظّروف الطارئة**. فلنخصّص **فقرة** لكلّ مسألة من المسألتين.

فقرة 1 – مسألة توابع العقد

324 – نظريّة توابع العقد : La théorie des suites du contrat– تؤدّي نظريّة توابع العقد إلى إلزام الأطراف المتعاقدة بالتزامات لم تتصرف إليها إرادتهم عند التعاقد. وهي ممّا يمكن أن يقع الوصول إليه بتفسير العقد، وبتأويل النصوص القانونية، أيضا. والفرق واضح بين الطريقتين. فالتفسير لا يتجاوز العقد، بل يبقى منحصرا فيه؛ كأن يقع النظر في عقد كراء للبحث وراء ما إن انصرفت إرادة الأطراف إلى تجديده أم لا. أمّا التأويل فهو يهمّ النّصوص القانونية، بما يوسّع أو يضيّق في القاعدة القانونيّة إلى جميع العقود أو البعض منها فقط[44]. وممّا يرسي عليه التأويل أيضا، بيان ما إن كان المشرّع قد أرسى إلتزاما في هذا العقد أم ذاك، والطريقة التي يقع بها تنفيذ ذلك الإلتزام[45].

---

[44] حول الإختلاف بين المعطيين، يراجع : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 8ème éd., 2002, n° 439.

[45] وتحديد ما إن كان الإلتزام مصدره تفسير العقد، أم تأويل قاعدة قانونيّة، فائدة على الأقل؛ فما يهم التفسير يبقى راجعا بالنظر لقاضي الموضوع، لا معقب عليه في ذلك من

325 - مظاهر النظرية - أمكن لنظريّة توابع العقد أن تعتمد قصد إثراء العقد، بالتزامات ما كانت الأطراف لتفكر فيها في عهد تغمره الفردانية (L'individualisme). وقد افتتح فقه القضاء (الفرنسي) هذا الإتجاه بإرساء واجب، سوف يدعى إلى مستقبل نيّر، يعرف اليومَ بواجب ضمان السّلامة (Obligation de sécurité)، حيث اعتبر من أوكد ما يتضمّنه عقد النقل ولئن لم يقع التنصيص عليه صراحة من قبل المتعاقدين باتفاقهم[46]. ثمّ وقع التوسّع في هذا الواجب إلى عقود أخرى ممّا يتطلب تنفيذه إلتزامات لها مساس بجسم المتعاقد[47].

وممّا أُرسي في كافة العقود من الإلتزامات التي لم يقع تحديدها صراحة أيضا، إلتزام بالأمانة على كلّ متعاقد تجاه الآخر[48]؛ ويقتضي الإلتزام الأخير في الذّكر، أن يكون المتعاقد نزيها في تنفيذ العقد مع معاقده؛ وهو ما يحتم عليه إعلامه، لا في الفترة السّابقة للتعاقد فحسب، بل وأثناء تنفيذ الإتفاق بما يستوجبه من المعلومات اللاّزمة للإستفادة به الإستفادة المرجوّة، أيضا[49]... وكذلك الشأن، في عقود بيع الحواسيب، حيث توجب

محاكم القانون، شريطة التعليل المستساغ، بخلاف التأويل الذي يؤدّي إلى خلق قواعد عامّة، وتلك مسألة قانونية، تخضع لرقابة المحاكم العليا، بما في ذلك محكمة التعقيب.

[46] كان ذلك في أحد القرارات الشّهيرة لمحكمة التّعقيب الفرنسية : Civ. 21 nov. 1911, Cie générale transatlantique c. Zbidi Hmida ben Mahmoud, *GAJC* 11ème éd., n° 262 - *DP*, 1913, 1, 249.

[47] في عقود النّزل؛ وعقود التّزوّد بالمنتجات؛ وعقود المقاولة؛ وعقود الأنشطة الرّياضية؛ وعقود البيع وغيرها... (حول الإلتزام بضمان سلامة المتعاقد، يراجع : J. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 69.

[48] حول مفهوم الأمانة وما يقتضيه من واجبات: F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 8ème éd., 2002, n° 440.

[49] حول هذا واجب الإعلام في التّعاقد يراجع، M. FABRE – MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, thèse Paris 1, 1992.

الأمانة التعاقدية هنا، أن يتولى البائع إعلام المشتري بطريقة استعمال الحاسوب، وبما يطرأ عليه من التغييرات بسبب استعمال بعض الطرق، أو التغيير فيها[50]...

كما أدّت نظرية توابع العقد كذلك، إلى إثراء العلاقات التعاقدية بواجب التحرّز (Obligation de réserve)، وواجب عدم إفشاء الأسرار التي وصل إليها أحد المتعاقدين بتعاقده مع الآخر (Obligation de confidentialité)، وواجب الحفاظ على ما يتسلمه كلّ متعاقد من العيّنات أو الوثائق قصدا في تنفيذ العقد...

وكلّ ما ذكر، معطيات تغيّر من الفلسفة العامّة للعقد في صيرورته أداة تعاون لبلوغ المآرب التي وقع التعاقد من أجلها، لا فرصة للإثراء بما يترتب عنه تفقير من يلجأ إلى التعامل به... وهو ما يقرّب الإتفاقات التعاقديّة عموما، من عقود الإشتراك[51]، وما يؤسّس إلى ما أصبح متعارفا عليه من نيّة التعاقد في كافّة العقود (*L'affectio contractus*)، على غرار ما يعتمد في عقود الشركات من نيّة للإشتراك (*L'affectio societatis*)، أو من رابطة تآخ (*Jus fraternitatis*).

---

[50] يبدو واجب الأمانة أساسيّا في فكر محرّري مجلة الإلتزامات والعقود، ناهيك أنّ المشروع الأوّلي قد تضمّن قاعدة عامّة للقانون وقع إيرادها بآخر فصل من الكتاب الأوّل وبالقواعد العامّة للقانون وهي : " La seule règle qui ne doit jamais fléchir est celle de la bonne foi et de la loyauté"؛ ولكنّ هذه القاعدة العامّة قد وقع الإستغناء عنها في الصّياغة النّهائيّة للمجلة، ربّما لشدّة مثاليّتها، ولما تحدثه من خطر على نظام يتدرّج نحو الأخذ بالوضعية القانونيّة...

[51] حول هذه النّظرية : J. DEMOGUE, Traité des obligations en général, t. VI, n° 3, p. 9. Pour cet auteur, le contrat serait comme « un microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les contractants), absolument comme dans la société civile ou commerciale ».

وقد ذهب فقه القضاء الفرنسي أشواطا في ذلك، واتبعه القانون التونسي -خاصّة مشرّعه- بهذا الإتجاه، بإرساء بعض الإلتزامات؛ ومن ذلك الإلتزام بضمان سلامة المتعاقد في عقد النقل (الفصل 653 من المجلة التجارية)، وبالعقود الإستهلاكية (القانون عدد 117 لسنة 1992، المؤرّخ في 7 ديسمبر 1992، والمتعلق بحماية المستهلك، لا سيّما في فصله 3)[52]؛ والإلتزام بإعلام المتعاقد في بعض العقود (الفصل 16 بالقانون المذكور)، لاسيّما بالعقد الطبّي حيث لا ينتهي عمل الطبيب بانتهاء الوصفة، بل عليه أن يعلم معاقده بما قد يطرأ عليه من الأخطار بحكم بعض الوضعيّات أو التصرّفات[53]؛ أو إلتزام المؤمّن له بأن يعلم مؤسّسة التأمين بما قد يطرأ من الأحداث التي قد تؤدّي إلى إثقال كاهل هذه الأخيرة في تغطية الحوادث... مصرّحا بإلغاء ما قد يُقصي أو يضيّق في هذه الإلتزامات...

وكلّ هذه الإلتزامات، لا تمنع من إثارة التساؤل إن كان المشرّع هو من يختصّ بإنشائها، أم أنّه يمكن لفقه القضاء أن يسرد على منواله في إرسائها؛ فيؤدّي هذا التساؤل إلى النظر في أسس ما يمكن أن يصطلح عليه اليومَ بنظريّة توابع العقد.

326 - أسس النظرية - يمكن لنظريّة توابع العقد أن تجد أساسها القانوني في الفصل 243 من مجلة الإلتزامات والعقود الذي جاء ناصّا على أنّه: "يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة. ولا يلزم ما صرّح به فقط،

---

[52] حول هذا الواجب بالقانون التونسي، تراجع سلمى عبيد- منيف، *L'obligation de sécurité*، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفاقس، سنة جامعية 2003/2002.

[53] حول إلتزام الطّبيب بإعلام مريضه، يراجع : M. MAHFOUDH, « L'obligation d'information du médecin en droit privé tunisien », *Etudes juridiques de la Faculté de Droit de Sfax*, année 2003.

بل يلزم كلّ ما ترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته"[54].

ويقابل هذا الفصل ما جاء بالفصل 1134 في فقرته الثالثة[55]، والفصل 1135 بالمجلة المدنية الفرنسية[56] -مع شيء من الإختلاف في بعض العبارات وفي ترتيب ما يتجه الرّجوع إليه لإثراء العقد- حيث يقتضي أن الإتفاقات لا تلزم بما تتضمّنه صراحة بل بما يرتبه الإنصاف والعرف والقانون من توابع للإلتزام بحسب طبيعته[57].

---

[54] جاء بالفصل 243 من مجلّة الإلتزامات والعقود في صياغته الفرنسيّة ما يلي : " Tout engagement doit être exécuté de bonne foi et oblige, non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature"؛ حول هذا الفصل، يراجع : H. BEN SLIMA, *Contribution à l'étude de l'article 243 du COC*, Mémoire de DEA de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1986.

[55] جاء بالفصل 1134 بالمجلّة المدنية الفرنسية ما يلي : " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

[56] جاء بالفصل 1135 بالمجلّة المدنية الفرنسية ما يلي : " Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

[57] وممّا يميّز الفصل 243 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسي عن الفصلين 1134 و1135 من المجلة المدنية الفرنسيّة أن الأوّل أوسع في الصّياغة، حيث يتضمّن ما يتضمّنه الفصل 1134 من المجلة المدنية الفرنسية في فقرته الثالثة عند تنصيصه على وجوب تنفيذ الإلتزامات عن حسن نيّة، كما يتضمّن ما يتضمّنه الفصل 1135 بنفس المجلة في تجاوزه، عند تنفيذ الإتفاقات، ما وقع التنصيص عليه صراحة بالعقد، إلى ما يترتب عن الإنصاف والعرف والقانون بحسب طبيعة الإلتزام.

وممّا يميّز صياغة النصّ التونسي (أو بالأحرى ترجمته) عن النصوص الفرنسية أنّ الأولى أشمل في الصّياغة من الثانية؛ فالفصل 243 التّونسي، لا يهمّ الإلتزامات التعاقدية فقط، وإنّما جميعها، مهما كان مصدرها، ولئن يفهم من السّياق -لا سيما المعنيّ بالفصل 242-، أن المقصود بدرجة أولى التعاقدية منها؛ ولا يذكر نفس الفصل في صياغته العربية عبارة "حسن النيّة" الواردة بصياغته الفرنسية، وإنما عبارة "مع تمام الأمانة"، وهي أشمل، حسب رأينا، لأنّ حسن النيّة يقتضي الجهل بالشيء، أمّا الأمانة فتقتضي موقفا معيّنا قوامه الصّدق في المعاملات وعدم الإضرار بالغير... ويبدو الفصل 243 محترما أكثر لسلم المصادر القانونية، حيث يبدأ بالتذكير بوجوب التطابق مع القانون فمع العرف ثم مع الإنصاف، وهو خلاف ما وقع التنصيص عليه بالفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية[58]...

---

[58] مما تتضمّنه نظرية توابع العقد من الإلتزامات بالقانون التونسي كذلك، مفهوم الآستوبيل (La notion de l'estoppel). وتقتضي من هذا الأخير أن لا يأتي موقفا يعارض به تصرّفا سابقا. كمن يدفع ببطلان عقد لقصور شخص عن سنّ الرّشد، حال أنه من تولى فعلا التعاقد مع هذا الأخير. أو يقوم بإفلاس شخص، حال أنه هو الذي تسبّب له في ذلك بإغراقه في الدّيون مثلا، مع علمه بعدم القدرة على الخلاص. وكلّ هذه التطبيقات وغيرها هي ممّا ينطبق عليه الفصل 547 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "من سعى في نقض ما تمّ من جهته، فسعيه مردود عليه إلاّ إذا أجاز القانون ذلك بوجه صريح". والجدير بالذّكر أن مؤسّسة الآستوبيل هذه هي ممّا يطبق من قبل الأنظمة الأنقلوسكسونية، وقد أثّرت في قوانين التجارة الدّولية، لا سيما في فقه قضاء المحكمين (حول هذه المسألة تراجع مؤلفات قانون التجارة الدّولية).

ومهما يكن من أمر، ففي اعتماده على تعبير "تمام الأمانة"، يكون الفصل 243 التونسي ممّا يمكن من مراجعة بعض الإلتزامات، وحتى للتأسيس لنظرية الظروف الطارئة كذلك[59].

فقرة 2 – مسألة الظروف الطارئة

327 – إشكال الظروف الطارئة ومفهومه – يطرح الإشكال في الظروف الطارئة، إن كان من حقّ المتعاقدين المطالبة بمراجعة إلتزاماتهم التعاقدية متى اتضح إجحافها على بعضهم أثناء تنفيذها.

وممّا تسمح به فكرة الظروف الطارئة تمكين الأطراف المتعاقدة من مطالبة الغير (القضاء أو المحكمين) بالتدخّل للمراجعة إن وقع الرّفض لذلك من بعضهم. ويشترط للغرض أن يصبح التنفيذ مرهقا على أحد الأطراف بما قد يترتب عنه إفلاسه، لا ممّا تتكوّن منه استحالة في التنفيذ... فلا موجب للحديث عن الظروف الطارئة (Imprévision) إذا ما حصل أمرٌ تتوفّر فيه شروط القوّة القاهرة ممّا صيّر من تنفيذ العقد أمرا مستحيلا؛ فذاك ممّا تنقضي به العلاقة الإتفاقيّة، طبقا للقاعدة العامّة القائلة بأن لا يطالب أحد بمستحيل[60] (A l'impossible nul n'est tenu)[61].

---

[59] يبدو أنّ الفصل 1135 من المجلة المدنية الفرنسية لم يطبق من قبل فقه القضاء الفرنسي طيلة أكثر من قرن. ولم يقع التنبة إليه إلا في بداية القرن العشرين وتحديدا سنة 1911 مع واجب ضمان سلامة الحرفاء في عقود النقل. ويبدو أنّ فقه القضاء التونسيّ لم ينتبه إليه في البداية كذلك. وعلى أية حال فهو ممّا يقع الإنتباه إليه أكثر فأكثر منذ التسعينات على وجه التحديد. قضي "ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون بين الطرفين ولا ينقضي إلاّ برضائهما أو في الصور المقرّرة بالقانون ويجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرّح به فقط، بل ما يترتب على الإلتزام من حيث القانون والعرف أو الإنصاف حسب طبيعته" (قرار تعقيبي مدني عدد 67916، مؤرّخ في 9 جويلية 1999، قضاء وتشريع عدد 3 لسنة 2001، ص 107).

[60] ربّما كانت المقولة الملائمة باللّغة العربيّة أن "ليس في الإمكان أبدع ممّا كان".

328 - ميدان الظّروف الطارئة - لا تطرح إشكاليّة الظروف الطارئة في كافة العقود، وإنما فيما يستغرق تنفيذه منها فترة من الزّمن (عقود المدّة)؛ وتلك الحال في عقود التزويد بالبضاعة، وفي عقود الكراء، وغيرها من العقود التي تنفذ على مرّ أشهر أو حتى سنوات، كعقود العارية بنوعيها، وعقود الوديعة بمختلف أنماطها...[62].

329 - موقف النظم القانونيّة منها - تشهد النظم القانونية في شأن الظروف الطارئة كسبب موجب لتدخّل القضاء قصد مراجعة الإلتزامات التعاقدية بعض الإختلاف[63]. وممّن يقبلون بذلك، بحكم تطوّر فقه قضائهم : النظم الإنقليزية، والألمانية، والأسبانية والسّويسرية... وبحكم تشاريعهم : النظم الإيطالية، واليونانية، والبرتغالية، والمصريّة[64]. وينتسب القانون التونسي -على ما يبدو- إلى زمـــرة النظم القانونية الرّافضة **مبدئيّا**

---

[61] حول انقضاء العقد بالإستحالة، يراجع، محمّد محفوظ : L'extinction du contrat pour impossibilité, *Etudes juridiques de la Faculté de Droit de Sfax,* n° 7, année 2000.

[62] ربّما كان هذا المثال حريّا بإبراز الفائدة من فكرة الظّروف الطّارئة. لنفترض أن أحد المطاعم الجامعية قد تعهّد بأن يوفّر للطّلبة عددا من وجبات الأكل يوميّا بحساب مائتي مليم للوجبة الواحدة. ولنفترض أن هناك من الظّروف غير المتوقّعة ممّا أدى إلى إرتفاع ثمن اللّحوم بما صيّر التّعامل بالثمن المتّفق عليه بالعقد مرهقا بالنّسبة إلى المطعم. فهل يمكن لصاحبه أن يطالب معاقده (ديوان الخدمات الجامعية مثلا) بأن يرفّع في دعم الوجبة، أو أن يسمح له بالتّخفيض في عدد الوجبات اليومية ؟؟؟ تلك هي التّساؤلات التي تطرح مع مسألة الظّروف الطّارئة.

[63] حول اختلاف المواقف، يراجع : R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Etudes Jauffret,* Edition de la Faculté de Droit Aix-Marseille, 1974, p. 211 ; *Les contrats en droit anglais,* 2è éd. n° 432, p. 316 ; D. TALLON, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », *Mélanges Sayag,* 1997, pp. 403 et ss.

[64] SCHINDLER-VIGUIE, *La notion de juste prix et droit positif français,* thèse Paris II, 1992, pp. 317 et ss.

للمراجعة (عنصر 1). ومع ذلك، فهناك من التقنيات ما يمكن من **التّخفيف من حدّة هذا المبدإ (عنصر 2).**

عنصر 1 - مبدأ رفض الأخذ بمراجعة العقد بناء على تغيّر الظّروف بالقانون التونسي

330 - موقف فقه القضاء من ذلك - عبّرت محكمة التعقيب عن موقفها الرّافض لمراجعة التزامات عقود المدّة، في مناسبتين على الأقلّ: الأولى، كانت بقرار مدني مؤرخ في 20 نوفمبر 1979 صرّحت في أحد حيثيّاته "...لا يمكن الأخذ بعين الإعتبار للنظريّة المذكورة، ولو أدّت إلى ارتفاع الأسعار وانخرام كبير في التوازن بين الطرفين"[65]؛ والثانية، كانت بقرار مدني مؤرّخ في 19 أكتوبر 1981، جاء متضمّنا لنفس العبارات تقريبا[66].

وإذ تتفق محكمة التعقيب التونسية مع نظيرتها الفرنسيّة[67] (التي تبدو مستقرّة في رفض العمل بمؤسّسة الظروف الطّارئة لحدّ السّاعة[68])، فهي

---

[65] نشرية 1979، قسم مدني، صفحة 97.

[66] نشرية 1981، جزء 3، صفحة 148.

[67] « La règle que consacre l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que leur paraîtra leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées » (Affaire dite du Canal de Craponne, Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876, 1, note Giboulot).

[68] Civ.6 juin 1921, D, 1921, 1, 73, rapp. A. Colin, S. 1921, 1, 93, note Hugueney ; 30 mai 1922, D. 1922, 1, 69, S. 1922, 1, 289, note Hugueney ; Civ. 14 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 58 ; Com. 18 janv. 1950, *D.* 1950, 227 ; Com. 18 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 339.

تختلف في ذلك مع مجلس الدّولة بهذا البلد[69]، وعن قوانين العديد من الدّول العربية التي أقرّت للقضاء بسلطة ردّ الإلتزامات التعاقدية إلى الحدّ المعقول، متى طرأت ظروف تجعل من تنفيذ الإلتزامات المتفق عليها أمرا عسيرا على أحد الأطراف[70]. وهو موقف لا يخلو من الأسس المبرّرة لاعتماده...

331 - أُسس الرّفض - هي أسس قانونيّة وواقعية في نفس الوقت.

فمن الناحية القانونية، يجد الموقف القائل برفض مراجعة الإلتزامات التعاقدية سنده في الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود والفصل 1134 من المجلة المدنية الفرنسيّة. فكلّ من الفصلين، ينزّلان الإتفاقات التعاقدية منزلة الأحكام القانونية، بما ينجرّ عنه رفض تحرير الأطراف المتعاقدة من قيدها، ما لم يكن ذلك برضاهم الصّريح. وهو رفض يبرّر بفكرة استقرار العلاقات التعاقدية (La stabilité des relations contractuelles) ومنع النيل من ثباتها (L'intangibilité des contrats)[71] كذلك.

---

[69] CE. 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, *D.* 1916, 3, 25, concl. CHARDENET ; *S.* 1916, 3, 17, (Constatant qu'une hausse imprévisible du charbon avait bouleversé l'économie d'un contrat de concession, le Conseil d'Etat reconnaît au concessionnaire un droit à une indemnité contre l'autorité concédante) ; CE 9 déc. 1932, Cie des Tramways de Cherbourg, *D,* 1933, 3, 17, « Le bouleversement du contrat doit être dû à un événement imprévisible, extérieur aux parties et ne présenter qu'un caractère temporaire car, si le déséquilibre est définitif, il y a lieu de résilier le contrat ».

[70] حول هذه القوانين يراجع، عبد الوهاب الجويني : القاضي وتنفيذ العقد، مذكّرة لنيل شهادة دراسات المرحلة الثّالثة، كليّة القانون والعلوم السّياسيّة بتونس، 1992.

[71] C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 c. civ. », *Droit et patrimoine,* 1998, p. 46 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du contrat », *RTD civ.* 1997, 380 ; D. MAZEAUD, Observ. *Defrénois* 1999, 373 ; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent,* thèse Paris II, 1998 ; L. -FIN-Langer, *L'équilibre contractuel,* Thèse Orléans, 2000.

أمّا من الناحية الواقعيّة، فإن مبدأ رفض مراجعة الإلتزامات التعاقدية يتأسّس بفكرة عدم التدخّل في العقد باعتباره أداة تنظم بها الأطراف علاقاتها المستقبلية، وهو ما يحفزها عن الإندفاع في ذلك، بل ويدعوها إلى التريّث في إبرام العقود والتقصّي عن تبعاتها وقت إبرامها... وإلاّ لأصبح كلّ متعاقد بمثابة القاصر الذي يعوّل في حمايته على القانون؛ وليس لهذا الأخير أن يتجاوز حدوده، وإلاّ لأدّى الأمر إلى مراجعات بالجملة يهتزّ لها استقرار العلاقات الإقتصادية بكامل البلاد[72]...

ومع ما يبديه هذا التأسيس أو ذاك من الوجاهة فلا مناص من مخاطرهما أحيانا.

عنصر2 - حدود المبدا

332 - مبرّرات ذلك - يبرّر الفقهاء الموقف الرّامي إلى التحديد من هيمنة الفكر الرّافض بالمراجعة من **طبيعة القاعدة** المعتمدة للغرض (أ). وهو ما يؤدّي إلى إجازة **تقنيات** تمكن من **المراجعة** (ب). وكلّ ذلك لا يعفي من إمكانية التفكير فيما يصطلح على تسميته **بنظريّة الظّروف الطارئة** (**La théorie de l'imprévision**)[73]، لا بالقانون التونسي فحسب، بل وبالنظريّة العامّة للعقد بالنظم القانونية الشّبيهة بالقانون المذكور عموما (ج).

---

[72] FLOUR et AUBERT, *Les obligations,* vol. 1, n° 418.

[73] حول هذه النّظرية يراجع: Ph. HEBRAUD, « Notion et rôle du temps en droit civil », *Mélanges Kayser,* PU Aix-Marseille, 1979, t. 2, pp. 1 et ss. ; J. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *Mélanges Terré,* Ed. Dalloz-Puf-Jurisclasseur, 1999, pp. 643 et ss. ; J. MENARD, « Imprévision et contrats de longue durée », *Mélanges Ghestin,* LGDJ 2001, pp. 661.

أ) طبيعة القاعدة الرّافضة للمراجعة

333 – طبيعة اختيارية – يرى الفقهاء أن القاعدة المرسية لمبدإ رفض المراجعة من القواعد الإختيارية لا الوجوبية[74]، فيمكن ذلك الأطراف المتعاقدة من إزاحتها إذا ما عنّ لهم ذلك؛ ولكنّ الإزاحة، هنا، ينبغي أن تكون بوجه صريح، لا ضمنيّ، وذاك ما درجت عليه جلّ النظم القانونية.

ويكون فتح المجال للمراجعة بجملة من الإشتراطات المرسية لجملة من التقنيات القانونية المتعارف عليها في هذا الغرض عموما.

ب) تقنيات المراجعة

334 – اختلافها – يعترض ذلك في العقود المتضمّنة لاشتراطات خاصّة، تعرف ببنود الإعسار (Clauses de hardship)؛ وهي بنود يقع إدماجها من الأطراف المتعاقدة تمكن بعضهم البعض من مراجعة إلتزاماتها كلما طرأ ظرف يجعل تنفيذ الإلتزامات المذكورة أمرا شاقا عليهم[75].

وتلحق ببنود الإعسار، بنود التفاوض، وهي ممّا يمكن الأطراف من التحاور مجدّدا في الإتفاق كلما بلغت علاقتهم أمدها أو طرأ أمر يبرّر تحللهم منها[76].

وهناك كذلك بنود السّلم المتغيّر[77]، وهي ممّا يعفي الأطراف من كلّ ذلك، بربط تغيّر الإلتزام –ارتفاعا وانخفاضا– بتغيّر ثمن بعض المواد،

---

[74] R. DAVID, art. préc. *Mél. Jauffret*, p. 229.

[75] B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *Clunet*, 1974, 794 et ss. ; *Droit et pratique du commerce international*, 1976, pp. 7 et ss.

[76] R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats » *RTD civ.* 1983, 1.

ومن ذلك برميل النفط في عقود التزوّد بالبنزين الطويلة الأمد؛ ومن ذلك أيضا، بنود القوّة القاهرة، ويتمثل موضوعها الأساسي في تعليق تنفيذ العقد -لا فسخه-، إذا ما طرأت أحداث تحول دون تنفيذه[78]؛ ومن ذلك، أيضا، بنود إعادة التفاوض إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة، تحول دون التنفيذ العادي للإتفاق[79]. أو السّماح للأطراف بتعديل اتفاقهما على غرار ما يعتمد بالنسبة إلى متعاقد آخر مستقبلا (Clause du client le plus favorisé) [80]... وكلّ ذلك ممّا يعتمد في عقود الإتجار الدّولي خاصّة[81].

ومع جميع هذه التقنيات، يبقى التساؤل حول إمكانية الأخذ بمراجعة العقد في صورة التنصيص عليها صراحة بالعقد المراد تنفيذه، أو بكتب لاحق له، وهو ما يبقي الفائدة من التأليف في مؤسّسة الظروف الطارئة.

ج) مؤسّسة الظروف الطارئة : Théorie de l'imprévision

335 – الأسس المقترحة – هناك من يؤلف لهذه المؤسّسة باعتماد المبدإ الكنسي القائل بأن الإلتزامات التعاقدية إنما تسنّ لحينها؛ فإذا ما تغيرّت الظّروف التي التأمت في ضلها، أمكن التغيير (بالترفيع أو بالتخفيض) في حجمها؛ معنى ذلك -حسب رأيهم-، أنّ العقد ليس في حاجة لأن يتضمّن

---

77 J. HONORAT « Indexations contractuelles et judiciaires », Etudes Ffour, Defrénois, 1979, pp. 251 et ss.

78 Ph. KAHN, « Force majeure et contrats internationaux de longue durée », *Clunet* 1975, 467 et ss. ; voir aussi *Droit et pratique du commerce international,* 1979, 470 et ss.

79 JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre des professionnels,* 1990, pp. 141 ; Ph. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique » *Rev. de l'arbitrage,* 1979, 67.

80 *Droit et pratique du commerce international,* 1978, pp. 186 et ss.

81 M. FONTAINE, « Les contrats internationaux à long terme », *Etudes Houin,* 1985, pp. 263 et ss.

صراحة إشتراطات قاضية بمراجعة إلتزاماته، لكونه يشملها ضمنيا، بمقتضى بند ضمني يكون في كافة العقود، يعرف اصطلاحا ببند الإبقاء على الإتفـــاق شريطة عدم تغيّر الظروف : *Clause rebus sic stantibus*[82].

وهناك من يؤسّس إلى نفس المؤسّسة، بالرّجوع على تقنية السّبب بتطبيق مقتضياته لا في فترة قيام العقد فحسب، بل وفي فترة تنفيذه أيضا، قائلين بأن التكافؤ في الإلتزامات التعاقديّة يقتضي بقاءه طيلة فترات العقد[83]، وأنّ انخرام التكافؤ المذكور فيما بعد يفقد العقد سببه، وهو ما استجاب له فقه القضاء في تعديل أجرة الوكيل في عقد الوكالة[84]، وأجرة المستودع في عقود الوديعة، وغيرهما...[85]

وهناك من أمكنه إرساء قاعدة عامّة تقتضي تمكين القضاء من تعديل الإلتزامات التعاقدية من خلال التدخّلات التشريعية قصد تعديل بعض الإلتزامات بصفة دورية. ومن ذلك ما اقتضته قوانين الأكرية السّكنية والتجارية، التي يمكن لنطاقها أن يتوسع بمقتضى القياس، طبقا لمقتضيات الفصل 535 من مجلة الإلتزامات والعقود[86]. ولكنّ هذه التدخّلات قد تؤكد

---

[82] Sur la clause *rebus sic stantibus,* ses origines (canoniques) et son mécanisme, voir. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations,* 8ème éd. 2002, n° 470.

[83] En ce sens : H. CAPITANT, De la cause des obligations, Paris 1923, p. 139 ; voir aussi plus récemment, A. CERMOLACCE, Cause et exécution du contrat, thèse Aix, éd. 2001.

[84] Civ. 29 janv. 1867, *DP* 1867, 1, 53 ; Paris 28 janv. 1980, *D.* 1980, 161, Concl. JEOL.

[85] حول هذه الظّاهرة، يراجع : LASBORDES, « Fixation des honoraires d'avocat », *D.* 2001, chron. 1893

[86] جاء بالفصل 535 م ا ع (وهو من قواعد القانون العموميّة) ما يلي : "إذا تعذّر الحكم بنصّ صريح من القانون اعتمد القياس، فإن بقي شكّ جرى العمل على مقتضى قواعد القانون العموميّة".

المبدأ العكسي القاضي برفض المراجعة، وإلاّ ما كان للمشرّع أن يتدخل صراحة؛ وهو ما ينشئ تذبذبا فضائيّا في بعض المسائل. ولنا مثال على ذلك بالقضاء التونسي[87] فيما يتعلق بالبنود الجزائية، حيث توجد من القرارات ما يرفض تدخل القضاة قصد تعديلها[88]، ومنها ما يجيز لهم ذلك[89].

وربّما دعا هذا الأمر إلى وجوب التدخّل من قبل المشرّع، حيث أن المسألة ممّا يتطلب موقفا صريحا بالقانون، لا ممّا يمكن إرساؤه بمقتضى التأويل فحسب، لما لذلك من تداعيات قد تكون سلبيّة على الإقتصاد

---

[87] يراجع بالنّسبة إلى القبول بنظريّة الظّروف الطّارئة قرار صادر عن محكمة الإستئناف بتونس، مؤرّخ في 22 فيفري 1989، مذكور بمذكّرة عبد الوهاب الجّويني المذكورة إعلاه.

[88] ومن ذلك استئناف تونس عدد 57404، مؤرّخ في 10 فيفري 1965، قضاء وتشريع 1965، ص 28 وخاصّة تعقيبي دوائر مجتمعة عدد 7919، مؤرّخ في 28 أفريل 1975، (نشرية 1975، ص 224 وكذلك المجلّة القانونية التّونسية 1976 مع تعليق لفتحية النّمشي).

[89] ومن ذلك القرار الصّادر عن محكمة التّعقيب (دائرة 13) عدد 42624، بتاريخ 28 أفريل 1994 والّذي جاء فيه ما يلي : "ولئن كان الشّرط الجزائي خاضعا لمبدإ سلطان الإرادة وحرّيّة الإتفاقات تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 م ا ع إلاّ أنّ هذا لا يمنع محكمة الموضوع من إجراء ما لها من حقّ المراقبة على ذلك الشّرط بالزّيادة أو التّنقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الاقتضاء بحسب أحوال كلّ قضيّة على معنى الفصل 278 من نفس المجلّة تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التّعليل" (المجلّة القانونية التّونسية، 1996، الصفحات 243 وما بعدها مع تعليق للأستاذ نذير بن عمّو "البند الجزائي بعد ثلاثين سنة. صحوة البركان")؛ وكذلك استئناف صفاقس عدد 1164، مؤرّخ في 20 أفريل 1967 (غير منشور) وهو القرار الّذي وقع نقضه من قبل قرار الدّوائر المجتمعة عدد 7919 المذكـــور أعلاه. وفي اتّجاه تعديل البند الجزائي كذلك : استئناف تونس عدد 6426، مؤرّخ في 4 ماي 1994، المجلّة القانونية التّونسية لسنة 1995، ص 233 واستئناف تونس عدد 35469 مؤرّخ في 25 ديسمبر 1995 (غير منشور) مذكور بمذكّرة ناصر فارحي تحليل الفص 278 م ا ع، كلّيّة تونس 1، 7199.

عموما... ولكنّ في عدم التدخل التشريعيّ مغزى أيضا، إذ يبدو أن هذا الأخير يرى أن المسألة هي ممّا يهمّ الأطراف أنفسهم، عليهم إن شاؤوا التحسّب لها بواسطة ما يوفرّه لهم النظام القانونيّ من تقنيات بميدان العقود. وما من شكّ في أنّ لمحرّري الكتايب دورا في هذا الشأن، وذلك بالإنتباه إلى مقتضيات المراجعة دوريّا، على غرار ما يعتمد في علاقات التجارة الدّولية...

الفصل التّاسع

تنفيذ العقد

(إنقضاؤه)

336 – مفهوم انقضاء العقد وأوجهه – الانقضاء مصطلح قانوني، يفيد نهاية الشّيء وانحلاله؛ ويكون ذلك بالأوجه التي تعلق بالإلتزامات عامّة.

وسوف نقتصر في هذا المبحث على ما يهمّ العقود منها؛ ويمكن أن ندرج أوجهها تحت بابين مختلفين : باب يشمل ما له طبيعة اختيارية، ويوافق ذلك ما يمكن تسميته **بأوجه الإنقضاء الرّضائية (مبحث 1)**؛ وباب يشمل ما له طبيعة قسريّة، ويتوافق مع ما يمكن الإصطلاح عليه **بأوجه الإنقضاء الجبرية (مبحث 2)**[1].

---

[1] من أوجه إنقضاء الإلتزام أيضا المقاصّة (La compensation). نظّم المشرّع التّونسيّ أحكامها العامّة بالفصول من 369 إلى 381 بمجلة الإلتزامات والعقود. وتستوجب أن يكون كلّ من الطّرفين دائنا ومدينا في نفس الوقت، فيقع النّزول بالدّين إلى الفارق بينهما، على من يتجاوز دينه دين الآخر. وتثير المقاصّة إشكالا فيما يتعلق بطبيعتها القانونيّة، إن كانت من أوجه إنقضاء الدّيون الإختياريّة أم القسريّة. وربّما جاز القول بطبيعتها المختلطة، متى توفّرت شروطها القانونيّة. حول المقاصّة بوجه عامّ، تراجع نجاة براهمي: *La compensation des dettes connexes. Etude parallèle en droit français et tunisien*, Thèse de doctorat d'Etat en droit privé, Faculté de Droit et des Sciences politiques de Tunis (Faculté de Tunis 1), année universitaire 2003-2004.

مبحث 1 - أوجه الإنقضاء الرّضائية

337 - **أنواعها** - أوّل ما يحصل به الإنقضاء الرّضائي للعقد، تنفيذه التلقائي[2]؛ وهو ما لا يثير إشكاليات تذكر، في الغالب؛ وإذا ما كان له أن يثير البعض منها، فهو لا يهمّ العقد فحسب، بل والإلتزامات عامّة[3]؛ وذاك شأن تجديد الإلتزامات بغيرها ولو كانت تعاقديّة (La novation de l'obligation)[4]، واختلاط الذّمّة (La confusion)[5]، والإبراء من الإلتزام

---

[2] يعرف ذلك بالوفاء الذي وقع التعرّض إلى أحكامه بالفصول من 340 إلى 344 م ا ع، الواردة تحت باب أوّل عنوانه "في الأداء" من المقالة السّابعة وعنوانها "في انقضاء الإلتزام". ويكون الأداء بعين ما وقع الإتفاق عليه. كما يمكن بأداء شيء في مقابلة ما وقع الإلتزام عليه (La dation en paiement). ويثير الأداء إشكالا، عندما تتعدّد الدّيون فيطرح التساؤل عن أيّها يسبق في الخلاص؛ وتعرف هذه الوضعيّة بوضعيّة توزيع الخلاصات (L'imputation des paiements)، وقد وقع التعرّض إلى أحكامها بالفصلين 343 و344 من المجلة المذكورة.

[3] يراجع موقف المرحوم عبد الرّزّاق أحمد السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 3، نظريّة الإلتزام بوجه عامّ، المجلد الثّاني : "إنقضاء الإلتزام"، طبع دار النّهضة العربيّة، القاهرة 1984، نبذة 352، ص. 743.

[4] يقتضي تجديد الإلتزامات إستبدالها بغيرها. ولا تهمّ هذه الوضعيّة الإلتزامات التعاقديّة فحسب بل مهما كان نوعها، ولو أن الفصول من 357 إلى 368 من مجلة الإلتزامات والعقود توحي بأن التّجديد يتعلق بالنوع الأوّل منها، فقط. يتّضح ذلك من الفصل 358 بنفس المجلة الذي جاء ناصّا على أنّ "تجديد العقد لا يكون بغلبة الظنّ، بل يجب أن يكون صريحا". ولكنّ نفس الفصل في صياغته الفرنسية لا يستعمل عبارة تجديد العقد، بل التّجديد دون حصر، ممّا يؤكّد الرّأي القائل بأن التّجديد ليس من الأوجه الخاصّة بانقضاء العقود فحسب، بل وبكلّ الإلتزامات. وهو ما يذهب فيه الفقهاء حيث يتحدّثون عن التّجديد في معرض حديثهم عن انقضاء الإلتزامات عامّة (يراجع مثلا : TERRE, SIMLER et LEQUETTE, *Op. cit.* n° 1417 et ss.).

[5] ينشأ إختلاط الذّمّة من الوضعيّة التّي يجد فيها الدّائن نفسه محلّ المدين أو العكس، كأن يكون الثّاني وارثا للأوّل أو العكس. ومن أسباب اختلاط الذّمّة أيضا أن تستوعب شركة

ويعرف كذلك "بإسقاط الدّين" (La remise de dette)[6] والذي هو من أوجه التنازل عن الحقّ عموما (La renonciation)[7].

ومن أوجه الإنقضاء الرّضائية التي تهمّ العقود، **الإقالة الاتفاقية** التي وقع إفرادها بأحكام خاصّة بمجلة الإلتزامات والعقود **(فقرة 1)**، خلافا **للإقالة** الصادرة عن جانب واحد، **(الإقالة الآحادية)**، حيث يثار التساؤل عن نظامها القانوني **(فقرة 2)**.

دائنة شركة مدينة أو تندمج معها. وقد تعرّض المشرّع التّونسي لحالة إنقضاء الدّيون هذه بالفصلين 382 و 383 من مجلّة الإلتزامات والعقود الواردين تحت باب سادس عنوانه "في اختلاط الذّمّة" من المقالة السّابعة المتضمّنة لأوجه إنقضاء الإلتزام من الباب الأوّل بالمجلة المذكورة.

[6] تنظم إسقاط الدّين الفصول من 350 إلى 356 الواردة تحت باب ثالث من المقالة السّابعة من الكتاب الأوّل بمجلة الإلتزامات والعقود المتضمّنة كما رأينا لحالات إنقضاء الإلتزام عامّة، والذي عنوانه "في براءة الإسقاط". ويعرّف الإسقاط بكونه التنازل عن حقّ، ويمكن أن يكون صريحا أو ضمنيّا. وهو من تصرّفات التفويت، فيقتضي الأهليّة اللاّزمة للغرض. ولمّا كانت له هذه الطّبيعة وجب التحرّز في شأنه، فلا يصحّ إسقاط الدّائن لدين له على أحد الورثة إلاّ بمصادقة البقيّة (الفصل 354 م ا ع)؛ كما لا يصحّ إسقاط دين يتجاوز ثلث التركة لغير الوارث (الفصل 355 م ا ع). ولأحكام إسقاط الدّين أهمّيّة كبرى بالنظريّة العامّة للإلتزام، حيث يعود المشرّع إليها في تصرّفات التفويت التّي يأتيها المريض في مرض موته (يحيل الفصل 565 م ا ع المتضمّن أحكام البيع في مرض الموت إلى أحكام إسقاط الدّين)؛ حول إسقاط الدّين عموما، تراجع : نجاة البراهمي، "إسقاط الدّين في مجلة الإلتزامات والعقود" مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاصّ، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس (تونس 1)، سنة جامعيّة 1992 -1993.

[7] حول التنازل عن الحقّ، يراجع : G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ 1971.

فقرة 1 - الإقالة الاتفاقية

338 - تعريف الإقالة الاتفاقية[8] (طبيعتها القانونية وأحكامها) - بالرّغم ممّا يوحي به مصطلح الإقالة من تصرّف آحادي، فهي اتفاق، يقع بمقتضاه التصادق على نقض العقد.

وتختلف الإقالة عن بعض المؤسّسات الشّبيهة بها في آثارها، ومن ذلك الإبطال، والفسخ القضائي؛ ووجه الإختلاف بين ثلاثتهم أن الإقالة اتفاق، أمّا الإبطال والفسخ فجزاءات قانونية، ولئن اتفقت الإقالة مع الفسخ الاتفاقي في طرح ما ترمي إليه كلّ واحدة منها من آثار تعاقديّة باتفاق لاحق[9].

339 - مشروعيتها - يجيز القانون التونسي الإقالة كأداة للتحلل من الإلتزامات التعاقدية، بل ربّما كانت -في خلد المشرّع- الأداة المثلى لبلوغ ذلك. يمكن لهذا الموقف أن يجد سندا في الفصل 242 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل : "ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، ولا ينقض إلاّ برضائهما، أو في الصّور المقرّرة بالقانون"؛ وكذلك في الفصل 339 من نفس المجلة ضمن تنصيصه على القائمة التي ينقضي بها الإلتزام بوجه عامّ، حيث جاء فيه : "تنقضي الإلتزامات بأحد الأوجه الأتية وهي : ... ثامنا- الإقالة الإختيارية"... وقد وقع التعرّض إلى أحكامها بالفصول من 414 إلى 419 بمجلة الإلتزامات والعقود فيمكن ربط بعضها **بشروطها (عنصر 1)** وبعضها الآخر **بآثارها (عنصر 2)**.

---

[8] La résiliation volontaire ou *distrat* ou encore *mituus dissensus* هي بالفرنسيّة.

[9] تتقارب الإقالة مع التصديق، فكلا المؤسّستين يعتمد الوسيلة الاتفاقية في بلوغ أغراضه؛ ولكنّ التصديق اتفاق على تصحيح عقد باطل، يقع بمقتضاه إنقاذه، خلافا للإقالة التي ينقضي بها العقد الصّحيح، تماما.

عنصر 1 - شروط الإقالة

340 - نوعها - من شروط الإقالة ما له طبيعة إيجابية (أ) ومنها ما له طبيعة سلبية (ب).

أ) الشروط الإيجابية

341 - تعدادها - هي شروط التعاقد عامّة؛ وقع التنصيص عليها بالفصل 414 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل : "تفسخ الإلتزامات النّاشئة من العقود إذا تراضى الطرفان على فسخها إثر التعاقد في الصّور التي يبيحها القانون". ويستخلص من هذه الصّياغة أن الإقالة صورة للفسخ الإختياري، أي أنّها تتكوّن باتفاق الأطراف المتعاقدة على فسخ العقد رضائيّا؛ فهي عقد، وهي عقد مقلوب إن صحّ التعبير، حيث يُرمى به إلى إلغاء ما أبرم من الإلتزامات بالعقد المقرّر إلغاؤه.

ولمّا كانت الإقالة اتفاقا، وجب أن تخضع إلى ما تخضع له سائر الاتفاقات من القواعد والأحكام، سواء في قيامها أو في تنفيذها؛ هذه القاعدة، وقع التنصيص عليها بالفصل 416 (فقرة 1) من مجلة الإلتزامات والعقود القائل : "يُشترط في الإقالة ما يُشترط في العقود من حيث أركان صحّتها"، وهو ما يحيل إلى أركان التعاقد موضوع الفصل 2 بالمجلة المذكورة (الأهلية والتراضي والمحلّ والسّبب).

ويستوجب التراضي في الإقالة أيضا، تلاقي القبول مع إيجاب غايته إيقاعها. ولا موجب مبدئيّا لتحرير كتب، إذ بالإمكان للإقالة أن تلتئم بالسّكوت، وهو ما اقتضاه الفصل 415 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "تصحّ الإقالة بالسّكوت؛ كردّ كلّ ما أُخذ من الآخر ثمنا ومثمنا بعد البيع"؛ ولا بدّ من تحرير كتب إذا ما تعلق الأمر بعقد شكلي[10]؛ كما هي

---

[10] حول مفهوم العقد الشكلي ومقتضياته، يراجع الفصل التمهيدي.

الحال في بيع العقارات، ورهنها[10]. كما يستوجب التراضي في الإقالة كذلك، تصادق الأطراف المتعاقدة على إتيانها؛ ويشترط، هنا، ما يشترط في رضاء العقود عامّة؛ أي أن يكون خاليا من عيوب الرّضاء المتعارف عليها (غلط، تغرير، إكراه...)[11].

أمّا الأهلية فيشترط فيها أن تتوفر في المقيل، هي الأخرى؛ ومن البديهي أن يكون ذلك الأصيل نفسه، إذا ما كان العقد المراد إلغاؤه ممّا أبرم بمقتضى النّيابة؛ وإذا ما فقد هذا الأخير أهلية الأداء، انتقل ما له من الحقّ إلى نائبه؛ ومع ذلك فقد تشهد الإقالة هنا بعض الإشكاليات. وهي ما يمكن إدراجه في وضعيّتين على الأقلّ: أن تطرأ على المتعاقد الأصلي عوارض تفقده الحقّ في التصرّف في شؤونه (جنون، إفلاس)؛ أن يقرّر النّائب التراجع فيما أبرمه في حقّ أصيله من الإلتزامات فيما بعد؛ ففي كلتا الحالتين يمكن أن تنطبق نفس الأحكام.

---

[10] ممّا يثار في هذا الشّأن من التّساؤلات إن كان ينبغي أن يقع دفع المبالغ المستوجبة للدّولة. في اعتقادنا أن ذلك غير لازم. فالأداءات تخضع لمبدإ الواقعية وهي أن تقع علاقة اقتصادية تتحوّل بها قيمة من ذمّة لأخرى. والإقالة في إرجاعها للحالة إلى ما كانت عليه قبل التّعاقد تعدم علاقة التّحوّل. وبالتّالي فلا داعي لاستخلاص مبالغ لفائدة صندوق الدّولة. ولكن يمكن أن يقع استخلاص مبالغ بعنوان أداء قارّ، لا تصاعدي، كما هو الحال لجلّ العقود.

[11] وقوع أحد الأطراف في أحد هذه العيوب هو ممّا يقع الرّجوع به إلى الوضعيّة التعاقدية التي راموا التحلّل منها والتي تكون، هذه المرّة، بالإبقاء على العقد الذي أريد التخلص منه. ويمكن -حسب رأينا- أن يقع التوسّع في هذه العيوب بمثل ما يمكن التوسّع فيه بالنّسبة إلى عيوب العقد التقليدية إن صحّ التعبير، وذلك للأخذ بعيب الإعلام عن طريق التغرير، وبعيب الإستغلال عن طريق الإكراه... كما هو الشّأن في بقيّة العقود (يراجع ما قيل في شأن هذه العيوب بالفصل المخصّص لذلك).

342 - الإقالة من النّائب - جاء بالفصل 416 (فقرة 2) من مجلة الإلتزامات والعقود ما يلي : "والمقدّم والوصيّ والمدير وغيرهم من المباشرين بالنّيابة عن غيرهم لا تصحّ منهم الإقالة إلاّ في الصّور المذكورة للتفويت في التوكيل الذي اقتضى تصرّفهم وبعد إتمام الموجبات التي يقتضيها مع وجود مصلحة في ذلك لمنوّبيهم". ويفهم من النّصّ أعلاه، أن السّلطة المعطاة للنّائب في نقض ما أبرمه من إلتزامات في حقّ أصيله ليست بالمطلقة؛ ذاك ما توحي به الصّياغة الحصرية للفصل 416 (فقرة 2) في قوله "...لا تصحّ الإقالة منهم إلاّ...". ممّا يسمح بإرساء مبدإ قوامه المنع على النّائب من أن يقيل بعقد أبرمه في حقّ منوّبه. وصياغة الفصل المذكور لا تدرأ جميع السّلطة في هذا الصّدد؛ ولكنّ حقوق النّائب، هنا، يهيمن عليها بعض الغموض. وربّما أمكن من الصّياغة الفرنسيّة لنفس الفصل (416)[13] أن نبرز قاعدتين في إقالة النّائب لعقود أبرمها في حقّ منوّبه.

- القاعدة الأولى : تقتضي في قرار الإقالة أن يكون مفيدا للأصيل؛ كأن يبرم النّائب عقد شراء لبضاعة بثمن، ويجد بضاعة أخرى بثمن أقلّ؛ أو أن يبيع للغير بثمن، ويجد بعد ذلك فرصة بيع بثمن أرفع... ففي مثل هذه الصّور، يحقّ للنّائب أن يتفق مع معاقده على نقض العقد الأوّل، غاية في إبرام عقد ثان، بأكثر فوائد لأصيله؛

- القاعدة الثانية : تقتضي من النّائب أن يعتمد نفس الإجراءات التي يخضع لها العقد الأوّل؛ فإذا كان هذا الأخير ممّا يستوجب الكتب، كانت

كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوس
المكتبة
BIBLIOTHEQUE
Faculté de Droit et des Sciences économiques et Politiques de Sousse

---

[13] جاء بالفصل 416 فقرة 2 من مجلة الإلتزامات والعقود باللغة الفرنسية ما يلي :
« Les tuteurs, administrateurs et autres personnes agissant au nom d'autrui ne peuvent résilier que dans les cas et avec les formalités requises pour les aliénations, par mandat en vertu duquel ils agissent et lorsqu'il y a utilité pour les personnes au nom desquelles ils agissent ».

الإقالة بالكتب أيضا؛ ولا نعتقد أن قراءة الفصل 416 فقرة 2 هي ممّا يقتضي تطبيق أحكام التفويت في جميع الحالات.

343 - **زمن الإقالة** – يوحي الفصل 414 من مجلة الإلتزامات والعقود بأن الإقالة تشترط لصحّتها أن تكون واقعة إثر العقد المراد التحلّل منه؛ ويتأكد ذلك من الصّياغة الفرنسية الواردة بنفس الفصل " aussitôt... après leur conclusion...". فهل يتطلب هذا الشّرط أن يقع إبرام الاتفاق على الإقالة بعد العقد المراد التحلل منه مباشرة؟ أم يمكن أن نقبل بانقضاء حيّز زمني بين الواقعتين (واقعة التعاقد وواقعة الإقالة)؟ وما هي المدّة التي يمكن أن يقع الإقرار بها؟

سبق أن اعترضتنا إشكاليات من هذا القبيل بالنّسبة إلى الفترة التي يتحتم فيها على الموجب أن يُبقي على إيجابه[14]، وكذلك في القول بوجود صوريّة من عدم ذلك. وقد رأى فقه القضاء في الحالة الأولى خاصّة أن الفترة التي يتوجّب فيها على الموجب أن يبقى على إيجابه قد تطول وقد تقصر، وأن من يحدّدها هم قضاة الأصل، ويكون ذلك اعتمادا على ما يتوفر لديهم من معطيات واقعية لهم الحريّة في تقديرها، شريطة أن يكون لها أصل ثابت بأوراق الملف، ومع التعليل المستساغ (أي المنطقي والمعقول).

وفي اعتقادنا أن القياس يجيز الإعتماد على نفس القاعدة أيضا[15]؛ والذي يهمّ في كلّ ذلك أساسا، إرادة الأطراف المتعاقدة. ولا مانع من الأخذ بعين الإعتبار لطبيعة العقد أيضا؛ كأن يكون من العقود الثقيلة أو الخفيفة؛ فمن الطبيعي أن تخضع الأولى إلى فترة أوسع في قبول الإقالة الاتفاقية...

---

[14] وكذلك فيما يتعلّق بإمكانية الطّعن فيما يبرمه البائع من عقود بيع في مرض موته.

[15] يشترط قبول القياس هنا، أن يكون اعتمادا على موقف فقه قضائي، لا انطلاقا من نصّ قانونيّ تشريعيّ، وهو ما يوسّع في هذه التقنية كأداة في تأويل القواعد القانونيّة.

وعلى أيّة حال، فلا ينبغي للفترة المذكورة أن تطول، بما يصل إلى آجال التقادم.

ب) الشّروط السّلبيّة

344 – أهميّة تحديدها : نطاق الإقالة – يقصد بالشروط السّلبيّة ما يقتضي القانون استبعاده لكي تصحّ الإقالة. ولتحديد ذلك أهمّيّة، حيث أنّ ذلك مما يحدّد نطاق الإقالة، أي الميادين التي يمكن أن تطولها. يخضع جميع ذلك إلى مقتضيات الفصل 417 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله: "لا تصحّ الإقالة في الصّورتين الآتيتين : الأولى – إذا انعدمت العين التي وقع عليها العقد، أو تعيّبت أو انتهجت طريق التغيير بسبب الصّنعة؛ الثانية – إذا تعذّر على الفريقين بسبب آخر استرجاع جميع ما أخذاه من بعضهما بعضا، إلاّ إذا اتفق الفريقان في هذين الصّورتين على جبر الفرق".

ويقتضي نفس الفصل417 م ا ع، أيضا، أن الإقالة لا تجوز إذا هلك الشيء المتعاقد فيه أو تعيّب؛ كأن يتمثل في مبيع يُتلف (بسرقة)، أو يفسد...؛ إذ يبقى المتعاقدُ المالكُ في مثل هذه الحالات المتحمّلَ لمخاطر الإتلاف أو الفساد؛ وكذلك الشّأن لو يتمثل المبيع في موادّ أوّلية يحصل إدماجها في منتجات. كما يقع إقصاء الإقالة عندما يقع التفويت من أحد الطرفين في الشيء للغير، ومتى أصبح نقل الملكية منه للآخر حائلا أمام إرجاع الشيء لمالكه الأصلي...

وجميع هذه القواعد ليس ممّا يهمّ النّظام العامّ، إذ يمكن للأطراف أن تتفق على ما يخالفه. ولكنّ ذلك يبدو مقيّدا بأن يُعوّض كلّ للآخر ما يناله من ضرر بسبب الفارق؛ وهو ما يوحي بوجود قواعد أخرى في الإقالة، لها طبيعة اختيارية، بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على ما يخالفها بشرط أن تسوّي مسألة الفارق...

عنصر 2 - آثار الإقالة

345 - **التقارب مع آثار البطلان** - تبدو الإقالة متقاربة في آثارها مع ما يقتضيه البطلان من الآثار؛ وهو ما يتأكد بأحكام الفصل 418 من مجلة الإلتزامات والعقود في تنصيصه على أنه "يرجع المتعاقدان بموجب الإقالة إلى ما كانا عليه حين التعاقد (فقرة 1). فعلى كلّ منهما أن يردّ لصاحبه ما قبضه منه بمقتضى العقد المفسوخ (فقرة 2). ومهما تغيّر شيء من العقد الأصلي فسدت به الإقالة وصار بذلك عقدا جديدا (فقرة 3)".

ويتدعّم التقارب بين مؤسّستي الإقالة من جهة، والإبطال من جهة أخرى، بأحكام الفصل 419 بنفس المجلة في مراعاة حقوق الغير بقوله "الإقالة لا تضرّ غير المتعاقدين ممّن اكتسب حقا فيما وقعت فيه الإقالة إذا كان اكتسابهم لذلك على وجه جائز".

ومع التوافق في الآثار بين هذه المؤسّسة وتلك، فللإقالة بعض خصوصيّاتها على صعيد النّتائج. وفعلا، إذا ما فكرنا في إقالة، فهذا يعني أن ليس بين الأطراف من هو عن سوء نيّة. يحتم هذا المعطى أن يُرجع كلٌّ للآخر ما جناه من العقد الملغى، وما ازداد له ومن ازداد في الشّيء من الغلال والفوائد في الفترة الفاصلة بين التعاقد وواقعة الإقالة[16]. ويُبقي الأطراف في ذمّتهم ما جناه كلّ منهم من نفس العقد، في الصّور التي يتعذّر عليهم ردّ ذلك. فما يتسلمه المتسوّغ من معيّنات كراء يبقى مستحقا له بهذا العنوان[17]، خلافا لو أن الأمر تعلق بإبطال العقد، حيث يستنكف الإصطلاح

---

[16] كأن يتمثّل العقد الأصلي في بيع دابّة ينزاد لها مولود. فالإقالة تقتضي أن يتولّى، من كانت له صفة المشتري، أن يرجع، إلى من كانت له صفة البائع، الدّابّة ومولودها أو قيمته، إذا ما فوّت في المولود. بخلاف لو أنّه وقع القضاء بإبطال البيع، بناء على تغرير من البائع مثلا. فالمشتري لا يعيد إلاّ ما يوجد لديه أثناء الإرجاع.

[17] Com. 1er fév. 1994, *RTD civ.* 1994, 356, observ. MESTRE « La révocation ne joue que pour l'avenir ».

من استعمال مثل هذه العبارات، مخيّرا عبارات أُخرى من نوع غرامة التصرّف، أو منحة تصرّف...، وهو ما يجيز للقضاء تعديلها -على الأقل النّاحية النّظريّة إن عنّ له ذلك- ولو أنّه غالبا ما يقضي بما يقع اعتماده بالعقد الباطل. بخلاف الحال في وضعيّات الإقالة، حيث يمنع على القضاء أن يعدّل في المبالغ المستحقة من أحد الطّرفين عن الفترة التي وقع فيها تنفيذ العقد الذي وقع التوافق على نقضه. ويذكّر كلّ ذلك بما يعتمد من القواعد بالنّسبة إلى الشرط الفسخي في إعادته لأطرافَ إلى ما كانا عليه قبل حصول حصوله. وهو ما استقرّ عليه فقه القضاء الفرنسي[17]، في نظام لم تفرد فيه المجلة المدنيّة الفرنسية الإقالة بنصوص خاصّة.

فقرة 2 - الإقالة الآحادية[18]

346 - تعريف الإقالة الآحادية، مبدأ قبولها - يمكن تعريف الإقالة الآحادية بكونها حقّ يمكن بمقتضاه لأحد الأطراف من أن يتحلل من عقد بمحض إرادته المنفردة، دون التوقّف في ذلك عن موافقة الطرف الآخر[19]. ولم يتعرّض المشرّع صراحة بمجلة الإلتزامات والعقود، لهذا النوع من الإقالة، فيثار التساؤل عن مبدإ قبولها، مع تنصيص الفصل 242 من المجلة

---

[17] « La révocation produit le même effet que l'accomplissement d'une condition résolutoire, les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé » (Civ. 27 juill. 1892, *DP* 1892, 1, 462 ; Comm. 30 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 337 ; *RTD civ.* 1985, 166, observ. MESTRE ; *RTD com.* 1985, 149, observ. HEMARD et BOULOC.

[18] Révocation unilatérale في الإصطلاح الفرنسي.

[19] من ذلك مثلا حقّ التّراجع الّذي أرساه المشرّع بالقوانين الإستهلاكية (القانونان عدد 98- 39 المتعلق بالبيع بالتّقسيط وعدد 98-40 المتعلّق بالإشهار التّجاري وببعض طرق البيع -البيوعات عن بعد، والبيوعات خارج الأماكن المخصّصة لذلك-). حيث يجيز المشرّع في هذه العقود للمستهلك أن يتراجع في العقد، ويكون ذلك في أجل قدره عشرة أيّام (سبعة أيّام بالنّصوص الفرنسية).

المذكورة على أنّ "ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين، ولا ينقض إلاّ برضائهما أو في الصّور المقرّرة في القانون".

ترجّح القراءة الأولية للفصل المذكور الإجابة بالنّفي؛ ومع ذلك فللإقالة الآحادية أساس قانوني بالفصل 242 المذكور، حيث جاء فيه بأن انقضاء العقود لا يكون بالاتفاق على ذلك من الطرفين فقط، بل وفي الصّور التي يجيزها القانون، أيضا.

347 - صور الإقالة الآحادية - تتضمّن النّصوص القانونية عديد الحالات التي يمكن فيها لأحد من أن تتحلل من عقد بإرادته المنفردة؛ ومن ذلك، ما اقتضاه الفصل 1008 فقرة 2 من مجلة الإلتزامات والعقود في قوله "وعلى المستودع ترجيع الوديعة لمودعها بمجرّد طلبه إيّاها ولو قبل الأجل المعيّن"؛ وما اقتضاه الفصل 1160 فقرة 1 من نفس المجلة في قوله "للموكل عزل وكيله متى شاء، وكلّ شرط ينافيه بين المتعاقدين وفي حقّ الغير لا عمل عليه، واشتراط الأجر لا يكون مانعا للموكل من عزل وكيله"[21].

ويمكن للأطراف أن تنصّ على هذا الحقّ -لكليهما أو لأحدهما فقط- بمقتضى الاتفاق. وهو ما يقع التحسّب له غالبا في عقود الكراء، في شكل شرط فسخي. ومن تطبيقات ذلك، ما جاء بالفصل 791 بمجلة الإلتزامات والعقود في قوله "ينتهي الكراء بمجرّد انتهاء مدّته المشروطة بين المتعاقدين وبدون احتياج إلى تنبيه من أحدهما على الآخر ما لم يوجد بينهما شرط يقضي بالتنبيه وذلك عدا الأحكام الخاصّة المتعلقة بكراء الأراضي". ويوجد حق التحلل بالنسبة إلى أحد الأطراف أيضا في عقود التأمين.

---

[21] يبرّر حقّ العزل هنا بمبنى العقود المذكورة والّتي تتمثّل أساسا في ثقة المودع والموكّل في المستودع بعقد الوديعة، وفي الوكيل في عقد الوِكالة (TERRE, SIMLER et LEQUETTE, n° 479).

وممّا تثيره الإقالة الآحاديّة من تساؤلات أيضا، أن كانت مشروعة في البعض من العقود فقط أم يمكن تعميمها إلى غيرها من الإتفاقات.

348 - **الإقالة الآحادية وطبيعة العقود** - يتحدّد نطاق الإقالة الآحادية بطبيعة العقود المتحلل منها. فما يكون منها لمدّة معيّنة لا تجوز فيه الإقالة الآحادية، ما لم يبلغ العقد أمده، إلاّ متى تضمّنت هذه الأخيرة شرطا فسخيّا، يسمح لأحدهما بالتحلل من العقد قبل أجله. أمّا في العقود غير المعيّنة بأجل، فالإقالة جائزة مبدئيّا[22]. وهو ما اعتمده فقه القضاء (الفرنسي)[23]؛ وتبرّر الإجازة هنا، بعدم قانونية الإلتزامات الأبدية، والتي تجد أساسا في منع الرّق، وذلك ما توافقت عليه جلّ المواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان[24]... ومن تطبيقات المنع المذكور على وجه الخصوص، ما جاء بالفصل 833 من مجلة الإلتزامات والعقود في تنصيصه "الإجارة على مدّة حياة الأجير أو على مدّة طويلة جدّا بحيث يموت فيها باطلة".

---

[22] يراجع في هذا المعنى : TERRE, SIMLER et LEQUETTE, n° 479.

[23] انظر من التّطبيقات الفقه القضائية الفرنسية : Cass. 1ère, civ., 5 fév. 1985, *Bull. civ.* I, n° 54, p. 52 ; *RTD civ.* 1986, 105, observ. J. MESTRE, « Dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte (1134), offerte aux deux parties » ; Cass. 1ère, civ. 11 juin 1996, *Contrats, conc., consom.* 1996, n° 164, observ. LEVENEUR.

[24] ذاك ما وقع التّصريح به من قبل المجلس الدّستوري بفرنسا مثلا، بمناسبة النّظر في مشروعية القانون المتعلّق بالإتفاق المدني على التآزر (PACS) Cons. Const., 9 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, 109, observ. MESTRE, « Si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de la Déclaration de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ».

وقد يتدخّل القانون لردّ المدّة التعاقدية إلى أجل معقول، أو هكذا يبدو له. ومن ذلك ما اقتضاه الفصل 806 من مجلة الإلتزامات والعقود فيما يتعلق بعقود الأكرية الفلاحية في تنصيصه : "يجوز كراء الأراضي المعدّة للفلاحة لأربعين سنة. فإن تجاوز المتعاقدان الحدّ، جاز لكلّ منهما فسخ الكراء عند انقضاء الأربعين..."؛ وكذلك ما اقتضاه الفصل 8 من مجلة الشّركات التجارية في قوله : "لا يمكن أن تتجاوز مدّة الشّركة 99 سنة، إلاّ أنّه يمكن، عند الإقتضاء التمديد في هذا الأجل".

وغالبا ما يكون حقّ التحلّل الآحادي من العلاقة التعاقديّة في الصّور التي يجيزها القانون أمرا مشروعا للطرفين، لا لبعضهما، فقط[25]. وذاك الشّأن بالنّسبة إلى الأجير[26]. ولكنّ المشرّعين غالبا ما يخضعونه (هذا الحقّ) إلى تنبيه مسبّق من المقيل بإرادته المنفردة. وهو ما يعتمد بالنّسبة إلى المؤجّر، وللمسوّغين في الكراءات التي تتدخّل فيها القوانين قصد حماية بعض المكترين، حيث تجبرهم على تبرير موقفهم بما يمكن الطّرف الآخر والقضاء من مراقبة جدّيّتهم في الموقف المذكور؛ ومن ذلك ما يعتمد في

---

[25] ومع ذلك فلا ينبغي أن يعتقد أنّه من الحقوق الإطلاقية (Les droits discrétionnaires). فهو لا يعفي من التّعويض للمتعاقد. ففي عقد الوديعة يتوجّب على المودع الّذي استرجع الوديعة قبل الأجل المعيّن لذلك أن يصرف للمستودع أجرة الإيداع المستحقّة عن بقيّة الفترة (الفصل 1028 م ا ع). وفي عقد الوكالة كذلك يتوجّب على الموكّل أن لا يقطع التّوكيل بطريقة تعسّفية، وفي ظروف يفهم منها التّحقير، ما لم يقع التّنصيص على خلاف ذلك (الفصل 1171 م ا ع). مع التّذكير بمؤسّسة الوكالة للمصلحة المشتركة الّتي تخلق للوكيل الحقّ في التّعويض (الفصل 1160 م ا ع)، وعلى أيّة حال في إحضاع واقعة القطع من الموكّل للتّوكيل إلى المراقبة القضائية J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », *Mél. Derruppé,* Litec/GLN-Joly, (1991, pp. 105 et ss.).

[26] « … à raisonner sur le contrat de travail, alors que le salarié n'a pas à motiver sa démission, l'employeur doit fonder le licenciement sur un juste motif, à défaut duquel la rupture du contrat est abusive » (TERRE, SIMLER, et LEQUETTE, n° 479).

الكراءات السّكنية موضوع القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرّخ في 28 فيفري 1976، أو في الكراءات التجارية موضوع القانون عدد 25 لسنة 1977 المؤرّخ في 25 ماي 1977، حيث يخضع في كليهما حقّ المالك في إنهاء الكراء إلى تنبيه مسبق يوجّهه هذا الأخير إلى معاقده (المكتري)، يتضمّن الأسباب التي يروم من أجلها إنهاء العلاقة الكرائية. ويفتح التنبيه الذي يخضع إلى آجال معيّنة وإجراءات خاصّة للمنبّه عليه (المكتري) أجلا في المعارضة، بل وحتى في الحصول على غرامة تعرف بغرامة الحرمان في الكراءات التجارية[27]، والبقاء في المكرى ما لم يتحصّل على تلك الغرامة[28].

مبحث 2 - أوجه الإنقضاء القسريّة

349 - أنواعها - يمكن للعقد أن ينقضي بأوجه، ليس للأطراف طائلا على وقوعها؛ ومن ذلك **الفسخ** (فقرة 1)، **واستحالة التنفيذ** (فقرة 2)[29]. كلاهما يخضع لأحكام خاصّة تترتب عنها آثار معيّنة، وكل ذلك ممّا وقع الإهتمام به من القوانين عامّة ومن القانون التونسي كذلك.

---

[27] يمكن حسب رأينا التّوسّع في حقّ مراقبة الإقالة الآحادية وذلك بإخضاعه إلى مراقبة القضاء في جميع حالاته، بحيث يكون بدون تعسّف. وهو ما استقرّ عليه فقه القضاء الفرنسي في عقود التّزويد الحصري (Cass. com. 15 déc. 1969, Bull. civ. IV, n° 384, p. 355, *JCP* 1970, II, 16391, note J. H.).

[28] يبدو موقف القانون التّونسي في هذا الشّأن أكثر صرامة من موقف القانون الفرنسي، على الأقل بالنّسبة إلى بعض الإقالات الآحادية. حيث أن التّعسّف لا يمكّن، في القانون التّونسي من الإبقاء الجبري على العقد، وإنّما يكون من حقّ الطّرف الآخر الحصول على تعويض بمقابل. أمّا في القانون التّونسي، فمن حقّ هذا الأخير التّمسّك بالمحلّ، إلى أن يتسلّم الغرامة المحكوم بها لفائدته (TERRE, SIMLER et LEQUETTE, n° 479).

[29] من أوجه الإنقضاء القسريّة التقادم أيضا. ولكنّ ذلك لا يهمّ العقد فحسب، بل جميع الإلتزامات مهما كان مصدرها ونوعها؛ وهو ما يبرّر عدم اهتمامنا به في هذا المبحث.

فقرة 1 – الفسخ

350 – تقديم – الفسخ جزاء يهمّ العقود، له **خصوصيّاته (عنصر 1)**. وتكتسي دراسته أهميّة متميّزة بالقانون التونسي، اعتبارا لما يشهده فقه القضاء من التردّد حول **شروط انطباقه (عنصر 2)**.

عنصر 1 – خصوصيات الفسخ

351 – نوعها – هي خصوصيّات في **تعريفه** (أ)، وفي **أنواعه** (ب).

أ) تعريف الفسخ

352 – مميّزاته – الفسخ جزاء قانوني؛ وهو ما يميّزه عن الجزاءات اللاّقانونية (الأخلاقيّة والدّينيّة). وهو جزاء قانونيّ مدنيّ؛ وهو ما يميّزه عن سائر الجزاءات الرّدعية (العقوبات التأديبية من أمثال التوبيخ والإنذار والعقوبات الجزائيّة من أمثال السّجن والخطيّة ومصادرة الأموال...). وهو من الجزاءات المدنيّة الخاصّة بالتصرّفات القانونية (وعلى رأسها العقود). ثمّ إنه يهمّ مرحلة تنفيذ العقد؛ وهو ما يميزه عن جزاء البطلان الذي يهم مرحلة قيامه. وهو جزاء يعني الأطراف، بخلاف جزاء توقف النفاذ والذي يرتبط مآل العقد فيه بإرادة الغير وبخلاف جزاء عدم المجابهة والذي يقتضي إلغاء آثار العقد فيما يتعلق بمصالح هذا الأخير[30]...

353 – آثاره – يتفق الفسخ مع البطلان على وجه الخصوص في كونه يعود بالأطراف المتعاقدة إلى الحالة الّتي كانا عليها قبل التعاقد؛ على

---

[30] حول الفسخ وأصوله التاريخية وغيره من الجزاءات الأخرى، يراجع : G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Thèse Toulouse, PUF 1923-1924.

أن هذا الأثر الذي هو من النتائج المتحتمة في جميع وضعيات البطلان كما رأينا، لا ينطبق في جميع حالات الفسخ؛ حيث يتجه الرّجوع هنا إلى طبيعة العقد المصرّح بفسخه: إن كان من العقود الحينيّة، أم من عقود المدّة. ففي الفئة الأولى من العقود، يؤدّي الفسخ إلى الرّجوع بالأطراف المتعاقدة إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، وفي الفئة الثانية، يؤدّي الفسخ إلى قطع العلاقة بالنسبة إلى المستقبل، لا غير، فيقع الإبقاء على ما جناه الأطراف من وضعيّات وما اكتسباه من حقوق بعد التعاقد...

354 - نظام الفسخ - لمّا كان الفسخ جزاءَ الإخلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقديّة، أخذ نظامه القانونيّ من المسؤوليّة التعاقديّة، لا التقصيرية. وهو ما يفسح المجال -بعض الشّيء- إلى إرادة الأطراف المتعاقدة في ضبط ما ينطبق عليه من الأحكام. ويتجلى ذلك من أنواعه، على وجه الخصوص[31].

ب) أنواع الفسخ

355 - أنواعه - تتحدّد أنواع الفسخ بنطاقه أوّلا، إذْ أنّ منه ما يأتي على كامل الإلتزامات (الفسخ الكليّ) ومنه ما يأتي على بعضها (الفسخ الجزئيّ)؛ ولا يثير ذلك إشكاليّات خصوصية. كما تتحدّد أنواعه باختلاف مظهره، بين **فسخ قضائي (1)** و**آخر اتفاقي (2)**، وهو ما يوجب مزيدا من التمحيص والتحليل.

---

[31] حول الفسخ، يراجع : محمّد الزّين : العقد، تونس 1993، ص. 291؛ كريمة بلدي : الفسخ القضائي للعقد، مذكّرة مرحلة ثالثة كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس 1997/1996.

1) الفسخ القضائي

356 – تعريفه – هو ما يصرّح به القاضي بمقتضى حكم عدليّ، أو المحكمّ بمقتضى لائحة تحكيم. وإذ يستمدّ القضاة أو المحكمون حقّ تطبيقه، فإنّ ذلك يكون لهم من النصوص القانونية. ومن ذلك ما اقتضاه الفصل 273 بمجلة الإلتزامات والعقود في قوله : "إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء فللدّائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا أو فسخ العقد...". ويبدو أن لا مضيق من هذا الحقّ (من الناحية المبدئية على الأقلّ) عدا في الحالات التي يرتب فيها القانون جزاء آخر، أو أنه يقتضي القيام بإجراء ما للحصول على جزاء معيّن كما سوف نرى.

2) الفسخ الإتفاقي

357 – تعريفه وإشكالياته – يضاف إلى صورة الفسخ القضائي، الفسخ الإتفاقي[32]؛ ويكون بمقتضى بند يتضمّنه العقد، يعرف اصطلاحا ب"البند الفسخي" أو ب"الشرط الفسخي". ويستمدّ هذا النوع من الفسخ سنده من الفصل 274 من مجلة الإلتزامات والعقود القائل : "إذا اشترط العاقدان أنّ عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد **ينفسخ** بمجرّد وقوع ذلك".

ومع ما يبديه هذا الفصل من وضوح، فإن تطبيقه لا يخلُو من الإشكاليات. وممّا يثيره البند أو الشرط الفسخي من التساؤل، إن كان وجوده يعفي من اللجوء إلى القاضي، أم لا بدّ من تدخل هذا الأخير في جميع حالاته. وإذ يثار هذا التساؤل، فبناء على تنصيص الفقرة الأخيرة من الفصل 273 على أنّ: "فسخ العقد لا يكون إلاّ بحكم". ولكنّ ما يصدره القاضي في الفسخ الإتفاقي ليس بحكم إنشائيّ وإنما تقريريّ، حيث يقتصر على التصريح

---

[32] يمكن الإصطلاح على هذا النوع من الفسخ بالإنفساخ.

بوضع (حالة الفسخ)، دون أن يكرّسه، فيكون لحكمه أثر رجعي، لا فوريّ، كما هي الحال في الفسخ القضائي...

وعلى الرّغم ممّا يبديه هذا النقاش من أهمّيّة، فهو محدود الجدوى بالواقع؛ إذ غالبا ما تثار إشكاليات، لا مناص للقضاء من التدخل قصد فضها. ومع ذلك، فإننا نرى أنْ لا موجب، مع البنود الفسخية، من اللجوء إلى القضاء في جميع الحالات، وذلك لسببين على الأقلّ : أولاهما، أنّ التنصيص الوارد بالفصل 273 السالف الذّكر من كون "فسخ العقد لا يكون إلاّ بحكم" يهمّ الفسخ القضائي، لا الإتفاقي؛ ثانيهما، على فرض أنّ التنصيص الأخير في الذّكر إنّما يرسي مبدأ عامّا، فإنّ ما يقتضيه الفصل 274 اللاّحق له يشكّل استثناء عنه، لا مفعول له إلاّ بترتيب أثر له، وهو ما يتوافق مع مبدإ سلطان الإرادة، وإلاّ ما كان يكون للإشتراطات الفسخيّة من جدوى، فلا ينبغي أن ننسى أن العقد تحكمه إرادة الأطراف؛ ولا مانع من أن تضطلع هذه الأخيرة بدور في ظبط التزاماتها، وفيما تخصصه لبعضها من النتائج عن طواعية، حال قيام العقد.

عنصر 2 – شروط الفسخ

358 – نوعيتها – ليس الفسخ من الجزاءات التلقائية، بل يخضع في إعماله إلى **شروط موضوعية (أ) وأخرى إجرائية (ب).**

أ) الشروط الموضوعية للفسخ

359 – أهمية المخالفة – يرتبط الفسخ في انطباقه بمخالفة المتعاقد لالتزامه، سيان في ذلك أن يكون من قبيل الإلتزامات الأصلية أم التبعية. ويمكن للمخالفة المذكورة أن تختلف من عقد لآخر، ومن أطراف لأخرى. وممّا يشكل مخالفة، السّوء في تنفيذ العقد أو التأخير في تنفيذه؛ كأن يحجم البائع عن تسليم المبيع، أو يتخلف المشتري عن دفع الثمن.

وممّا يثار بشأن الفسخ من إشكاليات، أنْ يُشترط في طالبه أن يقوم بإجراءات التنفيذ أوّلا، أم يمكنه القيام به رأسا، من دون التوقف على وجوب التنفيذ واتضاح استحالة ذلك من قبل. ويثار هذا التساؤل تبعا للتنصيص الوارد بالفصل 273 بمجلة الإلتزامات والعقود والقائل بأن "... للدّائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكنا وإلاّ فسخ العقد..."[33].

ولا يزال فقه قضاء محكمة التعقيب لحدّ الآن متردّدا إزاء هذا الإشكال. إذ من القرارات ما يرى بوجوب القيام بإجراءات التنفيذ واستحالة ذلك كشرط لقبول دعوى الفسخ[34]، ومنها ما يرى بعكس ذلك[35]. وما من

---

[33] حول هذه الإشكالية وما تثيره من نقاش، يراجع: ، يراجع : نذير بن عمّو، تعليق حول القرار التعقيبي المدني عدد 35350، المؤرّخ في 29 فيفري 1996، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 267؛ فوزي السعيدي، الفصل 273 من م ا ع والتطبيق القضائي، رسالة تخرّج من المعهد الأعلى للقضاء، سنة 1990، منشورات المعهد الأعلى للقضاء؛ و I. LARIBI, « L'article 273 du COC et l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution », AJT n° 2/1998, pp. 137 et ss.

[34] قضي : "ليس للدّائن الخيار عند مماطلة مدينه في القيام بطلب الوفاء بالعقد أو طلب فسخه، فلا يجوز القيام بطلب الفسخ إلاّ إذا تعذّر الوفاء -الفصل 273 م اع-" (تعقيبي مدني عدد 12082، مؤرّخ في 11 جانفي 1976، قضاء وتشريع عدد 2 لسنة 1976، ص 37)؛ وقضي أيضا : "إذا بيع العقار بثمن مؤجّل وبعد الأجل وماطل المدين في خلاص الثمن رغم الإنذار فهذا المدين المماطل لا يقام عليه بطلب فسخ العقد إلاّ بعد جبره على الخلاص وتعذّر الوفاء -الفصل 273 م اع-. فالحكم بالفسخ قبل تلك المرحلة الأولى يكون خارقا للقانون ومستوجبا للنقض" (تعقيبي مدني عدد 4704، مؤرّخ في 8 جوان 1982، نشرية 1983، قسم مدني، جزء 3)؛ وقضي كذلك "اقتضى الفصل 273 من م ا ع أنه إذا حلّ الأجل وتأخّر المدين عن الوفاء فللدّائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ذلك ممكنا وإلاّ فسخ العقد وإنه يستنتج من النصّ المذكور أنّ الدّائن لا حقّ له في طلب الفسخ من أوّل الأمر بل يقتصر على طلب الوفاء فإن تعذّر الوفاء بالمبيع بخطإ من البائع يبيـــح الفسخ وغرم الضّرر" (تعقيبي مدني عدد 9554، مؤرّخ في 18 أكتوبر 1984، نشرية 1984، قسم مدني)؛ وقضي أيضا : "... أنّ قيام المدّعية في الأصل مباشرة بدعوى الفسخ دون القيام بجبر المعقب ضدّه على الوفاء مسبقا قبيل القيام عليه

شكّ في تبرير كلّ موقف؛ فالقرارات القائلة بوجوب القيام بإجراءات التنفيذ أوّلا، وارتباط الفسخ باستحالة ذلك، يمكن أن يجد سنده في تنصيصات الفصل 273 المذكر به أعلاه؛ ولكنّ نفس التنصيصات تتسع للرّأي المخالف، إذ يمكن أن تقرأ بما معناه أنّ القيام بإجراءات غصب الغريم على التنفيذ أوّلا ليس بالإجراء الوجوبي بل الإختياري بالنسبة إلى طالب الفسخ. وقد يجد هذا الموقف سنده الواقعي في اعتبار العقد أمرا حسنا يتجه الإبقاء عليه[36]؛ ومع ذلك، فقد لا يحضى مثل هذا الرّأي بالإتباع، ضرورة أنّ التأخير في طلب الفسخ، إنما يؤدّي إلى تعطيل الدّائن عن المطالبة بحقوقه، مع ما يترتب عن ذلك من خسائر ومصاريف تداعي، قد يكون القائم في غنى عنها...

بدعوى الفسخ يكون مخالفا لأحكام الفصل 273 م ا ع ممّا يجعل تمسّك المعقبة بمخالفة القرار المنتقد لأحكام الفصول 242 و680 و274 و273 في غير طريقه وأضحى المطعن عديم الوجاهة قانونا واتجه ردّه" (تعقيبي مدني -دائرة أولى- عدد 2002/16040 مؤرّخ في 14 جوان 2002 -غير منشور-) ومثله : تعقيبي مدني -دائرة أولى- عدد 14947/ 2001 مؤرّخ في 24 جوان 2002، -غير منشور كذلك-.

[35] يراجع : القرار التعقيبي المدني عدد 35350، المؤرّخ في 29 فيفري 1996، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 267 بتعليق للأستاذ نذير بن عمّو.

[36] يمكن استخلاص هذا الموقف من عدّة تنصيصات بمجلة الإلتزامات والعقود، ومن ذلك الفصل 28 الذي يعجل في قيام عقود المراسلة باختياره لنظريّة التصريح بالقبول، ومن خلال الفصول 327 و328 التي ترمي إلى إنقاذ العلاقة التعاقديّة، إمّا بتغيير وصفها، أو بتحديد مفعول البطلان إلى الجزء من محتواها... ومن الفقهاء الذين نظروا لهذا الموقف، الأستاذ نورالدّين بسرور في أطروحته : *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel,* Thèse de Doctorat d'Etat en droit privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Juin 2001.

فقرة 2 : إنقضاء العقد بإستحالة تنفيذه[37]

360 - تقديم - تتمّ استحالة التنفيذ أو تعذّره بجملة من الظروف التي تحول دون بقاء العقد[38]. ويمكن لهذه الأخيرة أن تكون ماديّة أو قانونية[39]. وتستوجب في جميع صورها، جملة من **الشّروط (عنصر 1)**؛ يترتّب عنها من **الآثار** ما يمكن أن يؤسس إلى **نظريّة المخاطر (عنصر 2)**.

عنصر 1 - شروط الإستحالة

361 - تعدادها - هي عين الشّروط التي تتمّ بها القوّة القاهرة، موضوع الفصلين 282 و283 من مجلة الإلتزامات والعقود[40]، وهي الخارجية، وعدم التوقّع، واستحالة الدّفع، وغياب الخطإ من المدين[41].

---

[37] حول استحالة تنفيذ العقد، يراجع : محمّد محفوظ : « L'extinction du contrat pour cause d'impossibilité », *Etudes juridiques de la Faculté de Droit de Sfax*, année 2000.

[38] تختلف استحالة التّنفيذ عن استحالة القيام. فالأولى يتعذّر بها التّنفيذ، ويترتّب عنها فسخ العقد؛ في حين تهمّ الثّانية محلّ التّعاقد، ويترتّب عنها بطلان العقد (انظر المبحث المتعلّق بالمحلّ).

[39] تكون الاستحالة القانونية كما رأينا بالمبحث المخصّص للمحلّ، بالموانع النّصّيّة، ومن ذلك أن يصدر قانون يمنع أثناء تنفيذ العقد التّداول في سلعة ما. أمّا الاستحالة الماديّة فتتمّ بظروف واقعية تحول دون تنفيذ العقد، ومن ذلك أن يهلك الشيء في عقد الوديعة، أو أن يتوفّى الوكيل في عقد الوكالة...

[40] جاء بالفصل 282 م ا ع ما يلي : "لا يلزم المدين بتعويض الخسارة إذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخّره عنه كالقوّة القاهرة والأمر الطّارئ ومماطلة الدّائن" وجاء بالفصل 283 من نفس المجلة ما يلي : "القوّة القاهرة التّي لا يتيسّر معها الوفاء بالعقود هي كلّ شيء لا يستطيع الإنسان دفعه، كالحوادث الطّبيعيّة من فيضان ماء وقلّة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو كهجوم جيش العدوّ، أو فعل الأمير (فقرة 1). ولا يعتبر السّبب الممكن اجتنابه قوّة قاهرة إلاّ إذا أثبت المديـــن أنّه استعمل كلّ الحزم في درئه

وبتطبيق هذه الشّروط يكون انقضاء الإتفاق للإستحالة خاضعا للأحكام التالية :

- لا يعتدّ بالإستحالة كسبب من أسباب انقضاء العقد، إلاّ متى كانت (أي الإستحالة) مطلقة لا نسبيّة[42]. وهو ما يؤدّي إلى تمييز الإستحالة عن الإرهاق في التنفيذ (Exorbitance). ولهذا الإختلاف أثره على صعّيد النّتائج . فالإستحالة ينقضي بها العقد (مبدئيا على الأقل[43])؛ بخلاف الإرهاق في التنفيذ، الذي لا ينقضي به العقد، فغاية ما يسمح به، متى التأمت شروطه، اعتبار العطف على المدين قصدا في التخفيف عليه[44]. وقد يكون الإرهاق موجبا للحكم على طرف بالتعويض لمعاقده، إن كان، منذ العقد،

(فقرة 2). وكذلك السّبب الحادث من خطإ متقدّم من المديـــن فإنّه لا يعتبر قوّة قاهرة (فقرة 3)".

41 لا يعتدّ بالإستحالة كسبب في انقضاء العقد، إذا ما اقترف المدين خطأ متقدّما عن الواقعة التي أدّت إلى تعذّر الوفاء. كأن يكتري أحدهم شاحنة لنقل البضاعة، وعوضا عن أن يتركها في مستودع، يضعها في الطّريق العامّ (بمفاتيحها) وتسرق. فلا يعفى المدين هنا من التّنفيذ، ولو أنّها كانت لتهلك بحكم زلزال حصل بالمكان مثلا. يلحق بخطإ المدين مماطلته. كأن يتعهّد بإرجاع الوديعة في أجل ولا يتأخّر عن ذلك فتسرق منه أو تهلك...

42 يمكن استخلاص ذلك من صريح الفصل 283 فقرة أولى في استعمال كلمة "إنسان" في تعريفه للإستحالة من كونها : "... كلّ شيء لا يستطيع الإنسان دفعه...".

43 يمكن للإستحالة أن تكون معفية من الإلتزامات ممّا يبقى معه العقد، إن اتضح وأنّ تنفيذ تلكم الإلتزامات أمر غير ممكن. قضي: إذا كان أحد الشّروط بعقد المغارسة لا تنجرّ منه فائدة بسبب استحالة تحقيق المصلحة فإنّ عدم الوفاء به لا يؤثر على العقد ويبقى عاملا بدونه مثل الصورة التي اشترط فيها على العامل غراسة الأرض وإيجاد الماء بحفر بئر فيتمّ الأوّل ولم يتمّ الثاني بسبب فقدان الماء أصلا بتلك الجهة. وتفريعا على هذا، يكون له مأخذ صحيح من القانون القرار الذي قضى بعدم سماع الدّعوى وفسخ المغارسة في مثل هذه الصورة. (قرار تعقيبي مدني عدد 444، مؤرّخ في 1 فيفري 1977، نشرية 1977، قسم مدني، ص. 70).

44 ومن ذلك، تمكينه من القيام بدعوى أجل على وجه الفضل، طبقا للفصل 137 م ا ع.

عالما بوجوده. ومن ثمّة، فالمقاول الذي يتعهّد ببناء مركب عقاري ضخم، حال أنّه محدود القدرات، لا يمكن له أن يتفصّى من تعهّداته بالدّفع بالإستحالة، فيبقى عقده قائما، بل ويمكن أن يُقضى عليه بتعويض ما تسبّب فيه من أضرار لمعاقده، سواء من جرّاء الأخطاء في تنفيذ التزاماته أو من جرّاء التقصير في ذلك، إذا ما كان عالما منذ البداية بتعذّر التنفيذ عليه... وغاية ما يمكنه أن يطالب به، التخفيف عليه إن أسعفه الحظ في عرض قضيته أمام من يقبل (من القضاة والمحكمين[44]) بنظريّة الظروف الطّارئة؛

- وإذا كانت الإستحالة مطلقة لا نسبية، فإنّ ذلك سوف يكون له أثره على تقديرها، حيث يعتدّ في ذلك بشخص أُنموذج (Appréciation *in abstracto*)، لا بالمدين نفسه (non *in concreto*). ففي مثالنا السّابق لا يؤخذ بقدرات المقاول المتعاقد، أو بإمكانياته الذّاتية، بل بقدرات وإمكانيّات مقاول انموذج؛

- يجب في الإستحالة أن تكون دائمة، لا وقتية، وإلاّ لأصبح الأمر ممّا يُعلق به -لا ممّا ينقضي به-، تنفيذ العقد. وفي ذلك فائدة، لا سيّما في الحالات التي يُنصّ فيها صراحة، لا على انقضاء العقد، وإنما على تعليق تنفيذه (كما هي الحال في عقد الشغل تبعا لمرض الأجير أو أدائه للواجب العسكريّ). وممّا يعلق به تنفيذ العقد أيضا، الأكرية السّكنية، عندما يروم المالك هدم العقار قصد إعادة بنائه أو القيام بأشغال فيه... فهو مجبر على أن يعيد المتسوّغَ إلى محلّ يكون بنفس العقّار تتوفر فيه نفس المواصفات، حالَ نهاية الأشغال[45]...

---

[45] يمكن لهؤلاء أن يأخذوا بنظريّة الظّروف الطّارئة، إذا ما طولب منهم منذ البداية أن يحكموا حسب الإنصاف. وذاك جائز في التّحكيم وأمام قضاة الدّوائر التّجارية المحدثة بقانون 1996.

[46] وهي صورة تمكّن من إعطاء صبغة دائمة لقانون أُريد له في البداية أن يكون وقتيا.

وقد تكون الإستحالة كاملة أو جزئيّة؛ فالأولى تأتي على كافة الإلتزامات التعاقدية، في حين تكون الثانية خاصّة ببعض الإلتزامات، أو ببعض الأشخاص في العلاقة التعاقدية فقط. وربّما همّت هذه التفرقة آثار الإستحالة أكثر من شروطها.

عنصر 2 - آثار الإستحالة (نظريّة المخاطر)

362 - الأحكام العامّة للمخاطر في التعاقد - قد لا تطرح الاستحالة في التنفيذ إشكاليات تذكر؛ ويكون الأمر كذلك في بعض الحالات، متى لم يقع تنفيذ العقد بعد؛ كأن يتعهّد أحدهم مع وكالة أسفار بتنظيم رحلة، دون تسبقة أموال منه، وتحصل ظروف (حرب مثلا) تحول دون تنفيذ الرّحلة؛ فالعقد ينقضي دون إشكاليات تذكر في هذه الصّورة في العادة.

وقد تثار النّزاعات إذا ما وقع تسبيق أموال من طالب الرّحلة، أو الوكالة بسبب ما دفعته من أموال في البلاد التي كان يؤمّل الإرتحال إليها... فمن الذي يتحمّل تبعة الإستحالة هنا؟ أهو الحريف أم وكالة الأسفار؟ ولنفترض أن ما وقع بيعه من زيد لعمرو قد هلك بفعل الفيضانات أو الزلزال، فمن الذي يتحمّل هلاك المبيع؟ أزيد أم عمرو؟ وهل يلزم المشتري بدفع الثمن إن لم يدفعه بعد؟ وما هي الحال لو أنّه دفعه؟ فهل بإمكانه أن يسترجعه؟؟؟ إلى غير ذلك من التساؤلات التي قد تكون سببا في التقاضي...

هناك بمجلة الإلتزامات والعقود من الفصول ما يتعلق بالإستحالة. وهي الفصول من 345 إلى 349 المؤلفة لباب ثان عنوانه "في عدم إمكان الوفاء بالعقد[47]"، الوارد تحت المقالة السّابعة بنفس المجلة وعنوانها "في انقضاء الإلتزامات". ولكنّ الفصول المذكورة ليست بالوحيدة، إذ هناك من الفصول ما يتعلق بكلّ نوعيّة من العقود تقريبا؛ ومن ذلك، الفصل 662 من

---

[47] De l'impossibilité d'exécution في الصّياغة الفرنسية للعنوان.

مجلة الإلتزامات والعقود فيما يتعلق بعقد البيع[48]؛ والفصل 763 بنفس المجلة فيما يتعلق بعقد الكراء؛ والفصل 847 بنفس المجلة فيما يتعلق بعقود الإجارة على الخدمة والصنّعة؛ والفصل 880 بالمجلة المذكورة المتعلق بعقد الإجارة على الصنّعة؛ والفصول 1007 و1020 و1022 من المجلة عينها فيما يتعلق بعقود الوديعة؛ والفصلان 1075 و1076 بمجلة الإلتزامات والعقود كذلك، فيما يتعلق بعقود عارية الإستعمال وغيرها...

وما من شكّ في إمكانية التأليف في هذه الفصول، وذلك بإبراز الأحكام الآتية المتعلقة جميعها بمسألة المخاطر :

- إن القواعد المتعلقة بتحمّل المخاطر إختيارية، لا وجوبية؛ معنى ذلك أن للأطراف إقصاءها وتعويضها باشتراطات تعاقدية خاصّة يتصادقون عليها باتفاقهم الأصلي أو باتفاقات لاحقة لاتفاقهم الأصلي؛

- يتضح من الفصول العامّة والخاصّة السّالفة الذّكر أن تبعة هلاك الشيء تكون مبدئيّا على المدين، والمقصود بذلك المدين بالإلتزام. ففي مثال التعاقد مع وكالة الأسفار تتحمّل الوكالة المذكورة تبعات الاستحالة. وإذا ما تسلمت أموالا من حرفائها، فعليها أن تعيدها لهم. خلافا للتعذّر الخاصّ بالحريف، كأن يستحيل عليه الحصول على تأشيرة السّفر، فلا يحقّ له في هذه الحالة استرجاع ما سبّقه، ما لم يكن هناك شرط مخالف بالعقد الأصلي أو تصادق على الإرجاع باتفاق لاحق؛ وفي تنصيصها على القاعدة القائلة بأن تبعات الإستحالة هي مبدئيا على المدين، تكون الفصول المذكّر بها

---

[48] حول انتقال الملكية والمخاطر في عقد البيع، تراجع، رجاء القلالي، *Le transfert de la propriété et des risques dans le contrat de vente*، مذكرة للحصول على شهادة الدّراسات المعمقة في قانون المعاملات، كلية العلوم القانونية (تونس 2)، سنة جامعية 1997-1998.

أعلاه قد أخذت بقاعدة شبه عامّة يوحي التعبير عنها (باللاّتينية) بأقدميّتها : (*Res perit debitori*) أي : "تبعة الإلتزام على المدين به".

- قاعدة *Res perit debitori* هذه وقع اعتمادها كذلك في جلّ العقود المعنية بالفصول السّالفة الذّكر والتي تجعل جميعها تبعة هلاك الشيء على صاحب الإلتزام المميّز (Prestation caractéristique) بالعقود[49]؛ فالفصل 662 من مجلة الإلتزامات والعقود جاء ناصّا على أنه "إذا هلك المبيع بعيب فيه أو بأمر طارئ نشأ عن العيب المذكور فهلاكه على البائع، وعليه أن يرجع الثمن للمشتري، مع أداء الخسائر إن كان مدلّسا"؛ وجاء بالفصل 763 من نفس المجلة فيما يتعلق بعقود الكراء "إذا هلكت العين المأجورة أو تعيّبت أو تغيرت في الكلّ أو في البعض بحيث صارت غير صالحة لما أعدّت له بلا فعل أحد من المتعاقدين فالعقد مفسوخ وليس لأحد الطّرفين القيام بالخسارة على الآخر، ولا يلزم المكتري من الكراء إلاّ بقدر انتفاعه"؛ وجاء بالفصل 847 بنفس المجلة أيضا، فيما يتعلق بأجير الخدمة "لا ضمان على الأجير إذا تعيّب أو هلك ما في عهدته بأمر سماوي أو قوّة قاهرة، ولم يكن السّبب من فعله أو من تقصيره إلاّ إذا طولب بردّ تلك الأشياء وماطل في ردّها (فقرة 1)؛ أمّا تلف الشيء بسبب عيب فيه أو سرعة عطبه، فإنّه يعتبر كالأمر الطّارئ إن لم يحصل تقصير من الأجير (فقرة 2)؛ وإذا احتجّ الأجير بالأمر السّماوي، فعليه إثباته". وتعتمد بقيّة الفصول قواعد شبيهة. ويستشف من جميعها أن القانون التونسي يعتمد قاعدة تبعة الإلتزام على المدين به، ولو في العقود الناقلة للملكية، ما لم يقع

---

[49] يعرف الإلتزام المميّز باختلافه عن الإلتزام المالي، فيتوافق ذلك مع التزام البائع بإعطاء الشيء في عقد البيع، ومع التزام المسوّغ بتمكين المتسوّغ منه في عقد الكراء إلى غير ذلك... (حول تعريف الإلتزام المميّز، تراجع مؤلفات قانون التجارة الدّوليّة).

تسليم الشيء. وفي ذلك حسب رأينا اختلاف مع القاعدة القائلة بأن تبعة الهلاك على المالك (*Res perit domino*)[50].

---

[50] يقع الإعتماد في بعض الأنظمة القانونية على معيار طبيعة الإلتزام حيث يقع التّمييز بين العقود المتضمّنة لإلتزامات القيام بعمل وعدم القيام بعمل فيقع فيها تطبيق القاعدة القائلة بأن تبعة التّنفيذ على المدي (*Res perit debitori*) وبالنّسبة للعقود المتضمّنة إلتزاما بإعطاء، أي بنقل الملكية فيقع تطبيق القاعدة القائلة بأن تبعية الإلتزام تكون على المالك (*Res perit domino*). وبما أن الملكيّة تنتقل بالتّراضي، فعادة ما تنتقل تبعة الشيء إلى من أصبح مالكا له، ولو أنّ حوز الشيء ما زال بيد معاقده. ولكنّ هذه القاعدة ليست من القواعد المطلقة. إذ هناك من التّنصيصات القانونية ما يؤخّر في الإنتقال من متعاقد إلى آخر ما لم يقع القيام بإجراءات معيّنة، ومن ذلك ترسيم المبيع باسم مشتريه في العقّارات المسجّلة. كما يمكن للأطراف، أن تنصّ ببند خاصّ على تأخير انتقال الملكية. وهناك من فقه القضاء ما يسمح بتأخير انتقال الملكية وفصل التّبعات عن هذه الأخيرة، جاعلا من تحمّل التّبعة عبئا على المشتري (Jurisprudence *Mécarex* بفرنسا)؛ يراجع، P. JOURDAIN, « L'impossibilité d'exécution en droit français », *Etudes juridiques de la Faculté de Droit de Sfax*, année 2000.

الفهرس

تقديم..... 1

الفصل الأوّل : قيام العقد (التّراضي في التّعاقد)..... 81

مبحث 1 - الثّوابت : تلاقي الإرادتين 81

مبحث 2 – القبول L'ACCEPTATION 99

مبحث3 – العقود التّمهيدية LES CONTRATS PREPARATOIRES 110

الفصل الثاني : قيام العقد(الأهليّة في التّعاقد) 117

مبحث 1 - الأهليّة LA CAPACITE..... 117

مبحث 2 - النّيابة في التّعاقد LA REPRESENTATION 129

الفصل الثالث : قيام العقد (الرّضاء في التّعاقد) LE CONSENTEMENT 141

مبحث 1 - عيب الغلط LE VICE D'ERREUR 144

مبحث 2 - عيب التّغرير LE VICE DE DOL 157

مبحث 3 - عيب الإكراه LE VICE DE VIOLENCE 171

مبحث 4 - الغَبن LA LESION..... 182

الفصل الرّابع : قيام العقد(المحلّ والسّبب) 189

مبحث 1 - المحلّ L'OBJET 190

مبحث 2 - السّبب LA CAUSE 200

الفصل الخامس : قيام العقد(الشكليّة في التّعاقد) 211

مبحث 1- مكانة الشّكلية 211

مبحث 2 - مبرّرات الشّكلية 222

الفصل السادس : قيام العقد(بطلان العقد) LA NULLITE DU CONTRAT 229

مبحث 1 - المقاربة النظرية 229

مبحث 2 - المقاربة التطبيقيّة 244

الفصل السّابع : تنفيذ العقد (قراءة العقد) 273

مبحث 1 - تحديد العقد المراد تنفيذه 274

مبحث 2 - ضبط الإلتزامات التّعاقدية (تفسير العقود) 287

الفصل الثامن : تنفيذ العقد (آثار العقد)..... 303

مبحث 1 - إلزامية العقد من حيث الأشخاص..... 303

مبحث 2 - إلزاميّة العقد من حيث محتواه 322

الفصل التّاسع : تنفيذ العقد (إنقضاؤه) 339

مبحث 1 - أوجه الإنقضاء الرّضائية 340

مبحث 2 - أوجه الإنقضاء القسريّة 353

فهرس 367

يهتمّ هذا المؤلّف بالعقد المدني، حيث يتتبّعه في أصوله، وفي عناصره، بداية من تكوينه، إلى حدّ تنفيذه، محاولا إبراز ما يشهده نظامه من تطوّر بناء على ما صيغ في موضوعه من نظريّات وما صدر في إشكالياته من مواقف قضائيّة تتظافر في صياغتها أثر التّقنية القانونيّة وضرورات الحاجة...

محمّد محفوظ :

من مواليد 03 فيفري 1956 بصفاقس، تحصّل على الباكالوريا في الآداب بمعهد طريق العين سنة 1975، وعلى الإجازة في الحقوق من جامعة باريس I بفرنسا سنة 1979، وعلى شهادة الدّراسات المعمّقة (اختصاص : قانون خاص شامل) بنفس الجامعة سنة 1981، وعلى شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الجنائي وعلوم الإجرام من كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة بتونس سنة 1986–1987، فاز في مناظرة انتداب المساعدين بالقانون الخاص وعلوم الإجرام سنة 1989، ناقش أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ وعلوم الإجرام بملحوظة «مشرّف جداً مع تهاني اللّجنة وتوصية بالنّشر» في جويلية 1998 ؛ نال جائزة الأطروحات في الشّعبة المذكورة بنفس الكليّة سنة 1998. نجح في مناظرة الأساتذة المحاضرين في القانون الخاصّ وعلوم الإجرام سنة 2002. يدرّس مواد القانون الخاصّ بكليّة الحقوق بصفاقس منذ تعيينه بها سنة 1989.

© مركز النشر الجامعي، تونس، 2004