

جامعة قرطاج
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس



تدارك بطلان العقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير
في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:

أعدتها ودافعت عنها الطالبة:

عبد المجيد الزروقي

دنيا أوقاسي

أمام اللجنة المترتبة من :

الأستاذ:، رئيسا

الأستاذ: عبد المجيد الزروقي، عضوا ومشرفا

الأستاذ:، عضوا

السنة الجامعية: 2019-2020

جامعة قرطاج
كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس



تدارك بطلان العقد

مذكرة لنيل شهادة الماجستير
في القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذ:
عبد المجيد الزروقي

أعدتها ودافعت عنها الطالبة:
دنيا أوقاسي

أمام اللجنة المترتبة من :

الأستاذ:، رئيسا

الأستاذ: عبد المجيد الزروقي، عضوا ومشرفا

الأستاذ:، عضوا

السنة الجامعية: 2019-2020

الكلية لا تؤيد ولا تعارض الأفكار والآراء الواردة في المذكرات، وهي خاصة
بأصحابها

إلى والديّ، شمعنا حياتي

إلى عائلتي، منبع إلهامي

إل كلّ من علّمني حرفاً

إلى كلّ من طلب علماً

إليهم...

أهدي كلمات مذكّرتي

قائمة المختصرات

صفحة	ص
نشرية محكمة التعقيب	ن
مجلة القضاء والتشريع	م ق ت
مرجع سابق	م س
مجلة الالتزامات والعقود	م ا ع
المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899	المشروع الأولي لم ا ع
المجلة التجارية	م ت
مجلة الشركات التجارية	م ش ت
المجلة المدنية الفرنسية	م م ف

AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Art	Article
Bull.civ	Bulletin civil de la cour de cassation
Cass.civ	Cour de cassation, chambre civile
c.civ.fr	Code Civil Français
C.O.C	Code des obligations et des contrats
N°	Numéro
Op. cit	Dans l'ouvrage précité
R.T.D.Civ	Revue Trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com	Revue Trimestrielle de droit commercial
(et) s.	Suivant

التّخطيط العامّ

الجزء الأوّل: تدارك بطلان العقد عبر اقتصار مفعوله على الجزء المعيب

الفصل الأوّل: تدارك بطلان العقد بانتقاص الجزء المعيب منه

الفصل الثّاني: تدارك بطلان العقد بتصحيح الجزء المعيب منه

الجزء الثّاني: تدارك بطلان العقد عبر إزالة مفعوله عن كامل العقد الباطل

الفصل الأوّل: تدارك بطلان العقد بتحوّله لآخر صحيح

الفصل الثّاني: تدارك بطلان العقد بسقوط الحقّ في المطالبة به

المقدمة

1- من المعلوم أنّ المجتمع المعاصر إنّما هو يقوم على جملة من العقود المبرمة يوميًا تعكس المعاملات المكثّفة بين الأفراد، والتي تتراوح بين العقود البسيطة قد لا يعي الفرد بطبيعتها العقدية، كعمليات الشراء الروتينية، وبين العقود الهامة في الحياة كعقد الزواج.

إنّ هذه العقود باعتبارها لغة المتعاقدين وترجمة لمصالح الأطراف، مهما كانت أهميتها، ينبغي أن تقوم زمن إبرامها على جملة من الأسس الصحيحة يصحّ معها العقد ويؤديّ بذلك مهامه، وبدونها يسقط العقد وتهتزّ معه المعاملة، ممّا يؤديّ إلى الإخلال بمصالح الأفراد المتعلّقة بهذا العقد.

والعقد في نظر الفقه هو "توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها ونتائجها"¹.

2- ورغم أهمية العقد ودوره الحيوي في الحياة العامة للأفراد²، إلّا أنّ المشرّع لم يأخذ على عاتقه تعريفه، واكتفى فقط بضبط أركانه بالفصل 2 من م 1 ع، ورثب جزاء البطلان في حال عدم احترام هذا الفصل والمسّ من قواعد إبرامه.

3- إنّ حقيقة اعتبار البطلان جزاء يُسلّط بسبب نقص في أركان العقد هو ما يميّزه عن جزاء الفسخ، فصحيح أنّ الجزاءين يُعدّمان الأثر القانوني للعقد، إلّا أنّهما يختلفان من حيث مجال التطبيق، فالفسخ يُنفذ على عقد صحيح كامل الأركان ولكنّ أحد أطرافه قد أخلّ بالتزاماته، أمّا البطلان فيتدخل في حال مخالفة الفصل 2 م 1 ع³. ببساطة، البطلان هو جزاء مرحلة الانعقاد، والفسخ جزاء مرحلة التنفيذ.

4- كما أنّ مجال انعدام آثار العقد الباطل ممتدّ، فهو يمسّ طرفي العقد والغير، وهو ما يشكّل نقطة الاختلاف بينه وبين عدم النّفاذ. فالعقد غير النّافذ هو عقد مشوب بعيب خفيف منتج لآثاره بين

¹ محمّد الزّين، النّظرية العامة للالتزامات: العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطّبعة الثّانية، 1997، ص 30.

² عماد المبروك، البطلان المطلق للعقد المدني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق بصفافس، صفاقس، 2008-2009، ص 3، فقرة عدد 3.

³ رضا بن كريم، البطلان التّسبي للعقد، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق بصفافس، صفاقس 2005-2006، ص 4 و5.

المتعاقدين، ولكن لا يُحتجّ به تجاه الغير⁴. ومثالنا على ذلك الفصل 450 م 1 ع والذي ينصّ على أنّ العقد غير ثابت التاريخ هو صحيح بين طرفيه، ولكن لا يُحتجّ به تجاه الغير⁵.

5- إنّ البطلان هو نظريّة قديمة تعود إلى القانون الرّوماني، وهو القانون الذي يُعرف بصرامته مع الشكليات، ويربط بذلك صحّة العقود بمدى احترامها للشكليّة اللاّزمة، فقد وضع تبعاً لذلك جزاء البطلان المطلق كلّما كان العقد مبرماً على غير الشّكل المقرّر له⁶، في مرحلة أولى، ثم أضاف العقود المحرّرة تحت تأثير العنف أو التّغدير⁷.

وتطوّرت هذه النظريّة في الفقه الفرنسي القديم، بالأساس مع رواد النظريّة التّقليديّة⁸ التي قسّمت البطلان إلى بطلان مطلق وآخر نسبي وذلك استناداً إلى خطورة الخلل الذي يعتري العقد: فكّلما كان الخلل جوهرياً متمثلاً في فقدان العقد إلى إحدى أركانه (والمتمثلة في الأهلية، الرّضا، المحلّ والسبب) أو افتقار العقد الشكلي إلى الشكليّة المطلوبة، يُبطل العقد بطلاناً مطلقاً وتُعدم آثاره. أمّا إن كان هذا الخلل أقلّ أهميّة من الأوّل، كأن يكون الرّضا معيباً، يُبطل العقد نسبياً⁹.

كما أضاف بعضهم جزاءً ثالثاً يسمّى الانعدام¹⁰، فيصبح العقد من قبيل العدم إن افتقد إلى ركن لا يمكن تصوّر العقد في غيابه، مثل الغلط في شخص المتعاقد¹¹. والعقد المعدوم هو عقد معدوم الوجود المادّي

⁴ رضا بن كريم، م س، ص 4 و 5.

⁵ محمّد الزّين، م س، ص 201، فقرة عدد 244.

⁶ عبد الرّزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظريّة العامّة للالتزامات، نظريّة العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطّبعة الثّانية، 1998، الجزء الأوّل، ص 602.

⁷ نور الدّين بالسّور، «المساهمة المفاهيميّة لمجلّة الالتزامات والعقود في مادّة الإخلالات التّعاقديّة» منشور في كتاب المؤيّة من مجلّة الالتزامات والعقود، كلّية القانون والعلوم السّياسيّة بتونس، تونس، 2006، ص 392، عدد 3.

Noureddine Bessrou, «L'apport conceptuel du C.O.C en matière des invalidités contractuelles» in Livre du centenaire du code des obligations et des contrats, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Tunis, 2006, page 392, n°3.

⁸ نتحدّث بالأساس عن الفقهاء "أوبري" و"رو"، "بورجون"... ذكرهم محمّد الزّين، م س، ص 205، فقرة عدد 251.

⁹ محمّد الزّين، م س، ص 205 و 206، فقرة 251.

¹⁰ انظر مثلاً "لورون" الذي قال: "لقد بيّنا الفرق بين الأعمال الباطلة، أي القابلة للإبطال، والأعمال التي يلقيها الفقهاء بالمعدومة، لأنّ ليس لهم وجود في نظر القانون، وبالتالي لا يرتّب لها القانون أيّ أثر. الأعمال الباطلة ترتّب دعوى بطلان. أمّا الأعمال المعدومة، فلا يمكن لنا منطقياً طلب إبطالها، لأنّنا لا نستطيع طلب بطلان المعدوم."

"Nous avons établi ailleurs la différence qui existe entre les actes nuls, c'est-à-dire annulables, et les actes que la doctrine appelle inexistantes, parce qu'ils n'ont pas d'existence aux yeux de la loi, en ce sens que la loi ne leur reconnaît aucun effet. Les actes nuls donnent seuls lieu à une action en nullité. Quant aux actes inexistantes, on ne peut logiquement en demander l'annulation, car on ne demande pas la nullité du néant. "

"لورون"، مبادئ القانون المدني الفرنسي، باريس، 1876، الجزء 18، ص 538، فقرة عدد 531.

والقانوني، وقد جيء بهذا الجزاء تجاوزاً لقاعدة لا بطلان بدون نصّ التي تجعل من بطلان بعض العقود أمراً مستحيلاً، منها عقود الزواج، وذلك لغياب نصّ قانوني يبطل مثل هذا النوع من العقود¹². ولكنّ هذا الجزاء قد أجمع تقريباً كلّ شرّاح العصر الحديث أنّ لا مصلحة قانونيّة تُذكر منه لتدخله مع مفهوم البطلان المطلق ولا استعماله كمرادف له¹³.

إلا أنّ مجد النّظرية التقليديّة للبطلان لم يدم طويلاً، إذ سرعان ما تعرّضت للنّقد اللاّذع وتأسّست على أنقاضها نظرية حديثة¹⁴ تفرّق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على أساس الشرط الذي تقرّر البطلان لغيبه، فإذا كان هذا الشرط يحمي النّظام العامّ، فإنّ البطلان يكون مطلقاً، وإذا كان يحمي مصلحة خاصّة فإنّ البطلان هنا يكون نسبياً.

6- إنّ هذا التّقسيم الثّنائي لدى فقهاء الغرب بين البطلان المطلق والبطلان النسبي لا أثر له في الفقه الإسلامي. إذ أنّ حتّى تسميات البطلان بمطلق ونسبي لم يعرفها القانون الإسلامي بمختلف مذاهبه، ذلك أنّه قد عرف تدرّجاً خاصّاً به في أحكام البطلان، قد لا نبالغ حين نقول بأنّه أفضل من ذلك الذي نجده لدى الغرب¹⁵.

وعلى الرّغم من أنّ الأحكام المتعلّقة بالبطلان لدى المسلمين كانت متفرّقة هنا وهناك باعتبار قيام نظامهم على الاستنتاجات وما يخلص إليه الفقهاء من مشاغل النّاس ومسائلهم دون أن تأخذ هذه الاستقراءات شكل نظرية عامّة مثل القوانين الأوروبيّة¹⁶، إلا أنّ الأحكام التي نجدها لديهم قد اتّسمت "بالدرج الدّقيق والمحكم في مراتب البطلان"¹⁷ والتي يمكن أن ترتقي لنظرية عامّة للبطلان تناهز وتتجاوز النّظريّات الأخرى في الأحكام والدّقة.

Laurent, *Principes de droit civil français*, Paris, 1876, tome 18, page 538, paragraphe n°531.

¹¹ محمّد الزّين، م س، ص 206، فقرة عدد 252.

¹² عماد المبروك، م س، ص 5، فقرة 12.

¹³ محمّد الزّين، م س، ص 207، فقرة عدد 252.

¹⁴ من أهمّ رواد النّظرية الحديثة نذكر: "جانبو"، "قودمي"، "دروغول"... ذكرهم الزّين، م س، ص 207، فقرة عدد 253.

¹⁵ يقول السنهوري أنّ "نظرية الجزاء في الفقه الإسلامي، أرقى في الصّناعة من نظيرتها في الفقه الغربي". ذكره عبد المجيد الرّزوقي، أحكام الغلط، دراسة في المنهجية التشريعية، دار الكتب العلميّة، بيروت، 2010، ص 444، هامش عدد 1113.

¹⁶ أحمد شكري السّباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاف، الطبعة الثانية، ص 79.

¹⁷ عبد المجيد الرّزوقي، م س، ص 443، فقرة عدد 339.

وتتجلى هذه الدقة في تعدد مراتب البطلان وترتيبها وتسلسلها من العقود الأخطر إلى الأسلم. فالعقد لدى الفقهاء الإسلاميين هو إما صحيح أو غير صحيح. وبين الصحة وانعدام الصحة مراتب: فالعقد يكون إما باطلاً، أو فاسداً، أو موقوفاً، أو نافذاً أو لازماً¹⁸.

والعقود الباطلة والفسادة هي العقود غير الصحيحة. أما البقية فهي عقود صحيحة: فيكون العقد موقوفاً، أو نافذاً غير لازم. أما العقد الجامع بين النفاذ وال لزوم هو العقد الذي يتمتع بالصحة المطلقة.

بالنسبة للعقود غير الصحيحة، أولها العقد الباطل، هو ذلك الذي يفتقر إلى أحد أركان العقد السبعة وهي: الإيجاب والقبول (التراضي)، اتحاد مجلس العقد، تعدد العاقد، التمييز أو العقل، محل مقدور التسليم، محل معين أو قابل للتعيين ومحل صالح للتعامل فيه أي مال مملوك¹⁹.

أما المرتبة المالية في عدم الصحة هي مرتبة الفساد، وهي المرتبة التي لم تنل إجماع الفقهاء المسلمين، ذلك أنّ الجمهور لم يقل بمرتبة الفساد ولا يفرق بينها وبين مرتبة البطلان، على عكس الأحناف الذين قالوا بها²⁰.

والفساد لدى الأحناف يتعلّق بخلل يهّم الوصف، إذ أنّ العقد كامل الأركان لا بطلان فيه ولكن حتّى تكتمل شروط صحته ويتجنّب جزاء الفساد، يجب أن تكون الأوصاف المكملّة للأركان كذلك متواجدة. وتتمثّل هذه الأوصاف في خلوّ الرضا من الإكراه، وهو ما يكمل ركن العقل، ووصف الخلوّ من الغرر مكمل لوجود المعقود عليه، ومكمل أيضاً للتعيين وقابليّة التعيين، ووصف خلوّ التسليم من الضرر متمم لركن محلّ مقدور التسليم، أما الركن الأخير وهو أن يكون المحلّ صالحاً للتعامل فيه يجب أن يكمله وصف الخلوّ من الشرط الفاسد والخلوّ من الرّبا. وبالتالي فإنّ غياب أحد الأركان هو مبطل للعقد، أما غياب إحدى هذه الأوصاف، بالنسبة لمن يقول بالفساد أي الأحناف، مفسد للعقد²¹.

أما في ما يتعلّق بالعقود الصحيحة، نجد العقد الموقوف، وهو ذلك العقد الذي أبرم صحيحاً ولكنّه موقوف النفاذ لافتقاره إحدى عناصر النفاذ وهي الملك أو الأهلية، ويستوجب إجازة من المالك الحقيقي أو الولي حتّى يحقق آثاراً.

¹⁸ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الجزء الرابع: نظرية السبب ونظرية البطلان، ص 88.

¹⁹ عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 89.

²⁰ عبد المجيد الزروقي، م س، ص 385.

م س، ص 384.²¹

وأخيرا العقد النافذ غير اللازم، هو العقد الذي صدر صحيحا كامل الأركان، ولكنه ليس من قبيل العقود الملزمة، إذ يمكن لأحد المتعاقدين أن يرجع في التزامه دون أن تتوقف على إرادة الطرف الآخر، مثل عقد الهبة.

7- إن دراسة البطلان في القانون الإسلامي ومقارنته بالبطلان في النظام الغربي قد أبرزت لنا أن فكرة الاقتصار على البطلان المطلق والنسبي غير كافية، ذلك أن العديد من حالات البطلان لم تجد مكانتها بينهما وبقيت تتأرجح بين هذا وذاك، وكلُّ يؤول حسب منظوره الشخصي، ومن هنا تتأتى قيمة درجات البطلان في الفقه الإسلامي والإحكام في التدرج بين مختلف مراتبه، والتي فوّتت المجالات المدنية العربية ومنها مجلة الالتزامات والعقود التونسية على نفسها تبني هذه الأحكام وتوفير مشقة البحث عن جزاء مناسب لبعض الحالات المستعصية²²، ذلك أنها قد حافظت على ولائها للقانون الفرنسي واكتفت بعدم معارضة أحكام القانون الإسلامي دون الأخذ منه.

8- ولعل ما جعلنا نؤمن أكثر بأن نظرية البطلان في القانون التونسي قد أخذت من القوانين الغربية واكتفت إلى الإشارة إلى القانون الإسلامي، هو العودة إلى أصل الفصول المنظمة للبطلان، ونعني بذلك الفصل الأول من العنوان السادس من مشروع م ا ع، أي مشروع "سانتيلانا"، وهو المجلة المدنية والتجارية المؤرخة في 1899.

ولقد عالج المشروع مسألة البطلان المطلق من الفصل 372 إلى 376، أما البطلان النسبي فتناوله في الفصول من 377 إلى 385.

وحتى نتحقق من حقيقة القانون الذي أخذ عنه المشرع، نعود مثلا إلى الفصل 372 من المشروع المذكور، أصل الفصل 325 من م ا ع، حيث نجد أن محرري المجلة قد أشاروا إلى المصادر التي استمد منها الفصل، وذلك عبر الحاشية التحتية والجانبية.

فبالنسبة للحاشية الجانبية فإنها تُحيلنا على القانون الإسلامي، بالأساس المذهب الحنفي: مثال الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار لمحمد بن علي الحنفي الحصكفي، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان لمحمد قدري باشا، ابن نجيم، وأخيرا مجلة الأحكام العدلية، وهي تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني والمؤرخة على مذهب أبي حنيفة النعمان.

²² عبد المجيد الزروقي، م س، ص 440.

أما بالنسبة للحاشية التحتية فإنها تحيلنا إلى القانون الروماني من خلال الاستناد إلى "ديجاست"، إضافة إلى القانون الفرنسي القديم من خلال "أوبري" و"رو" و"لورون". وحيث نعلم أن هؤلاء الفقهاء الفرنسيين هم من رواد النظرية التقليدية²³، وهو أمر منطقي ذلك أن النظرية التقليدية هي النظرية الوحيدة التي جاء بها القانون الفرنسي زمن وضع المجلة المدنية والتجارية، باعتبار أن هذه الأخيرة قد وُضعت في أواخر القرن 19، أما النظرية الحديثة فقد جيء بها في أوائل القرن 20، فمن الطبيعي أن تكون الأحكام المستمدة من القانون الفرنسي لا تتعلق سوى بالنظرية التقليدية.

وبالرجوع إلى هذه المراجع المذكورة، نتأكد أن المشرع منذ وضع المجلة المدنية والتجارية لسنة 1899 قد نقل عن القانون الفرنسي، ولعل أهم دليل على هذا النقل يبقى تبني التقسيم الثنائي للبطلان واستعمال عبارات (مطلق/نسبي) والتفريق بينهما حسب درجة خطورة الخلل في العقد²⁴، الأمر الذي لا نجده في الفقه الإسلامي الذي رأينا أن درجات البطلان فيه أعمق وأكثر، فالإشارة إلى الفقه الإسلامي في حاشية الفصل المذكور لم تكن للدلالة على الأخذ منه بل لإثبات عدم تعارض أحكام البطلان معه²⁵.

وحافظ المشرع على فصول المشروع عند وضع مجلة الالتزامات والعقود، وهو ما يؤكد لنا نهائياً أن روح تقسيم مجلة الالتزامات والعقود إنما هو مأخوذ من القانون الفرنسي القديم²⁶، حيث نجد العنوان

²³ بالنسبة "لأوبري" و"رو": أشار محمد الزين إلى انتمائهما إلى النظرية التقليدية في الحاشية عدد 13 من المرجع السابق، ص 204، الفقرة 250.

وبالنسبة "لورون"، هو أيضاً من رواد النظرية التقليدية وبالأساس من مؤيدي إضافة العقود المعدومة، انظر الحاشية عدد 10 من الفقرة 11.

²⁴ محمد الزين، م س، ص 210، فقرة عدد 258.

²⁵ هذا الأمر أشار عليه الأستاذ عبد المجيد الزروقي حين قال: "يخلص مما سبق أن نية واضعي الفصل 372 من المشروع المراجع قد اتجهت إلى الأخذ من فرنسا ومن إيطاليا. لذا لا يجب الالتفات إلى مراجع الفقه الإسلامي إلا بوصفها قد وُضعت من طرف "سانتيلانا" لكي يتبين أن الحلول المتبناة تشبه ما جاء بذلك الفقه."

عبد المجيد الزروقي، م س، ص 359.

كما أكد مصطفى محمد الزرقا على وجه التشابه بين الفقه الإسلامي والقانون الغربي حين قال: "فأما البطلان المطلق، فنظريته لديهم متفقة مع نظرية البطلان في الفقه الإسلامي بالفكرة والقواعد والأسباب والنتائج، حتى لتكاد تكون نسخة طبق الأصل عما في الفقه الإسلامي."

ذكره أيضاً عبد المجيد الزروقي، م س، ص 375.

²⁶ قال الأستاذ محمد الزين في هذا الصدد "لم يتأثر المشرع التونسي في الواقع إلا في القليل النادر بنظام البطلان في الفقه الإسلامي بالرغم من وسع نظامه والدقة التي تميزه."

محمد الزين، م س، ص 204، فقرة عدد 250.

كما يقول أيضاً (م س، ص 210، فقرة عدد 258): "لقد تأثر المشرع التونسي بالنظرية التقليدية، بل كرسها صراحة لما فرّق عند عرضه لمختلف حالات البطلان بين البطلان المطلق والبطلان النسبي..."

السادس من الكتاب الأول والذي يُعنى ببطلان الالتزامات وفسخها مقسّم إلى باب بطلان الالتزامات والذي يهتم البطلان المطلق، ثم باب فسخ الالتزام والمقصود به البطلان النسبي²⁷.

9- ونتبيّن تعريف البطلان المطلق من الفصل 325 م 1 ع من خلال آثاره المذكورة، فهو البطلان الذي بمقتضاه ينتهي العمل بالالتزام" ولا يترتب عليه شيء إلا استرداد ما وقع دفعه بغير حقّ بموجب ذلك الالتزام."

أما بالنسبة للبطلان النسبي فهو ذلك البطلان الذي يعبر عنه أحد الفقهاء "بالصحة المؤقتة"²⁸، فيمكن أن نعتبره أقلّ خطورة من الأول، إذ أن العقد الباطل نسبياً يأخذ محلّه بين العقد الصحيح الذي استوفى أركانه وشروط صحّته وبين العقد الباطل مطلقاً الذي لا عمل عليه مطلقاً لغياب ركن من أركانه، أو في حال حكم القانون بذلك، فهو ذلك العقد الذي له وجود قانوني ومنتج لكل آثاره إلى أن يطالب ببطلانه المتعاقد الذي له مصلحة من ذلك لإحدى الحالات المحددة في الفصل 330 م 1 ع وهي نقص الأهلية، عيوب الرضا، السكر المغير للشعور والغبن²⁹.

10- إنّ تعدّد الحالات التي يتدخل فيها جزاء البطلان وتدرّجها بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، قد أثّرت على مجال المطالبة بهما، فمن جهة أولى، يمكن لكلّ من له مصلحة أن يطالب بالبطلان المطلق، ومنهم، إلى جانب الأطراف بطبيعة الحال: الورثة، الخلف الخاص، الدائنون... أما بالنسبة للبطلان النسبي، فإن الطرف المتضرر من العيب الموجب للبطلان هو فقط من له الحقّ في القيام به³⁰، ومن هنا جاءت تسميته بالنسبي لأنّه يهتم بعض الأشخاص فقط³¹. فمجال المطالبة بالبطلان المطلق موسّع، ومجال المطالبة بالبطلان النسبي ضيق.

11- إنّ الحاجة الملحة إلى الحفاظ على هذه المصالح وحمايتها من كلّ ما يمكن أن يعرّك استقرارها قد دفعت بالمشرّع إلى التخفيف من حدّة هذا المآل وذلك عن طريق فتح مجال التدارك.

²⁷ نور الدين بالستور، مقال سابق، ص 405.

²⁸ "أوجين قودمي"، النظرية العامة للالتزامات، نشره "دوبوا" و"قودمي"، باريس، سيراى، طبعة أخرى للطبعة المنشورة في 1937، 1965، ص 143.

Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publiée par Debois et Gaudemet, Paris, Sirey, réimpression de l'édition publiée en 1937, 1965, page 143.

²⁹ رضا بن كريم، م س، ص 10.

³⁰ محمّد الزّين، م س، ص 220.

³¹ عبد المجيد الزّروقي، م س، ص 412.

ولكن ينبغي التّنبه في البداية إلى أنّ التّدارك هنا لا يعني تجاهل البطلان بتجاهل مبررات الإبطال ومواصلة العمل بالعقد الباطل، ذلك أنّ هذا الأمر يعدّ مساساً من القواعد العامّة للجزاء المدني التي جاءت بجزاء البطلان لحماية شروط تكوين العقود، ممّا يخلق الفوضى على مستوى إبرام العقود ويفتح مجال التعسف على الأطراف الضعيفة.

فالتّدارك هنا يعني العلاج والإصلاح إلى حدّ الإنقاذ، يسمح لنا بتفادي البطلان من خلال إدخال تعديلات مختلفة على العقد الباطل والتي تجعل منه قابلاً للدّخول في دائرة التّعامل، تتراوح هذه التّعديلات بين إضافة النّواقص وإزالة الرّوائد وتقديم تنازلات... فالطّرق عديدة ومتشعبة والنتيجة واحدة: تدارك العقد الباطل.

ولكنّ التّساؤل هنا يتّجه إلى مدى قابليّة البطلان للتّدارك، باعتبار أنّ الفكرة العامّة التي تسود المنطق القانوني هو أنّ البطلان هو جزاء تهديمي كلّما حلّ على عقد أسقط العمل به كلّه وجعله كأنّه لم يكن، وحتّى إن ترنّبت عنه آثار فإنّه يسلبها منه، وهو ما يُنهي الوجود القانوني للتّصرف القانوني³² بصفة عامّة، الأمر الذي يصعب على القارئ فكرة إمكانية تجاوز كلّ هذه الآثار وإعادة إحياء العقد من جديد.

12- وأبعد من ذلك، بات ضروريّاً أن نبحث عن مدى تأثير التّفرة بين البطلان النّسبي والبطلان المطلق في تطبيق آليات التّدارك. إذ وبالترّدد في صفحات المجلّة، نجد أنّ المشرّع قد ضمّن من جهة أولى في جزء البطلان المطلق من مجلّة الالتزامات والعقود بعض الآليات التي تسمح بإنقاذ هذا العقد من الهلاك كمواصلة العمل به تحت غطاء عقد آخر. كما ضمّن من جهة ثانية آلية أخرى لتدارك البطلان النّسبي للعقد، وتتمثل في تخلي من له حقّ المطالبة بالبطلان عن حقّه. ولكن لسائل أن يتساءل عن مدى التصاق هذه الآليات بأنواع البطلان المرصودة لها.

بعبارة أخرى، هل يمكن تطبيق الآليات الموجودة في باب البطلان المطلق على البطلان النّسبي والعكس بالعكس، وبذلك نتدارك البطلان المطلق بنفس طريقة تدارك البطلان النّسبي، أم هل أن كلّ آلية تُطبّق على نوع البطلان المحدّد لها. والأمر يغدو محيراً أكثر بالنّظر إلى تطابق الآثار بين البطلانين، وباعتبار أنّ التّدارك يرمي إلى محو هذه الآثار، فيمكن القول حينئذ باشتراكهما في وسائل التّدارك.

³² أحمد الورفلي، «تدارك البطلان من خلال أحكام م ا ع»، مجلّة القضاء والتّشريع، العدد 2، فيفري 1999، ص 99.

13- إنّ الحلّ سهل الوصول إليه في هذه الوضعية، فبالنظر إلى خطورة جزاء البطلان المطلق والذي يمكن لكلّ من له مصلحة من المطالبة به وذلك حماية للمصلحة العامة، وبالتالي فإنّ المشرّع قد وسّع من مجال تطبيقه عن قصد تعزيزا لمكانة الوضعيات التي يحميها، إذن فمن غير المنطقي أن يوسّع المشرّع من مجال إنفاذ العقود المشوبة بمثل هذا النوع من البطلان.

أمّا بالنسبة للبطلان النسبي، فمعلوم أنّه جزاء أقلّ حدّة من الأول يطبّق على الخلل الأقلّ خطورة ويمكن المطالبة به من طرف المتعاقد المتضرّر من العقد لا غير وذلك حماية لمصلحة خاصة، فيمكن حينئذ للمشرّع أن يقبل بالتوسع في مجال تدارك العقد الباطل بطلانا نسبيا لضيق المصلحة المحميّة بمقتضاه.

من ذلك نتبين أنّ آليات الإنفاذ المرصودة لتدارك العقد الباطل بطلانا مطلقا يمكن أن تطبّق على العقود الباطلة نسبيا، ولكنّ العكس لا يستقيم وذلك لخطورة العيب المتسبّب بالبطلان المطلق ولاعتبار هذا الأخير جزاء يحمي النظام العامّ لا يمكن التوسع في تطبيق أحكامه.

وبناءً على ذلك، العقود الباطلة لا تحقّق أيّ أثر بصفة عامّة، فالعقد الباطل مطلقا لا يترتّب عنه أيّ أثر منذ البداية، أمّا العقد الباطل بطلانا نسبيا فلا يحقّق أثرا إن وقعت المطالبة به، وهذا الأثر هو مثل ما نعرف أثر تهديمي للعقد بصفة رجعية، فلا عمل على العقد الباطل في المستقبل، ويقع استرداد ما تحسّل عليه الطرفان بموجب هذا العقد في الماضي ويعودا بالتالي للحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، وهو ما يمثل مبدأ من مبادئ نظرية الالتزامات.

14- إنّ هذا الأثر التهديمي هو ما يبرّر بحث القانون عن السبل التي تكفل المحافظة على الرابطة التعاقدية عبر إنقاذها من البطلان. إذ أنّ هذا الجزاء قد أبرز عبر تطبيقه بصفة مطلقة صدامه مع العدالة³³، ذلك أنّه يزعزع استقرار المراكز القانونية المستقرّة والمعاملات التي ليس من مصلحتها أن يقع المساس بها وخاصة إبطال العمل بها.

³³ صفاء النقي، إجازة العقد الباطل، مذكرة لنيل شهادة ماجستير بحث في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، سوسة، 2012-2013، ص 1.

ولعلّ أبرز مثال قدّمه الفقه حول جسامه الضّرر الذي يسبّبه البطلان وأثره التّهديمي هو بطلان عقد الزّواج وعقد الشّركة، فمثل هذا الجزاء القاسي من شأنه أن يحطّم أسرة بأكملها أو شركة بمؤسّسيها وعمّالها وحرّفائها³⁴.

وأخذا بعين الاعتبار أهميّة هذه المؤسّسات والمصالح وضرورة المحافظة عليها أكثر من تلك التي تسعى التّشريعات إلى حمايتها عبر تطبيق البطلان آلياً³⁵، نجد منذ القدم بصيصاً من نور الإنقاذ وسط ظلمات البطلان³⁶ وذلك من خلال توخّي جملة من الطّرق والأساليب تُعدّ الملجأ الأنسب لتجنّب البطلان، أو على الأقلّ التخفيف من حدّته.

ولمّا كان البطلان هو الجزاء "العادي والمُطبّق"³⁷ عند اختلال توازن العقد، وإيماناً بأنّه جزاء خطير من حيث نتائجه "المُعْدمة" للرّابطة التّعاقديّة اقتصاديًّا واجتماعيًّا³⁸، في الماضي وفي المستقبل، واعترافاً بأنّ كل ما هو في الحياة لا يقوم دائماً على الصّحة المطلقة، فإن السّعي نحو التّكريس التّشريعي لآليات تسمح بتدارك بطلان العقد على مرّ العصور ولدى أغلب التّشريعات هو سعي محمود، وذلك للمحاولة الجديّة في البحث الدّعوب عن طريقة للتّخفيف من حدّة هذا الجزاء وأثره المُعْدَم للعقود.

15- إلّا أنّ هذا التّكريس يبقى منقوصاً بالنّسبة للقانون التّونسي، ذلك أنّ المشرّع اقتصر على البعض من النّصوص القانونيّة العامّة والغامضة مع محافظته على الصّمت في عديد المسائل، وهو ما دفع بالفقه إلى التّدخّل لمزيد التّعقّق فيها وكشف خفاياها ومحاولة إزالة اللّثام عن موقف المشرّع.

³⁴ نور الدّين بالسّرور، جزاء قواعد نشأة العقد والإبقاء على العلاقة التّعاقديّة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، تونس، 2001، ص 26، فقرة عدد 27.

Noureddine Bessrou, *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, page 26, n°27.

³⁵ صفاء النّقي، م س، موضع سابق.

³⁶ أحمد الورقلي، م س، ص 103.

³⁷ نور الدّين بالسّرور، م س، ص 2، فقرة عدد 3.

³⁸ آمال سليم، تحوّل العقد الباطل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والاستثمارات، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، تونس، 2006-2005، ص 1.

ورغم هذه المهمة التي وجد الفقه نفسه مكلفاً بها، إلا أنّ الكتابات الفقهية، باستثناء البعض منها³⁹، لم تكن كافية في مسألة تدارك بطلان العقد، فعوض أن يكون التوسيع في مجال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالآليات الإنقاذ محطّ اهتمام الفقهاء، انصبّ تركيز جُلّهم، العرب منهم والغرب، على بيان النظام القانوني للبطلان والتعمق في فهمه وتفسيره وتبيان حالاته، دون تمكين وسائل الإنقاذ من المكانة التي تستحقّها في دراساتهم، فبقي التعرّض إلى آليات التدارك تعرّضاً سطحياً لا يرتقي ليشكّل نظرية عامة، فالخوض فيها عادة ما نجده مقتصر على جملة من الفقرات المبعثرة تحت عناوين عامة⁴⁰.

كما لم يتفق الفقهاء فيما بينهم حول مفاهيم ومضامين هذه الآليات. فكلّ فقيه يستعمل عبارة مختلفة عن الآخر للدلالة على نفس الآلية، ولم يتفقوا أحياناً حول مجال انطباق كلّ آلية، أي مجال البطلان المطلق أو النسبي⁴¹.

وأبعد من ذلك، هناك حتّى من ذهب إلى تجاهل وسائل الإنقاذ خاصّة في ما يتعلّق بالبطلان المطلق ودعا إلى عدم التهاون في تطبيق هذا النوع من البطلان. فيقول الأستاذ أحمد الورفلي في هذا الصدد: "... وطالما أنّ البطلان المطلق هو جزاء للمسّاس بالنظام العامّ التوجيهي، أي بالسياسة التشريعية والقواعد الأساسية التي تسود المجتمع وتحفظ المصلحة العامة، فإنّ منطق الأمور يقتضي عدم كفاية تراضي الأطراف أو سواهم ليصحّ التصرّف ذلك أنّ للبطلان سبب خارج عن إرادة أولئك الأطراف، هو إرادة القانون. فلا تحصل الإجازة إلّا بالقانون... العقد الباطل بطلانا مطلقاً هو حطام لا يصلح لشيء، ولا يصبح شيئاً متى أضيفت إليه مكوّنات أخرى.⁴²"

إنّ ما جاء به الأستاذ الورفلي سليم ويمكن أن يُتفق معه في ما يتعلّق بالمصلحة التي يحميها البطلان المطلق وحقيقة كونه جزاء مصدره إرادة القانون.

ولكن نفس هذا القانون قد حاول قدر المستطاع، من خلال التّخفيف من شدّة هذا الجزاء، حماية مصلحة أعظم من تلك التي يحميها البطلان المطلق، كلّ ذلك دون المسّاس من قواعد تكوين العقد، وبالتالي لا

³⁹ نتحدّث هنا عن أطروحة نور الدين بالسّور التي أتت بمحاولة فقهية للمحافظة على الرّابطة التعاقدية، كذلك مذكرة ياسين فارح والمتعلّقة بتقوية العقد الباطل عبر القانون العامّ للبطلان.

⁴⁰ مثال: محمّد الزّين: الفرع الثاني من الفصل الثاني مخصّص لانقراض حقّ القيام بالبطلان، ولكنه لا يشمل كلّ آليات الإنقاذ. انظر محمّد الزّين، م س، ص 225.

نفس الأمر نجده في مثال آخر لدى الأستاذ محمّد محفوظ: دراسة إنقاذ العقد الباطل كعنصر تحت عنوان اتحاد الآثار. انظر محمّد محفوظ، م س، ص 258، مع تناول آلية أخرى خارج هذا العنوان وكلّّها لا ترمي أيضاً إلى إنقاذ العقد الباطل (انظر ص 252).

⁴¹ نتبيّن هذا الأمر بالتّقدّم في صفحات المذكرة، فنجد أن الاختلاف حول المفردات موجود في كلّ آليات الإنقاذ.

⁴² أحمد الورفلي، م س، ص 111 و 112.

يُتفق مع ما قيل حول عدم قابلية البطلان المطلق للإنفاذ، وهو ما سنتبينه أكثر مع دراستنا لكل آلية تدارك على حدة.

16- هذا التهميش التشريعي والفقهى لم يبقى دون تأثير على فقه القضاء، إذ لا يتوانى القضاة في الغالب عن تطبيق جزاء البطلان وإجهاض كامل الرابطة التعاقدية كلما تُعرض أمامهم قضية متعلقة ببطلان عقد، خاصة البطلان المطلق، إذ يذهب فقه القضاء أحيانا إلى الحكم في وضعيّة هي في الحقيقة باطلة بطلانا نسبياً، ولكن اعتبارها باطلة مطلقا وبالتالي منع إنقاذها وحرمان أصحاب الحق في ذلك⁴³. كلّ هذا بتعلّة حماية المصالح العامة، دون البحث في إمكانية تفادي هذا الجزاء أو على الأقلّ التخفيف من أثره السلبي.

وهذا أمر مُستغرب نظرا للأهمية الاقتصادية والاجتماعية التي يطرحها تدارك بطلان العقد خاصة في ما يتعلّق بالمحافظة على الرابطة التعاقدية، ذلك أنّ وقف العمل بالعقد واندثار الرابطة التعاقدية يمثل خسارة اقتصادية هامة بسبب الأثر الرجعي للبطلان واسترداد ما اكتسبه الطرفان بمقتضى العقد الباطل، هو ما يؤثّر على المعاملات القائمة قبل البطلان، فإعمال البطلان على إطلاقه لم يعد يواكب التوجّه الاقتصادي الذي من متطلّباته تحقيق نوع من الاستقرار التعاقدى، وبالتالي بات تطبيق البطلان بحديثاته التقليدية لا يتناسب والعصر الحالي، وصار البحث عن طرق تفاديه أمرا ملحا⁴⁴.

17- ويُعدّ بذلك تدارك بطلان العقد المتنقّس الوحيد من وحشة البطلان، لأنّه يبعث الروح من جديد في العقد المحكوم عليه بالإعدام، ممّا يجعل المتعاقدين يتشبّثون بعقدهم من جديد بعد ما فقدوا الأمل في استمرار العمل به، وهو ما سيحافظ على الأوضاع المستقرّة ويعرّز مكانة الأعمال القانونية.

وبهذا المعنى، فإنّ دراسة تدارك بطلان العقد هي في الحقيقة بحث معمّق عن الوسائل والآليات التي من شأنها أن تنفّذ قدر الإمكان الأثر السلبي للبطلان، كلّ ذلك دون تجاوز القانون وتجاهل إخلالات تكوين العقد والمساس من المصالح المحميّة بمقتضى البطلان. وفي ذلك سعيّ نحو تحقيق المعادلة

⁴³ "كما أنّ القاضي يعتمد أحيانا إلى حرمان بعض الأشخاص من القيام بإجازة عقد ما معتبرا أنّ الأمر يتعلّق ببطلان مطلق لا يقبل الإجازة فيما أنّ البطلان في الواقع هو بطلان نسبي وبالتالي العقد قابل للإجازة وهو ما يؤدّي إلى ضياع حقوق المتقاضين. وهو ما جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 36434 مؤرّخ في 3 أكتوبر 1995: "وحيث أنّ قول محكمة الموضوع بأنّ العقد باطل لخلوّه من الرخصة والحال أنّه حذف العمل بها بالنصوص المبيّنة أعلاه فيه خرق للقانون موجب للنقض."

صفاء النّقي، م س، ص 8 و9.

⁴⁴ م س، ص 7.

الصعبة والمنشودة بين تحقيق الاستقرار التعاقدى والمحافظة على القواعد العامة التي جاء البطلان حماية لها.

18- وفي غاية الموازنة بين هذين المطلبين، بات ملحا اليوم في القانون التونسي أن نأتي على الأنظمة القانونية لآليات تدارك بطلان العقد بطريقة مفصلة لما في ذلك من حماية مضاعفة للروابط التعاقدية والأوضاع المستقرة.

الأمر الذي سيدفع بنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف يمكن تدارك بطلان العقد والتضييق في مجال انطباقه مجازاً لمتطلبات الاستقرار التعاقدى وسعياً للتحقيق الكلي له؟

19- يتحقق تدارك بطلان العقد من خلال التحكم في مفعول البطلان: وهذا التحكم يكون بطريقتين: الأولى من خلال جعل مفعول البطلان يمسّ الجزء الباطل فقط من العقد، والثانية من خلال إزالة مفعول البطلان عن العقد الباطل بأكمله.

فإن اقتصر البطلان على جزء فقط من العقد، اقتصر بالتالي مفعوله على هذا الجزء الباطل مع الإبقاء على الجزء المتبقي الصحيح، ذلك أن لا فائدة تُذكر من إجهاض كامل الرابطة التعاقدية جرّاء خلل جزء منها فقط، وهو ما يعبر عنه بالبطلان الجزئي، الجزء الذي يحافظ على العقد الباطل، متغيراً في تركيبته ولكنّه محقق لأهدافه، وهو ما يكرّس هدف استقرار العقود.

أما إن تسلّط البطلان على كامل العقد، وهو ما نعبر عنه بالبطلان الكلي الذي يطال كامل العقد، يجيز لنا القانون حينئذ أن نزيل مفعوله عن العقد كلّ من خلال الاعتماد على آليات تلحق العقد الباطل لتتقذه وتمكّن من الحفاظ عليه وكأنّه انعقد صحيحاً، وفي ذلك محاولة فعلية نحو تحقيق الاستقرار التعاقدى، والذي قد يختلف مدى تحقيقه من آلية لأخرى. ويتمّ هذا الأمر من خلال إنقاذ ما أمكن إنقاذه من العقود الباطلة كلياً ومهما كانت خطورة درجة البطلان.

20- كلّ ما قيل يعطي لنا جزأين، نتناول في الأوّل تدارك بطلان العقد عبر اقتصار مفعوله على الجزء المعيب، أمّا الجزء الثاني فسيكون محوره تدارك بطلان العقد عبر إزالة مفعوله عن كامل العقد.

الجزء الأول

تدارك بطلان العقد عبر اقتصار مفعوله على الجزء المعيب

21- إنَّ أوَّلَ تساؤلٍ يتبادر للأذهان عند الحديث عن خللٍ أصاب جزءاً من العقد، هو أيّ جزءٍ سيناله هذا العقد؟ الإجابة البديهية هنا هي عادة ما ستكون أنَّ هذا الجزء هو بطلان العقد واندثاره كأنَّه لم يكن.

إلاَّ أنَّ المشرَّع - تقادياً لهذا المصير- قد رصد في هذا الصَّدَد بعض التَّقْنِيَّات التي تمنح أطراف العقد فرصة التَّخَلُّص من هذا الجزء المعيب وتنفيذ العقد في إطار القانون.

فبطلان جزء ما لا يعني بالضرورة تسلُّط هذا البطلان على كامل العقد كأنَّه لم يكن، إذ كما بيَّنا سابقاً، إن كان المشكل لا يهَمُّ إلاَّ جزءاً معيَّناً من العقد، يمكن إبطال هذا الأخير فقط مع الحفاظ على البقية، وهو ما يعبَّر عنه بالبطلان الجزئي.

22- والبطلان الجزئي لغة⁴⁵ هو الانتقاص في الحظِّ، انتقص الشيء أي انتقص حَقُّه، والنقيصة العيب والوقية من النَّاس، والفعل انتقص وكذلك انتقاص الحق⁴⁶، أو هو الفساد وسقوط الحكم، فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة⁴⁷.

وبالفعل، يتخلَّى الأطراف عن العمل بالجزء المعيب من العقد مع الإبقاء على البقية بمقتضى البطلان الجزئي، وهو عكس البطلان الكلي الذي يتسلَّط على كامل العقد ويبطل العمل به برمته. ولكنَّه، على عكس ما جاء في التعريف اللُّغوي، يحتوي على حالات أشمل من انتقاص العقد فقط، الأمر الذي سنأتي عليه لاحقاً.

23- يعتبر الفقه أنَّ البطلان الجزئي هو مبدأ عامٌ مستقلٌّ بذاته ويتساوى من ناحية أهميته مع مبدأ البطلان الكلي، إلاَّ أنَّ المشرَّع التُّونسي لا يزال يعتبر البطلان الجزئي مجرد استثناء للبطلان الكلي رغم الأهمية التي يحضُّ بها⁴⁸، والدليل على ذلك الفصلان 326 و327 م 1 ع، إذ يعتبر أنَّه، ولئن كان من المبدأ أن يكون بطلان الالتزام الأصلي مبطلٌ للتَّوابع، فإنَّه قد أقرَّ استثناءً لذلك ممَّا يقتضيه نوعها.

⁴⁵ علي حسن كاظم، «البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية الانتقاص»، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، شباط 2019، عدد 42، جامعة بابل، العراق، ص 1533.

⁴⁶ ابن منظور، لسان العرب، مجمع التحقيق اللُّغوي، دار صادر، بيروت، 2006، ص 299.

⁴⁷ فرج علوان هليل، البطلان في قانون المرافعات المدنية، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 9.

⁴⁸ مصطفى المكي، «خواطر نقدية حول قانون البطلان في القانون الخاص للعقود»، الجزء في القانون الخاص، منشور في ملتقى بجامعة تونس، من 8 إلى 11 ديسمبر 2005، صفحة 7.

أو القانون وهو إحدى أوجه البطلان الجزئي، كما أنّ بطلان جزء من العقد يبطل الكلّ إلا إذا أمكن التّخلي عن الجزء الباطل ويستمرّ بصورة عقد خاص، وهو وجه آخر للبطلان الجزئي⁴⁹.

24- إنّ الفصول 326 و327 من مجلّة الالتزامات والعقود في مشروع المجلّة، والمسمّاة بالمجلّة المدنية والتّجاريّة التّونسيّة والمؤرّخة سنة 1899، قد كانا الفصلين 373 و374 على التّوالي، وبالعودة لهذه المجلّة نلاحظ أنّ مؤرّخيها اعتبروا أنّ أصول هذه الفصول تعود للقانونين الإسلامي والفرنسي، الأمر الذي جانب الصّواب لأنّ الشّراح الفرنسيين المُعتمدين في هذه المسألة لم يدرسوا نظريّة البطلان الجزئي بطريقة شافية ووافية بل اقتصرّت دراساتهم إلى التّعرّض فقط لبعض الحالات الخاصّة⁵⁰.

ويجد هذا الرّجوع الأوتوماتيكي إلى التّشريع الفرنسي والإسلامي تبريره في أنّ أعضاء لجنة تحرير المجلّة المدنية والتّجاريّة التّونسيّة غالبا ما اعتبروا هذين التّشريعين أصل الحلول لكلّ المعضلات⁵¹.

فالحاشية التّحتيّة للفصل 374 من المجلّة المدنية والتّجاريّة، تحيلنا إلى الفقيهين "أوبري" و"رو"⁵²، وبالعودة إلى المرجع المذكور نجد أنّهما قد تعرّضا -بالفعل- إلى مجرّد حالة للبطلان الجزئي دون بسط قاعدة عامّة له. تتمثّل هذه الحالة في إبرام عقد يكون موضوعه أشياء موجودة وأشياء سوف توجد في المستقبل من خلال تركة مستقبلية، وذلك تحت ثمن جملي يجمع الموضوعين. وبما أنّ التّركة المستقبلية هي أمر لا يمكن التّعاقد عليه، فإنّ العقد بأكمله يبطل. إلا أنّ هذا البطلان يمكن أن نتفاداه إذا قبل المستفيد من العقد أن يكون الثّمن المتفق عليه يهمّ الأشياء الموجودة، مع التّنازل عن ربحه الحاصل من التّركة المستقبلية⁵³.

⁴⁹ فصل 326 م 1 ع: "إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك وبطلان الالتزام التّابع لا يترتّب عليه بطلان الأصل."

فصل 327 م 1 ع: "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمرّ بصورة عقد خاص."

⁵⁰ من بين هؤلاء الفقهاء، حسب نور الدّين بالسّور، نذكر: "أوبري" و"رو" و"لورون".

⁵¹ نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 410، عدد 20.

⁵² "أوبري" و"رو"، دروس في القانون المدني الفرنسي، المطبعة والمكتبة العامة لفقه القضاء، باريس، الطّبعة الثالثة، 1856، الجزء الثالث.

Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 3ème édition, 1856, tome 3.

⁵³ إنّ العقود التي تشتمل في نفس الوقت على أشياء موجودة وأخرى تندرج ضمن تركة لم تفتح بعد هي باطلة في الكلّ إذا كان الثّمن جمليّا، إلا إذا رضي المستفيد من العقد أن يكون الثّمن الجملي مقتصرًا على الأشياء الموجودة، ويتنازل بذلك عن الرّبح من الأشياء المستقبلية.

"Les conventions portant simultanément sur des biens présents et sur des biens devant dépendre d'une succession non encore ouverte sont nulles pour le tout, lorsqu'elles ont été conclues pour un seul et même

من خلال هذه الوضعيّة، يمكن أن نستنتج أمرين: أولهما أنّ التّعاقّد في أمر جائز وآخر غير جائز هو مبدئيًا باطل ولا عمل عليه، وهو جزاء البطلان الكلّي. وثانيهما أنّ هذا البطلان الكلّي يمكن التّخفيف من حدّته بتدخّل من إرادة الطّرف المستفيد: فهو الذي يحدّد إمكانية مواصلة العمل بالعقد أو التّوقف عن ذلك.

نفس هذه الوضعيّة تحدّث عنها الفقيه "لورون"، وهو ما أخذتنا إليه كذلك الحاشية التّحتيّة للفصل المذكور، فقد تعرّض إلى وضعيّة التّركة المستقبلية، وهي الحالة الوحيدة التي تحدّث فيها "لورون" عن البطلان الجزئي حسب الأستاذ بالسّرور.

إلا أنّنا نختلف بعض الشّيء معه باعتبار أنّ "لورون" قد تطرّق أيضًا إلى عقد البيع الباطل وتساءل عن إمكانية إبطال الجزء المعيب مع المحافظة على البقيّة. كما ذهب أبعد من ذلك وتحدّث عن تجزئة العقد وضرورة أن يكون العقد قابلاً للتّجزئة واعتبر أنّ موضوع العقد هو قابل للتّجزئة بطبيعته، وبالتالي فإنّ العقد قابل للتّجزئة ومنه الانتقال حسب الفصل 1217 قديم. إضافة إلى بسط التّجزئة الدّاتية التي تقوم على إرادة الطّرفين بالرجوع للفصل 1218. ولخصّ أخيراً إلى اعتبار قواعد التّجزئة معقّدة ممّا أدّى إلى تطبيق خاطئ من طرف المحاكم⁵⁴.

25- أمّا في ما يتعلّق بالقانون الإسلامي، فهو يعرف البطلان الجزئي، بالأساس آليّة الانتقال، من خلال بعض الحالات فقط. فكما سبق وأن عرفنا أنّ البيع الذي يمكن بطلانه جزئيًا في القانون الإسلامي هو ذلك الذي يشتمل على ما يجوز وما لا يجوز. ومثل هذا العقد له ثلاث صور: الصّورة الأولى باع

prix, à moins que celui au profit duquel une pareille convention a été passée ne consente à faire porter la totalité du prix sur les biens présents, et à renoncer au bénéfice de la convention pour les biens à venir. "

"أوبري" و"رو"، م س، ص 216، فقرة عدد 344.

⁵⁴ يقول "لورون": "عندما يكون البيع باطلا، هل ينسحب البطلان على الكلّ أم هل يمكن أن يكون باطلا في جزء فقط؟ ينبغي تطبيق القواعد المنظمة للتّجزئة، ولكن للأسف هذه القواعد مظلمة والمحاكم غالبا ما تسيء تطبيقها. موضوع البيع عندما يكون قابلاً للتّجزئة، يؤدّي ذلك إلى بطلان البيع في جزء فقط." "لورون"، قواعد القانون المدني الفرنسي: الجزء 24، 1877، ص 362، فقرة عدد 373.

"Quand la vente est annulée, doit-elle l'être pour le tout ou peut-elle être annulée pour partie? Il faut appliquer les principes qui régissent l'indivisibilité ; malheureusement ces principes sont très obscurs, et les tribunaux en font souvent une fausse application. L'objet de la vente étant régulièrement divisible, il en résulte que la vente peut être annulée pour partie..."

LAURENT, *Principes de droit civil français* : tome 24, 1877, page 362, n°373.

معلوماً ومجهولاً، فلا يصحّ في المجهول. الثانية بيع المشاع بينه وبين غيره، والثالثة بيع عبده وعبده غيره بغير إذنه⁵⁵.

26- إنّ العودة إلى مراجع الفصل 374 من المجلة المدنية والتجارية قد بينت لنا أنّ هذه المراجع قد حملت بعض الإشارات التي من الممكن أن يكون التشريع التونسي قد استند عليها لبناء نظرية عامة للبطلان الجزئي، ولكنها لم تمثل الجذور الحقيقية له.

فقد استمدّ المشرّع التونسي حقيقةً هذه الفصول من المجلة الألمانية⁵⁶. حيث ولئن أقرّ الفصل 139 من المجلة الألمانية بضرورة تطبيق البطلان الكلي كقاعدة عامة في صورة بطلان أحد أجزاء العقد باعتبار أنّ إرادة الأطراف قد اتّجهت نحو إبرام كامل العقد كوحدة متكاملة الأجزاء إن سقط جزء منها، سقطت برمتها⁵⁷، إلّا أنّه استدرك وأعطى مجالاً لتصحيح مسار العقد من خلال البطلان الجزئي له إن أمكن له أن يقوم صحيحاً بعد التخلي عن الجزء الباطل⁵⁸.

27- ويُعتبر المشرّع التونسي سباقاً في اعتناقه للبطلان الجزئي بالمقارنة مع نظيره الفرنسي، حيث أنّ هذا الأخير يجعل من البطلان، من حيث المبدأ، كلياً. فالبطلان الكلي في نظره هو "الضامن لمثالية جزاء البطلان" وهو الجزاء الذي يُعتبر الأقرب إلى احترام إرادة الأطراف⁵⁹.

⁵⁵ برهان الدين بن مفلح أبو إسحاق، المبدع في شرح المُقنع، كتاب البيع، ص 39 و40، <islamweb.net/ar> تاريخ آخر اطلاع : 30/11/2020.

⁵⁶ حياة روحين، البطلان الجزئي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون بصفافس، صفافس 2009، ص 6.

Hayet Rouhine, *La nullité partielle*, mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit privé, faculté de droit de Sfax, Sfax, 2009, page 6.

⁵⁷ الفصل 139 يكرّس قاعدة تأويلية للإرادة يعتبر بمقتضاها الأطراف قد أرادوا الحفاظ على كامل العقد بجميع بنوده ومكوناته. إذا بطل بند من بنود العقد، يسقط كامل العقد: هذا هو المبدأ.

المجلة المدنية الألمانية، مترجمة ومعلّق عليها، "بوفنوار" وآخرون، مجموعة أهمّ المجالات الأجنبية.

"L'article 139 consacre une règle d'interprétation de volonté d'après laquelle les parties sont présumées avoir voulu subordonner le maintien de l'acte réalisé par elles au maintien intégral de toutes les clauses et de tous les éléments qui le constituent. Si donc une clause seulement de l'acte se trouve nulle, ce dernier tout entier doit tomber : tel est le principe."

Code civil allemand, traduit et annoté par : C.Bufoir et al. collection des principaux codes étrangers.

⁵⁸ الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية: "إذا بطل جزء من العمل القانوني، يبطل العمل القانوني برمته، إلّا إذا تبين أنّ العمل يمكن إتمامه بدون الجزء الباطل."

Article 139 code civil allemand : "lorsqu'une partie d'un acte juridique est nulle, l'acte juridique tout entier est nul, s'il n'y a pas lieu d'admettre que même sans la partie qui se trouve nulle, l'acte eut été encore accompli."

⁵⁹ مصطفى المكي، م س، ص 8.

إلا أنه لم يضع لمبدأ كَلْيَة جزاء البطلان استثناءً، إلا حديثاً، من خلال تضمين فصل صلب المجلة المدنية الفرنسية يُعنى بالبطلان الجزئي.

28- إنَّ البطلان الجزئي لا ينطبق فقط على حالات البطلان المطلق فقط مثل ما يتبادر إلى الأذهان باعتبار أنَّ الفصول المنظَّمة للبطلان الجزئي قد وضعها المشرع تحت باب بطلان الالتزامات والذي يهتم بالبطلان المطلق، إذ أنه يمكن إصلاح العقود الباطلة بطلاناً نسبياً من خلال تقنية البطلان الجزئي⁶⁰.

ويمكن تفسير ذلك بأنَّ الاختلاف الكائن بين "البطلانين" يمسُّ فقط الأسباب المؤدية للبطلان والنظم القانونية الخاضعة لها، أما في ما عدا ذلك فإنَّ البطلان الكلي يشمل البطلان المطلق والبطلان النسبي، فسواء بطل العقد مطلقاً أو نسبياً، فإنَّ البطلان يطال كامل العقد.

ومعلوم أنَّهما يتَّسمان بوحدة الآثار⁶¹، وباعتبار أنَّ البطلان الجزئي هو طريقة ترمي إلى إنقاذ العقد من الأثر التهديمي للبطلان سواء كان مطلقاً أو نسبياً، جاز لنا أن نسلم بانسحابه على البطلان المطلق والنسبي دون تفرقة.

29- إنَّ مجال التطبيق الموسَّع الذي يتَّسم به البطلان الجزئي هو إحدى أوجه تميّزه من جهة أولى، وتشابهه من جهة ثانية مع تقنيات تدارك البطلان الأخرى التي سنأتي على دراستها لاحقاً. فلئن شابه البطلان الجزئي نظرية التحوّل التي اعتبرها البعض⁶² تقنية ممكنة التطبيق سواء كان البطلان المسلط على العقد مطلقاً أو نسبياً، إلا أنَّه اختلف تماماً مع نظرية إمضاء العقد، حيث رفض المشرع أيَّ إمضاء لعقدٍ باطلٍ بطلاناً مطلقاً في الفصل 329 م 1 ع.

⁶⁰ يقول الأستاذ بالسّرور في هذا الصدد: "موقع الفصول 326 و 327 م 1 ع لا يجب أن يمنع تطبيق البطلان الجزئي على نوعي البطلان." نور الدين بالسّرور، مقال سابق، ص 349.

"La place des articles 326 et 327 COC ne doit pas empêcher l'application de la nullité partielle pour les deux types de nullités."

⁶¹ حياة روحين، م س، ص 6 و 7.

⁶² نور الدين بالسّرور، أطروحة سابقة، ص 448، فقرة عدد 293.

كما أنّ البعض من التشريعات العربية يعتبرون أنّ البطلان الجزئي له وجهان هما الانتقاص والتحوّل، على غرار المشرّع الجزائري⁶³.

30- ومن جهة أخرى، كثيرا ما اعترضنا في عمليّة بحثنا خلط بين البطلان الجزئي والانتقاص من جهة، وهو ما شهدناه في التعريف اللّغوي للبطلان الجزئي أعلاه، أو البطلان الجزئي والتّصحیح من جهة أخرى. ومن ذلك تتأتّى ضرورة التّوضيح على هذا المستوى أنّ مسألة تكوّن البطلان الجزئي من وجهين هما التّصحیح والانتقاص هي مسألة بعيدة كلّيا عن اتّفاق الفقهاء: إذ يرى بعض الأساتذة من ناحية أنّ البطلان الجزئي يساوي الانتقاص⁶⁴ وهو أمر مفهوم باعتبار أنّهما يحقّقان نفس النّتيجة⁶⁵، كما أنّ جلّ الفقه خاصّة الفرنسي منه يستعمل البطلان الجزئي للدّلالة على حذف جزء من العقد وهو مفهوم الانتقاص، ما سينعكس على هذا العمل إذ نستعمل أحيانا البطلان الجزئي للعقد للدّلالة على انتقاصه. إلّا أنّ هذا الموقف الذي يجعل من البطلان الجزئي والانتقاص مفهومين مترادفين هو موقف من الضّروري انتقاده باعتبار أنّ البطلان الجزئي قد ينطوي أيضا على حالات زيادة في معطى معيّن حتّى يغدو العقد صحيحا وهو ما نعبّر عنه بالتّصحیح ولا يمكن اعتباره انتقاصا لأنّ الانتقاص يقوم أساسا على عمليّة النّقصان فقط.

31- ومن ناحية أخرى نجد أنّ البعض الآخر يبني دراسته للبطلان الجزئي على وجهيه: التّصحیح والانتقاص، منهم الأستاذين نعمان الرّقيق وسامي الجّربي، حيث يقسّم الأستاذ نعمان الرّقيق جزء البطلان الجزئي في أطروحته إلى جزأين اثنين هما تعديل العقد بالانتقاص، وتعديل العقد بالتّصحیح⁶⁶،

⁶³ محمّد حبار، نظريّة بطلان التّصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة نيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ، جامعة الجزائر، ص 371.

⁶⁴ من هؤلاء الأساتذة نذكر: محمّد محفوظ الذي يرى أنّ الانتقاص يشمل الزّيادة والنّقصان في المعطيات. انظر محمّد محفوظ، دروس في العقد، مركز النّشر الجامعي، 2004، ص 263.

⁶⁵ عليّ حسن كاظم، م س، ص 1534.

⁶⁶ نعمان الرّقيق، النظام العامّ والعقد المدني، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ، كليّة القانون والعلوم السّياسيّة بتونس، 2003-2004، فقرة "مفهوم البطلان الجزئي"، ص 322.

Noomen Rekik, *L'ordre public et le contrat civil*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé, 2003-2004, paragraphe : la notion de la nullité partielle, page 322.

كما نجد فكرة تقسيم البطلان الجزئي إلى تصحيح وانتقاص لدي "سيملار" في أطروحته البطلان الجزئي للأعمال القانونيّة، ص 209 وما بعدها؛ كذلك "بيار كاتالا"، تقرير تاليفي، أعمال جمعيّة "هنري كابيتون"، النظام العامّ، المكتبة العامّة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1998، ص 10، عدد 10.

P.Catala, *Rapport de synthèse*, in Travaux de l'Association H.Capitant, *L'ordre public*, L.G.D.J., Paris, 1998, page 10, n°10.

ويقّر الأستاذ الجّربي بأنّ البطلان الجزئي يقوم على البتر ثم الزّرع⁶⁷، أي الانتقاص والتّصحیح، وهو الموقف الذي سوف نتبنّاه في دراستنا لهذا الجزء الأول باعتبار أنّه الموقف الأوضح، إذ أنّ التّمعن في دراسة التّصحیح والانتقاص تكشف الفوارق بينهما التي ولئن كانت نادرة إلا أنّها موجودة.

32- ومن هذا المنطلق، يمكن المرور إلى تحليل تقنيّتي الانتقاص والتّصحیح على التّوالي وذلك درءا لكلّ خلط بينهما.

⁶⁷ سامي الجّربي، تفسير العقد، مركز النّشر الجامعي، 1999: الباب الثّاني "التّأويل والجراحة العقديّة" ينقسم إلى فصل أول "التّأويل بالبتر" ثم الفصل الثّاني "التّأويل بالزّرع".

الفصل الأول

تدارك بطلان العقد بانتقاص الجزء المعيب منه

33- "ما لا يُدرك كَلِّه لا يصحّ أن يُترك كَلِّه"⁶⁸ هو مبدأ تستند عليه نظرية البطلان الجزئي، حيث أنّ بطلان بعض الالتزام لا يعتبر مبرراً للتخلص من الالتزام كَلِّه، ومن هذا المنطلق يمكن المحافظة على صحّة العقد بالتخلص من الجزء الباطل من خلال الاعتماد على وسيلة تدارك تمثل وجهاً من أوجه البطلان الجزئي وهي انتقاص العقد.

وبقاء العقد كلّما كان ذلك ممكناً يعتبره البعض في حالات خاصّة من قبيل النظام العام، فلا تُتاح حريّة اختيار بقاء أو فناء العقد للأطراف⁶⁹، وبالتالي فإنّ انتقاص العقد هو واجبٌ مفروض أحياناً بقوة القانون.

ويمثّل الفصل 327 م 1 ع القاعدة العامّة للانتقاص حين يُجيز المشرّع التونسي استمرار العقد بصورة خاصّة بعد التخلّص من الجزء الباطل حين ينصّ على أنّ: "بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلّا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمرّ بصورة عقد خاصّ."

34- إنّ الانتقاص هي آليّة قديمة تعود حتّى إلى القانون الإسلامي، والذي يُعبّر عنها "بتفريق الصّفقة"، ولكنّ مختلف المذاهب الإسلاميّة قد عرفت خلافاً في مدى جواز الأخذ بالانتقاص وظروف إعمالها.

فالحنفية تجعل من الصّفقة باطلة "ذلك لأنّه متى بطل العقد في البعض بطل في الكلّ، لأنّ الصّفقة غير متجزّئة، أو لتغليب الحرام على الحلال عند اجتماعهما، أو لجهالة الثمن"⁷⁰...

إنّ الموقف المذكور هو موقف زفر الذي يرى أنّ العقد لا ينتقص لأنّ التعاقد قد حصل على مجموع وهذا المجموع لا يمكن تجزئته⁷¹. إلّا أنّ هذا الموقف لم يتفق عليه كلّ فقهاء المذهب الحنفي، ذلك أنّهم قد اعتبروا أنّ الانتقاص ممكن وذلك من خلال الارتكاز على أسس موضوعيّة لا ذاتيّة. فعقد البيع إن

⁶⁸ عبد الحكيم فودة، م س، ص 639.

⁶⁹ "نعتقد أنّ المحافظة على العقد، كلّما كان ذلك ممكناً، أمرٌ يهيم النظام العام" نعمان الرقيق، م س، ص 328.

"Nous pensons que le maintien du contrat quand il est possible, est d'ordre public." Noomen Rekik, op.cit., page 328.

⁷⁰ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، الموسوعة الفقهيّة، الكويت، الطبعة الثّانية، 1986، جزء 8: بئر-بيطرة، تحت كلمة البطلان، ص 112، عدد 14.

⁷¹ عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 101.

كان في شقّ منه باطلا وفي آخر صحيحا، يجوز حينئذ التخلّي عن الجزء الباطل والإبقاء على الصحيح بحصّته من الثمن الجملي، ولا معنى هنا بمبتغى المتعاقدين⁷².

إلى جانب المذهب الحنفي، يتبنّى رأي من المذهب المالكي البطلان الكلّي حين يصيب البطلان الصّفة، وفي المقابل يؤكّد رأي آخر على عمليّة الانتقاص في هذه الوضعيّة، فجاء في المذهب المالكي: "إذا اشتملت الصّفة على حلال وحرام، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أو غير ذلك، فالصّفة كلّها باطلة. وقيل يصحّ البيع فيما عدا الحرام بقسطه من الثمن"⁷³...

إنّ هذا الاختلاف لم يغب كذلك عن المذهب الحنفي الذي شهد مواقف مختلفة متعلّقة بانتقاص العقد. فيرى الأوّل أنّ الانتقاص هو الحلّ دائما ويجب أن نطبّقه كلّما جمع العقد بين الصحيح والباطل، والثاني يرى أنّ الانتقاص هو أمر غير جائز مطلقا ذلك أنّ الصّفة التي اشتملت على الحلال والحرام غلب فيها الحرام ولا يمكن انتقاصها، أمّا الموقف الأخير وهو الموقف المعتدل بينها يرى أنّ الانتقاص جائز فيما يمكن تقسيم الثمن فيه على أجزاء، وغير جائز عند جهالة الثمن⁷⁴.

35- ولعلّ العديد من التشريعات العربيّة قد وجدت في القانون الإسلامي، مصدرا من بين مصادر أخرى لآليّة انتقاص العقد، فنقلت عنه في قوانينها. منها القانون المدني السوري في المادّة 144، والمادّة 143 من القانون المدني الليبي والمادّة 143 من القانون المدني المصري وأخيرا الفصل 308 من مجلّة الالتزامات والعقود المغربيّة الذي ينصّ على أنّ: "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلّا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميّزا عن العقد الأصلي"⁷⁵.

36- إلّا أنّ هذا الحلّ لم يتعرّض إليه المشرّع الفرنسي سابقا، إذ أنّ المجلّة المدنيّة الفرنسيّة القديمة لم تحمل تعرّضا واضحا للبطلان الجزئي للعقد، فدخوله النّظام القانوني الفرنسي كان نتاج عمل مشترك بين الفقه وفقه القضاء بالرجوع للفصول 900 و 1172 من المجلّة المدنيّة الفرنسيّة القديمة دفع بالمجلّة الجديدة نحو التّقنين⁷⁶. إذ يُعنى هذان الفصلان بالتّصرفات بعوض والتّصرفات بدون عوض. فنصّ

⁷² عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 101.

⁷³ أحمد شكري السباعي، م س، ص 376.

⁷⁴ عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 102.

⁷⁵ أحمد شكري السباعي، م س، ص 373 و 374.

⁷⁶ نعمان الرقيق، م س، ص 323، فقرة عدد 367.

الفصل 1172 من المجلة المدنية القديمة المتعلق بالتصرفات بعوض: "كل شرط متعلق بشيء مستحيل أو مخالف للأداب العامة أو محظور قانونا يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الاتفاق الذي ورد فيه هذا الشرط."

أما الفصل 900 والمتعلق بالتصرفات دون عوض مثل التبرع فقد تبني نفس خاصيات شروط الفصل 1172 واعتبرت أمثالها كشروط "غير مكتوبة" وكأنها لم توجد أصلا. ولكن، وعلى عكس الفصل الآخر، لم تجعل من بطلانها مبطلا للعقد بأكمله.

وهذه التفرقة هي مبررة باعتبار أن العقود دون عوض يخشى المستفيد منها على ضياع ما كسبه بهذا العقد، وبالتالي سوف يسكت عن كل بند مخالف للقانون. الأمر الذي لا ينطبق على العقود بعوض لأن إقرار البطلان الكلي سيجعل كلا الطرفين يرجعان ما اكتسباه بمقتضى العقد الباطل⁷⁷.

37- ومن هنا كان منطلق الجهود التي بذلها الفقه وفقه القضاء، حيث لم يجمع هذا الأخير في مرحلة أولى بين الفصلين وطبقهما حرفيا⁷⁸، إلا أنه استدرك الأمر في مرحلة ثانية ولم يعد القاضي الفرنسي يفرق بين العقود بعوض ودون عوض وبين بقية العقود الأخرى، حيث جمع بين هذين الفصلين المتناقضين وأصبح ينظر إلى الجزء الباطل بالاعتماد على نظرية السبب⁷⁹، فإن كان الجزء الباطل الباعث على التعاقد بطل بذلك كامل العقد، وإن كان جزء ثانوي لا فرق في التخلي عنه من الإبقاء عليه بالنسبة للأطراف جاز حينئذ الإبقاء على كامل العقد مع عزل الشرط الباطل⁸⁰.

38- الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يقتن هذا التوجه الفقه قضائي أخيرا من خلال تعديل المجلة المدنية الفرنسية المؤرخ في 10 فيفري 2016، حيث نص الفصل 1184 جديد من م م ف أنه إن كان سبب بطلان العقد واحدة أو جملة من البنود لا تبطل كامل العقد إلا إذا مثلت عنصرا مهما بالنسبة للطرفين أو أحدهما⁸¹.

⁷⁷ محمد حبار، م س، ص 368.

⁷⁸ "مالوري" وآخرون، قانون الالتزامات، الطبعة التاسعة، 2017، ص 386، فقرة عدد 718.

Ph. Malaurie et al. *Droit des obligations*, 9ème édition, 2017, page 386, n°718.

⁷⁹ "مالوري" وآخرون، م س، ص 386.

⁸⁰ محمد حبار، م س، ص 369.

⁸¹ الفصل 1184 من م م ف، منقح بأمر عدد 131-2016 في 10 فيفري 2016، فصل 2: "إذا كان سبب البطلان لا يؤثر إلا على واحد أو أكثر من بنود العقد، فإنه لا يترتب عليه بطلان الفعل بكامله إلا إذا كان هذا البند أو البنود تشكل عنصرا حاسما في التزام الأطراف أو أحدهم..."

40- ويعود أصل القاعدة التي تمنح إمكانية الانتقاص إلى القانون الألماني⁸² وتحديدًا الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية⁸³ والذي ينصّ على أنّ بطلان بعض الالتزام يبطل كامل الالتزام، وهو الحلّ المبدئي لمشكل بطلان الجزء، إلّا أنّه حلّ نسبي باعتبار أنّ القانون الألماني يُمكن من التخلي عنه (الجزء الباطل) كلّما اتفق الأطراف على عدم أهميته في العقد.

41- وحتى تتحقّق إمكانية التخلي عن شقّ باطلٍ، من البديهي أن يكون العقد قابلاً للتجزئة وذلك لنتمكّن من فصل الفاسد عن الصّحيح.

ويُقصد بقابلية العقد للتجزئة أن تكون عناصر العقد قابلة لأن تُفصل عن بعضها البعض دون أن يفسد مسار العملية التعاقدية⁸⁴.

وتجزئة العقد هو شرط جوهري نصّت عليه العديد من التشريعات منها التشريع العراقي حيث نصّت المادة 139 من المجلة المدنية العراقية أنّ من بين الشروط التي يتحقّق معها انتقاص العقد هو بطلان العقد في شقّ منه وقابلية هذا العقد للانقسام⁸⁵.

42- وينسحب الانتقاص على مختلف أنواع العقود والتي يمكن حصرها في العقود المركّبة والعقود البسيطة.

ونقصد بالعقد البسيط العقد الذي يشتمل على عملية قانونية واحدة وبالتالي يتكوّن من محلّ وسبب واحد، مختلفاً عن العقد المركّب الذي يتكوّن من عدّة عمليات قانونية مختلفة من حيث عنصري المحلّ والسبب⁸⁶.

Article 1184 code civil français modifié par ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 article 2 : "Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elle..."

⁸² محمّد الزّين، م س، ص 244، فقرة 308.

⁸³ النصّ الأصلي للفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية:

"let ein teil rechtsgeschäfts nichting, siu st das ganze rechtsgeschäft nichting wenn nicht anzunehmen, ist dass es auch ohre den nichtigen teil vorgenommen sein w itde."

⁸⁴ عماد المبروك، م س، ص 148، فقرة 422.

⁸⁵ "ويلاحظ أنّ فكرة الانتقاص لا تطبّق إذا كان العقد الأصلي باطلاً وغير قابل للانقسام إمّا لطبيعة المحلّ أو لانصراف نية المتعاقدين على أنّ العقد ما كان ليتمّ من غير الشقّ الباطل."

ضمير حسين المعموري ونبيل مهدي زويتن، «فكرة الأثر الأقوى للعقد»، 2008، <www.iasj.net>، تاريخ آخر أطلاع 2020.

كما أنّ العقد البسيط يمكن أن يحتوي على التزامات تابعة من بنود وشروط تكمله⁸⁷ : فكلّما وُجد جزء أو التزام تابع باطل فيه جاز إبطاله جزئياً والمحافظة على بقية العقد.

إلا أنّ الصعوبة تُطرح حين يكون العقد المركّب عُرضة للانتقاص ونذكر مثلاً عقد الإقامة بنزل أو ما يسمّى "بعقد الفندق" والمتكوّن من عقد إيجار بخصوص السكّنى، عقد بيع بالنسبة للأكل وعقد ودیعة في ما يتعلّق بحفظ الأمتعة: هي عقود مختلفة تجمع بين طرفين أو أكثر ويمكن لها أن تكون بنفسها عقود مستقلة الذات.

ويمكن أن نذكر أمثلة على حالات انتقاص واردة على عقود مركّبة مثل بطلان عقد التبرع مع الإبقاء على عقد الزواج الذي تعلّق به، بطلان الوعد بالبيع مع المحافظة على عقد الكراء المتعلّق به⁸⁸...

ولقد أقصى البعض فرضية البطلان الجزئي الواردة على العقود المركّبة وذلك باعتبار أنّ البطلان الجزئي لا يرد سوى على العقود البسيطة وذلك لأنّ استعمال لفظ بطلان جزئي للتعبير عن تعييب جزء من العقد المركّب هو من أساسه خاطئ لأنّ البطلان يرد على الجزء الباطل وبالتالي فهو بالنسبة إلى هذا الجزء بطلان كلي استغرق كامل الجزء وذلك لأنّ الفصل 326 م 1 ع "يخاطب" الجزء الباطل وليس كامل العقد، وبالتالي هو بطلان كلي⁸⁹.

كما أنّ غياب عبارة "جزء" عن الفصل 326 م 1 ع مقابل اعتمادها في الفصل 327 المنظم للبطلان الجزئي في ميدان العقود البسيطة هو ما عزّز قبول البطلان الجزئي بالنسبة لهذا النوع من العقود ورفضه بالنسبة للعقود المركّبة⁹⁰.

مسألة أخرى تُضاف وتعدّ أكثر وضعية البطلان الجزئي الوارد على العقد المركّب هو أنّ القاضي مخير بين الجمع بين هذه العقود والتعامل معها على أساس عقد واحد أو التعامل معها على أنّها عقود قائمة الذات ومستقلة عن بعضها البعض⁹¹.

⁸⁶ قرار تعقيبي مدني عدد 9036، مؤرّخ في 30 نوفمبر 1954، م.ق.ت عدد 9 و 10 لسنة 1960، ص 148.

⁸⁷ نور الدين بالسّورور، م س، ص 349.

⁸⁸ ياسين الفارح، تقوية العمل الباطل من خلال القانون العام للبطلان، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في قانون الأعمال، 2001-2002، ص 22.

Ferah Yassine, *La consolidation de l'acte nul à travers le droit commun des nullités*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit des affaires, 2001-2002, page 22.

⁸⁹ ياسين الفارح، م س، ص 25.

⁹⁰ ياسين الفارح، م س، ص 31.

ومن هنا يتبلور المشكل الأساسي المتعلق بانتقاص العقد، فهل سيأخذ القاضي بمعايير موضوعية في خياره أم سيجزئ العقد بطريقة ذاتية من خلال الحكم حسب إرادة الأطراف ورغبتهم في مواصلة العمل بالعقد رغم الجزء الباطل.

43- إن هذه النظريات قد لخصت التوجهات التشريعية الرئيسية، فلئن كانت معظم التشريعات قد نصت على ضرورة التجزئة الذاتية كشرط لإعمال انتقاص العقد وبالتالي البطلان الجزئي، على غرار جل التشريعات العربية والمشرع الفرنسي حديثاً، إلا أن بعض التشريعات الأخرى تؤمن بأن التجزئة الموضوعية هي الشرط اللازم توفره قبل الحديث عن أي بطلان جزئي، مثل المشرع التونسي والمشرع السويسري⁹² في الفقرة 2 من الفصل 20 من المجلة المدنية: "إذا لم يكن العقد فاسداً إلا في بعض بنوده، فإن هذه البنود تبطل لوحدها إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليبرم بدونها"⁹³.

44- إن هذا الانقسام قد جعل الفقهاء يبسطون محاسن ومساوئ النظريتين في محاولة فقهية إلى التنسيق بينهما ثم اقترح حلّ بديل قد يضمن نجاعة انتقاص العقد وبطلانه جزئياً مما يجعل من هذا الأخير محققاً لأهدافه.

وهو ما يجعلنا نقسم عملنا بدورنا إلى التجزئة التشريعية الموجودة أولاً، ثم التجزئة الفقهية المنشودة ثانياً.

المبحث الأول: التجزئة التشريعية الموجودة لقيام انتقاص العقد

45- مثل ما ذكرنا سابقاً، نعني بالتجزئة التشريعية الموجودة النظريتين اللتين تحدداً نوع تجزئة العقد الباطل واللّتين قننتهما مختلف التشريعات في نصوصها. وتتمثّل في التجزئة الموضوعية والتجزئة الذاتية.

⁹¹ عماد المبروك، م س، ص 152 و 153.

⁹² "الفصل 20 فقرة 2 انتهى تطبيقاً إلى غضن النظر عن أية ركيزة ذاتية، وأقر رؤية موضوعية صرفة لا تقوم على استقراء نية الأطراف." سامي الجري، م س، ص 505، فقرة عدد 387.

⁹³ الفصل 2 فقرة 2 من القانون الفدرالي المكمل للمجلة المدنية السويسرية: "إذا كان العقد معيباً في بعض بنوده، هذه البنود فقط هي الباطلة، إلا إذا لم يكن العقد ليبرم بدونها."

Article 2 alinéa 2 de la loi fédérale complétant le Code civil suisse : "Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles."

46- في ما يتعلّق بالتجزئة الذاتية، لقيت هذه الأخيرة حظّها باعتبار أنّها التجزئة الأكثر تطبيقاً في التشريعات، ولئن لقيت صداها في صفوف العديد من الفقهاء إلا أنّه من الأجدر إقصاءها في فقرة أولى، وذلك تأسيساً للنظرية الأنسب بالنسبة للقانون التونسي وهي قيام الانتقاص على اعتبارات موضوعيّة متمثلة في انعدام جوهرية الجزء الباطل بالنسبة للعقد نفسه، أو بعبارة أخرى، التجزئة الموضوعيّة، موضوع دراستنا في فقرة ثانية⁹⁴.

الفقرة الأولى: إقصاء قيام الانتقاص على التجزئة الذاتية

47- إنّ إقصاء قيام الانتقاص على التجزئة الذاتية هو أمر يطرح نفسه بدراسة النصوص التي تُعنى بالانتقاص خاصّة، وبدراسة التوجّه التشريعي التونسي عامّة. إذ يشترط الفصل 327 م ا ع في ما يتعلّق بالانتقاص أنّه ممكن إن جاز للعقد أن يستمرّ بدون جزئه الباطل، وهذه التجزئة تكون ذاتيّة إن اعتمدت على إرادة الأطراف كمعيار أساسي لها، وتكون بذلك قائمة على اعتبارات ذاتيّة، وهي اعتبارات تستوجب العرض أولاً، قبل نقدها وإقصائها ثانياً.

أ- عرض التجزئة الذاتية

48- إنّ جوهرية الجزء الباطل بالنسبة لأطراف العقد، أو كما يعبر عنها الفقهاء بالتجزئة الذاتية، هو مبرر لإقصاء البطلان الجزئي من قبل الأطراف وتعميم جزاء البطلان على كلّ العقد⁹⁵.

فيُقصد بالتجزئة الذاتية إمكانيّة تجزئة العقد بالاستناد إلى معيار ذاتي هو نيّة الأطراف في إبرام العقد بجزئه الباطل، وهذه النيّة هي التي سوف تحدّد مدى البطلان في العقد: بطلان كلّ أو جزئي.

وتجد فرضيّة التجزئة الذاتية أساسها في مبدأ سلطان إرادة الأطراف⁹⁶، وقد استقرّت عليها، بتفاوت، بعض القوانين المجاورة مثل القانون الفرنسي⁹⁷، الألماني⁹⁸...

⁹⁴ تقسيم مستمدّ من أطروحة الأستاذ بالسّورور الذي تبيّن بعد البحث أنّه التقسيم الأمثل الذي يمكن من دراسة كافّة جوانب الموضوع باعتبار أن المعضلة التي تواجه دراسة الانتقاص هي المعايير التي تقوم عليها عمليّة تجزئة العقد وبالتالي تحقيق انتقاصه.

⁹⁵ نعمان الرقيق، م س، ص 326، فقرة عدد 370.

⁹⁶ "خيار البطلان الجزئي يجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة."

"كاثرين غالفوتشي ثيبرج"، البطلان، الاسترداد والمسؤوليّة، م ع ق ف، باريس، 1992، ص 286، فقرة عدد 487.

"...Le choix d'une nullité partielle puise son fondement dans le principe d'autonomie de volonté."

Catherine Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, Paris, 1992, page 286 n°487.

⁹⁷ "في القانون الفرنسي، إذا كان البند هو الدافع بالنسبة للأطراف، بطلانه يؤدي إلى بطلان كامل العقد."

نفس الأمر الذي تطرّق إليه الأستاذ عبد الرزّاق السنهوري في دراسته لنظرية البطلان، حيث يعتبر أنّ العقد الذي يبطل كلياً يمكن إنفاذه من خلال أعمال نظرية التحوّل، أمّا إذا اقتصر هذا البطلان على جزء من العقد تكون وسيلة الإنفاذ هي انتقاص العقد، وهذا الانتقاص متوقّف على توفّر شرط مهمّ هو أن لا يكون الجزء الباطل هو الباعث الدافع على التّعاقد، وإلاّ بطل العقد في مجمله، وهو ما نصّت عليه المادة 143 من القانون المدني المصري: "إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشقّ وحده هو الذي يبطل، إلاّ إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتّم بغير الشقّ الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كلّهُ"⁹⁹.

49- وقد تتخذ التّجزئة الذاتيّة شكلاً آخر، فالى جانب كون الجزء الباطل الدافع للتّعاقد بالنّسبة للأطراف ممّا يجعل العقد غير قابل للتّجزئة لأسباب ذاتيّة، قد يكون ذلك أيضاً من خلال بطلان العقد بالنّسبة لطرف معيّن من العقد فاقد للأهلية لأيّ سبب وصحّة هذا العقد بالنّسبة للبقية، إلاّ أنّ المشكل يُطرح حين يكون وجود الطّرف الذي تمّ إبطال العقد بالنّسبة إليه هو وجود مهمّ وأساسي بالنّسبة للأطراف الأخرى.

فمثلاً، قد يضمّ العقد العديد من الأطراف وقد يكون أحدهم فاقد الأهلية لجنونه المطبق، فيبطل العقد بالنّسبة له ويفقد صفة طرف فيه، وتبقى بقية الأطراف على حالها. ولكنّ المشكل يُطرح حين يكون وجود هذا الصّغير ذي اعتبار في العقد بحيث يجعل الاستمرار فيه بدون قيمة بالنّسبة للبقية.

نعمان الرّقيق، م س، ص 323.

"En droit français ; si la clause a été impulsive des parties, sa nullité entraine celle de tout le contrat."

Noomen Rekik, op.cit., page 323.

⁹⁸ "يعتقد بعض الفقهاء أنّ، لتحديد مدى البطلان، الفصل 139 المذكور لا يهتم سوى بإرادة الأطراف."

نعمان الرّقيق، م س، ص 324.

"...Certains auteurs pensent que pour déterminer l'étendue de la nullité, l'article 139 précité ne tient compte que de la volonté des parties. "

Noomen Rekik, op.cit., page 324.

⁹⁹ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، جزء 1، مصادر الالتزام، ص 434، فقرة عدد 307.

يدخل هذا الأمر في الجانب النفسي لأطراف العقد وإرادتهم الحقيقية. وبالتالي إن ثبتت أهمية وجود هذا المتعاقد في العملية التعاقدية، يصبح إعمال انتقاص العقد كإحدى آليات إنقاذ للعقد، أمراً بلا قيمة وذلك لانعدام رغبة الأطراف في إنقاذه¹⁰⁰.

50- إن التفرقة بين العقود المركبة والعقود البسيطة لا تطرح إشكالا على مستوى النظرية الذاتية. حيث يعتبر البعض أن العقد البسيط هو رهين توفر شرط نية إبرام العقد بموضوع معين أو بتوفر شرط لا معنى للعقد بدونه. أما العقد المركب لا يتم انتقاصه إلا بعد التثبت من تجزئته الذاتية. وبالتالي هما معياران متماثلان يصبان في نفس المعيار ألا وهو نية الأطراف ومبدأ سلطان الإرادة¹⁰¹.

51- ورغم غياب الإشارة القانونية للتجزئة الذاتية، إلا أن جانبا هاما من الفقه التونسي والفرنسي¹⁰² قد تبناها واعتبرها أساسية في تطبيق انتقاص العقد.

إذ يسلم الأستاذ محمد الزين بأن تحديد نطاق البطلان متوقف على تحليل إرادة أطراف العقد¹⁰³، ولقد عبّر عنها الفقه الفرنسي، في شخص الأستاذة "كاثرين غالفوتشي"، وعن الفقه التونسي الأستاذ نور الدين بالسّورور، بالإرادة المفترضة وليست الحقيقية.

إن هذه الإرادة لا تكون بالتساؤل حول ما إن كان أطراف العقد قد جعلوا من بنود العقد وحدة لا تتجزأ أو من البند الباطل بندا مهما في نظرهم¹⁰⁴، لأن مثل هذه الإرادة لم توجد أبدا، بل تكون بالبحث في الموقف الذي كان يمكن للأطراف أن يتخذوه إن علموا مسبقا ببطلان البعض من العقد، هل كانوا سيتخلّون عن كامل العقد أو سيواصلون إبرامه¹⁰⁵.

فإن كان الجواب بالإيجاب، يعني ذلك أن الجزء الباطل ليس مهما بالنسبة إلى الأطراف وبالتالي يصبح البطلان الجزئي وانتقاص العقد الباطل آلية مثالية للتدارك والحفاظ على العقد، أما إن كان الجواب بالنفي فيصبح إنقاذ العقد غير مهم في نظرهم لأن الجزء المهم في أذهانهم قد وقع التخلص منه.

¹⁰⁰ عماد المبروك، م س، ص 150، فقرة عدد 425.

¹⁰¹ نور الدين بالسّورور، م س، ص 424، حاشية عدد 1097.

¹⁰² من بين هؤلاء الفقهاء في تونس نجد الأستاذ محمد الزين، وفي فرنسا "جاك غيستان".

¹⁰³ محمد الزين، م س، فقرة عدد 313.

¹⁰⁴ "غالفوتشي"، م س، ص 288، فقرة عدد 490.

¹⁰⁵ نور الدين بالسّورور، م س، ص 355.

ولقد تحدّث الفقهاء الألمان عن الإرادة المفترضة، فصحیح أنّ الفصل 139 من المجلّة المدنيّة الألمانيّة حدّد نطاق البطلان بالنّظر إلى إرادة الأطراف الحقيقيّة، إلّا أنّه في حال غيابها يتمّ اللّجوء إلى الإرادة المفترضة.

وهذا النّوع من الإرادة لا يقوم دائماً على معطيات ذاتيّة نفسيّة، بل على العكس، هو يقوم على معطيات موضوعيّة وهو ما يمثّل نقطة انطلاق نقد شرط التّجزئة الدّاتيّة.

ب- نقد التّجزئة الدّاتيّة

52- إنّ نقد التّجزئة الدّاتيّة ينبع من كونها لم تنل إجماع الفقهاء¹⁰⁶، ذلك أنّ الفصل 327 م 1 ع لا يحمل أيّ دلالة على عنصر الإرادة، بل أقرّ فقط على العنصر الموضوعي وهو أن يتمكّن العقد، بعد التّثبت من بعض الاعتبارات، من الاستمرار في غياب الجزء الباطل¹⁰⁷.

ويعدّ هذا الإقصاء مكسباً تشريعياً ينفرد به المشرّع التونسي، إذ أنّ مجلّة الالتزامات والعقود يعتبرها الفقهاء المجلّة الوحيدة التي تخلّت على المعايير الدّاتيّة وأفسحت المجال للمعايير الموضوعيّة، وذلك على قول الأستاذ نور الدّين بالسّور: "مجلّة الالتزامات والعقود إلى حدّ هذا اليوم هي الوحيدة التي أقصت تماماً كلّ معيار ذاتي"¹⁰⁸.

كما يذهب الأستاذ نعمان الرّقيق أبعد من ذلك ويعتبر أنّ الفصل 327 م 1 ع يحمل طابع النّظام العامّ، وتجاوز إرادة الأطراف يدخل تحت طائلته¹⁰⁹.

وهذا التوجّه يتناغم تماماً مع المسار الموضوعي للمشرّع التونسي في ما يتعلق بالتّقنيات التي تمكّن من تدارك البطلان، فهذا الوضع يذكّرنا بتقنية تحوّل بطلان العقد التي ولئن كان مشروع الفصل المنظم

¹⁰⁶ نتحدّث هنا عن الأساتذة سامي الجّري، نعمان الرّقيق ونور الدّين بالسّور.

¹⁰⁷ سامي الجّري، م س، ص 513.

¹⁰⁸ النّص الأصلي:

"Le COC est jusqu'à nos jours le seul à avoir écarté totalement tout critère subjectif."

نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 419، فقرة عدد 31.

¹⁰⁹ نعمان الرّقيق، م س، ص 328.

للتحوّل يشترط إرادة الطرفين لإعمالها¹¹⁰، إلّا أنّ الفصل 328 م 1 ع قد أقصى الشرط الذاتي وأبقى على الموضوعي فقط¹¹¹.

كما أنّ الشرط المتمثّل في أن يكون الجزء الباطل هو ما دفع بالأطراف على التعاقد قد يطرح إشكالا آخر باعتبار أنّ الجزء الباطل ينبغي أن يكون مهماً بالنسبة للطرفين على حد السواء، ولكن قد يحدث أحيانا أن يكون البند مهماً بالنسبة لطرف واحد لا معنى للعقد في غيابه، وفي المقابل هو غير مهمّ بالنسبة للطرف الآخر ولا مانع لديه في التخلّص منه والإبقاء على بقيّة العقد¹¹².

53- وتطبيقاً، انتقاص العقد الباطل بناءً على التّجزئة الدّاتية لا يمكن أن يحقّقه القاضي المدني دون طلب من طرفي العقد أو أحدهم. فيمكن لطرفي العقد أن يواصل العمل به رغم علمهم بالبطلان الجزئي الذي يعتريه وذلك خشية من تضرّر مصالحهم من خلال فقدان النّفع الذي يعود به العقد عليهم¹¹³. وبالتالي فإنّ تحقّق أهداف انتقاص العقد والبطلان الجزئي بصفة عامّة يتوقّف على تحقيق التّوازن بين المنفعة العامّة والمنفعة الخاصّة التي يهدف إليها طالب البطلان. نذكر مثلاً عقد بيع ينطوي على بند مخالف للقانون لا يحمي الطرف الضعيف وهو الشّاري في هذا المثال، وقد لا يطلب هذا الطرف بطلان البند الباطل خوفاً من أن يتمّ إبطال العقد كلياً خاصّة وأنّه قد يكون الشّيء المتعاقد عليه نادر الوجود أو غير موجود بذلك الثّمّن¹¹⁴. فالجزء الباطل يبقى ساري المفعول إلى أن يتمّ الإعلام عن الخلل الذي يعتريه وطلب إبطاله.

54- وطالب بطلان الجزء ممّا لا شكّ فيه لا يبحث فقط على المنفعة العامّة وحماية العقود من الخلل الذي قد يعتريهم، بل يبحث أيضاً من خلال طلبه على بعض من المنفعة الخاصّة، وتغدو هذه المصلحة عند تطبيق المعيار الدّاتي مهّدّة خاصّة إن طألب الطرف الأقوى بالبطلان الكلّي معلّلاً موقفه بأنّ البند

¹¹⁰ نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 423، فقرة عدد 34.

¹¹¹ فصل 375 من مشروع مجلّة الالتزامات والعقود: "إذا بطل الالتزام وكان به من الشّروط ما يصحّ به التزام آخر فلا مانع أن يصحّ بهاته الصّورة إذا تبيّن من قرائن الحال أنّ العاقدين كانا يعقدانه على تلك الصّورة لولا بطلانه بالوجه الأوّل."

¹¹² "غالوتشي"، م س، ص 289، فقرة عدد 490.

¹¹³ "غالوتشي"، م س، ص 289، فقرة عدد 491.

¹¹⁴ نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 420، فقرة عدد 32.

الباطل هو ما دفعه على التعاقد، حينها يضطر الطرف الآخر إلى ملازمة الصمت ومواصلة العمل بالعقد رغم البطلان¹¹⁵.

وفي نفس السياق، قد يتجاوز القاضي التونسي إرادة أحد الأطراف هنا، من ذلك تجاوزه في غالب الأحيان إرادة الطرف الأقوى ورغبته في الإبقاء على الشرط الباطل وذلك لأنّ هذا الأخير يمسّ بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مصالح الطرف الضعيف ويحدّ من الحماية المكرّسة له¹¹⁶، كما أنّ نجاعة جزاء البطلان تكمن في مواصلة العمل بالعقد الباطل كلّما كان ذلك ممكناً وحتى إن كان مخالفاً للإرادة التعاقدية¹¹⁷.

من هذه الشروط التي لا تقيم العدل بين طرفي العقد ويجب إبطالها مهما كانت الإرادة يمكن أن نذكر بطلان الشرط المتعلق بإعفاء التاجر من تحمّل ضمان عيب المنتج خلال فترة التجربة فيما يخصّ تقنيات البيع والإشهار التجاري¹¹⁸.

55- ثمّ إذا كان البحث عن الإرادة في حدّ ذاته أمراً صعباً باعتبار أنّ مقوماته نفسية بحتة، فكيف يكون الأمر بالنسبة للإرادة المفترضة التي كرّسها الفقه الألماني والتي تصعب المهمة أكثر بالنظر إلى أنّ النية التي يُبحث عنها لم تكن موجودة أصلاً وبالتالي إقامة الدليل عليها يكاد يكون مستحيلاً¹¹⁹، ممّا يترك المجال شاسعاً للسلطة التقديرية للقاضي¹²⁰.

وهذه السلطة التقديرية لا تخدم دائماً إرادة الأطراف، فقد يستند القاضي على غياب هذه الإرادة حتى يبطل كامل العقد وهو ما يُخفي في طبيّته نوعاً من "التحكّم"، إذ يتحدّج بالإرادة في حين أنّه يحكم بالبطلان الكلّي أو الجزئي مستنداً على أحكام النظام العامّ. فحتّى لو كان الجزء الباطل ليس الباعث على التعاقد، ومن المفروض في هذه الوضعية أن يكون البطلان جزئياً، إلّا أنّ القاضي قد يختار أعمال

¹¹⁵ نور الدين بالسّور، م س، ص 420.

¹¹⁶ عماد المبروك، م س، ص 155، فقرة عدد 442.

¹¹⁷ نور الدين بالسّور، مقال سابق، ص 419، فقرة عدد 30.

¹¹⁸ فصل 33 من القانون عدد 40 صادر في 2 جوان 1998 متعلّق بتقنيات البيع والإشهار التجاري.

¹¹⁹ نور الدين بالسّور، م س، ص 366.

¹²⁰ "غالوتشي"، م س، ص 289، فقرة عدد 490.

البطلان الكلي وذلك لأنَّ العقد مخالف للنظام العام ولكن الحجة هي الإرادة، وهو ما يجعل المعيار الذاتي مفرغا من محتواه باعتبار أنَّه صعب الإثبات ونادر التطبيق الفعلي¹²¹.

56- ومثلما ذكرنا سابقا، تحديد الإرادة المفترضة يستوجب البحث أولا عن عناصر موضوعية، من بينها يذكر الفقهاء، منهم "فيليب سيملار": "الغاية الاقتصادية المراد تحقيقها، أهمية الجزء المتبقي من عدمه، ظروف إبرام العقد"¹²²...

الأمر الذي تفتن إليه فقهاء القانون السويسري، حيث كان الشرط الذاتي يلعب دورا أساسيا في الموضوع ولم يتم أعمال الانتقاص بمعزل عن إرادة الأطراف وذلك رغم إعطاء الأولوية للبطلان الجزئي قبل البطلان الكلي¹²³.

إلا أنَّ ذلك لم يدم طويلا حيث تراجع الشرط الذاتي على حساب الشرط الموضوعي وتمَّ اعتبار البطلان الجزئي لا يكون إلا بإعمال معايير موضوعية بحتة¹²⁴.

57- أضف إلى ذلك، يرى الأستاذ بالسروور أنَّ معيار النية في إطار التجزئة الذاتية هو معيار وهمي وغير مُجدي.

هو وهمي باعتبار أنَّه كيف يمكن الحديث عن إرادة أطراف في الإبقاء على العقد رغم انتقاص الجزء الباطل وهم بالأساس على غير دراية بهذا البطلان؟ فالأطراف في غالب الأحيان لم يتبادر إلى أذهانهم عند إبرام العقد أنَّ الجزء الذي سيُبتل مستقبلا مهم في العقد وغير قابل للانتقاص¹²⁵، إذ أنَّ الإرادة هنا

¹²¹ محمد حبار، م س، ص 370.

¹²² النص الأصلي:

"Il s'appuiera ainsi sur la finalité économique inhérente au type d'acte en question..., sur l'utilité de la partie restante ou sur son inutilité, sur les circonstances de sa conclusion etc..."

"فيليب سيملار"، البطلان الجزئي للأعمال القانونية، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1969، ص 459، فقرة عدد 378.

Philippe Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ. Paris, 1969, page 459, n°378.

¹²³ "إنَّ احترام الكلمة المعطاة، قواعد حسن النية وتأمين التجارة القانونية، هي أمور يخدمها البطلان الجزئي أكثر من البطلان الكلي."

"فيليب سيملار"، م س، ص 443، فقرة عدد 364.

"Le respect de la parole donnée, les règles de la bonne foi et la sécurité du commerce juridique sont mieux servies par la nullité partielle, comme solution de principe que par la nullité totale. "

Philippe Simler, op.cit, page 443, n°364.

¹²⁴ نعمان الرقيق، م س، ص 326، فقرة عدد 369.

¹²⁵ "غالفتشي"، م س، ص 288، فقرة عدد 490.

متّجهة إلى المحافظة على كامل العقد وليس جزء منه¹²⁶ لأنّه إن صحّ هذا الأمر لأبرم الأطراف العقد بدون تضمين الجزء الباطل منذ البداية وهو ما يمكن من تفادي كلّ هذه المراحل والإشكالات.

كما أنّه غير مجدي إذا أخذنا بعين الاعتبار أنّ "إعمال معيار النية يؤدّي في معظم الحالات إلى البطلان الكلّي لا الجزئي وذلك لأنّ الجزء الباطل هو عادة مهمّ في العقد"¹²⁷. وهو ما يجعل البحث عن نية الأطراف، على أمل التّمكن من انتقاص العقد وإنقاذه، غير نافع لأنّه سيجعل من العقد غير قابل للفصل وبالتالي بطلانه بطلانا كلياً.

58- إنّ هذه الإشكالات التي تعترّي التّجزئة الدّائيّة صعبت من تطبيقها واقعياً، دون أن نتناسى أنّ اللّجوء إليها هو أمر غير قانوني وذلك لعدم التّنصيص عليها في الفصول المنظّمة للمسألة، إذ أنّها (الفصول) على ما يبدو قد جعلت من التّجزئة الموضوعيّة المعيار الوحيد للبطلان الجزئي وللانقاص بشكل خاص¹²⁸، وذلك نقلاً عن كلمات الأستاذ سامي الجّربي في كتابه تفسير العقد: "الفصل 327 م 1 ع موضوعي صرف، ولم يتطرّق إلى الإرادة العقديّة"¹²⁹. وهو ما سنتناوله في الفقرة الموالية من هذا المبحث.

¹²⁶ نور الدّين بالسّور، م س، ص 365، فقرة عدد 243.

¹²⁷ "إنّ تطبيق المعيار الدّائي يؤدّي عادة إلى البطلان الكلّي، باعتبار أن البنود المخالفة للقانون في معظم الأحوال حاسمة".

نور الدّين بالسّور، م س، ص 371، فقرة عدد 245.

"L'application du critère intentionnel donne lieu le plus souvent à une annulation totale, étant donné que les clauses illicites sont, dans la plupart des cas, déterminante."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 371, n°245.

¹²⁸ "في القانون التّونسي النصّ يوجب إلى تجزئة موضوعيّة وحثّى حسابيّة، القاضي يقطع بمبضعه أجزاء العقد تماماً كما يقوم القاضي الانجليزي يرسم دائرة زرقاء على الجزء الباطل."

سامي الجّربي، م س، ص 513، فقرة عدد 319.

"الأستاذ سامي الجّربي يساند فكرة اعتبار الفصل لا يحيل إلى معيار نفسي، ويجعل من التّجزئة الموضوعيّة المعيار الوحيد للبطلان الجزئي." حياة روهين، م س، ص 27.

"M.Jerbi a soutenu que cet article ne fait aucune référence au critère psychologique et semble faire de la divisibilité objective le seul critère de la nullité partielle."

Hayet Rouhine, op.cit., page 27.

¹²⁹ سامي الجّربي، م س، ص 504، فقرة عدد 387.

ونذكر أيضاً ما قاله الأستاذ بالسّور: "الفصل 327 م 1 ع قد جاء ليُجعل من التّجزئة الموضوعيّة المعيار الوحيد للبطلان الجزئي."

نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 421، فقرة عدد 34.

"L'article 327 du COC est venu effectivement faire de la divisibilité objective le seul critère de la nullité partielle."

الفقرة الثانية: تبني قيام الانتقاص على التجزئة الموضوعية

59- بعد إقصاء قيام الانتقاص على تجزئة ذاتية مستندة إلى عرضية الجزء الباطل بالنسبة للأطراف، ينبغي لنا البحث الآن في قيامه على عرضية الجزء الباطل بالنسبة للعقد ذاته، وبالتالي تبني قيامه على التجزئة الموضوعية. ونقصد بذلك أن هذا الجزء الباطل لا يتمتع بمكانة أساسية في العقد وبالتالي لا يتوقف استمرار هذا الأخير عليه بغض النظر عن كل اعتبارات خارجية: المهم هنا هو أن لا يكون الجزء الباطل جوهرياً لقيام بقية العقد.

إن اعتماد التجزئة الجوهرية للعقد كمعيار وحيد للبطلان الجزئي هي فكرة لم تجد جمهوراً لا بين التشريعات نظراً لندرة التشريعات التي اعتمدت على التجزئة الموضوعية، ولا بين الفقهاء الغرب، إذ أن الفقه الفرنسي لم يعرف مبدئياً أي فقيه دافع عن كون البطلان الجزئي لا يتحقق إلا من خلال التجزئة الموضوعية¹³⁰.

60- ومثلما ذكرنا سابقاً، البحث في التجزئة الذاتية يتطلب أساساً الاستناد إلى معايير موضوعية، وهو ما يجعلنا نسلم بأن انتقاص العقد متوقف على إمكانية التخلي عن الجزء الباطل دون المساس من المسار التعاقدية وحتى إن كان ذلك على حساب الإرادة. فالمهم في نظر المشرع هو ضمان بقاء العقد. وبالتالي فإن الجزء الباطل ينبغي أن لا يكون جوهرياً لقيام العقد وإلا اختل التوازن وبطل كلياً.

61- والتجزئة الموضوعية حسب الأستاذ محمد الزين تتحقق إن كان الجزء المعيب غير جوهرية في العقد، أو بتحقيق إمكانية الفصل المادي للجزء الباطل عن الصحيح، أو غيرها من الحالات التي نص عليها القانون¹³¹.

إلا أن مقارنة الأستاذ نور الدين بالسرور عن التجزئة الموضوعية تختلف بعض الشيء، حيث يرى أن التجزئة الموضوعية تتحدد بالنظر إلى الجزء الصحيح المتبقي من العقد، هل يصلح لأن يكون له وجود قانوني أو لا.

¹³⁰ "يبدو أنه لا يوجد أي فقيه قد جعل من التجزئة الموضوعية المعيار الوحيد للبطلان الجزئي، هي تشكل فقط شرطاً مسبقاً."

"غالوتشي"، م س، ص 288، فقرة عدد 489.

"Aucun auteur ne semble faire de la divisibilité objective de l'acte le critère unique de la nullité partielle ; elle en constitue seulement une condition préalable."

Guelfucci, op.cit., page 288, n°489.

¹³¹ محمد الزين، م س، ص 246، فقرة عدد 311.

وهو أمر مطابق لما نصّ عليه التشريع الألماني في الفصل 139 في تعريفه "الجزء من العقد" في ما يتعلّق بالجزء المتبقّي وإمكانية استمراره مستقلاً¹³².

62- كما تتطلب التجزئة الموضوعية بدورها أن يكون العقد قابلاً للتجزئة المادية والقانونية¹³³: حيث أنّ التجزئة قد تكون غير ممكنة لاعتبارات مادية وهي عدم إمكانية تجزئة موضوع التعاقد أو الثمن المتعاقد عليه.

أمّا في ما يخص التجزئة القانونية فيُقصد بها قيام الجزء الصحيح المتبقّي من العقد واستمراريته مستقلاً رغم الانتقاص منه¹³⁴.

63- ورغم ما بيّناه سابقاً من أنّ القوانين العربية لا تُنقص من العقد إلا بعد ثبوت أنّ الجزء الباطل لم يدفع الأطراف على التعاقد، إلا أنّ البعض منها يعرف بعض الاستثناءات.

فبالنسبة للقانون المصري، قد يفرض هذا الأخير أحياناً الانتقاص بقوة القانون، من ذلك مثلاً حالة تجاوز الثمن المفروض بمقتضى قانون التسعيرة، أو تجاوز الفائدة للحدّ الأقصى المحدّد، ففي مثل هذه الحالات، يرجع الثمن إلى الحالة المعيّنة قانوناً بدون الحاجة للرّجوع إلى إرادة الأطراف، وحتى إن كانت إرادة الأطراف متّجهة نحو هذا التّجاوز فلا عمل عليها¹³⁵.

وبالرّجوع إلى الفصل التّونسي المنظم للمسألة يتبيّن لنا أنّ مشرعنا لم يأخذ بعين الاعتبار سوى اعتبارات موضوعية، والتي يمكن تلخيصها في قابلية العقد للانتقاص المادي واستمرارية العقد رغم البطلان الجزئي.

¹³² نور الدين بالسّور، مقال سابق، ص 421، فقرة عدد 34.

¹³³ نور الدين بالسّور، أطروحة سابقة، ص 385، فقرة عدد 253.

¹³⁴ "التّجزئة القانونية تتطلب أن يكون للجزء الصحيح من العقد وجود قانوني مستقلّ."

نور الدين بالسّور، م س، ص 389، فقرة عدد 256.

"La divisibilité juridique suppose que la partie valable de l'acte pourra avoir une existence juridique autonome."

Noureddine Bessrou, op. cit., page 389, n°256.

¹³⁵ مصطفى جمال، مصادر وأحكام الالتزام: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 178.

أقيام التجزئة الموضوعية على قابلية العقد للانتقاص المادي

64- تطبيقاً، قد تعترضنا حالات استحالة مادية، فقد يكون أحياناً الثمن موضوع التعاقد غير قابل للفصل بين جزئيه الصحيح والفساد.

إذ قد يوضع ثمن جملي لعدد من الأشياء موضوع التعاقد دون أفراد كل واحدة منها بثمن خاص، وقد يحدث أن تبطل عملية البيع لإحدى هذه الأشياء لأي سبب من الأسباب وتصح بالنسبة لما بقي.

في هذه الوضعية يجب إقصاء البطلان الجزئي وإعمال البطلان الكلي وذلك للاستحالة المادية لتجزئة العقد¹³⁶. وهذا الحل هو ما اعتمدته فقه القضاء الفرنسي حين اختار البطلان الكلي بالنسبة لعقد تأمين على العديد من الأخطار تحت نفس المعين الجملي¹³⁷.

إلا أنه استثنى من هذه الوضعية وأقصى بذلك البطلان الكلي في حال قبول المشتري دفع الثمن الجملي مقابل الأشياء الصحيحة فقط¹³⁸، وهو حل منطقي باعتبار أن صاحب الحق قد تخلّى عن حقه وخير استقرار العقد¹³⁹.

65- كما أن التجزئة المادية يمكن أن ترد على محل التعاقد، فقد يحدث أن يتعاقد اثنان على أمرين، أحدهما جائز والآخر باطل. فمثلاً قد يبيع شخص ما شيئين، أحدهما على ملكه فعلاً، و ثانيهما تبين بعد إبرام العقد أنه على ملك الغير وأنه يدخل في نطاق تركة مستقبلية. ومعلوم أن كل تعاقد وارد على تركة مستقبلية هو باطل بطلاناً مطلقاً حسب الفصل 66 م 1 ع. إلا أن هذا البطلان المطلق قد يتدخل البطلان الجزئي ويحد من أثره التهديمي، فلا معنى من إبطال كامل العقد طالما أن التعاقد في شق منه صحيح. وبالتالي يمكن إعمال التجزئة المادية في هذا الإطار من خلال فصل الصحيح عن الباطل

¹³⁶ عماد المبروك، م س، ص 148، فقرة 420.

¹³⁷ قرار تعقيبي فرنسي، الغرفة الاجتماعية، مؤرخ في 14 فيفري 1968، نشرة 1968، عدد 100، ص 83. ذكره بالسّرور، م س، ص 386، حاشية عدد 1015.

V. Soc.14/2/1968, Bull.1968, V. n°100, page 83. Cité par Noureddine Besrou, op. cit., page 386, note de bas de page n°1015.

¹³⁸ قرار استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بغرونوبل مؤرخ في 8 أوت 1832، ذكره نور الدين بالسّرور، م س، ص 386، حاشية عدد 1016.

Cour d'appel Grenoble 8/8/1832, S 1833.I.176, cité par Noureddine Bessrou, op.cit., page 386, note de bas de page n° 1016.

¹³⁹ نور الدين بالسّرور، م س، ص 387.

واعتبار أنّ العقد صحيح فقط في حدود المحلّ المجاز للتعاقد عليه، وباطل بالنسبة لما تعلّق بالتركة المستقبلية¹⁴⁰.

وما إن تأكّد لنا أنّ العقد قابل للفصل مادياً، ينبغي التنبّه بعد ذلك من إمكانية استمراره في غياب الجزء الباطل.

ب- قيام التجزئة الموضوعية على استمرارية العقد رغم انتقاصه

66- إنّ قيام التجزئة الموضوعية على استمرارية العقد رغم انتقاصه هو أمر قد أكّد عليه الفصل 327 من خلال عبارات: "... إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل..." ويعبر عنها الأستاذ بالسّرور "بالتجزئة القانونية" وهو الوجود القانوني المستقلّ الذي يمكن أن يتمتّع به الجزء الصحيح من العقد بعد التخلّص من الجزء الباطل¹⁴¹.

وتحديد مفهوم بطلان جزء من العقد يرجعه الأستاذ محمّد الزّين إلى الفقه الألماني¹⁴²، صاحب هذه النظرية، حيث يعتبر أحد الكتاب¹⁴³، بالرجوع إلى فقه القضاء الألماني، أنّ بعض الالتزامات الباطلة هي "جملة المقترضات التي يمكن للالتزام أن يبقى قائماً بعد حذفها منه بوصفه التزام مستقلّ."

67- إن إمكانية قيام بقية العقد كوحدة مستقلة قابلة للتحقّق إذا لم تتوقّف بعض المعطّلات. فهناك عقود منع القانون فيها التجزئة وبالتالي بطلان جزء منها يعني بطلان البقية، أيضاً الجزء الباطل قد يكون مهماً لدرجة أنّ التخلّي عنه يفقد العقد معناه، أو قد يكون من طبعه لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن العقد الأصلي.

ويمكن تلخيص هذه الحالات إلى استمرارية مستمدة من طبيعة الجزء الباطل أولاً، ثمّ إلى استمرارية مستمدة من طبيعة بعض العقود ثانياً.

¹⁴⁰ عماد المبروك، م س، ص 148، عدد 421.

¹⁴¹ "التجزئة القانونية تفترض أن يكون للجزء الصحيح من العقد وجود قانوني مستقلّ."

نور الدين بالسّرور، م س، ص 389، فقرة عدد 256.

"La divisibilité juridique suppose que la partie valable de l'acte pourra avoir une existence juridique autonome."

Noureddine Bessrou, op.cit, page 389, n°256.

¹⁴² محمّد الزّين، م ص، ص 245، فقرة عدد 310.

¹⁴³ "شتودينغر"، تعليق على القانون المدني الألماني، فقرة عدد 139. ذكره "سيملار"، م س، الفقرات عدد 342 و 343.

J.Von.Staudinger, Konmmmentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, paragraphe n°139. Cité par Philippe Simler, n°342 et 343.

1- استمرارية مستمدة من طبيعة الجزء الباطل

68- قابلية العقد للتجزئة وبالتالي للبطلان الجزئي في هذه المرحلة هي رهينة اعتبارات متعلقة بالجزء الباطل. فالتجزئة تغدو ممكنة فقط إن كان الجزء الباطل لا جوهري في العقد، أو حين يكون هذا الجزء من المتعلقات التبعية في العقد.

1.1- العقد مستمر لعدم جوهريّة الجزء الباطل

69- يستمرّ العقد في حال عدم جوهريّة الجزء الباطل، إذ أنّ هذه الصّفة هي مانع من موانع تجزئة العقد وبالتالي انتقاصه.

والعناصر الجوهرية تتمثل في أركان العقد من أهلية، رضا، محلّ و سبب، وهذه الأركان تمثل كتلة متجانسة غير قابلة للفصل بينها، تعيب إحداها يجعل من البطلان كلياً شاملاً للعقد.

فمثلاً بالنسبة للشركة التجارية ذات المسؤولية المحدودة، يقتضي الفصل 107 من مجلة الشركات التجارية أنّ بطلان الشركة يزول بزوال السبب المبطل، إلّا إذا كان هذا السبب هو عدم مشروعية موضوع الشركة. وبالتالي فإنّ الموضوع الباطل هو سبب من أسباب البطلان وحتىّ إن زال هذا الموضوع الباطل فإنّ الشركة تبقى دائماً باطلة¹⁴⁴.

70- إلّا أنّ بعض التشريعات قد استثنيت بعض الحالات الخاصة. نذكر مثلاً موقف القانون الفرنسي حيث ولئن أقرّ على ضرورة تطبيق البطلان الكلي على العقد المبرم في حال انعدام الأهلية كحلّ أصلي، إلّا أنّه خفّف من حدّة هذا الجزاء بإعمال البطلان الجزئي وانتقاص الجزء الباطل في حال اقتصار أهلية التصرف في الأملاك على بعضها دون أخرى¹⁴⁵.

كما أنّ محلّ العقد المخالف للقانون لم يكن سبباً في إبطال العقد كلياً، حيث اتّجه فقهاء القضاء الفرنسي إلى الإبطال الجزئي لعقد شركة تضمن محلاً باطلاً يتمثل في نشاط غير قانوني من بين جملة من الأنشطة الأخرى الصحيحة¹⁴⁶.

¹⁴⁴ رضا بن كريم، م س، ص 163.

¹⁴⁵ دافيد بكوش، التّجاوز في القانون المدني، مكتبة القانون الخاصّ جزء 2005، 432، ص 216، فقرة عدد 229.

Bakouche David, *L'excès en droit civil*, Bibliothèque de droit privé tome 432, 2005, page 216, n°229.

¹⁴⁶ قرار تعقيبي فرنسي تجاري مؤرخ في 9 ديسمبر 1957، نشرية 1957، جزء 3، عدد 339، ص 291. ذكره نور الدين بالسّور، م س، ص 390.

71- فرضية أخرى تُضاف في هذا الإطار وتتمثل في "البند المناهض لروح العقد"¹⁴⁷.

ومثال هذه البنود الفصل 1302 م 1 ع الذي ينص على أنه: "إذا اشترط في العقد جميع الربح لأحد الشركاء فإنها تبطل من حيث هي شركة وتعتبر تبرعاً بالنسبة لمن أسقط حقه في الربح وإذا اشترط إبراء أحد الشركاء من جميع الخسارة بطل الشرط وصح العقد."

والطريف في هذا الفصل أنه يجمع بين اليتيم لتدارك بطلان العقد المبرم: التحول¹⁴⁸ والانتقاص¹⁴⁹.

فالشق الأول من الفصل يعتبر أن جمع الربح في يد شريك واحد باطل كبند من بنود عقد الشركة، إذ أنه يمس من إحدى المكونات الأساسية وهي نية المشاركة في الشركة لتحقيق غايتها، فمن بين هذه الغايات تحقيق الأرباح وما ينجر عنه من تحمل الخسارة، ولئن لم ينص القانون صراحة على شرط نية المشاركة إلا أنه مفروض من قبل أغلبية الفقه وفقه القضاء التونسي والفرنسي.

وبطلان هذا الشرط يُعتبر، دائماً حسب الفصل، مبرراً لتحول عقد الشركة بالنسبة لمن تنازل عن أرباحه ليصبح العقد بالنسبة إليه عقد تبرع.

أما في ما يخص الشق الثاني من الفصل، المتعلق بوضع بند يُعفي أحد الشركاء من الخسارة، فتتجلى فيه ملئاً آلية انتقاص العقد، حيث يمكن الإبقاء على العقد والمحافظة على تكييفه القانوني كعقد شركة، ولكن مع اشتراط إبطال البند المعيب جزئياً وانتقاصه¹⁵⁰.

إن ضرورة أن لا يكون الجزء الباطل جوهرياً في قيام بقية العقد لا يكفي لضمان استمراريته، ذلك أنه يجب أن يكون نفس هذا الجزء من العناصر التبعية في العقد.

V.Cass.com 9/12/1957, bull 1957. III. N°339.p291. Cité par Besrou, op. cit., page 390.

¹⁴⁷ النص الأصلي:

"Des clauses qui contredisent l'essence même du contrat."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 391, n°258.

¹⁴⁸ تقنية التحول سنتم دراستها في الجزء الثاني، انظر الفقرة عدد 127 وما بعدها.

¹⁴⁹ "إنّ جزء هذه البنود يمكن دائماً من المحافظة على الرابطة التعاقدية سواء من خلال تقنية التحول أو انتقاص البنود المتجاوزة."

نور الدين بالسورور، م س، ص 396.

"La sanction de ces clauses permettra toujours un maintien du rapport contractuel que ce soit par la technique de la conversion ou par la réduction des stipulations excessives."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 396.

¹⁵⁰ نور الدين بالسورور، م س، ص 391 و392، الفقرات عدد 258 و259.

2.1- العقد مستمر لتبعية الجزء الباطل

72- إن استمرارية العقد لتبعية الجزء الباطل هي وضعيّة كرّسها الفصل 326 م 1 ع والذي ينصّ على أنّه: "إذا بطل الالتزام الأصلي بطل ما التحق به من الالتزامات إلّا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك وبطلان الالتزام التّابع لا يترتّب عليه بطلان الأصل."

ونستنتج من هذا الفصل أنّ بطلان الأصل مبدئيّاً هو مبطل للملحقات وبالتالي هو مبرّر لإعمال البطلان الكلّي للعقد الباطل، إلّا أنّ هذا الجزاء يُخفّف إن مسّ البطلان التّابع دون الأصل، فبطلان الالتزام التّابع يترتّب عنه بطلان جزئي من خلال انتقاص التّابع والإبقاء على الأصل.

وهي حالة من حالات التجزئة القانونيّة التي تعرّض لها الأستاذ بالسّرور باعتبار أنّ الالتزام التّابع الصّحيح لا يمكن أن يقوم بذاته إن فصل عن الالتزام الأصلي الباطل¹⁵¹.

فمثلاً لا يمكن الحديث عن شرط الإعفاء من مسؤولية الناقل في معزل عن عقد النّقل، ولكن العكس صحيح إذ أنّ عقد النّقل يصحّ عندما يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية.

73- أضف إلى ذلك، مهما كان الجزء الباطل رئيسيّاً بالنسبة للأطراف، هو أمر لا يعني المشرّع. فبطلان الالتزام الأصلي هو مبرّر لإبطال كامل العقد بتوابعه وإن كانت هذه التّوابع مهمّة للأطراف، ولا يمكن أن يتمّوا العمل بالالتزام التّابع الصّحيح فقط لاستحالة قيامه ككيان مستقل¹⁵². وهو ما يعتبره الأستاذ بالسّرور برهانا آخر على عدم اهتمام المشرّع التّونسي بالتّيّار الدّاتي¹⁵³.

74- تمثّل هذه الشروط (ضرورة أن يكون الجزء الباطل غير جوهري في العقد وضرورة أن يكون التزام تباعي) بوّابة تمكّن من تجزئة العقد موضوعيّاً وبالتالي انتقاصه. إلّا أنّه، وفي بعض الأحيان، قد

¹⁵¹ "لا توجد تجزئة قانونيّة إذا كان الجزء الصّحيح من العمل تابع باعتبار أنّه لا يمكن أن يعيش بمعزل عن الجزء الباطل والأصلي."

نور الدّين بالسّرور، م س، ص 398.

"Il y a une indivisibilité juridique si la partie qui reste valable de l'acte est accessoire étant donné qu'elle ne peut survivre seule détachée de la partie nulle qui est principale."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 398.

¹⁵² نور الدّين بالسّرور، م س، ص 399.

¹⁵³ "مرّة أخرى، لا يحيل المشرّع التّونسي إلى الدّاتيّة."

نور الدّين بالسّرور، م س، ص 399.

"Encore une fois, le législateur tunisien n'a fait aucune allusion au subjectivisme."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 399.

يكون توفّر هذه الشروط بلا معنى، ذلك أنّ بعض العقود تفرض بحكم طبيعتها عدم التجزئة، وبالتالي يجب أن تُستمد الاستمرارية كذلك من طبيعة بعض العقود حتى نتمكن من الحديث عن تجزئة سليمة.

2- استمرارية مستمدة من طبيعة بعض العقود

75- تُستمد الاستمرارية أحيانا من طبيعة بعض العقود. إذ قد ينص القانون أحيانا في ضبطه للأنظمة القانونية لبعض العقود الخاصة على عدم تجزئتها وضرورة الأخذ بها أو تركها ككتلة واحدة لا تقبل التفكيك والتجزئة حتى لا يختل توازنها¹⁵⁴.

فيضرب القانون المغربي مثلا لهذه العقود غير القابلة للتجزئة ويعتبر أنّ مصيرها محصور في حالتين: الصّحة في الكلّ أو البطلان في الكلّ، وهذا المثال موجود بالفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينصّ على أنّ: "اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل و مبطل للعقد الذي يتضمّنه سواء جاء صريحا، أو اتّخذ شكل هديّة أو أيّ نفع آخر للمقرض أو لأيّ شخص غيره يتّخذ وسيطا له." وبالتالي فإنّ تمكين مسلم لآخر من قرض باطل وتبطل معه الفائدة دون إمكانية الإبقاء على القرض دون الفائدة والعقد هنا باطل من جميع جوانبه¹⁵⁵.

76- ومن بين هذه العقود في القانون التونسي يمكن أن نذكر عقد الصّالح، الذي اعتُبر العقد الوحيد الذي صرّح المشرّع بعدم تجزئته¹⁵⁶، إذ يرتّب الفصل 1475 م 1 ع جزاء بطلان كامل العقد في صورة بطلان الجزء باعتبار أنّ عقد الصّالح غير قابل للتجزئة.

¹⁵⁴ "هم يكوّنون بطبيعتهم مجموعة متناسقة لا يمكن فصل جزء عن البقية دون الإخلال بالتوازن الأساسي الداخلي."

"فيليب سيملار"، م س، ص 362، فقرة عدد 298.

"Ils constituent par nature même un ensemble cohérent dont il n'est pas possible de séparer une partie sans rompre un équilibre interne essentiel."

Philippe Simler, op.cit., page 362, n°298.

¹⁵⁵ أحمد شكري السّباعي، م س، ص 375.

¹⁵⁶ "إنّ عقد الصّالح، هو العقد الوحيد الذي أكّد المشرّع فيه على عدم تجزئته وعلى الآثار المترتبة عن ذلك."

نور الدين بالسّور، م س، ص 408، فقرة عدد 268.

"Le contrat de transaction est le seul contrat ou le caractère indivisible ainsi que l'effet qui en découle, ont été expressément affirmés par le législateur."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 408, n°268.

وقاعدة عدم تجزئة عقد الصلح تقوم على اعتباره من الالتزامات والتنازلات المتبادلة¹⁵⁷، وهو ما نستمدّه من تعريف عقد الصلح صلب الفصل 1458 م 1 ع¹⁵⁸ بكونه يهدف إلى قطع الخصومة من خلال تقديم المتصالحين تنازلات تهمّ البعض من مطالبهم.

وهذه الالتزامات المتبادلة التي تصدر عن الطرفين هي ما تبرّر الاستثناء الذي ضمّنه المشرع في الفصل 1475 في فقرته الثانية والذي يقبل بفرضية تجزئة عقد الصلح إذا تبين أنّ المتصالحين اعتبروا شروط العقد كأجزاء مستقلة عن بعضها البعض، بطلان إحداها لا يعني بطلان كامل الصلح وإنّما التّخلي عن الجزء الباطل وقيام باقي عقد الصلح بمفرده.

77- وعلى الرغم من أنّ القانون التونسي لم يعتمد سوى التّجزئة الموضوعية كمعيار لانتقاص العقد، إلّا أنّ هذا المعيار اعتُبر مجرد شرط هامّ ينبغي التّثبت منه قبل إعمال المعيار الحقيقي الذي يمكن من انتقاص العقد. فالنتيجة من الاعتبارات الموضوعية لا يعدّ كافياً للنّطق بالبطلان الجزئي للعقد¹⁵⁹.

إنّ هذا المعيار الحقيقي الذي تحدّث عنه بعض الفقهاء في الدّاخل وفي الخارج¹⁶⁰ والذي أرادوا الدّفع به نحو التّكريس التشريعي هو معيار هدف المشرع، وهو موضوع مبحثنا الموالي.

المبحث الثاني: التّجزئة الفقهية المنشودة لقيام انتقاص العقد: معيار هدف المشرع

78- لقد لقي معيار هدف المشرع حظّه في الفقه من خلال بلورة دراسة شافية وكافية له مع أطروحة الأستاذة "كاثرين غالفوتشي". ثمّ تبنّى أفكارها في تونس الأستاذ نور الدّين بالسّور في أطروحته وذلك للمزايا التي يطرحها هذا المعيار من خلال تجاوزه لمساوئ التّجزئة الدّاتية. ويمكن دراسة معيار هدف المشرع بالنّظر إلى أهميته أولاً، ثمّ إلى تطبيقه ثانياً.

الفقرة الأولى: أهمية معيار هدف المشرع في انتقاص العقد

79- إنّ معيار هدف المشرع يمكن القاضي الذي سينطق بالبطلان من تجاوز كلّ نطق بالحكم المبني على "نفاق"¹⁶¹، بما معناه أنّ القاضي كان يحكم بالبطلان مستنداً ظاهرياً إلى معيار ذاتي وهو نية

¹⁵⁷ عماد المبروك، م س، ص 149، فقرة 422.

¹⁵⁸ الفصل 1458 م 1 ع: "الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كلّ المتصالحين عن البعض من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحقّ."

¹⁵⁹ نور الدّين بالسّور، م س، ص 384، فقرة عدد 252.

¹⁶⁰ "غالفوتشي"، م س، ص 292. انظر أيضاً بالسّور، م س، ص 411.

الأطراف، مع كل ما يحمله هذا المعيار من عيوب¹⁶²، وهو في الحقيقة قد أقام حكمه على معايير أخرى أهمها النظام العام.

فهدف القاعدة القانونية التي وقع اختراقها هو المعيار الحقيقي الذي يمكن القاضي من الحكم بالبطلان الجزئي¹⁶³.

80- كما أن النص الذي يفرض بقوة القانون تطبيق البطلان النسبي وانتقاص الجزء الباطل هو في حقيقة الأمر دفع بالقاضي إلى إعمال معيار هدف المشرع حتى وإن كان هذا الهدف مخالفا لإرادة الأطراف¹⁶⁴.

وهو ما ذهب إليه فقه القضاء الفرنسي كثيرا قبل اعتماد المعيار الذاتي بطريقة رسمية، وخاصة في ما يتعلق بعقد ظاهر للبيع، يُخفي في طياته عقدا سريّا الذي يُخفي بدوره جزءا من الثمن لم يتم الإعلان عنه في العقد الظاهر. فإرادة الأطراف تجاهلها القضاة حتى وإن كانت مع هذا الجزء الزائد في سبيل إعمال معيار هدف المشرع وبالتالي إبطال العمل بهذا الجزء¹⁶⁵.

81- ولقد بسطنا سابقا وضعيّة أن يكون الجزء الباطل جزءا أساسيا في ذهن أحد المتعاقدين فقط، فالحقد بلا معنى في غياب هذا الجزء بالنسبة إليه، وهذا الطرف عادة ما سيكون الطرف الأقوى في عقود الإذعان، إذ تعود عليه هذه البنود بالربح وهي بنود وضعها هو و رضي بها الطرف الآخر مُكرهاً ويكون عادة قد نسج على أساسها العقد.

إنّ هذا الطرف سيرفض البطلان الجزئي رفضا قاطعا لما يحمله الجزء الباطل من أهمية وسيطالب بتحقيق البطلان الكلي.

¹⁶¹ "القاضي لن يكون بعد ذلك مرتبطا بإرادة الأطراف، و لن يحتاج لأن يتصرّف "بنفاق" من خلال التخفي وراء ما يُعبّر عنه بتأويل إرادة الأطراف".

نور الدين بالسّورور، م س، ص 418، فقرة عدد 275.

"...Le juge ne sera plus lié par l'intention des parties, et n'aura plus besoin d'agir avec «hypocrisie» en se couvrant derrière une soit disant interprétation de la volonté des parties."

Noureddine Bessrou, op cit., page 418, n°275.

¹⁶² نور الدين بالسّورور، م س، ص 418، فقرة عدد 274.

¹⁶³ "غالفتشي"، م س، ص 299، فقرة عدد 502.

¹⁶⁴ نور الدين بالسّورور، م س، ص 419، فقرة عدد 276.

¹⁶⁵ مثال: قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 28 جوان 1956، الملف القانوني الدّوري، 1956، II، 9636، ملاحظة "بونسار".

ذكرها نور الدين بالسّورور، م س، ص 421، حاشية عدد 276.

ومن هنا تبرز أهمية معيار هدف المشرع باعتبار أنه لا يولي أي أهمية تذكر لإرادة الأطراف ويمكن حتى أن يذهب إلى عكس هذه الإرادة.

فالهدف المراد تحقيقه من القاعدة القانونية المنتهكة هو ما سيحدّد مدى البطلان إن كان كلياً أو جزئياً.

82- وبناءً على ما سبق، وباعتبار أنّ هدف هذا المعيار هو نفسه هدف البطلان أي القطع مع كلّ ما هو مخالف للقانون في العقد، فتحدّد من هذا المنطلق الأطراف التي يجوز لها طلب البطلان، فإن كانت المصلحة العامة هي هدف المشرع جاز للطرفين طلب البطلان، أمّا إن خصّ المشرع هذه الحماية للمصلحة الخاصة فقط جاز للمعني بالأمر فقط طلب البطلان¹⁶⁶.

83- في العادة نفرّق بين أنواع العقود المنطبق عليها البطلان والأسباب المقرّرة لأجلها البطلان.

فالبطلان يختلف من جهة أولى إن كان العقد الباطل جزئياً عقداً بسيطاً أو مركّباً، ومن جهة ثانية البطلان الوارد على مخالفة النظام العام، إذ لا يتمّ التعامل معه بنفس طريقة العقود المخالفة لقواعد بسيطة¹⁶⁷.

هذه التفرقة تصبح غير لازمة عند تطبيق معيار هدف المشرع. ويبرز الأستاذ نور الدين بالسّور ذلك بأنّ الأمر لم يعد يتعلّق بخرق النظام العام أو أيّ قاعدة قانونية أخرى حتى نطبّق معيار هدف المشرع، بل الأمر يدور حول خرق قاعدة قانونية أمرّة مهما كانت أهمية هذه القاعدة ومهما كان نوع العقد الذي يحملها¹⁶⁸.

الفقرة الثانية: تطبيق معيار هدف المشرع

84- إنّ الأهمية التي يحظى بها معيار هدف المشرع جعلت بالأستاذة "غالوتشي" تدفع به نحو تجاوز اقتصار تطبيقه على حالات النظام العام لتشمل جميع حالات البطلان الجزئي¹⁶⁹.

¹⁶⁶ نور الدين بالسّور، م س، ص 425.

¹⁶⁷ "غالوتشي"، م س، ص 301، فقرة عدد 505.

¹⁶⁸ نور الدين بالسّور، م س، ص 424.

¹⁶⁹ "...لذلك تولت الأستاذة "غالوتشي" الدّفع بمعيار هدف المشرع إلى أقصى مراحل تطوّره، وذلك بتعميمه على كلّ حالات البطلان الجزئي وليس فقط في ميدان النظام العام."

وليد لقطي، الإرادة و نطاق البطلان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2006-2007، ص 113.

فينبغي التذكير أنّ سلطة إرادة الأطراف قد عرفت مساً من شموليّتها كلّما تعلّق الأمر باختراق قاعدة تهمّ النظام العامّ. فالعقود لا تُبرم بخرق النظام العامّ بتعلّة إرادة الطرفين. وبالتالي يمثّل النظام العامّ "حدّاً لسلطان الإرادة ومعيّاراً يُقرّر بمقتضاه البطلان عند إبرام العقد"¹⁷⁰.

85- إنّ البطلان الجزئي من ناحية أخرى يمثّل الجزاء الطبيعي لمخالفة النظام العامّ الاقتصادي. فهذا الأخير بطبعه يجعل من العقد باطلاً بطلاناً جزئياً ذلك أنّ نجاعة الجزاء تتطلب استمراريّة العقد مع التخلّص من الجزء المعيب حتّى وإن كان هذا الجزء هو ما دفع بالأطراف على التّعاقّد، الأمر سيان بالنسبة للنظام العامّ الاقتصادي، فلا أهميّة للإرادة بل بقاء الجزء الصّحيح هو المهمّ¹⁷¹. وبالتالي فإنّ المعيار المطبّق هنا هو معيار هدف المشرّع وذلك من خلال إقصاء الإرادة والمحافظة على العقد مع تحقيق نجاعة الجزاء.

86- ورغم ما يحقّقه معيار هدف المشرّع من فوائد، إلّا أنّه لم يلقى حظّه سوى في إطار النظام العامّ الاقتصادي، ولم يعرف معالجة حقيقيّة إلّا حديثاً¹⁷².

فاقتصر دور الفقهاء عند حديثهم عن هذا المعيار على اعتباره شرطاً يأتي ليُصلح ما أفسده معيار إرادة الأطراف، وهو معيار غير قابل للتطبيق بمفرده بالنسبة إليهم بل يُطبّق بالتوازي مع المعيار الذاتي¹⁷³.

الأمر الذي أثار استغراب الأستاذ بالسّرور باعتبار أنّ الهدف المرجو وهو إعمال البطلان الجزئي لما يحمله من محاسن للعقد وللاستقرار التّعاقدي ككلّ أمر مضمون من خلال هذا المعيار، ذلك أنّ تطبيقه على الحالات التي تمسّ من النظام العامّ وشموليّته ليطبّق على كلّ عقد مخالف لأيّ قاعدة قانونيّة مهما كانت سيؤدّي في غالب الأحيان إن لم نقل كلّها إلى إقصاء البطلان الكلّي نحو البطلان الجزئي¹⁷⁴.

¹⁷⁰ "يلعب النظام العامّ تقليدياً دوراً في تكوين العقد وهو معيار البطلان حيث يشكّل حدّاً للحرية التّعاقديّة."

نور الدين بالسّرور، م س، ص 421، فقرة عدد 271.

"Lors de la formation du contrat, l'ordre public joue traditionnellement le rôle de critère de la nullité dans la mesure où il constitue la limite de la liberté contractuelle."

Noureddine Bessrou, op cit., page 412, n°271.

¹⁷¹ نور الدين بالسّرور، م س، ص 413.

¹⁷² م س، ص 417.

¹⁷³ مثال: "فيليب سيملار"، م س، ص 384، فقرة عدد 314.

¹⁷⁴ نور الدين بالسّرور، م س، موضع سابق.

87- إنَّ تقنية انتقاص الجزء الباطل ولئن أثبتت نجاعتها في التّخفيف من وطئ البطلان بإنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقد الباطل، إلّا أنّه في بعض الحالات، تبقى بعض العقود في حاجة إلى سدّ الشّعور العقدي الذي تخلّقه، أو قد يكون الإقصاء أحياناً، وهو أساس عمليّة الانتقاص، غير لازم باعتبار أنّ الجزء الباطل قد يكون إنقاذه أبسط من البتر وذلك من خلال إدخال مجرّد تعديلات بسيطة تجعل من العقد صحيحاً.

فالمشرّع بعد أن لعب دور الجراح و بتر الجزء المريض من العقد، يجب أن يتحوّل الآن إلى جراحة العظام ويزرع مكان العضو المريض عضو آخر صحيح، وهو المثال المبسّط للتعبير عن عمليّة تصحيح العقد¹⁷⁵.

¹⁷⁵ "يعوّض المشرّع النّونسي الشّرط التّعاقدي المخالف للقانون بأخر قانوني. بعد أن لعب دور الجراح، يلعب المشرّع الآن دور طبيب العظام."

"فارجات"، ذكره : نعمان الرّقيق، م س، ص 328، فقرة عدد 373.

"Le législateur substitue la stipulation contractuelle illicite par une autre stipulation licite. Après avoir été chirurgien, le législateur fait orthopédiste."

G.Farjat, cité par : Rekik, op.cit., page 328, n°373.

الفصل الثاني

تدارك بطلان العقد بتصحيح الجزء المعيب منه

88- من المفروض أن يمثل بطلان جزء من العقد مبرراً للتخلي عن العمل بهذا الجزء الباطل، وهو من هذا المنطلق عمل سلبي يهدم لا يبني، لكن من حسن حظ الأطراف تبني المشرع تقنية التصحيح، والتي تمثل عملاً إيجابياً¹⁷⁶، بغية إصلاح هذا الجزء وإرجاعه إلى نصابه وبالتالي إعطاء فرصة ثانية لاستمرار العمل به وبكامل العقد كوحدة متكاملة.

فماهي ضوابط مضمون نظرية التصحيح؟ وأي التقنيات المحققة لها؟

المبحث الأول: قيام التصحيح

89- قد تمثل أحياناً استمرارية العمل بعقد ينقصه جزء وقع حذفه لبطلانه، أمر لا يكفي لتحقيق الغايات التعاقدية، فالإبطال الكلي هو خسارة للعقد والبت من العقد في بعض الحالات هو إخلال من توازنه، وهو ما يجعل من التصحيح كآلية تحافظ على العقد بأجزائه الحل الأمثل أمام هذه الحالات¹⁷⁷. وحتى نفهم هذه التقنية ينبغي لنا أن نحدد محتواها أولاً، قبل أن نتعرض إلى الأهمية التي تطرحها ثانياً.

الفقرة الأولى: محتوى التصحيح

90- إن التعرّيج على محتوى آلية التصحيح هو رئيسي وهام حتى نتمكن من فهمها، وخاصة أن المشرع التونسي لم يكرّس نصاً خاصاً يُعنى بالتصحيح عدى ما أشار إليه في الفصل 327 ماع الذي يهتم البطلان الجزئي والذي يُعد من هذا المنطلق نصاً عاماً يكرس البطلان الجزئي مهما كانت طريقة تطبيقه¹⁷⁸.

¹⁷⁶ رضا بن كريم، م س، ص 157.

¹⁷⁷ "البطلان إن كان كلياً لا يبدو أنه ذي نفع، وإن كان جزئياً لا يكون عادة كافياً".

مجدي صبحي خليل، الرقابة الاقتصادية والعقود، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، باريس، 1967، ص 282، فقرة عدد 438.

"La nullité, si elle est totale ne paraît plus utile, et si elle est partielle, n'est souvent pas suffisante."

Magdi Sobhi Khalil, *Le dirigisme économique et les contrats*, LGDJ, Paris, 1967, page 282, n° 438.

¹⁷⁸ نور الدين بالسّورور، م س، ص 490، فقرة عدد 333.

والتّصحيح لغته: الخبر أصله، أزال ما به من خطأ أو عيب، صحّح، والتّصحيح هو البراءة من كلّ عيب وريب¹⁷⁹.

ومثل التعريف اللّغوي، التّصحيح اصطلاحاً هو إزالة العيب الذي ألّم بالعقد الباطل وتعويضه بآخر صحيح، فهو نوع من "التّعديل الإيجابي" الذي يتجاوز بتر الخلل إلى عمليّة تعديل كاملة لمحتوى العقد¹⁸⁰.

ويقوم التّصحيح، من بين ما يقوم عليه، على عمليّة التعويض التي تمثّل نواة التّصحيح والعنصر الذي يميّزها عن بقيّة التقنيات الأخرى¹⁸¹.

91- ويأتي القانون الإسلامي على تصحيح العقد ولكن كمفهوم عامّ ينطوي على الانتقاص والتحول، ولا يتناوله كآليّة إنقاذ مستقلة بذاتها¹⁸².

ذلك حال العديد من القوانين المقارنة خاصة العربيّة، ومنها القانون المدني العراقي، الذي يعتبر أنّ الانتقاص هو حالة من حالات التّصحيح، وذلك بالاستناد على الفصل 139 من المجلّة العراقيّة¹⁸³.

92- يندرج تصحيح العقد كما ذكرنا سابقاً تحت نظام البطلان الجزئي ويشترك في ذلك مع نظريّة انتقاص العقد، ولعلّ النظريّتين ترميان إلى بطلان العقد جزئياً إلا أنّ الاختلاف بينهما يكمن في

¹⁷⁹ ظافر بن محمد بن محسن، تصحيح العقود الفاسدة، بحث تكميلي مقدّم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، المملكة العربيّة السّعوديّة، 1430-1431هـ، ص 40.

¹⁸⁰ "هو تعديل إيجابي للعقد حيث لا يقتصر على مجرد البتر بل يتمثّل في عمليّة إصلاح وإعادة تطوير لمحتوى العقد."

نور الدّين بالسّورور، م س، ص 481.

"Il s'agit d'une modification positive du contrat dans la mesure ou elle ne consiste pas en une simple amputation de l'élément vicié, mais plutôt dans la une opération de réforme et de réaménagement du contenu de contrat."

Noureddine Bessrou, op. cit., page 481.

¹⁸¹ "إنّ الفرق بين الانتقاص والتّصحيح ينبع عن هذا المعيار: التعويض."

حياة روهين، م س، ص 74.

"La différence entre l'amputation et la correction résulte de ce critère : la substitution."

Hayet Rouhine, op cit., page 74.

¹⁸² "تصحيح العقد الباطل يمكن تصوّره بصورتين: - إذا ارتفع ما يبطل العقد فهل ينقلب صحيحاً؟ - أن تؤدّي صيغة العقد الباطل إلى معنى عقد آخر صحيح."

الموسوعة الفقهية، م س، ص 115.

¹⁸³ إيمان طارق الشكري ومنصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلّة جامعة بابل، العلوم الإداريّة والقانونيّة، المجلّد 10، العدد 6، 2005، ص 1057.

طريقته، ففي حين يمثل التصحيح إصلاحاً للعيب من خلال مواصلة العمل بالجزء المعيب مع التعديل فيه، لا تُطرح هذه المسألة في انتقاص العقد باعتبار أنها، وكما تحيل عليه تسميتها، تفترض قيام العقد بانتقاص الجزء الباطل. وبالتالي يكمن الانتقاص في عملية الحذف فقط بينما يشتمل التصحيح على الحذف مع الإصلاح.

كما أن التصحيح هو عمل مصحح للعقد كله بدون نقصان، أما الانتقاص فهو عمل يُبقي على الجزء الصحيح فقط ويُسقط الجزء الباطل¹⁸⁴.

أضف إلى ذلك، التصحيح هو عمل يجعل من العقد صحيحاً غير قابل للطعن بالبطلان بعد ذلك، ومن هنا يأتي الاختلاف مع تقادم دعوى البطلان بمرور الزمن، إذ أنه من الصحيح أن صاحب الحق في طلب البطلان خسر هذا الحق بمرور المدة القانونية للقيام بذلك، إلا أن هذا الأمر لا يعني أن العقد قد صار صحيحاً¹⁸⁵، فلئن انقضى حق المطالبة بالبطلان عن طريق الدعوى، بيد أن المطالبة به من خلال الدفع لا تنقضي بمرور الزمن، وهي قاعدة رومانية قديمة تقضي بأن "الحقوق مؤقتة عن طريق الدعوى، مؤبدة عن طريق الدفع".

93- تبقى المعالجة التشريعية والفقهية قضائية شحيحة في مجال تصحيح العقد الباطل، فتشريعيًا لا تنص القوانين صراحة على تقنية التصحيح كوجه من أوجه البطلان الجزئي ولا تقدم نظاماً قانونياً واضحاً لها، فيتم التعامل معها تارة على أنها بطلان جزئي وتارة أخرى على أنها عملية إنقاذ العقد ككل والمتكونة من إجازة وانتقاص وتحول... وهذا الشخّ التشريعي انعكس سلماً على الفقه فنجد هذا الأخير سواء كان في تونس أو في الخارج يتخبط بين المفاهيم والمفردات وميادين التطبيق، إذ أن الأستاذ بالسّرور ولئن اعترف ضمناً أن البطلان الجزئي هو ذو وجهين، إلا أن هذا الإعلان لم يكن صراحة، وذلك على عكس الأساتذة نعمان الرقيق وسامي الجربي اللذان يقرّان في أطروحتيهما من خلال التقسيم أن البطلان الجزئي متكوّن من تصحيح ومن انتقاص. ناهيك عن البعض الذين يعتبرون أن البطلان الجزئي يكون إما بانتقاص العقد وإما ببطلان الالتزام التابع وبقاء الأصلي. فهذا الرأي لم

¹⁸⁴ ظافر بن محمد بن محسن، م س، ص 45.

¹⁸⁵ رضا بن كريم، م س، ص 158.

يعترف أصلاً بحالات تصحيح العقد إضافة إلى اعتبار بطلان التوابع وجه من أوجه البطلان والحال أنها إحدى حالات الانتقاص مثلما بيّنا سابقاً¹⁸⁶.

الفقرة الثانية: أهمية نظرية التصحيح

94- "إنّ التصحيح يروم إلى إتمام العقد بصفة لاحقة، ما يعادل كماله في الأصل"¹⁸⁷. ومن هنا تتأتى أهمية تصحيح العقد: فالتصحيح هو "بلمس لاختلال التوازن التعاقدى"¹⁸⁸ ومحدّد من أضراره.

كما أنّ التصحيح هي آلية من آليات الإنقاذ الموضوعية، وتحمل نفس أهداف جزاء البطلان. فلئن كان الهدف الأساسي من تطبيق هذا الجزاء هو المحافظة على قانونية العقود بالتخلص من كلّ ما تحتويه من بنود لاقانونية، إلّا أنّ هذا الهدف ينبغي ممارسته ضمن إطار التناسب. فمن غير المعقول الالتجاء حتماً إلى الهدم قبل التثبت إن كان هناك مجال للإصلاح والتصحيح، ممّا يضمن التناسب بين الخلل والجزاء¹⁸⁹.

95- وقد تبدو عملية تصحيح العقد أفضل من انتقاصه على مستويين: فمن الناحية القانونية تسمح نظرية التصحيح بالمحافظة على التوازن العقدي وذلك بحماية الطرف الضعيف من فقدانه للعناصر الإيجابية بانتقاصها ومن تعسف الطرف الآخر بوضعه لشروط مجحفة¹⁹⁰، كما تخلّ بالتوازن العقدي من جهة أخرى بانتقاص الجزء الذي يهّم الطرف المستفيد ويصبح بذلك العقد بالنسبة إليه دون معنى.

أمّا من الناحية الاقتصادية، فمجرّد إنقاذ العقد وإتمام العمل به هو محافظة على الأهداف الاقتصادية التي وُضع من أجلها العقد¹⁹¹.

¹⁸⁶ "يُعتبر البطلان جزئياً إذا اقتصر على بعض أجزاء العقد دون أن يمتدّ إلى كماله وهي صورة انتقاص العقد. كما يعدّ جزئياً أيضاً البطلان الذي يصيب الالتزام التابع دون أن يمسّ بالالتزام الأصلي."

محمد الزّين، م س، فقرة عدد 306.

¹⁸⁷ رضا بن كريم، م س، ص 158.

¹⁸⁸ النصّ الأصلي:

"La correction est le remède au déséquilibre contractuel."

Hayet Rouhine, op.cit., page 80.

¹⁸⁹ نور الدين بالسّور، م س، ص 493، فقرة عدد 334.

¹⁹⁰ حياة روحين، م س، ص 79 و 80.

¹⁹¹ "يبدو أنّ التصحيح أنفع من الانتقاص من وجهة نظر اقتصادية ذلك أنّه يمكن من إنقاذ العقد..."

حياة روحين، م س، ص 79.

أبعد من ذلك، تقنية التعويض التي تقوم عليها أساسا نظرية التصحيح هي ما سينفذ العقد من الشغور الذي يحدثه الانتقاص داخل العقد، فإن اقتصرنا فقط على البتر دون التعويض، فسيكون العقد محلّ التصحيح منقوصا لإحدى مكوناته ومن الطبيعي أن لا يؤدي الغرض الذي وُضع لأجله¹⁹².

96- ومثل ما بيّنا سابقا في إطار الانتقاص، العقد الذي يحمل في طياته جزءا باطلا لا يمكن للقاضي أن يبطله إلا بطلب من أحد الأطراف، فهو ساري المفعول بالنسبة إليهم ما لم يُطلب الإبطال. وهذا الطلب يُبنى على مصلحة خاصة قبل العامة، فالطرف الذي يطلب البطلان وهو عادة المتضرر من الجزء الفاسد يخشى الطلب وذلك للمنفعة التي يعود بها العقد عليه وخوفا من البطلان الكلي. ولكن يتبدّد هذا الخوف إن اقتصر البطلان على الجزء الذي يؤرّقه، بالتالي يواصل التمتع بفوائد العقد ويتخلّص من الباطل منه¹⁹³.

97- كما يطرح الأستاذ بالسّرور مشكلا تطبيقيا يكون تصحيح العقد حلا له. إذ أنّ التصحيح يكون في بعض الأحيان سلاحا لمجابهة كلّ إعلام مريب عن البطلان ممّا يجعل هذا الأخير يحيد عن هدفه الأصلي نحو جعله وسيلة للتفصي من العقد المبرم.

من ذلك مثلا نذكر حالة المتعاقد الذي يبرم عقد بيع بثمن أعلى من القيمة الحقيقية للمبيع، ولكن يجد بعدئذ وضعية أفضل من الأولى حيث يكون أمام فرصة بيع ذلك الشيء بثمن أعلى. وبالتالي فإنّ مصلحته الخاصة تقضي بأن يطالب بالبطلان الكلي للعقد والتفصي من ارتباطه العقدي وذلك لإبرام عقد آخر جديد. لحسن الحظّ تقف آلية التصحيح بالمرصاد لهؤلاء من خلال لا فقط الإبقاء على العقد الأوّل وحرمانهم من العقد الثاني الأنفع بالنسبة إليه، بل أيضا من خلال إرجاع الثمن إلى قيمته الحقيقية وحرمانهم مرّة أخرى من النفع غير القانوني المشترط¹⁹⁴.

"La correction paraît plus utile que l'amputation, aussi bien d'un point de vue économique lorsqu'elle permet de sauver le contrat..."

Hayet Rouhine, op.cit., page 79.

¹⁹² حياة روجين، م س، ص 78.

¹⁹³ نور الدين بالسّرور، م س، ص 495، فقرة عدد 337.

¹⁹⁴ نور الدين بالسّرور، م س، ص 496.

المبحث الثاني: تطبيق نظرية التصحيح

98- ترمي نظرية التصحيح إلى خلق التزام جديد من خلال التّقيح الذي يدخل على العقد الباطل¹⁹⁵، ويتحقّق هذا التّقيح من خلال أعمال آليات محدّدة، تُطبّق في نطاق معيّن.

الفقرة الأولى: آليات التّصحيح

99- آليات التّصحيح هي التّقنيات التي تمكّن من حسن تطبيقه. فتنتم عمليّة تصحيح البنود الباطلة بطريقتين: إمّا من خلال تعويض بند باطل بآخر صحيح أو من خلال تعديل المعطى الرّائد في البند¹⁹⁶.

أ-تعويض الجزء الباطل

100- يتحقّق التّصحيح أوّلاً باعتماد تقنية التّعويض "la substitution"، ويكون ذلك من خلال تعويض الجزء الذي تسبّب في إبطال العقد بآخر يجعله صحيحاً، وبالتالي يغدو العقد كاملاً مثاليّاً كما لو أنّه انعقد على الوجه الصّحيح منذ البداية¹⁹⁷.

و تندرج عمليّة التّعويض تحت ما أسماه الفقيه "جيرار فارجات" بظاهرة نمذجة العقد¹⁹⁸، والذي يقصد به تحديد المشرّع بنفسه لأجزاء العقد رغم أنّ هذه المهمة هي من مشمولات الأطراف، ويعود ذلك إلى انعدام ثقة المشرّع في اختيار أطراف العقد. وبالتالي يسقط سلطان الإرادة أمام نمذجة العقد ويصبح دور الأطراف مقتصرًا على قبول أو رفض النموذج المقدم¹⁹⁹.

إنّ هذا التّعويض يستوجب أن يتوقّر لدينا جزء باطلّ وارد في العقد، وجزء آخر صحيح يعوّض الباطل.

¹⁹⁵ "سيملار"، م س، ص 389.

¹⁹⁶ "إن تصحيح البنود الباطلة من خلال تعويضها ببند صحيحة أو بتعديل البنود الزائدة..."

نور الدين بالسّور، م س، ص 482، فقرة عدد 329.

"La correction des clauses illicites, qui s'opère soit par une substitution à la clause nulle d'une disposition légale ou d'une stipulation régulière, soit par une modération du quantum excessif de la clause..."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 482, n°329.

¹⁹⁷ رضا بن كريم، م س، ص 158.

¹⁹⁸ "جيرار فارجات"، القانون الخاص للاقتصاد: نظرية الالتزامات، الصّحف الجامعيّة لفرنسا، 1975، ص 242 وما بعدها، فقرة 299 وما بعدها.

Gérard Farjat, *Droit privé de l'économie: théorie des obligations*, presses universitaires de France, 1975, page 242 et S, n° 299 et S.

¹⁹⁹ نور الدين بالسّور، م س، ص 499.

وهذا الجزء الصّحيح قد يكون - في غالب الأحيان - معطى جديد دخیل على العقد، ولكن هذا لا يمنع أن يكون مُستمدًا من العقد الباطل نفسه متى سمح القانون بذلك.

ولعلّ أبرز مثال على ذلك (الجزء الصّحيح المعوّض للجزء الباطل مستمدّ من العقد ذاته) هو مثال الكمبيالة في القانون التجاري، فعلى الرّغم من أنّها عمل تجاري وليست بعقد، إلّا أنّها أوضح وضعيّة تمكّن من فهم آليّة التّصحیح بالتّعويض. فينصّ القانون على وجوب توقّر شكلّيات معيّنة ومحدّدة حتّى نعتبر الكمبيالة صحيحة²⁰⁰، مرتّبًا على الإخلال بها جزاء البطلان. إلّا أنّ هذا البطلان هو بطلان جزئيّ قابل للتّصحیح، من خلال "إرساء توازن بين البيان المفقود والبيان الموجود"²⁰¹.

ونعني بذلك، غياب إحدى المعطيات لا يؤدّي آليًا إلى بطلان الكمبيالة، إذ يمكن تعويضه بمعطى آخر موجود فيها حتى يستمرّ العمل بها.

ففي صورة غياب آجال الحلول، تكون الكمبيالة واجبة الأداء بمجرد الاطّلاع عليها. وغياب تعيين المكان الخاصّ بالدّفع يعوّضه المكان المبيّن بجانب اسم المسحوب عليه.

وأخيرًا المكان الموجود بجانب اسم السّاحب يمكن اعتباره مكان الالتزام بها إن غاب عنها مكان إنشائها²⁰².

كما ذهب فقه القضاء الفرنسي أبعد من ذلك واعتبر أنّ عدم إمضاء السّاحب للكمبيالة ليس مبرّرًا لبطلانها طالما أنّه (السّاحب) قد أمضى قفاها بغاية التّظهير²⁰³.

كانت هذه حالات تصحيح الجزء الباطل بالاستناد إلى جزء صحيح من داخل العقد موضوع التّصحیح.

101- أما في ما يخصّ إدخال معطيات أخرى تعوّض الجزء الباطل وبالتالي تصحّحه، فلنا أن نتساءل عن ضوابط تعديل الجزء الباطل؟ بعبارة أخرى، ماهي المعطيات الجديدة التي يمكن لنا أن نعتمدها في العقد المصحّح وعلى أي أساس يتمّ انتقائها دون سواها؟

²⁰⁰ الفصل 269 من المجلّة التجاريّة يضع قائمة حصرية للبيانات التي ينبغي أن تتوقّر في الكمبيالة وإلّا "لا يعد بالكمبيالة".

²⁰¹ رضا بن كريم، م س، ص 159.

²⁰² فصل 269 م تجارية.

²⁰³ رضا بن كريم، م س، موضع سابق.

ب-تعديل البند الباطل

102- يكون التصحيح في هذا الإطار من خلال إدخال تغييرات على العقد الباطل تتمثل في تعديل البند المعيب وذلك "بالزيادة أو النقصان في كمية محدّدة من الطرفين في العقد"²⁰⁴ باعتبار أن حرية الطرفين في تحديد بنود العقد ليست مطلقة وخاضعة لضوابط تحكمها²⁰⁵.

ويتمّ اللجوء للزيادة إذا كانت هذه الكمية تحت الحد الأدنى، والتخفيض إن كانت فوق الحد الأقصى²⁰⁶.

وفي بعض الأحيان، بالنسبة إلى بعض العقود، يتدخل المشرع ويعيّن بعض الشروط والبنود دون أن ينتظر من الأطراف أن تبرم عقدا يحتوي على معطى مفرط سواء تعلّق الأمر بثمن أو مدة... فيصبح هذا العقد من قبيل عقود الإذعان ولكن الطرف الأقوى هو المشرع ليس مبرم العقد²⁰⁷.

103- إنّ بعض الفقهاء لا يأخذون بعين الاعتبار ثنائية الزيادة والنقصان في تحليلهم لكيفية التعديل وذلك من خلال إقصاء حالة التعديل بالزيادة في الكمّ والاكتفاء فقط بالنقصان فيه، ومنهم "فيليب سيملار" في أطروحته حيث لم يتناول فيها سوى الحالات التي يكون التعديل فيها من خلال النقصان وتجاوز تقريبا حالات التعديل بالزيادة²⁰⁸.

²⁰⁴ "إنّ التصحيح يتمثل في التخفيض أو الترفيع من المقدار المحدّد من قبل الأطراف في العقد."

نعمان الرقيق، م س، ص 328، فقرة عدد 373.

"La correction consiste à réduire ou à augmenter le quantum prévu par les contractants dans le contrat."
Noomen Rekik, op.cit., page 328, n°373.

²⁰⁵ "هو يتدخل (التصحيح) كلّما يحتوي العمل القانوني على عنصر كمي لا يكون تحديده من قبل الأطراف مطلقاً."

نعمان الرقيق، م س، ص 328، فقرة عدد 373.

"Elle intervient (la correction) chaque fois qu'un acte juridique comporte un facteur quantitatif pour la détermination duquel la liberté des auteurs n'est pas illimitée."

Noomen Rekik, op.cit., page 328, n°373.

²⁰⁶ حياة روجين، م س، ص 80.

²⁰⁷ "إنّ العقد يبقى عقد إذعان، ولكن عوض أن يُحرّر مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين، يُحرّر من قبل السلطات العامة."

"لابورد"، العقود غير المتوازنة، الصحافة الجامعية بليكس-مارسيليا، 2000، ص 108، فقرة عدد 115.

"Le contrat demeure un contrat d'adhésion, mais au lieu d'être pré rédigé de façon unilatérale, par l'un des contractants, il le sera par les pouvoirs publics."

Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, P.U.A.M, 2000, page 108, n°115.

²⁰⁸ حياة روجين، م س، ص 81.

ويمكن أن نجد تفسيراً لهذا الأمر في الواقع باعتبار أنّ جلّ حالات التعديل تكون بالتقصان لكثرة حالات الثمن المرتفع الذي من الواجب التخفيض فيه في التطبيق.

الفقرة الثانية: ميدان التصحيح

104- إنّ مجال التصحيح شاسع وواسع، إلّا أنّه يمكن الجزم بأنّ أهم تطبيقاته تتسلط على البنود المتعلقة بالثمن والمتعلقة بالمدة²⁰⁹.

ويمكن لنا أن نضيف البنود المجحفة في حقّ أحد أطراف العقد والتي ترد خاصة في ميدان عقود الإذعان. إنّ مثل هذه البنود تستوجب تدخلاً عاجلاً من طرف المشرع عبر تقنية التصحيح وذلك حفاظاً على المصالح المتداخلة للأفراد خاصة منها الأطراف الضعيفة.

واستناداً على ما سبق، يمكن محاولة حصر مجال التصحيح في تعديل يتسلط على بنود تحتوي على أرقام أو بعبارة أخرى معطيات رقمية، وتعديل يتسلط على البنود المجحفة.

أ- التصحيح بالتعديل في المعطيات الرقمية

105- يمكن أن يأخذ التصحيح صورة التعديل في المعطيات الرقمية، ونقصد بالمعطيات الرقمية المعطيات التي تتضمن رقماً، سواء كان هذا الرقم مبلغاً مالياً، وتعدّ حينئذ من قبيل البنود التقديرية²¹⁰، أو كان مدة زمنية وتسمّى بالبنود الزمنية.

و هو ما سيمكّننا من دراسة أهمّ أوجه ميدان التصحيح حسب الأستاذ نعمان الرقيق مثل ما ذكرنا سابقاً، وهي الثمن والمدة.

²⁰⁹ "إنّ ميدان التعويض واسع، يمكن أن يمسّ من الكمية أو مدة العقد."

"La substitution a un domaine large. Elle peut concerner tant la quantité que la durée du contrat."

Noomen Rekik, op.cit., page 329.

²¹⁰ "إنّ عبارة الثمن يُؤخذ بها في هذا الإطار على إطلاقها. هي كلّ خدمة مالية، وليست فقط ثمن البيع، بل كذلك معيّنات الكراء، الأجر، منح، فائدة..."

نور الدين بالسّور، م س، ص 502، حاشية عدد 1276.

"Le terme prix est entendu, dans ce cadre, dans un sens large. Il s'agit de toute prestation pécuniaire. Il ne s'agit pas, donc, seulement du prix dans la vente, mais aussi des loyers, des salaires, des honoraires, des intérêts..."

Noureddine Bessrou, op.cit., page 502, note de bas de page n°1276.

1- الثمن

106- الثمن هنا يؤخذ بمعناه المطلق، أي كلّ المعطيات ذات قيمة مالية، سواء كانت ثمن مبيع، راتب، أجرة سكن...

العقد الذي يحتوي على ثمن لا يعكس القيمة الحقيقية للشيء موضوع التعاقد (ثمن لا يعكس قيمة المبيع، راتب لا يعطي العمل المقام به حقّه، معلوم كراء أقلّ أو أكثر من قيمة موضوع الكراء...) هو عقد معيب مشوب بغبن وجب إبطاله.

107- إنّ التعديل في الثمن لم يكن دائماً محلّ إجماع بين الفقهاء من حيث قبول التعديل كما من حيث مصدره.

فمن جهة أولى، لم يقبل البعض بآلية تعديل الثمن سواء كان ذلك من خلال الترفيع فيه أو التخفيض.

ويردّ الأستاذ بالسرور في أطروحته هذا الرّفض إلى خلط بين مفهومي البطلان المطلق والبطلان الكلي.

فمثل ما بيّنا سابقاً البطلان المطلق يمكن أن يكون كلياً كما يمكن أن يكون جزئياً، وهو ما ينطبق كذلك على البطلان النسبي. إذ أنّ التفريق بينهما لا معنى له على مستوى الآثار، باعتبار أنّهما يحققان نفس الآثار.

ومن ذلك، وباعتبار أنّ الثمن هو إحدى العناصر الأساسية المكوّنة لعقد البيع مثلاً، لا يمكن أن نقول بأنّ العقد هو باطل بطلاناً مطلقاً وهذا البطلان لا يكون إلّا كلياً لأنّه قد ورد على ركن من أركان العقد، بل ينبغي أن نسلم بأنّ هذا البطلان من الأجدر أن يكون جزئياً إن لم يتسلّط العيب على كامل الركن، أي لم يكن سوى على مستوى تحديد غير قانوني للثمن²¹¹.

ومن جهة ثانية، القول بأنّ مرجعية التعديل يجب أن تكون قانونية لا يستقيم. ولئن تبنت بعض التشريعات هذا الموقف²¹²، إلّا أنّه موقف قد جانب الصواب باعتبار أنّ العقد - مثل ما بيّناه سابقاً - لا

²¹¹ نور الدين بالسرور، م س، ص 529.

²¹² مثال القانون المدني العراقي: "أما بالنسبة للتصحيح، فإنّ مصدره هو القانون مباشرة، أمّا إجراءاته وتطبيقه فقد يتمّ بإرادة المتعاقد". منصور حاتم محسن، فكرة تصحيح العقد: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص من 76 إلى 82.

ينطوي على ركن باطل، وبالتالي فإنّ منع تخفيض العقد لا يقوم على أيّ أساس قانوني ذلك أنّ التّخفيض من الثمن هو مجرّد تطبيق من بين العديد من تطبيقات البطلان الجزئي²¹³.

كما أنّ القاضي المدني، وبلاستناد إلى القاعدة القانونيّة القائلة بأنّ من أمكنه الأكثر أمكنه الأقلّ، وباعتبار أنّه في موقع يجوز له الإبطال الكلّي للعقد، يمكن له إذا تحقيق الإبطال الجزئي²¹⁴.

108- ومن هنا نتبيّن قيمة التّصحيح كجزء معدّل لمقتضيات العقد من خلال تعديل الثمن بالزيادة أو النّقصان، فالإبطال الكلّي يهدّد مصالح الأطراف التي تكون في حاجة إلى استكمال العقد، كما أنّه لا يخدم معيار هدف المشرّع من إبقاء للعقود وتخلّص من ما هو باطل²¹⁵.

ومثلنا على ذلك عقد البيع يكون ثمن المباع فيه مشطاً لا يعكس الثمن الحقيقي للشيء، عوض أن نعتبر العقد باطلاً برمته بإسقاط عمليّة البيع، ارتأى المشرّع أن يكون البطلان مقتصرًا على الجزء الباطل بإعمال نظريّة البطلان الجزئي لما فيها من "تعزيز لنجاعة جزاء البطلان"²¹⁶ وتحقيقاً لمقتضيات الفصل 327 م 1 ع.

أبعد من ذلك، ودائماً في نفس المثال، في إطار المحافظة على مصالح الأطراف المشتركة وربحا للوقت الذي يفرضه هذا النوع من المعاملات، لا يكون هذا البطلان الجزئي سوى بتعديل يرد على الجزء المعيب وهو في مثالنا المبلغ المشطّ، وبالتالي رقم آخر معدّل يعوّض الرقم الآخر بدون أيّ حذف يذكر، ما يجعل العقد صحيحاً قابلاً للتطبيق.

109- يأخذ المشرّعين الجزائري والمصري بمثل هذه الأعمال سعياً منهما إلى تحقيق التّوازن التّعاقدي وإقصاء محاولات العبث بأذهان المتعاقدين، وذلك من خلال فرض التّخفيض في الثمن المرتفع حتّى يصبح العقد بمنأى عن الإبطال. من ذلك نذكر المادّة 90 معدّلة من المجلّة المدنيّة

²¹³ "سيملار"، م س، ص 285.

²¹⁴ "هو عنصر هام في العقد مهما كان، مصدره عادة ما يكون قانونياً. في الوضع الحالي للقانون الوضعي، التّصحيح القضائي لا يكون إلّا في إطار القانون. ولكن يبدو أنّ فرضيّة التّصحيح القضائي هي فرضيّة ممكنة."

نعمان الرّقيق، م س، ص 329، فقرة عدد 374.

"C'est un élément essentiel du contrat qu'il s'agit. Sa source est le plus souvent légale. Dans l'état actuel du droit positif, la correction judiciaire n'est possible que dans le cadre de la loi. Il parait toutefois possible que la correction soit judiciaire."

Noomen Rekik, op.cit., page 329, n° 374.

²¹⁵ نور الدّين بالسّور، م س، ص 502 و 503.

²¹⁶ مصطفى المكي، مقال سابق، ص 8.

الجزائرية في فقرتها الثالثة والتي تعتبر أنّ الالتزامات المتفاوتة في النسبة، من خلال الفائدة التي تحصل عليها متعاقد مقابل المتعاقد الآخر، هي قابلة للتخفيض منها بناءً على طلب المتعاقد المغبون.

نفس الشيء قد نصّ عليه المشرع المصري في المادة 129 مدني والذي يعتبر أنّ من بين الحلول التي تعيد الالتزامات إلى نصابها هو التخفيض من الثمن بما يتناسب مع المبيع إذا كان المغبون هو المشتري.

وهذا الحل مثل قاعدة عامة للقانون المصري ينطبق على كافة أنواع العقود، إضافة إلى بعض الحالات الخاصة مثل وضعيّة المادة 465 مدني، ففي حال بيع عقار مملوك من طرف ناقص الأهلية وكان هذا البيع مشوباً بغبن فيجوز للبائع في هذه الوضعيّة طلب تكملة العقد إلى أربعة أخماس ثمن المثل. مثل هذا العرض من شأنه أن يرفع الغبن ويصحّح العقد.

الأمر الذي دأب عليه المشرع وفقه القضاء الفرنسيين من خلال إقصاء البطلان الكلي كجزاء غير ملائم في حال وجود ثمن مشوب بغبن وتبني عملية التصحيح بالتعديل في الثمن المفرط واعتبار أنّ التصحيح هو الجزاء المناسب للمعيب المناسب. فلا إفراط ولا تفريط.

110- إلّا أنّ المشرع التونسي لم ينصّ صراحة على إمكانية التعديل في الثمن، خاصّة في مجال الثمن المشوب بغبن، فلا نصّ لدينا يمكننا من الزيادة أو التخفيض في الثمن الذي وضعه الطرفان بمقتضى إرادتهما.

بيد أنّ الإرادة في هذا الإطار قد أخرجت عن سياقها، ذلك أنّ الثمن الذي لا يعكس قيمة موضوع العقد يُبطل العقد ولا معنى لرغبة الطرفين في مواصلة العمل به. وهو ما شرّع - حسب الأستاذ بالسّور - إلى الأخذ بالفصل 327 م 1 كقاعدة عامة للبطلان الجزئي واعتبار كلمة "الجزء" تمثّل الفرق بين المعطى الكمّي (الثمن) والمعطى الحقيقي لهذا الثمن وبالتالي اقتصار البطلان على هذا الجزء فقط دون غيره. وهو نفس التحليل الذي نستشفّه من الفصل 139 من المجلة الألمانية²¹⁷.

إنّ هذا التّمشي التشريعي هو نتاج محاولة إقصاء تسلّط عقود الإذعان على الأطراف الضعيفة وفرض أثمان باهضة لا تعكس قيمة موضوع التّعاقّد، سواء كان ذلك في إطار عقد بيع أو عقد كراء²¹⁸ أو حتّى

²¹⁷ نور الدين بالسّور، م س، ص 511 و 512، فقرة عدد 347.

²¹⁸ لقد أكدّ فقه القضاء التونسي على ضرورة التوافق بين موضوع ومعيّن الكراء، من ذلك نذكر القرار التعقيبي المدني عدد 38527 مؤرّخ في 7 ماي 1996: "معيّن الكراء يقابل المنفعة التي لا بدّ أن تسلّم للمكثري حتّى يستحقّ المكثري الكراء".

عقد شغل من طرف أرباب الأعمال وذلك بعرضهم راتب ضعيف مقابل عمل هام، ومن جهة أخرى يرضى الطرف الضعيف سواء كان العامل أو غيره بهذه الظروف.

111- كما أنّ الزيادة والنقصان في الأثمان يمكن أن تجد في التّغريير العرضي مجالا لانطباقها.

والتّغريير العرضي هو "التّغريير الذي يحدث غلطا في التّوابع، أي للتّغريير الذي ليس سببا أصليا" وذلك على عكس التّغريير الأساسي "الذي يحدث غلطا محله ما ليس توابع، أي للتّغريير الذي حمل على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلّا به"²¹⁹.

إنّ التّغريير العرضي ليس مانعا لانعقاد العقد في غيابه، أي أنّ العقد كان سيبرم حتّى لو لم يكن موجودا، إلّا أنّ غيابه كان سيجعل من الشّروط الماليّة أهمّ ممّا هي عليه في وجوده²²⁰.

وبالتّالي فإنّ التّغريير العرضي يحدث غلطا في القيمة²²¹، وقد "حمل الضّحية على شروط أكثر إجحافا"²²².

ويُصنّف البعض التّغريير العرضي على أنّه "خطأ تقصيري سابق لإبرام العقد يستوجب التّعويض عن الضّرر الحاصل"²²³.

وهذا التّعويض يتمثّل في إرجاع البنود ذات المعطيات الماليّة إلى نصابها إن كان ذلك بالزيادة أو بالنقصان²²⁴، وهو ما عزّز النّقطة الإيجابيّة للتّصحيح كوسيلة لتدارك المعطى المعيب مع المحافظة على تمام العقد، ونفس هذه الإيجابيات تبرز أيضا في تصحيح البنود المتعلّقة بالمدة.

ن، القسم المدني، إجراءات مدنيّة وتجاريّة، <www.ejustice.tn> تاريخ آخر اطلّاع 30/11/2020.

²¹⁹ عبد المجيد الزّروقي، م س، ص 283، فقرة عدد 229.

²²⁰ نور الدّين بالسّور، م س، ص 517، فقرة عدد 351.

²²¹ عبد المجيد الزّروقي، م س، ص 287، فقرة عدد 232..

²²² م س، ص 290، فقرة عدد 235.

²²³ "هذا التّغريير يُحلّل بكونه خطأ تقصيري سابق لتحرير العقد ويمكن من إسناد جبر الضّرر للتّعويض عن الضّرر الحاصل."

"جاك فلور" و"جون لوك أوبار"، القانون المدني، الالتزامات، مجلّد عدد 1، الطّبعة السادسة. ذكره نور الدّين بالسّور، م س، ص 517، فقرة عدد 351.

"Ce dol est analysé comme une faute délictuelle antérieure à la conclusion du contrat pouvant donner lieu à l'allocation des dommages-intérêts à titre de réparation du préjudice subi. "

Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, *Droit civil, Les obligations*, 6ème édition, volume I, cité par Nouredine Bessrou, op.cit., page 517, n°351.

2- المدة

112- إنّ العقود الحينية أو الفورية والتي لا تمتدّ في الزّمن لا تطرح مشكلاً في موضوعنا، فهي تبدأ وتنقضي في الحين دون أن تشغل حيّزاً زمنياً يمكن أن يمثّل إشكالاً يصل إلى حدّ البطلان الجزئي. وبالتالي فإنّ العقود التي تهمّنا هي العقود الزمنية ذات التنفيذ المستمرّ وهي الممتدة في الزّمن والتي تتواصل فيها العلاقات التعاقدية مدة زمنية²²⁵. من هذه العقود نجد عقد الكراء، عقد العمل لمدة معينة...

نفس التّمشي المتّخذ في التعديل في الثّمن يمكن أن نتوخّاه في ما يتعلّق بالتّعديل في المدة، فالنّصيص على مدة لا تتناسب والقانون هو ليس إعداماً لجزء أساسي بالعقد، بل هو مجرد عيب تسلّط على إحدى هذه الأجزاء. وبالتالي فإنّ إعمال البطلان الكلّي سيكون بمثابة الظلم في حقّ العقد باعتبار أنّ الجزء وخيم لا يتقابل و"تفاهة" العيب. ومن هنا يستمدّ النّصيح وبالتحديد تعديل المدة شرعيته.

113- وقد تكون العقود الزمنية ذات مدة محدّدة أو غير محدّدة. إلّا أنّنا لا ينبغي أن نفهم أنّ العقود غير محدّدة في الزّمن على أنّها عقود أبدية غير محدودة، فالمشرّع التونسي منع العلاقات التعاقدية الأبدية وذلك حفاظاً على الحرية وخوفاً من العودة إلى "العبودية المقنّعة عبر المسار التعاقدية"²²⁶.

إنّ عنصر الأبدية هو عنصر مرفوض من قبل معظم التشريعات، ففي القانون المدني العراقي مثلاً، "حذف عنصر التّأبيد وحلّ محله عنصر التّوقيت"²²⁷.

ويتبلور ذلك من خلال المادة 740 جزء 1 حيث يردّ المشرّع العراقي عقد الإيجار المبرم لمدة تتجاوز ثلاثين سنة أو إلى الأبد إلى مدة الثلاثين سنة باعتبارها المدة الأقصى المعترف بها قانوناً في عقد الإيجار²²⁸.

²²⁴ "فلور" و"أوبار"، م س، ص عدد 166، فقرة عدد 212.

²²⁵ نور الدين بالسّور، م س، ص 529 و530، فقرة عدد 357.

²²⁶ "إنّ منع الالتزامات المؤبّدة معترف به كمبدأ عام يجد تبريره في ضرورة المحافظة على الحرّية ومنع كلّ عودة مقنّعة إلى العبودية عبر المسار التعاقدية".

نور الدين بالسّور، م س، ص 530.

"L'interdiction des engagements perpétuels est reconnue, en effet, comme un principe général, qui trouve sa justification dans l'impératif de sauvegarder la liberté et d'empêcher tout retour déguisé à l'esclavage par la voie contractuelle."

Nouredine Bessrou, op.cit., page 530.

²²⁷ منصور حاتم محسن، م س، ص 76 وما بعدها.

أما في ما يتعلق بالتشريع الفرنسي، فالأمر مختلف باعتبار أن هذا التشريع قد عرف تطورا تشريعيًا وفقه قضائيًا في هذا الميدان.

سابقا، لم يضع المشرع الفرنسي أي قاعدة عامة تعالج مدة العقود أو تمنع العقود الأبدية، فبقي الأمر موكولا إلى فقه القضاء وبعض النصوص الخاصة²²⁹. ومن هذه الفصول يمكن أن نذكر الفصل 1838²³⁰ الذي يحصر مدة الشركة بـ 99 سنة، الفصل 1780²³¹ الذي يمنع تأجير الخدمات إلى الأبد...

كما عززت محكمة التعقيب الفرنسية هذا التمشي من خلال إقصاء العقود الأبدية منذ القرن التاسع عشر وذلك محافظة على الحريات الفردية²³².

الأمر الذي مهد في نهاية الأمر للمشرع الفرنسي إلى وضع نصا خاصا يقطع نهائيا مع العقود الأبدية وذلك من خلال تنقيح سنة 2016 وبالتحديد الفصل 1210 من المجلة والذي يمنع الالتزامات الأبدية ويعطي الحق لكل متعاقد في إنهاء مثل هذا النوع من الالتزامات²³³.

114- لكن في تونس، لا نجد في قانوننا المحلي مثل هذا الفصل، إذ أن إقصاء عنصر الأبدية نجده في بعض النصوص الخاصة التي تُعنى ببعض الحالات المحددة، من بينها عقد الشركة التجارية، فمن بين

²²⁸ مادة 740 جزء 1: "إذا عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو إذا كان مؤبداً جاز إنهاؤه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب أحد المتعاقدين..."

²²⁹ "أوريليان بامدي"، «مدة العقد: النظام القانوني»، القانون في كل حالاته، موقع: <AurelienBamde.com> تاريخ آخر اطلاع: 2020.

Aurélien Bamde, « La durée du contrat: régime juridique », Le droit dans tous ses états, 2018, site web : <AurelienBamde.com>, date de la dernière consultation: 2020.

²³⁰ فصل 1838 م م ف: "مدة الشركة لا يجب أن تتجاوز 99 سنة."

Article 1838 : "La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans."

²³¹ فصل 1780 فقرة أولى م م ف: "لا يمكن أن نقدم خدماتنا إلا لمدة ولمؤسسة معينة."

Article 1780 alinéa 1 : "On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée."

²³² انظر: قرار تعقيبي مدني فرنسي مؤرخ في 28 جوان 1887، تعقيبي مدني فرنسي مؤرخ في 18 جانفي 2000، تعقيبي فرنسي مؤرخ في 7 مارس 2006...

Voir civ. 28 juin 1887, cass. 1ère civ. 18janvier 2000, cass. 1ère civ. 7 mars 2006...

²³³ فصل 1210 بعد تعديل 10 فيفري 2016 من م م ف: "الالتزامات المؤبدة ممنوعة. يمكن لكل متعاقد وضع حد للالتزام باحترام الشروط المرصودة للعقد غير محدد المدة."

Article 1210 après la modification du 10 février 2016 : "Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque Contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée."

البيانات الواجب توفرها في عقود التأسيس المدة الزمنية التي ستمارس فيه الشركة نشاطها، وقد حدّد القانون هذه المدة بتسعة وتسعين سنة، وذلك تفادياً للعقود الأبدية²³⁴.

كذلك الأمر بالنسبة لما أقرّه المشرّع في ما يتعلّق بكراء الأراضي المعدّة للفلاحة، حيث حدّدت مدة كراء هذه الأراضي بأربعين سنة غير قابلة للتّمديد يجوز بعدها للطرفين فسخ العقد²³⁵.

والأمر سيان في ما يخصّ عقد الكراء بصفة عامّة، حيث يمنع التّشريع، ويحرص على تطبيق هذا المنع فقه القضاء²³⁶، عن هذه الأنواع من العقود صفة الأبدية ويحدّدونها بمدة معيّنة، إذ يعرفه المشرّع في الفصل 727 م 1 على أنّه عقد محدّد بمدة معيّنة²³⁷.

وتطبيقاً لهذا المبدأ، العقود المحدّدة في الزّمن بدورها تخضع لحدّ أدنى لا تكون المدة المعيّنة أقلّ منه، وحدّ أقصى لا تتجاوزه. بالتّالي، المدة المحدّدة في العقد لا يجب أن تكون مدة طويلة جدّاً تكاد تكون لا تنتهي، أو قصيرة جدّاً لا يتحقّق معها الاستقرار التّعاقدي.

أمّا في ما يخصّ العقود غير المحدّدة في الزّمن، فيجب أن تتضمّن إمكانية قطع العلاقة التّعاقدية بصفة منفردة وذلك تجنّباً للعقد الأبدية²³⁸.

115- ولكن ماذا إن خرق الأطراف هذه الحدود بإبرام عقد مدّته طويلة تكاد تكون أبدية أو العكس، هل سيكون مصير العقد البطلان الكلّي أو الجزئي مع العلم أنّ العيب فيه هو طول المدة؟

تذبذب القانون الفرنسي في إيجاد حلّ لهذه المعضلة، فطرح فقه القضاء في بداية الأمر البطلان الكلّي كحلّ لمثل هذه العقود²³⁹. الأمر الذي أبرز بسرعة عدم نجاعته، فبالإضافة إلى كون البطلان الكلّي،

²³⁴ فصل 8 من م ش ت: "لا يمكن أن تتجاوز مدة الشركة 99 سنة..."

²³⁵ فصل 806 م 1 ع: "يجوز كراء الأراضي المعدّة للفلاحة لأربعين سنة فإن تجاوز المتعاقدان ذلك الحدّ جاز لكلّ منهما فسخ الكراء عند انقضاء الأربعين".

²³⁶ "ورد بالفصل 727 من المجلّة المدنيّة أنّ عقدة الكراء لا تكون إلّا لمدة محدودة وأنّ الشرط يجعل العقدة تستمرّ إلى ما لا نهاية له حسب شهوة المكنّري فهي عقدة أبدية بالنسبة للمالك الذي لا يملك حقّ وضع حدّ لها وكان من الواضح أنّ شرطاً كهذا مع صريح الفصل 727 المذكور في اعتباره فاسداً مبطلاً للعقد ولا يمكن قياسه تطبيقاً للفصل 535 بأحكام الفصل 983 الذي يتعلّق بعقود أبدية معروفة (خلو مفتاح وخلو نصبة) بخلاف العقدة الأولى فإنّها تتعلّق بكراء عادي لا خلاف في صفته والدّعى الرّامية إلى إخراج المكنّري من المحلّ بسببه هي نتيجة لطلب فسخ الكراء المذكور."

قرار تعقيبي مدني عدد 7609، مؤرّخ في 28 جوان 1955، م ق ت، 1960، عدد 9 و 10، ص 187. ذكره بالسّرور، م س، ص 536، هامش عدد 1361

²³⁷ فصل 727 م 1 ع: "الكراء عقد يسلم به أحد الطرفين للآخر منفعة عقار أو منقول مدة بعوض يلتزم له بأدائه الطرف الآخر."

²³⁸ نور الدين بالسّرور، م س، ص 530.

مثل ما بيّنا سابقاً، لا يتناسب والخلل باعتبار أنّه جزء جسيم، نضيف أنّ تقادم دعوى البطلان بمرور الزمن تجعل العقد نافذاً، وهو ما سيحقّق عكس النتائج المرجوة وهو الإبقاء على العقود الأبدية²⁴⁰.

كما طرحت ثانياً مسألة البطلان الجزئي والتخفيض من المدة التي تتجاوز الحد الأقصى، وهو الأمر الذي يهّمنا أكثر، من قبل محكمة التعقيب من خلال جملة من القرارات²⁴¹، الأمر الذي رفضه المشرع الفرنسي من خلال تجاوزه لهذه الحلول وحسم النزاع في الأمر بالفصل 1210 فقرة ثانية بإقرار أنّ الجزء المرصود لإبرام العقود لمدة طويلة أو أبدية هو إعادة التكييف القانوني من عقد أبدي إلى عقد ذو مدة معينة، وهو ما يعطي الحقّ للأطراف إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بطريقة منفردة.

إلا أنّ هذا الفصل في مسألة الجزء لم يمنع من وجود بعض النصوص القانونية الفرنسية التي تجعل من التخفيض في المدة جزءاً لبعض العقود التي تتجاوز المدة فيها ما حدّده القانون. من ذلك مسألة الاسترداد التي يحافظ بمقتضاها البائع على استرداد المبيع مع إرجاع الثمن الأصلي للمبيع وما تابعه، وهذه الإمكانية ليست مطلقة في الزمن، فقد حدّدها الفصل 1660 بخمس سنوات لا يمكن أن تتجاوزها. وفي حال حدث التّجاوز، فُضي التخفيض فيها وإرجاعها إلى المدة القصوى المحدّدة بالقانون²⁴².

كما يأخذ القانون الجزائري بتقنية تصحيح العقود من خلال التخفيض في مدتها، من ذلك المادة 722 من القانون المدني الجزائري والتي تقيد مدة البقاء في الشئوع بخمس سنوات، إن تمّ تجاوزها تُخفّض المدة "بقوّة القانون" لأنّ في ذلك تقييد للإرادة في التصرف ومنع للقسمة²⁴³.

²³⁹ قرار تعقيبي مدني فرنسي، الغرفة المدنية الثالثة، مؤرخ في 20 فيفري 1991.

Cass.3^e civ., 20 février 1991.

²⁴⁰ "أوريليان بامدي"، م س.

²⁴¹ قرار 13 نوفمبر 2002: "عقد كراء أماكن الإشهار لا يمكن أن يُحرّر لمدة تتجاوز 6 سنوات منذ إبرامه، وكل مدة أطول تخضع للإلغاء".

Arrêt du 13 novembre 2002 : "Le contrat de louage d'emplacement publicitaire ne peut être conclu pour une durée supérieure à six ans à compter de sa signature; que la stipulation d'une durée plus longue est soumise à réduction."

²⁴² فصل 1660 من م م ف: "خيار الفداء لا يمكن أن يكون لمدة تتجاوز 5 سنوات، وتُخفّض إن تجاوزت هذه المدة."

Article 1660 c.civ.fr : "La faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années.

Si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme."

²⁴³ سعيدة إسعد ، الآثار العرضية للعقد الباطل، مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة ألكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014، ص 27 و 28.

116- مثل هذه النصوص الخاصة يمكن أن نجدها في القانون التونسي²⁴⁴، ولكن هذه المرة متعلقة بالتصحيح من خلال الزيادة في المدة عبر الفصل 3 من القانون عدد 30 مؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلق بتنظيم الكراء الفلاحي، حيث يعتبر أنّ الأكرية الفلاحية المتعلقة بالأراضي ذات الصبغة الفلاحية لا يجب أن تقل مدتها عن ثلاث سنوات، وإذا أبرم عقد كراء فلاحي لمدة أقل، يُعتبر كأنه عقد محرر لمدة ثلاث سنوات تسري من تاريخ عقدة الكراء²⁴⁵.

ولعل من بين العقود الخاصة التي طرحت إشكالا في ما يتعلق بمدة العقد هو عقد الشغل²⁴⁶.

فمثل ما سبق أن بيناه، يمنع المشرع التونسي صفة الأبدية عن العقود، والأمر أخطر بالنسبة لعقود الشغل، فالأمر محسوم منذ البداية بمنع كلّ شكل من أشكال الاستغلال الجسدي ومن أبرزها عقود الشغل اللانهائية. وهو ما نصّ عليه المشرع في الفصل 833 من ماع في مجال إجارة الخدمة حيث يعتبر أنّ "الإجارة على مدة حياة الأجير أو على مدة طويلة جدًا بحيث يموت الأجير فيها باطلة". وبالتالي فإنّ عقد الشغل ينبغي أن يكون إما لمدة غير محدّدة²⁴⁷، يُعطى فيها المتعاقدين حقّ إنهاء الرابطة الشغل بصفة فردية، وإما لمدة محدّدة وهو ما يدعونا إلى التنبيه من كلّ شكل من أشكال التحيل على القانون، فقد يكون عقد الشغل في ظاهره محدّد في الزمن إلّا أنّ هذه المدة تكون طويلة جدًا قد تمتدّ حتّى إلى نهاية حياة الأجير.

117- مشكل آخر يمكن أن يُضاف متعلّق بعقد الشغل، هو مشكل شرط عدم المنافسة والمدة المتعلقة بها. وشرط عدم المنافسة نجد مجال انطباقه في عدّة أنواع من العقود، ليس فقط في عقد الشغل، كما أنّه

²⁴⁴ نور الدين بالسّورور، م س، ص 538.

²⁴⁵ الفصل 3 من قانون 12 جوان 1987: "بصرف النظر عن كلّ شروط العقد المخالفة لهذا القانون، لا يمكن أن تقلّ مدة كراء العقارات الفلاحية عن ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وتعتبر عقود الكراء الفلاحي المبرمة لمدة تقلّ عن ثلاث سنوات محرّرة لثلاث أعوام ابتداء من تاريخ عقدة الكراء." ذكره نور الدين بالسّورور، م س، ص 538.

²⁴⁶ "في إطار عقد الشغل يكون التنصيص على مدة طويلة هو الأكثر تخويفاً".

نور الدين بالسّورور، م س، ص 532، فقرة عدد 359.

"C'est dans le cadre du contrat de travail que la stipulation d'une durée excessive est la plus redoutable." Nouredine Bessrou, op.cit, page 532, n°359.

²⁴⁷ نور الدين بالسّورور، م س، ص 532 و 533.

معترف به من قبل جلّ التشريعات، منها التشريع المصري في المادة 686 من القانون المدني المصري²⁴⁸.

ولئن أجاز مشرّعنا التونسي شرط عدم المنافسة صلب الفصل 118 م 1 ع²⁴⁹، إلّا أنّه ربط هذه الإجازة بالتحديد في الزّمان والمكان²⁵⁰.

إنّ هذا النوع من الشروط الذي يقيد إحدى الحريّات الفرديّة للأطراف هو في العادة باطل ومبطل لكامل العقد حسب منطوق النصّ السابق، رغم ذلك خلق المشرّع بعض الاستثناءات التي لا ينبغي التّوسع في تفسيرها. وبالتالي فإنّ بطلان شرط عدم المنافسة هو سببٌ مبطلٌ لكامل العقد.

إلّا أنّ هذا الجزاء، ومثل ما بيّناه في مناسبات سابقة، لا يتلاءم مع السّبب الذي حصل البطلان لأجله. فالمفروض أن يحلّ التّخفيض في مدّة الشرط محلّ البطلان الكلّي حتّى يتحقّق إصلاح العيب وبالتالي الحفاظ على العقد²⁵¹. وهو الأمر الذي سار عليه فقه القضاء الفرنسي واعتبر أنّ شرط عدم المنافسة حين يكون مجحفا يجب أن يتمّ إعادة تحديده في الزّمان والمكان²⁵².

²⁴⁸ مادة 686 من القانون المدني المصري فقرة ثانية (ب): "أن يكون القيد مقصورا من حيث الزّمان والمكان ونوع العمل، على القدر الضّروري لحماية مصالح ربّ العمل المشروعة".

²⁴⁹ فصل 118 م 1 ع : "كلّ شرط من شأنه أن يمنع أو يقيد على إنسان تعاطي ما له من الحقوق البشريّة كحقّ التّزوج ومباشرة حقوقه المدنيّة فإنّه باطل وبه يبطل العقد. ولا يجري هذا الحكم فيما إذا تعهّد إنسان بعدم تعاطي تجارة أو صناعة معلومة في جهة أو مدّة معيّنة".

²⁵⁰ نور الدين بالسّور، م س، ص 541.

²⁵¹ م س، ص 544.

²⁵² "الانتقاص هو الحلّ الأمثل للبطلان كلّما يكون الجزء الباطل يحمل تجاوزا. مثال بند عدم المنافسة المفرط".

"مالوري"، م س، ص 387.

"Une réduction est préférable à la nullité chaque fois que l'illicéité tient à un excès. Par exemple la clause de non-concurrence excessive."

Malaurie, op.cit., page 387.

انظر قرار تعقيبي، الغرفة الاجتماعيّة، مؤرّخ في 18 سبتمبر 2002، النّشرة المدنيّة، مجلّد عدد 272: إنّ بند عدم المنافسة المفرط يجب أن يكون محدودا "في الزّمن، في المطلق أو بقيّة أشكاله". ذكره "مالوري"، م س، ص 387، حاشية عدد 13.

Voir cass.soc., 18 sep.2002, bull. civ. V, n°272 : une clause de non-concurrence excessive doit être limitée "dans le temps, l'espace ou ses autres modalités." Cité par Malaurie, op.cit., page 387, note de bas de page n°13.

ب- التصحيح بالتعديل في الشروط التعسفية

118- يرد التصحيح أيضا على الشروط التعسفية وذلك من خلال تعديلها، وهذه الشروط نجدها عادة في عقود الإذعان التي لطالما سببت في التطبيق مشكل تضمين شروط تعسفية ومجحفة في حق الطرف الضعيف.

والشروط التعسفية تختلف عن الشروط غير القانونية جوهرياً. فالشرط التعسفي لا يعني بالضرورة أنه منافي للقانون، إذ يمكن له أن يكون مسموحاً إن وُجد في عقد مختلف بين أطراف آخرين وخاصة أن وجوده لا يخلق حالة من انعدام التوازن بينهم. أما الشروط غير القانونية فهي شروط خارقة لقواعد قانونية أمر القانون باحترامها، وهي شروط يمكن اعتبارها تعسفية إن خلقت حالة من انعدام التوازن بين الأطراف.

119- إن مثل هذه الشروط التعسفية يبطلها القانون الجزائري ويوكل للقاضي المدني مسؤولية تعديل هذه البنود، وحتى لو كانت هذه الشروط منبع إرادة طرفي العقد أو أحدهما²⁵³، أو إن لم يكن ذلك ممكناً إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لمنطوق المادة 110 من القانون المدني الجزائري²⁵⁴.

إنّ حلّ التعديل في الشروط التعسفية لم يجد حظّه في القانون الفرنسي وخاصة في قانون الاستهلاك. فينصّ الفصل 1-241 من المجلة المنظمة للمادة على أنّ "الشروط التعسفية تُعتبر غير مكتوبة". وبالتالي تغدو مثل هذه الشروط كأنّها لم توجد يوماً في العقد، طالما أمكن لهذا الأخير أن يبقى بدونها.

فالأمر محسوم في هذه المسألة: لقد تجاوز المشرع الفرنسي مرحلة التعديل وذهب مباشرة إلى مرحلة التخلي عن الشرط التعسفي²⁵⁵.

120- من ناحية أخرى، وفي إطار حرية التعاقد، قد يُدرج في العقد بندٌ يتفصّل بمقتضاه المدين من مسؤوليته سواء كان هذا التفصيل كلياً أو جزئياً²⁵⁶، وهذا النوع من البنود جائز قانوناً²⁵⁷. وهو ما ذهب

²⁵³ سعيدة إسعد، م س، ص 28.

²⁵⁴ مادة 110 من القانون المدني الجزائري: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به قواعد العدالة ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

²⁵⁵ "فلوريان موم"، محاولة نقدية حول حماية رضا الطرف الضعيف في المادة التعاقدية، دكتوراه للحصول على درجة دكتور في القانون، جامعة أفري-فال-داستون، جويلية 2015، ص 530، فقرة عدد 1066.

Florian Maume, *Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle*, thèse pour l'obtention de grade de docteur en droit, Université d'Evry-Val-d'Essonne, juillet 2015, page 530, n°1066.

إليه جزء من فقه القضاء الفرنسي حيث أجاز في البعض من قراراته البنود التي تعفي من المسؤولية²⁵⁸.

إلا أن هذا الاتفاق على تحديد مسؤولية المدين ليس مطلقاً، إذ ولئن كان مثل هذا النوع من الاتفاقات ممكناً في ما يتعلق بالأخطاء البسيطة، إلا أنها ممنوعة بالنسبة للأخطاء الجسيمة.

الأمر المبرّر باعتبار أن السماح بالاتفاق على تحديد المسؤولية يجعل من ممارسة مقتضيات العقد رهين رغبة المدين من عدمها²⁵⁹.

وهذا ما دفع بالمشرع التونسي إلى تأسيس قاعدة عامّة في هذا المجال صلب مجلة الالتزامات والعقود²⁶⁰ يعتبر فيها أن اشتراط المدين على عدم مسؤوليته في حال تعمّده أو خطئه الفاحش غير ممكن، وهو ما نستشفّه من عبارات الفصل 244 م 1 ع الذي ينصّ على أنّه: "لا يسوغ لعاقّد أن يشترط عدم إلزامه بما ينتج من خطئه الفاحش أو تعمّده"²⁶¹.

121- ويلقى هذا المنع تطبيقات عدّة في القانون الفرنسي كما في القانون التونسي في ميدان العقود الخاصة، خاصّة منها عقود النقل بأنواعه، نأخذ مثلاً عقد نقل الأشياء، يحدّد المشرّع التونسي فيه جزاء البطلان لكلّ شرط يصدر عن متعهّد النّقل بإعفائه كلياً من المسؤولية في حالة التّلف الكلي أو الجزئي أو التّعيب²⁶².

نفس الأمر نصّ عليه القانون الفرنسي في الفصل 1-133 من المجلّة المدنيّة، فضياع الشّيء المتعهّد به بمقتضى عقد نقل الأشياء هو تحت مسؤولية النّاقّل وكلّ شرط يخالف ذلك يُعدّ باطلاً.

²⁵⁶ "فلوريان موم"، م س، ص 546.

²⁵⁷ مثالنا على ذلك الفصل 643 من المجلّة التجاريّة والمتعلّق بعقود نقل الأشياء: "... يجوز لمتعهّد النّقل أن يشترط في العقد لكن مع إعلام المرسل بشرط: - تحديد مسؤوليته بسبب الضّياح أو التّعيب بشرط أن لا تكون الغرامة المتفق عليها أقلّ بكثير من قيمة الشّيء نفسه بما تصبح معه في الحقيقة كأن لم تكن. - إعفائه كلياً أو جزئياً من المسؤولية."

²⁵⁸ انظر في هذا المجال: قرار مدني مؤرّخ في 15 جوان 1959. ذكره "أوريليان بامدي"، « البنود المحدّة والمعفية من المسؤولية: النظام القانوني»، موقع <aurelienbamde.com> تاريخ آخر اطلاع: 2020.

Voir en ce sens civ.15 juin 1959. Cité par Aurélien Bamde, «Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité: régime juridique.» <aurelienbamde.com> date de dernière consultation : 2020.

²⁵⁹ نور الدين بالسّور، م س، ص 547.

²⁶⁰ م س، موضع سابق.

²⁶¹ محمّد الزّين، م س، ص 286، فقرة عدد 386.

²⁶² فصل 644 م ت: "يكون باطلاً كلّ شرط من متعهّد النّقل بإعفائه كلياً من المسؤولية في حالة التّلف الكلي أو الجزئي أو التّعيب."

كما اكتسى هذا المنع صبغة حمائية للطرف الضعيف من خلال محاولة المشرع حماية العمال بإعلان بطلان كل اتفاق يحجز بمقتضاه رب العمل على جزء من أجره العامل لضمان الأخطار المحمولة على كاهله أو التخفيض من هذه الأخطار وذلك إن كان هو المؤمن لنفسه بنفسه²⁶³.

122- ولكن في صورة وجود شرط من الشروط المتعلقة بالمسؤولية ولكنها محررة باستعمال عبارات فضفاضة، لا ندري على إثرها هل أن الإعفاء من المسؤولية يشمل الأخطاء البسيطة أو الأخطاء الجسيمة، وما هو الجزاء المرصود في حال التعرض لمثل هذه الشروط العامة. فهل يبطل العمل بكامل البند أم نكتفي بتعديله من خلال التضييق في مجال انطباقه وجعله يهتم بالإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء البسيطة دون الجسيمة؟

هو إشكال تفتن إليه الأستاذ بالسرور وأجاب عنه في أطروحته من خلال اعتبار أن سقوط كامل البند "جزاء مجحف". فإعادة الصبغة القانونية لا تحتاج الذهاب إلى حد التخلي عن العمل بكامل الشرط بل تحتاج فقط إلى التعديل في ميدان هذا الشرط من خلال اقتصار الإعفاء من المسؤولية لا يهتم سوى المسؤولية عن الأخطاء البسيطة²⁶⁴.

²⁶³ فصل 91 من القانون عدد 28 مؤرخ في 21 فيفري 1994 متعلق بالتعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية ومنقح بالقانون عدد 103 لسنة 1995 في فقرته الثانية: "ويعتبر باطلا بالأخص كل اتفاق يقدم بمقتضاه صاحب العمل على حجز جزء من أجره عماله لضمان الأخطار المحمولة على كاهله بمقتضى هذا القانون كلياً أو جزئياً أو على التخفيض من الأعباء المحمولة عليه بمقتضى القانون المذكور إذا كان هو المؤمن لنفسه بنفسه."

²⁶⁴ نور الدين بالسرور، م س، ص 548 و 549، فقرة عدد 365.

خاتمة الجزء الأول

123- إنّ آليّتي التّصحیح والانتقاص من العقد الباطل كتقنيات إصلاح لاحقة لإبرام العقد يصير بمقتضاه هذا الأخير صحيحاً منذ نشأته هي ما عزّزت قيمة البطلان الجزئي الذي جاء للتّخفيف من الأثر التّهديمي للبطلان على العقد. فقد برهنت تطبيقات البطلان على العقود والتي أدت إلى سقوط كامل العقد الباطل أنّه ولئن اعتُبر جزاءً ضرورياً في محاربة التّجاوزات العقديّة، إلّا أنّه مخلّ بالاستقرار التّعاقدي جرّاء طابعه المجحف في حقّ العقد الذي لم يخلّ توازنه سوى في جزء منه فقط من جهة، وفي حقّ الأطراف من جهة أخرى التي تكسوها عادة الرّغبة في الإبقاء على كامل العقد ككتلة متجانسة مع تدارك العيوب التي لا تتناغم مع روح التّشريع التّونسي. فالبطلان المُسقط لكامل العقد هو جزاء مهمّ في ظاهره، غير لازم في باطنه، إذ طالما وُجد مجال للإصلاح، لا معنى للإهدار.

إنّ هذه النّزعة الإصلاحية التي اتّسم بها القانون التّونسي لم تتبلور فقط في نظريّة البطلان الجزئي بوجهيه كآليّة ضروريّة تمكّن من تلافي البطلان الكلّي وجعل أثره يتسلّط فقط على الجزء المعيب من خلال بتره وإكمال العمل بالعقد مبتوراً، أو تعديل الجزء الباطل وتعويضه بآخر صحيح، بل تجلّت أيضاً في تقنيات إنقاذ أخرى مثّلت الوجه الآخر من تخفيف وطئ البطلان الكلّي، ولكن هذه المرّة ليس بجعل مفعوله مقتصرًا على الجزء المعيب فقط، بل بإزالة هذا المفعول السّلبّي عن كامل العقد والحفاظ عليه رغم بطلانه.

قد تبدو لنا هذه الفرضيّة للوهلة الأولى مستحيلة، باعتبار أنّنا نعرف أنّ البطلان هو جزاء تنتهي بموجبه حياة العقد. إلّا أنّه أمر ممكن وذلك من خلال آليّات تبنّاها المشرّع التّونسي وحافظ من خلالها على العقود رغم بطلانها، وهو ما سندرسه في الجزء الموالي.

الجزء الثاني:

تدارك بطلان العقد عبر إزالة مفعوله عن كامل العقد الباطل

124- لا يُمكن تصوّر تدارك العقد الباطل باعتماد أسلوب اعتباطي: هي عملية محكمة النظام تتدخل في الحالات التي يسمح بها القانون ضمن نظام قانوني محدّد، لا تجد المرونة فيه مكانا عادة وذلك لخطورة آليات التّدارك ومدى تأثيرها على العقود وخاصّة على الإرادة التعاقدية.

كما أبرزت لنا دراسة تقنيات التّدارك النّسق التصاعدي الذي اتّسمت به: فالمشرّع من خلال جملة الفصول العامة والخاصّة حاول إنقاذ ما أمكن إنقاذه، وذلك بالمرور من الجزء إلى الكلّ، من معالجة الجوانب الباطلة من العقد إلى معالجة كامل العقد.

فلئن شهدنا في الجزء الأوّل من هذا العمل عملية تدارك للبطلان من خلال تسليط ضوء الإصلاح على الأجزاء المعيبة في العقد: فالقانون يصلحها كلّما أمكن ذلك، وفي حالات أخرى يقصّيها. وكنتيجة لذلك، يُصحّح العقد الباطل، أو يُبتر.

نفهم من ذلك أنّ عملية الإنقاذ تأتي هنا على مستويّات البطلان، إذ أنّ السّبب المباشر في البطلان هو محور عملية الإنقاذ، وبذلك يقتصر مفعول البطلان على الجزء المعيب من العقد فقط دون المساس بالباقي الصّحيح.

الأمر الذي يمثّل نقطة الاختلاف مع هذا الجزء، ذلك أنّ مرجع نظر الإنقاذ سيتطوّر هنا لينصبّ على كامل العقد، فنلاحظ أنّنا في نسق تصاعدي للتّدارك: إن لم نستطع القيام بعملية يمكن اعتبارها بسيطة بجعل مفعول البطلان مُنصبّا فقط على جزء من العقد، ننقل إلى عملية أعمق وأشمل، تحمل تحويرا في العقد كله، ويصبح هدف عملية التّدارك التّخلص من أثر البطلان عن كامل العقد.

125- إنّ إزالة مفعول البطلان عن كامل العقد الباطل هي عملية إنقاذ متينة، تصلح العقد كله، في الماضي وفي المستقبل، وهي تكرّس بذلك استقرار الأعمال والوضعيات على مرّ الأزمان.

كما أنّها قد ترد، أحيانا، على العقود الباطلة من أساسها إلى جانب العقود القابلة للإبطال، وفي ذلك وجه آخر من أوجه تكريس حماية العقود المبرمة مهما كانت درجة خطورتها. إذ أنّ المُعضلة كانت، ولا تزال، حول مدى إمكانية القبول بتدارك العقود الباطلة بطلانا مطلقا، ولا تزال الأصوات تتادي بإخراجها من دائرة الإنقاذ. وعلى الرّغم من ذلك، ينبغي أن يبقى في العقود الباطلة مطلقا مجالا للتّدارك، حماية للأطراف بصفة خاصّة وللاستقرار التّعاقدي بصفة عامّة، الذي يبقى المغزى من إنقاذ العقود الباطلة.

126- ويتحقق الاستقرار التعاقدى عند إزالة أثر البطلان عن كامل العقد، ويكون ذلك من جهة، بانقلاب العقد الباطل إلى آخر صحيح كلما استجاب إلى شروط محدّدة وحقق ما أرادت الأطراف تحقيقه بإبرامها للعقد الأول، وبالتالي فإنّ العقد الباطل يواصل مسيرته بشكل جديد²⁶⁵، وبذلك تزيل هذه العملية مفعول البطلان عن كامل العقد من خلال استبداله بآخر صحيح لا يهدّده البطلان في أيّ جانب من جوانبه، وهذه الآلية متعارف عليها ومعمولٌ بها في مختلف التشريعات ويعبّر عنها بتحوّل العقد الباطل إلى آخر صحيح (الفصل الأوّل).

من جهة أخرى، يمكن لنا أن نزيل مفعول البطلان مع المحافظة على نفس العقد الباطل وعلى السبب المؤدّي إلى بطلانه. وقد يبدو هذا القول للوهلة الأولى مستحيلا، فإن كنّا سنُبقي على العقد الباطل بدون تغييره، وإن كنّا سنحافظ على العيب المؤدّي لهذا البطلان دون إصلاحه، فهذا يؤدّي حتما إلى بقاء البطلان وتعدّر الإنقاذ.

صحيح أنّ السبب المبطل مستمرّ، ما يعني استمراريّة البطلان، إلّا أنّ الإنقاذ ممكن وذلك بتوقّف العمل بحقّ أساسي يتولّد عن البطلان، فعادة ما يصبح العقد صحيحا نافذ الآثار بعد انقراض هذا الحقّ، وهو حقّ المطالبة بالبطلان. فمن تقرّر البطلان لفائدته، يتمتّع دائما بحقّ المطالبة به لإرجاع حقوقه. إلّا أنّ صاحب الحقّ قد يجد نفسه في وضعيّة لا تسمح له بطلب البطلان، رغما عنه أو اختيارا، وهو ما يؤول إلى تدارك بطلان العقد عبر سقوط الحقّ في المطالبة به (الفصل الثاني).

²⁶⁵ نور الدّين بالسّور، مقال سابق، ص 408، فقرة عدد 20.

الفصل الأول

تدارك بطلان العقد بتحوّله إلى آخر صحيح

127- قد يحدث أن يبطل الالتزام دون أن تبطل كافّة عناصره، فمثلا قد لا يستقيم عقد البيع بصفته تلك لغياب عنصر الثمن ولكن يحمل نفس العقد في طيّاته شروط عقد هبة وهو من العقود التبرّعية التي لا نجد فيها ثمناً، وباعتبار وحدة الهدف في العقدين وهي التّقويت في المال موضوع العقد: يبطل الالتزام بصفته تلك، أي كعقد بيع، وتقاديا لآثار البطلان المسقطة لكامل العقد، يصبح هذا الأخير هبةً. نتحدّث هنا عن تحوّل العقد.

ونعني بلفظ التحوّل لغةً طبق معجم الوسيط: "التنقّل من موضع إلى موضع أو حال إلى حال"²⁶⁶.

وهذا المعنى هو المعنى القانوني للتحوّل، إذ هو التنقّل من عقد إلى عقد، وهو مثلما عرّفه الأستاذ محمّد الرّين "تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتّب له جميع آثاره رغم البطلان الذي لحق به عندما كان على وصفه الأصلي"²⁶⁷.

وهو بكلّ بساطة حسب الفقيه "أوليفياي كورناز": "استبدال عقد باطل بعقد صحيح، أخذا بعناصر العقد الباطل"²⁶⁸.

من هذا المنطلق، يمكن التسليم بأنّها عملية انتقال من حالة "موت" اعترت عقدا باطلا إلى حالة حياة مُني بها عقدٌ آخر صحيح على أنقاض العقد الأول.

128- يختلف تحوّل العقد عن بعض المفاهيم المجاورة له لعلّ أهمّها تجديد العقد²⁶⁹، ذلك أنّها عملية تقوم، مثل تحوّل العقد، على تعويض الالتزام بآخر. إلّا أنّ اختلافا جوهرياً يفرّق بينهما، إذ أنّ تجديد العقد هو عمل إرادي يستوجب توقّر إرادة حقيقيّة للطرفين، الأمر الذي لا نجده في تحوّل العقد الباطل،

²⁶⁶ آمال سليم، م س، ص 1.

²⁶⁷ محمّد الرّين، م س، ص 248، فقرة عدد 314.

²⁶⁸ سامي الجري، م س، ص 494، فقرة عدد 377.

²⁶⁹ فصل 357 م ا ع: "تجديد الالتزام هو انقضاء التزام بإنشاء التزام آخر عوضه."

وهو ما سنتبينه لاحقاً، كما أنّ التّجديد لا يستوجب أن يمّس العقد القديم بطلاناً، وذلك على معنى الفصل 359 م 1 ع²⁷⁰، على عكس التّحوّل الذي لا نتحدّث عنه إلّا في إطار عقد باطل²⁷¹.

كما يختلف تحوّل العقد عن تكييف العقد، إذ هي عمليّة يقوم بها القاضي ويصحّح من خلالها الوصف القانوني الذي أعطاه الأطراف لعقدهم، أمّا في تحوّل العقد فمهمّة القاضي أعمق وأشمل، إذ أنّ الأمر لا يقتصر على تعديل التّكييف الخاطيء بل هي تشمل عمليّة انتقال كليّة من حالة البطلان إلى حالة الصّحة، من عقد باطل إلى آخر صحيح بالاستناد على العناصر الصّحيحة للعقد الباطل²⁷².

إنّ عمليّة تحوّل العقد تقوم على شيء من الانتقاص، فيتحقّق التّحوّل من خلال التّقليص من عناصر العقد الباطل لتكوين العقد الصّحيح، و منه يأتي الخلط بين التّحوّل والبطلان الجزئي وبالأساس انتقاص العقد الباطل. وهذا الخلط هو ليس بالأمر الجديد، إذ يعود حتى إلى القانون الروماني، الذي يجعل من التّحوّل مجرد حالة من حالات البطلان الجزئي.

إلّا أنّهما يختلفان في نواحي أخرى، باعتبار أنّه - وفي إطار البطلان الجزئي - يفترض وجود عقد باطل في جزء منه فقط، فيحتوي بذلك العقد على جزء صحيح وآخر باطل في نفس العقد، ويتم بمقتضاه التّخلي عن الجزء الباطل مع الإبقاء على الجزء الصّحيح قائم الذات، ويعبر عن هذه العمليّة بانتقاص العقد، أو الإبقاء على هذا الجزء المعيب مع تصحيحه حتّى يستقيم ويصحّ معه العقد كاملاً، وهي عمليّة تصحيح العقد²⁷³.

الأمر الذي لا نجده في تحوّل العقد، إذ ينبغي أن يكون لدينا عقد باطل ككلّ يتم التّخلي عنه ككلّ وبناء عقد آخر جديد على أنقاض الآخر الباطل.

ومن هذا المنطلق، يطرح تحوّل العقد مشكلاً في الوصف القانوني للعقد، فمثلاً، منذ أن كان عقد بيع يصبح عقد هبة، ومنذ أن كانت كمبيالة تصبح سند إذني²⁷⁴، إلّا أنّ البطلان الجزئي، والانتقاص بالأساس، لا يطرح مثل هذا المشكل، بل الأمر يقتصر على التّخفيض في أجزاء العقد وفي البنود التي

²⁷⁰ فصل 359 م 1 ع: "يلزم لتجديد العقد أمران: - أن يكون العقد القديم صحيحاً..."

²⁷¹ آمال سليم، م س، ص 3.

²⁷² م س، ص 2.

²⁷³ حافظ بوعزيز، تحوّل الأعمال القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلّية الحقوق بصفافس وجامعة جان مولان بليون فرنسا، تونس، فرنسا، 2017، ص 11.

Hafedh Bouaziz, *La conversion des actes juridiques*, thèse en vue de l'obtention de doctorat en droit privé, faculté de droit de Sfax et Université Jean Moulin de Lyon, France, Tunisie, 2017, page 11.

²⁷⁴ محمّد الرّين، م س، ص 248، فقرة عدد 314.

يحتوي عليها. فيعتبر الأستاذ "فيليب سيملار" عن هذه الفكرة بقوله "البطلان الجزئي يستوجب تغييرا في الكمية، أما التحوّل فيستوجب تغييرا في الكيفية"²⁷⁵.

كما تتميز نظرية تحوّل العقد عن تقنيات التدارك التي ذكرناها من خلال حصرية شرط "توفّر شروط صحة في العقد القديم تسمح بقيام عقد جديد".

ففي حين تحافظ معظم التقنيات على العقد القديم وتدخل عليه بعض التعديلات كإضافة أو إزالة بعض البنود والعناصر (مثل التصحيح والانتقاص) أو الحقوق (كالحق في المطالبة بالإبطال في الإمضاء كذلك التّقدم)، توجد أيضا تقنيات أخرى تتخلّى عن هذا العقد برمّته وقد يعقب هذا التخلي بناء عقد آخر صحيح على أنقاض الآخر الباطل، لعلّ أبرزها تقنية تحوّل العقد.

كما تتميز هذه التقنية بتخليها الكلي عن الإرادة، وبالتالي صبغتها الموضوعية، إذ أنّ التحوّل يجد أساسه إمّا في القانون أو في تدخل القاضي لإعماله. فلا معنى لتدخل إرادة طرفي العقد الباطل ورغبتها في تحقيق التحوّل أو تفاديه، ذلك أنّ الأمر موكول للقانون أو للقاضي بصفة حصرية²⁷⁶.

129- وتجد نظرية تحوّل العقد أساسها القانوني في الفصل 328 م 1 ع والذي ينصّ على أنّه: "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشروط ما يصحّ به التزام آخر جرت عليه القواعد المقرّرة لهذا الالتزام".

إنّ هذا النصّ يمثل تميّزا تشريعيًا بالمقارنة مع النصوص الأخرى في القوانين المقارنة من ناحيتين. فمن ناحية أولى، إنّ مثل هذا النصّ المنظم لتقنية التحوّل بصفة عامّة لا يستحقّ نصوصا خاصّة لتدعم تطبيقه، فالتقاء شروطه كافٍ لتحقيقه على أيّ نوع من الأعمال²⁷⁷. كما أنّه نصّ فريد، لا نجد مثيله في القانون الفرنسي²⁷⁸، المصدر الأبرز للنصوص القانونية التونسية.

²⁷⁵ النصّ الأصلي:

"La nullité partielle implique un changement plutôt quantitatif, la conversion un changement qualitatif." Philippe Simler, op.cit., page 13, n°13.

ذكره حافظ بوعزيز، م س، ص 12.

²⁷⁶ حافظ بوعزيز، م س، ص 5، فقرة عدد 5.

²⁷⁷ نور الدين بالسّور، م س، ص 447 و 448، فقرة عدد 292.

²⁷⁸ "لا يعترضنا بصفة صريحة تكريس له كمبدأ عام في أيّ نصّ من القانون الفرنسي..."

"أو غوستان بوجاكا"، «التحوّل بالانتقاص: مساهمة في دراسة بطلان الأعمال القانونية» المجلة الفصلية للقانون التجاري، 2002، ص 223. النصّ الأصلي:

"On ne la rencontre explicitement énoncée en tant que principe général dans aucun texte du Droit français..."

Augustin Boujeka, «La conversion par réduction: contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels», RTD Com. 2002, page 223.

ومن ناحية ثانية، الفصل 328 م ١ ع لا يحصر تطبيق تقنية التحوّل على العقود الباطلة فقط، إذ أنّ القانون التونسي قد وضع فصلاً عاماً من خلال العبارة العامة "الالتزام". وبالتالي فإنّ التحوّل يُطبّق على الأعمال القانونيّة كلّ، المبرمة من جانب واحد ومن جانبيين، وذلك على عكس بقيّة القوانين المكرّسة للتحوّل²⁷⁹، وخاصة القوانين العربيّة، التي نصّت على أنّ التحوّل لا يهمّ إلاّ العقود الباطلة²⁸⁰. ومثالنا على ذلك الفصل 144 من القانون المدني المصري، الذي نجد نفسه حرفياً في الفصل 105 من القانون المدني الجزائري، والذي ينصّ على أنّه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذ تبيّن أنّ نيّة المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد."

130- وبالعودة إلى مشروع قانون مجلّة الالتزامات والعقود لسنة 1899، نجد أنّ أصل الفصل المنظّم للتحوّل، أي الفصل 328 م ١ ع، قد كان الفصل 375 من المشروع، والذي ينصّ على أنّه: "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشّروط ما يصحّ به التزام آخر فلا مانع من أن يصحّ بهذه الصّورة إذا تبيّن من قرائن الحال أنّ العاقدین كانا يعقدانه على تلك الصّورة لولا بطلانه بالوجه الأوّل."

إنّ واضعي هذا الفصل قد اعتمدوا في بلورتهم له على عدّة مصادر من بينها القانون الإسلامي وعلى كتابات بعض الفقهاء من القانون الفرنسي²⁸¹. إلّا أنّ هذا الأمر لم يكن في منأى عن النّقد. إذ أنّ الاستناد إلى هذين المرجعين لتبرير أصول نظريّة تحوّل العقد قد فنّده نور الدين بالسّور في أطروحته واعتبر أنّه لا مصدر لتحوّل العقد غير القانون الألماني، أمّا القانون الفرنسي والإسلامي فلم يعرفا سوى تطبيقات وحالات لتحوّل عقد باطلٍ إلى آخر صحيح، كما اعتبر أنّ الرّجوع إلى القانون الفرنسي "حصل آلياً دون التّثبت في حقيقة جذور هذه النّظرية"²⁸².

الأمر الذي نسلم بصحّته، ذلك أنّ العودة للقانون الإسلامي والذي نجده في الحاشية الجانيّة للفصل 375 من المشروع، تُبرز لنا أنّ القانون الإسلامي لم يعرف سوى بعض الحالات فقط لتحوّل العقد²⁸³،

²⁷⁹ ليس كلّ القوانين العربيّة قد اعتبرت أنّ التحوّل ينطبق على العقد الباطل فقط، فالقانون المغربي أيضاً قد اعتمد على عبارة الالتزام بدل العقد ضمن الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود والمنظّم للتحوّل.

²⁸⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 15 و 16، فقرة عدد 15 و 16.

²⁸¹ فصل 375 من المجلّة المدنيّة والتّجاريّة التّونسيّة لسنة 1899.

²⁸² نور الدين بالسّور، م س، ص 433، فقرة عدد 283.

²⁸³ "وقد يصعب القول بأنّ الفقه الإسلامي يعرف نظريّة تحوّل العقد على النّحو الذي بسطناه في الفقه الجرمانى، ولكن مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحوّل."

عبد الرّزاق السّهوري، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء 4: نظريّة السّبب ونظريّة البطلان، دار إحياء التراث العربي، مؤسّسة التّاريخ العربي، بيروت لبنان، ص 190.

من بين تلك الحالات نذكر ما جاء في "مرشد الحيران"، أين يعتبر أنّ بطلان كراء المغارسة، يمكن أن يُعتدّ به كإجارة على العمل²⁸⁴.

أما بالنسبة لتطبيقات الفقه الإسلامي للتحوّل والتي لم تذكرها حاشية الفصل 375، يمكن أن نذكر ما أراد أن يقوم به أمير المؤمنين من نقض للعقد كلّّه وعدم تحويله إلى بدل، لما في العقد الأوّل من محاباة، التي بدا لعمر، رضي الله عنه، أنّها مخلة بالعقد. إلّا أنّ عبد الرّحمان بن عوف، رضي الله عنه، وهو جليس عمر حينئذ، قد قام واقترح أمرا أكثر صوابا وعدلا ممّا بدا لأمير المؤمنين، وذلك بأن يقلب عقد القرض الذي أبرمه أبو موسى الأشعري، رضي الله عنه، مع ولدي عمر ابن الخطاب إلى عقد مضاربة²⁸⁵.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي، لم يعرف أيّ تنصيب حول تحوّل العقد زمن وضع المجلّة المدنيّة والتجاريّة التّونسية في 1899، حتّى الفقه الفرنسي لم يتعرّف على آلية التحوّل سوى سنة 1901 عن طريق "ساليي"²⁸⁶.

وأخيرا، تحيلنا الحاشية التحتيّة بالأساس إلى القانون الرّوماني²⁸⁷. نفس الأمر ينطبق هنا، إذ أنّ القانون الرّوماني لم يعرف سوى بعض الحالات للتحوّل، إلّا أنّ الاختلاف مع القانون الإسلامي، هو أنّ الحالات المكرّسة للتحوّل في القانون الرّوماني مثّلت نقطة انطلاق ارتكز عليها الفقهاء الألمان، في بلورتهم للنظرية العامّة للتحوّل²⁸⁸.

²⁸⁴ انظر الحاشية الجانبية للفصل 375 من المجلّة المدنيّة والتجاريّة التّونسية لسنة 1899، الجزء 1، ص 160.

²⁸⁵ روى مالك في الموطأ: "أنّ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرّا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهّل، ثم قال: لو أقدر على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بل هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعهما في المدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الرّبح، فقالا : وددنا، ففعل وكتب إلى عمر، رضي الله عنه، أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعوا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكلّ الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالوا: لا، فقال عمر: ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما، أدبا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمّناه، فقال عمر: أدباه، فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا، فقال عمر : قد جعلته قراضا، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الرّبح."

أخرجه مالك في الموطأ، جزء 2، ص 287. ذكره أيمن صالح، «تحوّل عقد الشّركة في الفقه الإسلامي، بحث محكم موافق للمطبوع» منشور في مجلّة الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية، 2003، عدد 1، لبيبا، ص 108.

²⁸⁶ نور الدين بالسّور، م س، ص 433، حاشية عدد 1111.

²⁸⁷ ديجاست، الجزء 46، عدد 4، 8 و13؛ الجزء 18، عدد 5؛ الجزء 29 عدد 1 و3؛ الجزء 13 عدد 5 و1 فقرة 4؛ انظر الحاشية التحتيّة للفصل 375 من المجلّة المدنيّة والتجاريّة التّونسية لسنة 1899، ص 160.

²⁸⁸ حافظ بوعزيز، م س، ص 20 و21.

ففي الحقيقة، ورث القانون التونسي هذه المؤسسة بالأساس عن القانون الألماني، إذ تعود جذورها إلى القرن 19 في ألمانيا²⁸⁹، حيث ظهرت عند بعض الفقهاء الألمان، وهم "ميلينبغوخ"، "بوختا" و"تيبوت"²⁹⁰ ثم تبلورت تشريعياً ضمن المجلة المدنية الألمانية الصادرة في 1896، في فصلها 140. إن نفس هذا الفصل مثل مصدر انتشار آلية تحوّل العقد في القوانين الغربية منها والعربية، فقليلة هي القوانين التي لم تأخذ بها، نظراً للأهمية البالغة التي تطرحها ومدى مساهمتها في الحفاظ على الاستقرار التعاقدية. إذ أنّ التحوّل منقذ للعقد من المفعول التهديمي للبطلان وبالتالي محقق للآثار المرجوة من العقد المبرم وهو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى تحقيق مصلحة الأطراف وضمان النظام العام.

131- على الرغم من التكريس التشريعي الواضح للتحوّل منذ 1906 والأهمية البارزة التي تتميز بها هذه التقنية، إلا أنّ التطرّق الفقهي في تونس لها لم يكن معمّقا منذ ذلك الوقت. إذ بقيت مهجورة إلى حدود 1993 أين تعرّض لها الأستاذ محمّد الزّين في كتابه "الالتزامات" حيث خصّص لها فقرة وحيدة²⁹¹، ثم تتالت الكتابات عنها دون أن ترتقي لدراسة معمّقة وشاملة²⁹² وذلك إلى حدود 2017 أين تبلورت أطروحة دكتوراه تونسية منمّمة لتحوّل الأعمال القانونية²⁹³.

إنّ مثل هذا التّجاهل الفقهي قد أثر بدوره على فقه القضاء، إذ أنّ هذا الأخير يتجنّب في معظم قراراته التصريح بأنّ الآلية المعتمد عليها هي التحوّل ويعتبر أنّ إنفاذ الالتزام الباطل قد تمّ من خلال أعمال البطلان الجزئي، الأمر المستغرب باعتبار أنّ الفصل 328 م 1 ع هو فصل عامّ وجاهز للتطبيق على كل الفرضيات التي تقبل تطبيق التحوّل عليها²⁹⁴.

ولئن شهدنا على مرّ التشريعات القديمة والحديثة اتفاقاً تشريعياً وفقهياً حول الإطار العام لنظرية تحوّل العقد من تعريف وتمييز عن بقية المفاهيم والآليات، إلا أنّ الاختلاف يكمن نوعاً ما بين القانون التونسي وبقية القوانين المقارنة، وحتى بين الفقهاء التونسيين أنفسهم، في الظروف المحيطة بتطبيق التحوّل، ونتحدّث بالأساس عن الشّروط اللازم توفّرها في العقد القديم الباطل حتّى نتمكّن من أعمال آلية التحوّل وقيام العقد الجديد.

²⁸⁹ ياسين فارح، م س، ص 41.

²⁹⁰ Mulenbruch, Puchta et Thibaut.

عن حافظ بوعزيز، م س، ص 321.

²⁹¹ محمّد الزّين، م س، ص 248 و249، فقرة عدد 314، عنوان الجزء: تحوّل الالتزام.

²⁹² حافظ بوعزيز، م س، ص 24، فقرة عدد 24.

²⁹³ نتحدّث هنا عن أطروحة حافظ بوعزيز.

²⁹⁴ حافظ بوعزيز، م س، ص 26، فقرة عدد 27.

المبحث الأول: شروط تحوّل العقد

132- إنّ شروط تحوّل العقد مثّلت النقطة المحوريّة التي يدور حولها الفصل 328 في جزئه الأوّل والذي ينصّ على أنّه: "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشّروط ما يصحّ به التزام آخر..." وبالتالي فإنّ بطلان الالتزام الأوّل هو ما سيسمح بالتحوّل ولكن هذا الشرط هو رهين توقّر شرط ثان يتمثّل في توقّر مقوّمات التزام آخر في نفس الالتزام الباطل.

إنّ هذين الشرطين هما شرطين تشريعيين أقرّ القانون التونسي عليهما والأمر محسوم فيهما، إلّا أنّ شقاً من الفقه، إلى جانب القوانين المقارنة يضيفون شرطاً ثالثاً، نصّ عليه المشرّع التونسي ثمّ تراجع عنه، ألا وهو شرط توقّر إرادة الطرفين.

الفقرة الأولى: شروط متفق عليها

133- إنّ الشّروط المتفق عليها تتمثّل في بطلان الالتزام الأصلي وضرورة أن يتوقّر فيه العناصر الضّروريّة التي بمقتضاها يمكن أن يقوم التزام ثان، وهي شروط منصوص عليها صلب الفصل 328 م ا ع والتي لم تتغيّر منذ مشروع المجلّة في 1899 وتمثّل بذلك نقطة الالتقاء المتفق عليها من طرف الفقهاء والتشريعات التي تناولت تحوّل العقد كإحدى الآليات المنقذة من البطلان.

كما أنّها شروط متلازمة لا تصحّ عمليّة التحوّل في غياب إحداها وذلك لوجود العطف في الفصل، وهو ما يدلّ على ضرورة توقّرها معا حتى نتمكّن من الحديث عن تحوّل سليم للعقد الباطل²⁹⁵.

أ- بطلان الالتزام الأصلي

134- اشتراط بطلان الالتزام الأصلي حتى تتمّ عمليّة التحوّل هو أمرٌ جوهري وطبيعي وهو نتاج مبدأ سلطان الإرادة: إذ لا يمكن الحديث عن تحوّل عقدٍ من "أ" إلى "ب" طالما أنّ "أ" سليم لا يشكو من عيوب مبطلّة، فالتحوّل في هذه الحالة هو مساسٌ واضح بمبدأ سلطان الإرادة واعتداء على رغبة الأطراف في إبرام ثمّ تنفيذ العقد "أ" وليس "ب"²⁹⁶.

ولو فرضنا جدلاً أنّ الأطراف قد غيّرت رأيها فيما بعد وأرادت تغيير العقد "أ" إلى العقد "ب"، لا يمكن للقاضي القيام بهذه العمليّة باعتبار أنّ العقد "أ" صحيح نافذ الآثار، وبالتالي ما على الأطراف سوى فسخ العقد "أ" ثمّ إبرام عقد جديد "ب" لأن طرح تحوّل "أ" لا يستقيم في هذه الفرضيّة²⁹⁷.

²⁹⁵ عماد المبروك، م س، ص 161.

²⁹⁶ نور الدّين بالسّور، م س، ص 467، فقرة عدد 310.

²⁹⁷ "إذا خيّر الأطراف العقد الثاني، لا يمكن اعتماد التحوّل، ليس لهم سوى إبرام عقد جديد." ²⁹⁷

كما أنّ أطراف العقد يمكن لهم أن يحققوا غايتهم، أي تحقيق العقد الذي يرغبان به، من خلال منهج قانوني مختلف ألا وهو تجديد العقد، فهذه التقنية تمكّن مثل ما رأينا سابقا من تعويض التزام بآخر، وتشترط أن يكون الالتزام القديم، مثل الالتزام الجديد، صحيحاً²⁹⁸.

135- أبعد من ذلك، المساس بمبدأ سلطان الإرادة ينتج عنه المساس بمبدأ القوة الإلزامية للعقد²⁹⁹ والتي تقضي بأنّ العقد إن نشأ صحيحاً يقوم مقام القانون بين المتعاقدين ولا يمكن حلّ هذا الوثاق إلاّ برضاؤهم³⁰⁰. وبالتالي فإنّ تحوّل العقد لا يكون إلاّ في إطار العقد الباطل. ولكن أيّ نوع بطلان تتبع بمقتضاه إمكانية التحوّل؟ بعبارة أوضح، هل ينبغي أن يكون العقد باطلاً بطلانا مطلقاً أو نسبياً حتى ننظر في تحوّل؟

تباينت الآراء والنظريات في تونس وفي مختلف التشريعات في هذا الصدد، وذلك في ظل ضبابية النصّ التشريعي الذي ينصّ على ضرورة بطلان العقد دون تحديد ماهيته. ولكن الأمر المتفق عليه الذي من غير الممكن تصوّر خلافه، أنّ ليست كلّ العقود الباطلة مهما كان نوع هذا البطلان قابلة للتحوّل، وذلك باعتبار أنّ بطلان العقد والعودة للحالة التي كان عليها الأطراف قبل إبرامه هو المبدأ، التحوّل هو الاستثناء لهذه القاعدة، باعتبار أنّ تحوّل كلّ العقود الباطلة هو إفراغ لمؤسسة البطلان من محتواها ومساس من أهدافها³⁰¹.

136- بقي علينا أن نحدّد نوع البطلان المطلوب تطبيقه على العقد حتّى ينبثق منه عقد جديد.

فبالعودة للنصّ المنظم للمسألة، نجد أنّ هذا النصّ يندرج تحت باب "بطلان الالتزامات" والذي قصد به المشرّع، البطلان المطلق للالتزامات باعتبار أنّ الباب الثاني مخصّص للبطلان النسبي والمعيّر عنه في المجلّة "بفسخ الالتزام": فإذا كانت نيّة المشرّع متّجهة نحو جعل تحوّل العقد يطبّق في العقود الباطلة بطلانا نسبياً، لوضع نصّاً ماثلاً تحت الباب المخصّص للبطلان النسبي، وذلك مثل نظيره

"Si les parties ont préférés le second contrat, la conversion n'est pas valable, et ils n'ont qu'à conclure un nouveau accord."

نور الدين بالسّور، م س، ص 467.

²⁹⁸ التأكيد يأتي من القانون المغربي، انظر مثلاً: أحمد شكري السّباعي، م س، ص 383.

²⁹⁹ نور الدين بالسّور، م س، ص 467.

³⁰⁰ فصل 242 م 1 ع: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلاّ برضاؤهما أو في الصّور المقررة بالقانون."

³⁰¹ يقول عماد المبروك: "التحوّل يعتبر آلية استثنائية لإنقاذ العقد من البطلان." م س، ص 162.

الجزائري والمصري الذين أقرّا صراحة (نفس نصّ الفصل يتشارك فيه القانونين) على تطبيق التحوّل على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال³⁰².

إلا أنّ الأستاذ نور الدين بالسّورور في أطروحته لا يوافق تماما هذا الرّأي، فيعتبر أنّ إقصاء البطلان النسبي من نطاق تطبيق نظريّة التحوّل لا أساس قانوني له، واعتبار أنّ الحجّة القائمة على تمركز الفصل الذي تناول تحوّل العقد في جزء البطلان المطلق هو موقف يحمل في أغواره بذار وهنه، فالمشرّع لم يقصد بذلك انساب تحوّل العقد إلى مؤسّسة البطلان المطلق لا النسبي بل قد يعود ذلك إلى رغبته في فصل البطلان المطلق والبطلان النسبي في جزئين منفصلين بدون إضافة جزء ثالث للأحكام المشتركة، وقد يكون ذلك تفاديا للتكرار من خلال وضع الأحكام المشتركة هنا وهناك تارة في جزء البطلان المطلق وتارة النسبي³⁰³.

وفي كلّ الحالات، ومع هذا الغموض التشريعي والتّباين الفقهي، سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا، ينبغي أن يكون هذا البطلان كلياً³⁰⁴ يمسّ كامل جوانب العقد باعتبار أنّ تحوّل العقد هو قطع مع كامل أطراف العقد الباطل وتجاوز له لبناء آخر جديد، أمّا في حال البطلان الجزئي فنحن إمّا أمام انتقاص للعقد من خلال بتر الجزء الباطل، أو تصحيح للعقد بالإبقاء على كامل جوانب العقد مع التعديل في الباطل منها.

إنّ التّأكّد من بطلان الالتزام الأصلي وحكم الحاكم به، يُمكن هذا الأخير من المرور إلى أعمال تحوّل العقد، ولكن ذلك غير كافٍ، إذ عليه قبل ذلك التّثبت من توقّر العناصر اللاّزمة لقيام التزام جديد.

ب- التزام أصلي تتوقّر فيه عناصر ضروريّة لقيام التزام جديد

137- إنّ توقّر عناصر ضروريّة لقيام التزام جديد هو الشرّط الثاني للتحوّل واللاّزم توقّره في العقد القديم، وهو ما نصّ عليه الفصل 328 م 1 ع من خلال التأكيد على ضرورة أن يصاحب بطلان العقد شروط تسمح بقيام التزام ثان صحيح.

وهذا الشرّط هو ما يميّزه عن تقنيات تدارك البطلان الأخرى.

³⁰² آمال سليم، م س، ص 26.

المادّة 105 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوقّرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توقّرت أركانه، إذا تبيّن أنّ نيّة المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد."

المادّة 144 من القانون المدني المصري: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبيّن أنّ نيّة المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد."

³⁰³ نور الدين بالسّورور، م س، ص 448.

³⁰⁴ م س، ص 467، فقرة عدد 311.

إنّ العناصر الضّروريّة المتحدّث عنها هي ليست سوى شروط صحّة العقد مثل ما نستشفّه من الفصل: "...كانت به من الشّروط ما يصحّ به التزام آخر..." ونفهمه بطريقة أوضح من خلال النّسخة الفرنسيّة للفصل:

"... qui a les conditions de validité d'une autre obligation légitime... "

ومعلوم أنّ هذه العناصر هي تلك المنصوص عليها بالفصل 2 م 1 ع و هي الرّضا، الأهليّة، المحلّ والسّبب.

138- وقد قام الجدل في ما يتعلّق بركن الرّضا، ذلك أنّ الفقهاء الألمان قد اعتبروا أنّ العناصر الواجب توفّرها لقيام التّحوّل هي العناصر الموضوعيّة لا الذاتيّة، أي كلّ الأركان ما عدى الرّضا، فبالنسبة إليهم، توفّر الإرادة ضروري إلّا أنّها ليست الإرادة التي ذهبت نحو إبرام التّصرف الثّاني. وهذا التّبرير مفهوم ذلك أنّ توفّر جميع العناصر بما فيها انصراف الإرادة نحو إبرام العقد الثّاني يجعل من هذا العقد مستقلاً بذاته لا يحتاج إلى تحوّل العقد في وجوده³⁰⁵.

ثم من البديهي أن يشترط المشرّع الأهليّة، ففي غياب أهليّة التّعاقّد لا يمكن الحديث عن شروط صحّة يمكن أن يقوم عليها عقد جديد صحيح.

أمّا في ما يخصّ المحلّ والسّبب، فمن المبدأ أن يكونا مشروعين وموجودين وغير منافيين للأخلاق الحميدة حتّى نستطيع إعمال تحوّل العقد. إلّا أنّ هذا الموقف لم يكن بدوره دائماً محلّ إجماع.

ففي حين تبنّى بعض الفقهاء هذا الموقف من خلال اعتبار أنّ السّبب أو المحلّ المنافي للأخلاق الحميدة لا يمكن أن يمثّل أساساً سليماً يمكن بناء عقد آخر عليه³⁰⁶، فالمشروعيّة، إن اقتبسنا عن الأستاذ محمّد الزّين: "شرط جوهرى لا بدّ من توفّره في محلّ الالتزام وإلّا بطل العقد"³⁰⁷. إلّا أنّ محكمة التّعقيب قد تجاهلت هذه الآراء وأقرّت في قرار "جريء" بإمكانية تحوّل عقد باطل بسبب عدم مشروعيتّه إلى عقد آخر صحيح³⁰⁸.

ورغم كون الشّروط هي نفسها بين العقد القديم والجديد حسب ما يطلبه القانون، بيد أنّ طبيعة تحوّل العقد تفرض أن يكون من عقد إلى آخر، فعبارة "التّحوّل" نفسها تستوجب المرور من حالة معيّنة إلى

³⁰⁵ نور الدين بالسّور، م س، ص 469، فقرة عدد 312.

³⁰⁶ آمال سليم، م س، ص 22.

³⁰⁷ محمّد الزّين، م س، ص 165.

³⁰⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 9842 مؤرّخ في 29 جانفي 1974.

أخرى وليس تكراراً لنفس الحالة الأولية وإلا أصبحت هذه النظرية بلا معنى. فحسب الفقهاء الألمان، مجرد التغيير الطفيف في محتوى العقد يكفي حتى نبزّر أعمال تحوّل العقد³⁰⁹.

139- إنّ توقّر الشرطين السابق ذكرهما لا يكفي لإعمال التحوّل، ذلك أنّ الأمر يبقى رهين إثبات وجودهما. وبما أنّ الفصل 328 م 1 ع لا يشير إلى أحكام الإثبات، فإنّنا نعود بذلك إلى الفصل العام وهو الفصل 420 م 1 ع والذي ينصّ على أنّ إثبات الالتزام على القائم به. وبالتالي فإنّ القائم بالتحوّل هو الذي يثبت بطلان الالتزام الأصلي وتوقّر فيه العناصر اللازمة لقيام التزام ثانٍ³¹⁰.

ويكون هذا الإثبات بالرجوع إلى القواعد العامة للإثبات، أي الالتزام الذي يفوق الألف دينار يثبت بكتب، وفي خلاف ذلك يصبح الإثبات حراً³¹¹.

إنّ الطرف المثبت للتحوّل لا يحتاج لأن يبرز أنّ الإرادة قد اتّجهت نحو إبرام العقد الثاني، باعتبار أنّه من البديهي أنّ الإرادة قد اتّجهت بالأساس نحو إبرام العقد الأوّل³¹²، الأمر الذي مثّل نقطة تباين بين آراء الفقهاء باعتبار شرط توقّر الإرادة في التحوّل هو شرط غير ثابت ومختلف فيه.

الفقرة الثانية: شرط مختلف فيه: عنصر الإرادة

140- إنّ ضرورة توقّر الإرادة في العقد الثاني هو شرط مختلف فيه. فلننّ آلت تقنية التحوّل إلى نشأة عقد جديد على أنقاض آخر قديم، إلا أنّ هذا العقد الجديد قد يبدو لنا "استثنائياً" من خلال عدم اشتراط وجود الإرادة كأحد ركائزه، ومعلوم أنّ العقود لا يمكن أن تتبني في غياب إرادة الأطراف. فما هو إذاً مقصد المشرّع من عدم التنصيص على الإرادة في الفصل المنظم للتحوّل؟

141- وبمناسبة الحديث عن الفصل المنظم لتحوّل العقد، وبالعودة إلى المجلّة المدنية والتجارية لسنة 1899، نجد أنّ الفصل 375 يفرض إرادة الطرفين كشرط لإعمال هذه الآلية³¹³.

إنّ هذا التكريس الأوّل هو مستمدّ من القانون الألماني، والذي تبنّته بدورها جلّ التشريعات التي تعترف بالتحوّل، إذ أقرّت على ضرورة توقّر الإرادة في العقد الجديد³¹⁴.

³⁰⁹ نتحدّث هنا عن الفقيه الألماني فينغر. حيث قال عنه نور الدين بالسّور: "حسب فينغر، التغيير الطفيف في المحتوى يبرّر التحوّل". (م س، ص 471).

"Selon Finger, un simple changement dans le contenu peut justifier une conversion."

³¹⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 430، فقرة عدد 718.

³¹¹ م س، ص 433، فقرة عدد 721.

³¹² حافظ بوعزيز، م س، ص 432، فقرة عدد 720.

³¹³ الفصل 375 من المجلّة المدنية والتجارية التّونسيّة لسنة 1899 : "إذا بطل الالتزام وكانت به من الشّروط ما يصحّ به التّزام آخر فلا مانع من أن يصحّ بهذه الصّورة إذا تبين من قرائن الحال أنّ العقدين كانا يعقدانه على تلك الصّورة لولا بطلانه بالوجه الأوّل."

وهذه الإرادة التي نتحدث عنها هي على غير العادة ليست الإرادة الفعلية والحقيقية للطرفين، وإنما هي إرادة مفترضة "وهمية وصورية"³¹⁵.

وننتين أكثر هذه الحقيقة من خلال التغيير الحاصل للفصل 140 من المجلة المدنية الألمانية. إذ بالعودة إلى أصل هذا الفصل، نجد أنه مقتبس عن الفصل 136 من المشروع الثاني للمجلة، والمقدم من طرف لجنة أخرى مسمّاة بلجنة "بوندسرات" في 1890، وينصّ هذا الفصل القديم على أنه: "إذا كان بالعمل القانوني القديم شروط عمل قانوني آخر، يمكن العمل بهذا الأخير إذا اتّجهت الإرادة نحوه في حال العلم بالبطلان"³¹⁶. ثم تمّ تعويضه بعدئذ بالفصل 140 الذي ينصّ على أنه: "إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أنّ المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان"³¹⁷.

وللوهلة الأولى، قد يبدو للمتأمل في هذين الفصلين أنّهما فصلان متماثلان، إلّا أنّ معلقى الفصل اعتبروا أنّ هناك اختلافاً بينهما. ويكمن هذا الاختلاف في طبيعة الإرادة المراد إعمالها في الفصل، إذ أنّ الفصل 136 من مشروع المجلة الألمانية قد نصّ على ضرورة اتّجاه الإرادة الحقيقية نحو إبرام العقد الثاني، إلّا أنّ الفصل 140 قد عوضها بإرادة معتبرة "مفترضة". ويبرز "بيران" هذا التعويض بأنّ القول بضرورة وجود إرادة حقيقية متّجهة نحو إبرام العقد الثاني لا يستقيم، ذلك أنّ الأطراف لم تتوقع بطلان العقد الأول، وبالتالي فإنّ المقصود بالإرادة هو الإرادة المفترضة لا الفعلية³¹⁸.

هذه الإرادة المفترضة تُفهم من جملة من المعطيات والتي يُستنتج منها رغبة الأطراف في إبرام العقد الجديد لو علما ببطلان الآخر، وهو ما اتّجه إليه الأستاذ عبد الرزّاق السنهوري الذي يرى أنّ الإرادة المحتملة أو المفترضة هي ما تتّجه إليه إرادة الطرفين لو علما ببطلان العقد الأول الذي أبرماه وذلك بقوله: "...إرادتهما الواقعية انصرفت إلى التّصرف الأصلي، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التّصرف الآخر"³¹⁹.

³¹⁴ القانون المصري، القانون الجزائري...

³¹⁵ نور الدين بالسّور، م س، ص 472، فقرة عدد 317.

³¹⁶ Article 136 du second projet préparé par la commission " Bundesrath " en 1890 : "Si un acte juridique nul répond aux conditions d'un autre acte juridique, ce dernier vaut si l'on doit admettre que cela aurait été voulu dans la connaissance de nullité. "

³¹⁷ Article 140 du code civil allemand : " Lorsqu'un acte juridique nul satisfait aux exigences d'un autre acte juridique, ce dernier vaut à ce titre, s'il y a lieu d'admettre que sa mise e vigueur, à supposer que l'on eut connu la nullité, aurait été voulue. "

³¹⁸ حافظ بوعزيز، م س، ص 323، فقرة عدد 523.

³¹⁹ عبد الرزّاق السنهوري، م س، ص 436.

ولقد أعطى نور الدين بالسّرور أمثلة لهذه المعطيات التي قد تكون دليلاً على رغبة الأطراف المفترضة في تحوّل العقد الباطل.

فالقاضي عند تطبيق التحوّل ينبغي له أن ينظر في جملة المعطيات المحيطة بالأطراف، منها إرادتهم الحالية، تصرّفاتهم، اتفاقاتهم³²⁰...

ولعلّ أنّ أبرز هذه المعطيات نجد الهدف الاقتصادي³²¹، إذ تمّ اعتبار هذا المعيار معياراً جوهرياً لتحديد الإرادة المفترضة، إرادة الأطراف عادة ما تنصرف نحو تحقيق هدف اقتصادي معيّن، مهما كانت الوسيلة القانونية المتبعة في ذلك، وبالتالي، إن كان إدراك هذه الغاية هو رهين تحوّل العقد الباطل إلى العقد الثاني الصحيح، فإنّه يمكن القبول باتجاه إرادة الأطراف نحو العقد الثاني³²².

142- إنّ الإرادة، سواء كانت الحقيقية أو المفترضة، وعلى الرغم من تبني المفترضة منها في الفصل 375 من المجلة المدنية والتجارية التونسية باعتباره قد نُقل عن القانون الألماني مثل ما بيّنا سابقاً، إلّا أنّ المشرّع التونسي عند بلورته لمجلة الالتزامات والعقود، وبوضع الفصل 328 منها، قد أقصى هذه الإرادة عنه وجعل الأمر رهين بطلان العقد الأولي وضرورة أن تتوفر فيه عناصر لقيام عقد جديد فقط.

الأمر الذي يمثّل تميّزاً للقانون التونسي بالمقارنة مع القوانين الأخرى، فالأمر لم يقتصر على تخصيص أهميّة بالغة للتحوّل وتكريس نصّ عام لها على عكس القانون الفرنسي، بل إنّ هذا النصّ تميّز على بقية النصوص في القوانين المقارنة وحتى القانون الألماني، أصل آلية التحوّل، من خلال نزع المعطى الشّخصي عنه وهو الإرادة وجعله نصّاً موضوعياً بامتياز³²³، مثل ما فعل مع انتقاص العقد الباطل بإقصاء التّجزئة الذاتية كشرط لتحقيقه مع الإبقاء فقط على التّجزئة الموضوعية³²⁴.

إنّ الشّروط التي سبق أن ذكرناها تمثّل محور تحوّل العقد وهي الخطوة التي يجب إعمالها للمرور إلى المرحلة الأبرز وهي تطبيق آلية تحوّل العقد.

³²⁰ نور الدين بالسّرور، م س، ص 476، فقرة عدد 322.

³²¹ "Le but économique."

م س، ص 477.

³²² م س، موضع سابق.

³²³ حافظ بوعزيز، م س، ص 320، فقرة عدد 518.

³²⁴ انظر جزء انتقاص العقد الباطل، فقرة عدد 33 وما بعدها.

المبحث الثاني: تطبيق تحوّل العقد الباطل

143- إنّ تطبيق تحوّل العقد الباطل مثل نقطة اهتمام القانون التونسي وذلك بهدف تعزيز نجاعتها نظراً للأهميّة البارزة التي تطرحها.

ويظهر اهتمام المشرّع بتطبيق هذه الآليّة من خلال وضع نظام محكم لتطبيق التحوّل (فقرة ثانية)، إضافة إلى إعطاء مجال واسع تُطبّق فيه آليّة التحوّل (فقرة أولى).

الفقرة الأولى: تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل

144- يتّسم تحوّل العقد تطبيقيّاً بمجاله الواسع، إذ إنّ الفصل 328 من م ا ع هو نصّ عامّ، يمكن تطبيقه على كلّ الحالات دون الحاجة إلى معاضدته بنصّ خاصّ. فهذا الفصل يعتبر أنّ بطلان الالتزام مبرّر لإعمال التحوّل، ويمكن أن نفهم منه أنّ التحوّل قد يكون مهماً كان سبب هذا البطلان ومهما كان مجال انطباقه. وبالتالي فإنّ مجلة الالتزامات والعقود ليست المرجعيّة الوحيدة لتطبيق التحوّل، ذلك أنّ التّمعّن في القانون التجاري يجعلنا نكتشف حالات عديدة وذات أهميّة بارزة للتحوّل. ومن هنا يتبيّن لنا أنّ التحوّل لا يمكن حصره في القانون المدني، إذ أنّ دوره في إنقاذ العقود الباطلة والمحافظة على العلاقات التعاقدية مكّنت من إكسابه موقعا هامّا في القانون التجاري لحاجة هذا الأخير إلى استقرار المعاملات. إذا يمكن القول بأنّ ميدان تطبيق آليّة التحوّل ممتدّ يشمل القانون التجاري (ب)، إلى جانب القانون المدني (أ).

أ-تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل في القانون المدني.

145- إنّ تطبيق تحوّل العقد الباطل هو تطبيقيّ واسع المجال في القانون المدني. فمن المعلوم أنّ العقد لا يمكن أن يُبرم صحيحا بمعزل عن الشّروط الموضوعيّة للفصل 2 من م ا ع وهي الرّضا، الأهليّة، المحلّ والسبب، وبالتالي من المفروض أن يكون غياب إحدى هذه الشّروط سببا مباشرا لبطلان العقد. إلّا أنّ التحوّل قد يتدخّل عند هذا المستوى لإنقاذ العقد من البطلان في حال غياب إحدى هذه الشّروط أو تعييبها، والتي سنأتي على تفسيرها الواحدة تلو الأخرى³²⁵.

³²⁵ ينبغي أن نشير إلى أنّ دراسة الشّروط الموضوعيّة الواردة في الفصل 2 من م ا ع في هذا الإطار هي لا تمثّل تكرارا لما ذكرناه في جزء الشّروط المتفقّ عليها للتحوّل وبالأساس شرط توفّر العناصر اللاّزمة (انظر الفقرة 133 وما بعدها). ويمكن الاختلاف في أنّنا في هذا الجزء بصدد دراسة إنقاذ التحوّل للعقد الباطل لوجود خلل في هذه الشّروط، إلّا أنّ الجزء السابق درسنا فيه الشّروط اللاّزم توفّرها لقيام عقد جديد. بعبارة أخرى، كنّا قد درسنا شروط الفصل 2 من م ا ع في الالتزام الجديد، أمّا الآن نحن بصدد دراسة شروط الفصل 2 من م ا ع في الالتزام القديم.

أولاً، بالنسبة للرّضا، فإنّ وضعيّة غياب الرّضا تختلف عن وضعيّة تعيّبه. فغياب الرّضا هو مُبطل للعقد ولا يمكن إنفاذه من خلال التّحوّل، ذلك أنّ التّحوّل يهدف إلى تحقيق الأهداف التي أراد الطّرفان تحقيقها، وبالتالي إن لم يرد الطّرفان تحقيق أيّ هدف من الأساس، فلا معنى حينئذٍ للتّحوّل³²⁶.

إلا أنّ تعيّب الرّضا قابل للإنفاذ بتحوّل العقد. ونذكر مثلاً حالة الفصل 1179 م 1 ع التي يتصرّف فيها الفضولي في مصالح غيره بدون إذن من القاضي أو من الشّخص المعني بالأمر في غيابه أو بدون علمه، هذه التّصرفات لا تبطل للغلط الواقع في شخص المتعاقد وإنّما تتحوّل لتصبح من قبيل أعمال الوكالة³²⁷.

أمّا بالنسبة للأهليّة، فلا مجال لتحوّل العقد الذي مسّه بطلان لانعدام أهليّة المتعاقد. إلا أنّ البطلان الحاصل لأهليّة مقيّدة يمكن أن تطرأ عليه آليّة التّحوّل لإنفاذ العقد من آثاره. ومن هنا نذكر ما ورد في مجال التّأمينات، إذ أنّ الرّهن المُبرم من طرف المتعاقد مقيّد الأهلية، يمكن أن يتحوّل إلى حقّ حبس وذلك تقادياً لبطلانه. لقد كرّست محكمة التّعقيب الفرنسيّة هذا الحلّ واعتبرت أنّه من العدل السّماح للدّائن الرّاهن بحبس الشّيء موضوع الرّهن، وهذا الحلّ هو قابل للتّطبيق في القانون التّونسي³²⁸.

وفي ما يتعلّق بمحلّ التّعاقد، ينبغي أن يكون هذا المحلّ شرعيّاً، محدّداً وممكناً حتّى يصحّ العقد، والمساس باحدى هذه الشّروط يجعل من العقد معرّضاً لخطر البطلان.

إلا أنّ هذا الخطر تفادته محكمة التّعقيب التّونسيّة في 1955³²⁹ من خلال تحوّل عقد المساقاة إلى عقد شركة فلاحية، وذلك لبطلان العقد الأوّل لغياب محلّها من إطعام للشّجر أو زرع قد ظهر إلى وقت اقتطاف الغلّة أو جمع الصّابة حسب منطوق الفصل 1395 م 1 ع³³⁰.

وأخيراً، وجود السّبب ومشروعيّته هو الشّروط الأخير اللاّزم توفّره لصحّة العقود. فبالنسبة لعقد البيع مثلاً، يمثّل الثّمّن السّبب الذي يبرم لأجله البائع عقد البيع.

ولأجل ذلك، ينبغي أن يكون الثّمّن هنا معقولاً، ذلك أنّ جلّ الفقه قد اتّفق على أنّ عقد البيع والذي يكون الثّمّن فيه ضعيفاً جدّاً لا يتناسب والقيمة الحقيقيّة للمبيع هو عقد باطل³³¹. إلا أنّ هذا البطلان يمكن تفاديه من خلال تحوّل البيع الذي يتم بمقتضى ثمن ضعيف إلى عقد هبة، حيث يملك شخصاً آخر مالا

³²⁶ حافظ بوعزيز، م س، ص 84، فقرة عدد 111.

³²⁷ م س، ص 85، فقرة عدد 112.

³²⁸ م س، ص 89، فقرة عدد 119.

³²⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 6557 مؤرّخ في 25 مارس 1955، م ق ت، 1960، ص 278.

³³⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 92، فقرة عدد 123.

³³¹ مثال: خليفة الخزوي، قانون مدني، العقود المسماة، الوكالة- البيع والمعاوضة- الكراء- الهبة، طبعة ثانية مزيّدة ومنقّحة، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2013، ص 186 و 187، فقرة عدد 297.

بدون عوض³³²، الأمر الذي يمكن انطباقه على عقد البيع بثمن نافه وبالتالي الأرجح أن يتحوّل هذا العقد إلى هبة عوض بطلانه.

146- كانت هذه البعض من حالات تحوّل العقد الباطل لخرق أحكام الفصل 2 من م 1 ع. إلا أنّ المجلّة تزرخ بالعديد من الحالات الأخرى للتحوّل، من ذلك مثلاً حالات بطلان الحجج الرّسميّة وغير الرّسميّة.

فالمبدأ في القانون التّونسي هو الرّضائية، إذ أنّ الإيجاب والقبول يكفيان لتكوين العقد. إلا أنّ المشرّع قد يفرض أحياناً على المتعاقدين شكلية معيّنة لصحة عقدهما. وحتى إن لم يفرض المشرّع أيّ شكلية، من الأفضل للأطراف تحرير كتب، سواء كان كتباً رسمياً أو خطياً وذلك في غرض إثبات عقدهما.

إنّ الكتب الرّسمي والخطي على حدّ السّواء ينبغي أن يخضعا لشروط شكلية حتى يصحّ الكتب، وفي حال وجود خلل شكلي تبطل هذه الحجة. ومن هنا تتدخل آلية التحوّل لإنقاذ الكتب من مآل البطلان.

فالكتب الرّسمي المعتبر به ينبغي أن يتلقّاه مأمور عمومي منتصب لذلك قانوناً³³³، وبالتالي فإنّ الخلل الذي قد يعتري هذا الكتب شكلياً يبطله.

إلا أنّ المشرّع التّونسي قد رأى غير ذلك من خلال الفصل 448 من م 1 ع الذي يعتبر فيه أنّ الكتب المحرّر من طرف شخص لا يحمل صفة المأمور العمومي أو فاقد للأهلية أو يعتريه خلل شكلي لا يمكن اعتباره كتب رسمي، إلا أنّه يمكن أن يعتدّ به ككتب غير رسمي إن كان به إمضاء المتعاقدين الواجب رضاها لصحة العقد. وبالتالي فإنّ بطلان الكتب ككتب رسمي وكان به شرط توفّر إمضاء الطرفين، يمكن أن يتحوّل بذلك إلى كتب غير رسمي على معنى الفصل 328 م 1 ع³³⁴.

كانت هذه بعض حالات لتحوّل العقد في المجال المدني والتي تعكس التّوسع في تطبيق هذه الآلية لما لها من فضل على حماية الاستقرار التّعاقدي وإنقاذ العقود من البطلان المحقّق. ولأجل هذه المزايا نجد أنّ المشرّع التّونسي قد توسّع أيضاً في مجال انطباق التحوّل ليشمل القانون التجاري.

ب- تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل في القانون التجاري

147- إنّ التّوسع في تطبيق آلية التحوّل في الميدان التجاري يتبلور بالأساس في إنقاذ الشّركات التجاريّة والأوراق التجاريّة من البطلان عبر تحوّلها. وينبغي عند هذا المستوى التّنويه أنّ تحوّل الأوراق التجاريّة ليس من قبيل تحوّل العقود الباطلة، ذلك أنّ الورقة التجاريّة ليست عقداً بل هي عمل

³³² فصل 200 م 1 أ.ش.

³³³ فصل 442 م 1 ع: "الحجة الرّسميّة هي التي يتلقّاها المأمورون المنتصبون لذلك قانوناً في محلّ تحريرها على الصّورة التي يقتضيها القانون."

³³⁴ نور الدين بالسّورور، م س، ص 451، فقرة عدد 297.

تجاري³³⁵، وعلى الرغم من أنّ موضوعنا ينصبّ على العقود الباطلة وجزئنا هذا ينصبّ على تحوّل العقود الباطلة إلّا أنّه يمكن أن تشمل هذه الدراسة إحالة للتحوّل في الأعمال التي لا تمثّل عقوداً، وذلك في إطار محاولة الإحاطة بأهم جوانب التحوّل. كما أنّ تحوّل الأوراق التجارية يدخل تحت طائلة الفصل 328 باعتبار أنّه، وكما بيّنا سابقاً، فصل عامّ وشامل يمكن له أن يحتوي كلّ حالات تحوّل الالتزام وليس العقود فقط، وأخيراً لا يمكن لنا أن ندرس آليّة التحوّل دون دراسة تحوّل الأوراق التجارية وذلك باعتبارها من أهمّ وأبرز تجليات تطبيق آليّة التحوّل في القانون التونسي والفرنسي³³⁶، ومنه نتبيّن أهميّة وضرورة دراسة تحوّل الأوراق التجارية وخاصة منها الكمبيالة.

148- لقد قرن المشرّع التونسي صحّة الكمبيالة بجملة من الشّروط الشكلية ورتّب مبدئياً جزاء البطلان في حال غيابها³³⁷. إلّا أنّ البطلان هنا لا يعني العدم، ذلك أنّ انعدام الكمبيالة سيلحق أضراراً جسيمة بمعاملات الأطراف، وهو ما دفع بالتشريع وفقه القضاء إلى قبول التخفيف من هذا الجزاء باعتماد آليّة إنقاذ، من بينها التحوّل³³⁸، ومنه برزت أهميّة تحوّل الكمبيالة الباطلة إلى سند لأمر³³⁹. إنّ مجال تحوّل الكمبيالة إلى سند لأمر يطبّق واقعياً على حالات محدودة³⁴⁰. إذ أنّ التحوّل يقبل في حال توفّر شرط الأمر بالدفع والبعض من البيانات الأخرى اللازم توفّرها لصحّة الأمر بالدفع حسب الفصل 339 من المجلّة التجارية.

كما أنّ غياب عبارة "كمبيالة" تُخرج هذه الورقة من المجال التجاري لتصبح عملاً مدنياً خاضعاً للقانون المدني وهو وعد مدني أو تجاري من السّاحب حيث يتعهّد بالخلاص تجاه المنتفع³⁴¹. كما توسّع فقه القضاء في مجال التحوّل ليخرج الورقة التجارية من المجال الصّرفي ويتركها خاضعة فقط للمجال المدني³⁴²، إذ أنّ الكمبيالة التي لا نجد فيها تاريخ الإنشاء تفقد السند قيمته على الصّعيد الصّرفي، وتتحوّل بذلك إلى ورقة دين عادية بين السّاحب والمسحوب عليه، أي تصبح مجرد اعتراف بدين مدني بين الطرفين. الأمر الذي كرّسته محكمة التّعقيب في قرارها عدد 28177 حيث نقضت

³³⁵ مثال الكمبيالة، فصل 269 م ت: "يعتبر القانون الكمبيالة عملاً تجارياً..."

³³⁶ نور الدين بالسّور، م س، ص 456، فقرة عدد 300.

³³⁷ فصل 269 م ت: "إذا خلا السند من إحدى البيانات المذكورة في الفقرات المتقدمة فلا يعدّ كمبيالة..."

³³⁸ نور الدين بالسّور، م س، ص 457، فقرة عدد 301.

³³⁹ قرار تعقيبي مدني عدد 2469، مؤرّخ في 27 فيفري 1964، م ق ت، 1965، عدد 7، ص 180: "إنّ حجة الدّين التي لا تتضمن إمضاء السّاحب لا تعتبر كمبيالة، إلّا أنّه يجوز اعتمادها من قبيل السندات للأمر."

³⁴⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 75، فقرة عدد 99.

³⁴¹ نور الدين بالسّور، م س، ص 459، فقرة عدد 303.

³⁴² "... حيث ولئن وجدت إخلالات شكلية بالكمبيالة تحطّ من قيمتها على صعيد القانون الصّرفي فإنّ إقرار المطلوبة بإمضاءها عليها تجعل هذه المحكمة تعتمدها مديناً، عملاً بأحكام الفصل 449 م ا ع الذي جاء فيه أنّ الكتب غير الرّسمي إذا اعترف به الخصم أو ثبتت صحته قانوناً والبغية اعتراف اعتمد ككتب رسمي بالنسبة للطرفين وغيرهما."

حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بصفاقس، عدد 28197، مؤرّخ في 13 نوفمبر 2000. ذكره حافظ بوعزيز، م س، ملحق عدد 5، ص 528.

الحكم المطعون فيه الذي ألزم الطّاعنة بخلاص الكمبيالة رغم غياب تاريخ الإنشاء فيها، ولقد اعتبرت الطّاعنة أنّ الكمبيالة الخالية من تاريخ الإنشاء تعتبر مجرد وثيقة تتضمن التزاماً³⁴³.

ويعود هذا التّحوّل من كمبيالة إلى اعتراف بدين مدني إلى أنّ الكمبيالة تجسّد علاقة مديونية تجمع ثلاثة أطراف، فالسّاحب بإصداره الكمبيالة قد أعطى أمراً للمسحوب عليه بخلاص المستفيد، الذي هو دائن السّاحب، إلّا أنّ القانون التجاري قد سهّل خلاص هذه الديون التي تربط بين الأطراف من خلال إمكانية إصدار الكمبيالة، وبالتالي فإنّ هذه الأخيرة، إلى جانب خضوعها إلى القانون الصّرفي، تخضع أيضاً إلى القانون المدني ممّا يفسّر خضوعها إلى التّحوّل، آلية إنقاذ الالتزامات في القانون المدني. الأمر الذي عبّرت عنه محكمة التّعقيب بقولها: "الكمبيالة خاضعة لأحكام القانون الصّرفي وضوابطه إلّا أنّها تظلّ في الوقت ذاته سنداً مدنياً تخوّل اعتماد القانون المدني العامّ بحيث أنّ الامتياز الممنوح لها بوصفها سنداً تجارياً لا ينزع عنها صبغتها الأساسية"³⁴⁴.

إنّ مجال التّحوّل الواسع، سواء كان ذلك في المجال المدني أو التجاري، وسواء تسلّط على عقد باطل أو ورقة تجارية أو التزام بشكل عامّ، هو أمر ضروري ولازم لتحقيق الهدف الأسمى لآلية التّحوّل ألا وهو تدارك البطلان وتجنّب آثاره حفاظاً على الاستقرار التعاقدية. إنّ نفس هذا الهدف هو ما يبرّر أيضاً إحكام النّظام الذي تخضع إليه تطبيقات عملية التّحوّل.

الفقرة الثانية: تطبيق محكم النّظام لتحوّل العقد الباطل

149- إنّ عملية تطبيق تحوّل العقد الباطل تخضع لنظام محكم على مستويين: فهي من جهة، ولضمان حسن استعمالها، تطبّق من طرف وحيد هو القاضي المدني (أ). إلّا أنّ انفراداً بعملية التّطبيق تجعل من عملية التّحوّل يهدّدها تعسّفه، فعلى الرّغم من كونه "العين الحريصة على سلامة النّقل"³⁴⁵، إلّا أنّه وجب وضع بعض الضّمانات حمايةً لها (ب).

أ- إحكام النّظام من خلال انفراد القاضي المدني بعملية تحوّل العقد الباطل

150- إن عملية تحوّل العقد لا تكون بطريقة آلية، إذ ينبغي أن تمرّ بمرحلة قضائية، ينطق فيها القاضي بتحوّل العقد الباطل إلى آخر صحيح³⁴⁶.

³⁴³ "إنّه من المسلّم به قانوناً أنّ الكمبيالة تشتمل على شروط شكلية فإذا تخلف شرط منها لا تعتبر الوثيقة كمبيالة عدا الحالات المخصوصة والتي نصّ عليها الفصل 269 من المجلّة التجارية، وبذلك فإنّ عدم ذكر تاريخ الإنشاء والذي هو من الأركان الجوهرية يفقد السند قيمته على صعيد الاحتجاج وطبق قواعد الصّرف".

قرار تعقيبي مدني عدد 28177، مؤرّخ في 27 جانفي 1993، ن، القسم المدني عدد 1، ص 271 وما بعدها.

³⁴⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 2803، مؤرّخ في 6 ديسمبر 2004، ن، القسم المدني عدد 2، ص 317 وما بعدها.

³⁴⁵ سامي الجّري، م س، ص 500، فقرة عدد 383.

³⁴⁶ آمال سليم، م س، ص 67.

وحسب منطوق الفصل 328 م 1 ع، لا تقوم تقنية التحوّل سوى على بطلان الالتزام الأصلي وضرورة أن تتوفر فيه عناصر لصحة التزام ثان، ولقد بيّنا سابقاً أنّ الإرادة لا تلعب أيّ دور يُذكر في أعمال التحوّل. إذ على عكس القوانين المقارنة التي تأخذ بإرادة الأطراف كشرط جوهري لقيام التحوّل، مهمّة القاضي لديها لا تكون تحكيمية تفريرية، بل هي تتمثّل فقط في "إعادة إنشاء التّصرف مسترشداً في ذلك بإرادتهما بالذات"³⁴⁷.

إنّ هذا الأمر مفقود في القانون التونسي، وبالتالي فإنّ المشرّع قد عمد إلى تغييب دور الإرادة التعاقدية تفعيلاً لدور القاضي³⁴⁸، فدوره هنا دورٌ نشيط وإيجابي، وبما أنّ الإرادة مفقودة في تنظيم تحوّل العقد في قانوننا، لا معنى بطبيعة الحال من بحث القاضي عن إرادة طرفي العقد. وفي ظلّ هذا الفراغ، تعوّض إرادة القاضي إرادة الطرفين³⁴⁹، دون الحاجة إلى تبرير هذا التعويض بالإرادة المفترضة للأطراف³⁵⁰.

إنّ هذا الأمر هو الذي يجعلنا نرفض الموقف الذي اتّخذه البعض من فقه القضاء، حيث ذهبت بعض القرارات أحياناً إلى إرجاع عملية التحوّل إلى التّأويل من خلال تجاهل الفصل 328 المكرّس للتحوّل لتبني أحكام الفصل 514 م 1 ع الذي يتناول تأويل العقد، واعتبار أنّ ما قامت به المحكمة من إبطال للعقد الأوّل والبحث في عناصر تكوّن عقد ثاني صحيح هي مجرد عملية تأويلية من طرف القاضي لتحقيق المقصود من العقد الأوّل.

ومثالنا على ذلك اعتبار المحكمة عناصر العقد الذي أسماه الأطراف بعقد المساقاة تشكّل عقد شركة فلاحية، وأنّ "بطلان الالتزام لا يقتضي الفسخ الفاصم للعلاقة إذا كانت المحكمة قد تولّت تأويل العقد بما يرجع إلى تحقيق المقصود منه، فيصحّ بذلك التزام غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجري عليه القواعد المقرّرة لذلك الالتزام كما اقتضى ذلك الفصل 514 م 1 ع..."³⁵¹.
فالدور التأسيسي³⁵² الذي يتحلّى به القاضي التونسي هنا يختلف عن دوره في عملية تأويل العقد، ذلك أنّه "لا يغيّر فقط عنوان العقد، بل هو يخلق شكلاً قانونياً جديداً"³⁵³.

³⁴⁷ سعيدة إسعد، م س، ص 52.

³⁴⁸ آمال سليم، م س، ص 66.

³⁴⁹ سامي الجربي، م س، ص 500، فقرة عدد 383.

³⁵⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 346، فقرة عدد 569.

³⁵¹ قرار تعقيبي مدني عدد 6557، مؤرّخ في 25 مارس 1959، م ق ت، 1960، رقم 9 و 10، ص 154.

³⁵² حافظ بوعزيز، م س، ص 370، فقرة عدد 610.

³⁵³ "Le juge ne se contente pas comme dans la requalification de changer l'appellation du contrat, mais à en créer une nouvelle figure juridique."

حافظ بوعزيز، م س، ص 370، فقرة عدد 612.

أُضيف إلى ذلك، المقارنة بين صيغتي الفصل 375 من المجلة المدنية والتجارية لسنة 1899 والفصل 328 م 1 ع، أي المقارنة بين المشروع الأصلي للفصل المنظم للتحوّل والفصل النهائي المنظم له، تكشف لنا الفرق في الصيغة المعتمدة في الفصلين. ففي حين تميّز الفصل 375 بالمرونة من خلال عباراته: "... فلا مانع من أن يصحّ..."، إلّا أنّ الفصل 328 قد امتاز بصيغة الأمر من خلال اعتماد عبارات أمرة: "إذا... وكانت به... جرت عليه القواعد المقرّرة لهذا الالتزام."

151- ونتبيّن ممّا سبق أنّ مجلة الالتزامات والعقود لم تجعل من عملية التحوّل مجرد خيار مثل ما فعل الفصل 375 من مشروع صانتيه، إذ أنّها التزم محمول على قضاة الأصل كلّما كانت ممكنة، كما أنّه، أبعد من ذلك، يتطلّب أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه كلّما وجدت شروطه³⁵⁴. إذا نتبيّن ممّا سبق أنّ مهمّة القاضي المدني، هي مهمّة أساسية تبرز قيمة الدور الإيجابي الذي يلعبه، والذي يقوم على مرحلتين أساسيتين وهما: الحكم ببطلان العقد الأولي، ثم بناء عقد ثاني على أنقاض الأول³⁵⁵.

ومن البديهي أن يكون الإعلان عن البطلان مهمّة من مهام قضاة الأصل، ذلك أنّنا نعرف أنّ التصريح بالبطلان لا يكون إلّا من جهة قضائية، فالقاضي ينظر في صحّة العقد ليعلن حينئذ، في حال غياب شروط هذه الصحّة، عن بطلان العقد الأصلي، وهو ما يشكّل بوابة للمرور إلى المرحلة الثانية من بحثٍ حول عناصر قيام عقدٍ جديد. وتُعتبر هذه العناصر من المعطيات القانونية التي لا يخوّل النّظر فيها وفي صحّتها إلّا من طرف قضاة الأصل³⁵⁶.

إنّ الاستئثار بهذه المهمّة، ونظرا للأهميّة البارزة التي تتمتع بها آلية التحوّل، تجعل من حسن سير عملية التّنقّل من عقد لآخر مهدّدة من قبل عدّة أخطار، ممّا استوجب تأمين هذه العملية.

ب- إحكام النظام من خلال وضع ضمانات لحماية عملية تحوّل العقد الباطل

152- يتبلور إحكام نظام عملية التحوّل أيضا في وضع ضمانات تؤمّن المرور السلس من عقد باطل إلى آخر صحيح دون المساس من المصالح المختلطة.

فمن جهة، تراقب محكمة التعقيب ما يصدر عن قضاة الأصل في ما يتعلّق بالمسائل القانونية لا المسائل الموضوعية بوصفها محكمة قانون، فهي تراقب عملية تكييف التصرّف القانوني. وبالتالي، مسألة النّظر في إمكانية مراقبة محكمة التعقيب لمهمّة قضاة الأصل المتعلقة بعملية التحوّل تبقى رهينة الكشف عن طبيعة هذه العملية، هل هي مسألة واقعية أو مسألة قانونية³⁵⁷.

³⁵⁴ آمال سليم، م س، ص 68.

³⁵⁵ حافظ بوعزيز، م س، ص 347، فقرة عدد 570.

³⁵⁶ عماد المبروك، م س، ص 164، فقرة عدد 474.

³⁵⁷ آمال سليم، م س، ص 77.

لقد نفت محكمة التّعقيب عن نفسها مثل هذه المهمة في قرار سبق وأن ذكرناه³⁵⁸ وذلك من خلال اعتبار أنّ التحوّل هو عملية تأويلية للعقد، وهو بذلك أمر يخضع فقط لسلطان قاضي الأصل. الأمر الذي نقده الأستاذ محمّد محجوب معتبرا أنّ النّظر في تحوّل العقد هو من بين المسائل القانونية، ذلك أنّ العمل الذّهني الذي يقوم به قاضي الموضوع من بحث في مدى إمكانية الانتقال من عقد باطل إلى آخر صحيح من المفروض أن يخضع لرقابة قاضي القانون³⁵⁹.

من جهة أخرى، اشتراط الحكم ببطلان العقد الأولي يشكّل حدّاً من حدود تعسف القاضي، ذلك أنّ الخوف يكون من أعمال القاضي لتحوّل عقد صحيح أراده الأطراف وأحسننا إبرامه إلى عقد آخر جديد لم تتجه إليه إرادتهما. ففي الأمر مساس من شرعية العقود الصحيحة والتي تقوم مقام القانون بين الأطراف، وبالتالي فإن اشتراط بطلان العقد الأولي هو ضامن لحماية العقود الصحيحة³⁶⁰.

153- وأخيراً، يمكن الحديث عن خضوع القاضي المدني لإرادة الأطراف، وذلك عن طريق وضعهم لبند يمنع تحوّل العقد الأصلي في حال بطلانه³⁶¹. فهل يمكن إقصاء عملية التحوّل عند وجود مثل هذا البند علماً وأنّ أعمال التحوّل، مثلما بيّنا سابقاً، مهمة إجبارية للقاضي المدني؟

يتّجه الفقه في القوانين المقارنة بشقّيه الحديث³⁶² والتقليدي³⁶³، إلى قبول هذه الفرضية، أي إقصاء التحوّل بناءً على رغبة مسبقة للأطراف، فبطلان العقد الأصلي مبرّر لاندثاره حتّى وإن كان فيه ما يلزم لقيام عقد جديد. فرغبة الأطراف هنا، رغم مساعي التشريع الحديثة في إنقاذ العقد من البطلان وتحقيق الهدف الاقتصادي الأساسي في قالب آخر، قد اتّجهت إلى رفض محاولة الإنقاذ هذه، الأمر الذي يجب أن يستجيب له القاضي و يحكم بالبطلان النهائي للعقد³⁶⁴.

³⁵⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 6557، مؤرّخ في 25 مارس 1959، م ق ت، 1960 رقم 9 و 10، ص 154.

³⁵⁹ محمّد محجوب، دور القاضي في مراقبة صحة العقد، مذكرة بحث دراسات معمّقة، كلّية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، تونس، 1993-1994، ص 76.

³⁶⁰ حافظ بوعزيز، م س، ص 387، فقرة عدد 642.

³⁶¹ حافظ بوعزيز، م س، ص 392، فقرة عدد 651.

³⁶² "باسكال ليبينسكي"، «تحوّل الأعمال القانونية»، مجلّة البحث القانوني، 2002، عدد 3، ص 1187، هامش عدد 151.

Pascal Lipinski, « La conversion des actes juridiques », *Revue de la recherche juridique*, 2002, n°3, page 1187, note de bas de page n° 151.

³⁶³ "أوليفياي كورناز"، تحوّل الأعمال القانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، لوزان، 1937، ص 59.

Olivier Cornaz, *La conversion des actes juridiques*, thèse de doctorat en droit, Lausanne, 1937, page 59.

كذلك "جايو روني"، في بطلان الأعمال القانونية، محاولة لنظرية جديدة، أطروحة دكتوراه، ديجون، باريس، 1909، ص 672.

René Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse de doctorat en Droit, Dijon, Paris, 1909, page 672.

³⁶⁴ حافظ بوعزيز، م س، ص 393، فقرة عدد 652.

154- ويمثّل احترام البند المقصي للتحوّل الضامن الأبرز لإرادة الأطراف أمام تعسف القضاة والقانون بصفة عامّة، إذ يُبرّر خضوع القاضي إلى رغبة المتعاقدين بضرورة احترام الإرادة التعاقدية، فعلى الرّغم من إقصائها في الفصل 328 م 1 ع، إلّا أنّ هذا الإقصاء لا ينبغي أن يُفهم على أنّه تهميش لها، إذ تبقى هي الأصل والمبدأ، وهي ذات سلطان لا يمكن تجاهله أو تجاوزه³⁶⁵.

إنّ مثل هذه الضّمّانات أبرزت نجاعة تطبيقية في حماية الإرادة من كلّ تعسف وتجاوز، ومن خلال حماية الإرادة امتدّت أيضا إلى حماية الاستقرار التعاقدية، الهدف الأسمى من كلّ تقنية إنقاذ عقد باطل. فلا معنى لتهديم العقد إن وُجدت إمكانية بقائه بصورة أخرى.

155- وبذلك أبرز الفصل 328 م 1 ع تميّزا على جميع الأصعدة وخاصة منها وضع شروط دقيقة تحكم التحوّل وإقصاء الإرادة التي قد تشكّل عائقا من عوائق التحوّل، ذلك أنّ الطرفين قد يعتمدا إلى تعطيل العملية تحقيقا للمصالح الفردية. إضافة إلى جعلها مهمّة من مهام قضاة الأصل خاضعة لرقابة قضاة القانون ومؤمنة بجملة من الضّمّانات التي تحميها من كلّ خطر، كلّ هذا المجهود تكبّدته أحكام مجلة الالتزامات والعقود متجاوزة به كلّ الاعتبارات الضيقة لاعتناق الاعتبار الأهمّ وهو ضمان استقرار العقود.

156- إنّ ضمان استمرارية العلاقة التعاقدية التي لا تعمل فقط في الماضي، بل تمتدّ إلى المستقبل كذلك³⁶⁶، هي مهمّة لا تستأثر بها آلية تحوّل العقد فقط بوصفها آلية إنقاذ من البطلان، بل هي مهمّة ممتدة إلى كلّ الآليات المماثلة وخاصة منها تلك التي ترمي إلى تدارك العقد الباطل بجعل البطلان إمكانية غير متاحة وذلك من خلال إسقاط الحقّ في المطالبة به.

³⁶⁵ حافظ بوعزيز، م س، ص 394، فقرة عدد 654.

³⁶⁶ م س، ص 381، فقرة عدد 632.

الفصل الثاني

تدارك بطلان العقد بسقوط الحق في المطالبة به

157- لقد كان الحديث المتعلق بسقوط الحق في المطالبة بالبطلان في السابق يقتصر على دراسة الإمضاء كإسقاط ذاتي لهذا الحق، إضافة إلى التّقديم كإسقاط قانوني³⁶⁷.

إلا أنّ هذه التّظريّة الكلاسيكيّة لانقضاء الحق في المطالبة بالبطلان لم تسلم من الانتقادات. ولعلّ النّقد الأبرز كان في النّظرة الضيقة التي هيمنت على هذا الرأي، ذلك أنّ الأمر لم يعد يتعلّق فقط بالإمضاء والتّقديم فقط، باعتبار أنّ من له الحق في طلب البطلان يجوز له التّخلي عن هذا الحق ولكن ليس من خلال آليّة الإمضاء فقط بل من خلال آليّة أخرى سنأتي على دراستها لاحقاً، ومن خلالها يعبر عن إرادته المتمثلة في التنازل عن الحق في التمسك بالبطلان (المبحث الأول).

كما أنّ هذا الحق يمكن أن ينقضي بدون أن تلعب إرادة صاحب الحق في طلب البطلان أي دور يذكر، ويجد هذا الانقضاء مصدره في القانون، وبطريقة أدقّ مرور الرّمن: نتحدّث هنا عن انقضاء الحق في التمسك بالبطلان بتقادمه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التنازل عن الحق في التمسك بالبطلان

158- إنّ الطّابع الإرادي هو الغالب في هذا الجزء، ونعبر عنه بلفظ "التنازل"، ذلك أنّ المتخلى عن حقّه يقوم بذلك عن طواعية ولا يحقّ للغير أو للقانون أن يجبره على ذلك أو على فعل العكس.

وآليّتان تکرّسان هذا الطّابع الإرادي في التنازل عن طلب البطلان، وهما تبعاً إمضاء العقد الباطل (فقرة أولى) وإجازة العقد الباطل (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: إمضاء العقد الباطل

159- رغم حتميّة مصير العقد الذي لا يستجيب إلى متطلّبات القانون وهو البطلان، وعلى الرغم من علم طرفيه بهذا المأل، إلا أنّ القانون يسمح بتدخّل إحدى هذه الأطراف لإنقاذ العقد وجعله صحيحاً.

³⁶⁷ نور الدّين بالسّورور، م س، ص 266.

ولقد تناول المشرع التونسي مسألة إمضاء العقد في الفصلين 337 و338 م ا ع بدون أن يقدم تعريفاً لها، إذ اقتصر على ذكر الشروط التي تقيد تطبيق الإمضاء وبيان مصير العقد الباطل غير الممضي.

حيث ينص الفصل 337 م ا ع على أن: "إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانوناً أو التصديق عليه لا يصح إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ."

كما ينص الفصل 338 م ا ع على أنه: "إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه بوجه صريح كفى إجراء العمل به اختياراً في الكل أو البعض ممن علم عيوبه وذلك بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه بوجه صحيح. وإمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختياراً على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانوناً وعن حسن نية قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336."

160- ومن هذه الفصول نتبين أن المشرع قد استعمل عدة عبارات للدلالة على الإمضاء مما عكّر فهم هذه الآلية³⁶⁸، فيستعمل تارة عبارة التصديق وتارة أخرى الاعتراف³⁶⁹.

مثل هذا التعدد والاختلاف نجده في القانون المقارن، فالإمضاء في القانون التونسي يجد نظيره في القانون اللبناني ويُعبّر عنه "بالتأييد"³⁷⁰.

وقد عمّق الفقه التونسي من فوهة هذا الخلط من خلال اعتماد عبارة الإجازة للدلالة على الإمضاء³⁷¹.

فالمشكل الأبرز الذي واجهناه عند بلورة هذا العمل هو التمييز بين مختلف المفردات المعتمدة، ومنها يمكن أن نذكر الإمضاء والتجديد، فيمثل هذا الأخير اتفاقاً جديداً بين طرفي العقد القديم على إعادة إبرام العقد نفسه كطريقة لتجديده في حال بطلانه نسبياً، وذلك على عكس الإمضاء، الذي يعتبر تصرفاً صادراً عن جهة وحيدة، ويتميز عن التجديد من ناحية مدى سريانه: ففي حين يمثل تجديد العقد إبرام

³⁶⁸ نعمان الرقيق، م س، ص 191، فقرة عدد 206.

³⁶⁹ فصل 338 م ا ع: "إذا لم يحصل إمضاء الالتزام أو التصديق عليه... وإمضاء الالتزام أو الاعتراف به..."

³⁷⁰ مادة 236 من الموجبات والعقود اللبنانية: "إن تأييد العقد يمكن إدراجه في شكل آخر صريحاً أو ضمناً فيبدو حينئذ كتأييد فعلي لا مقدر."

³⁷¹ رضا بن كريم، م س، ص 144.

العقد مرّة أخرى بتلاقي إرادة الطرفين لا تُنفذ فيه إلا آثار هذا العقد الجديد، نتبين أنّ آثار إمضاء العقد تمضي منذ إبرام العقد الباطل لا منذ التنازل عن حقّ إبطاله³⁷².

161- كما يمكن التفريق بين الإمضاء وتحول العقد، ففي حين أنّ العقد الباطل هو نفسه الذي يتم إنقاذه من خلال إمضائه، فإنّه (العقد الباطل) ينقلب إلى آخر صحيح بمقتضى تحول العقد حال توفر العناصر اللازمة لقيام عمل آخر صحيح، مع الاختلاف في الإرادة باعتبار أنّ إمضاء العقد يتم فقط بإرادة الطرف المخوّل له الإبطال، أما التحول فهو لا يخضع لإرادة طرفي العقد المتحول، الأمر الذي كنّا قد توسّعنا فيه مع جزء تحول العقد.

إلا أنّ الخلط الأهمّ الذي لاحظناه هو الخلط بين الإمضاء والإجازة، فنجد حتّى الفقهاء التونسيين يستعملون عبارة إجازة كمرادف لعبارة الإمضاء رغم عدم استعمال المشرّع لهذه العبارة في الفصول التي تناول فيها آليّة إمضاء العقد³⁷³. إلا أنّ الفرق واضح بينهما ذلك أنّ الإجازة هي التنازل عن المطالبة بالبطلان والصادرة عن أجنبي عن العقد أمّا الإمضاء فيكون مصدر هذا التنازل أحد المتعاقدين³⁷⁴.

162- وهذا الخلط هو ما يبرّر اضطلاع الفقه وفقه القضاء بمهمة التعريف والتّمييز عن بقيّة المؤسسات.

ففي ما يخص مفهوم الإمضاء، هو "تصرّف قانوني يصدر من جانب واحد يتخلّى بموجبه شخص عن حقّه في طلب البطلان"³⁷⁵.

كما أنّ إمضاء العقد الباطل ليس حقّاً مكتسباً يمكن الاعتداد به في كلّ العقود مهما كانت درجة بطلانها: فلئن كان في القرن 19 يطبق على العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً ونسبياً³⁷⁶، إلا أنّه يمكن³⁷⁷ القول اليوم

³⁷² رضا بن كريم، م س، ص 146.

³⁷³ الأستاذ محمّد الزّين يرى أنّ المشرّع يعبر عن الإمضاء بعبارة الإجازة في المجلّة مثل نظيره المصري، انظر محمّد الزّين، م س، ص 225، فقرة عدد 282.

كذلك الأستاذ علي كحلون يعتبر الإمضاء يمكن التعبير عنه بلفظ الإجازة. انظر علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2015، ص 300

³⁷⁴ لمزيد فهم الفرق بين آليّة الإجازة والإمضاء، انظر جزء الإجازة في الفقرة 195 وما بعدها، وخاصة الفقرات عدد 199 و209.

³⁷⁵ محمّد الزّين، م س، ص 225، فقرة عدد 282.

³⁷⁶ نور الدين بالسّور، م س، ص 296، فقرة عدد 200.

³⁷⁷ نتحدّث عن الإمكانية هنا لأنّ هذه القاعدة المحسوم في أمرها في تونس تمّ تنسيبها في فرنسا إذ يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنّ "تأييد العقد الباطل من أصله ممكن كلّما تغيّرت المصلحة العامة وأصبحت لا تقتضي زوال العقد". انظر إيناس العقربي، الإكراه على الإمضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ اختصاص علوم جنائية، 2012-2013، ص 53.

بأنّ الإمضاء لا يكون إلّا في العقود الباطلة بطلاناً نسبياً، فيتم من خلاله تدارك العقود الباطلة لضعف عقل أو سفه أو تمييز أو غلط أو تغرير أو إكراه أو غلط³⁷⁸...

ومنه نفهم أنّ العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً معفاة من مجال إمضاء العقد، وفي ذلك رجوعٌ للفصل 329 م اع المؤسس لهذه القاعدة "إمضاء الالتزام الباطل من أصله أو التصديق عليه لا عمل عليه".

ويبرز ذلك باعتبار أنّ البطلان النسبي يحمي مصلحة خاصة، على عكس البطلان المطلق الذي يحمي مصلحة عامة، والتنازل عن المصلحة الخاصة يمضي إلّا أنّه لا تنازل عن مصلحة عامة ولا أثر لذلك عليها³⁷⁹. كما أنّ التنازل عن الحقّ في طلب البطلان المطلق لا يملكه أحد باعتبار أنّ البطلان المطلق يمكن طلبه من كلّ من له مصلحة، على عكس البطلان النسبي الذي تكون دائرة أصحاب الحقّ في طلبه ضيقة³⁸⁰.

كما أنّ إمكانية طلب البطلان من أيّ شخص تعني أنّ هذا البطلان يهم النظام العامّ، والذي لا يمكن تصوّر التنازل عنه.

163- ولقد سايرت مجلّتنا هنا ما أقرّته المجلّة المدنية الفرنسية، سواء كان ذلك في الفصل 1338 قديماً، أو الفصل 1180 منقّح بمقتضى تعديل 2016 والذي ينصّ على أنّ البطلان المطلق لا يمكن تداركه بإمضاء العقد.

ويعبر عن هذه النظرية بالكلاسيكية، وهي التي تبنتها المجلّة المدنية الفرنسية وبالتالي مجلّة الالتزامات والعقود، من خلال الفصل 329³⁸¹. وقد عبّر عنها "قودمي" بقوله: "إن كان العمل وُلد ميتاً... فليس ثمّ إمكانية للإمضاء. فالعدم لا ينتج شيئاً. وما لم يكن حيّاً لا يمكن إحياءه"³⁸².

ومن هنا نتبيّن أنّ آلية إمضاء العقد خطيرة من الناحية القانونية باعتبار أنّها وحال إتمامها تُفقد الطّرف الذي قام بها حقّه في المطالبة ببطلان العقد، وينتهي هذا الحقّ بالنسبة إليه نهائياً دون أيّ إمكانية للرجوع فيه.

³⁷⁸ علي كحلون، م س، ص 302.

³⁷⁹ م س، موضع سابق.

³⁸⁰ نور الدين بالسّور، م س، ص 297، عدد 200.

³⁸¹ م س، موضع سابق.

³⁸² "قودمي أوجان"، النظرية العامة للالتزامات، منشورة من قبل "ديبوا" و "قودمي"، باريس، سيراى، 1965، إعادة طباعة للنسخة المنشورة في 1937، ص 144.

إنّ هذا الأمر هو ما يبرّر تنظيم المشرّع التونسي لنطاق تطبيقها من خلال وضع شروط صارمة لا يُمضى العقد الباطل في غياب إحداها، إضافة إلى تحديد آثارها.

أ- شروط قيام الإمضاء

164- إنّ قيام إمضاء العقد هو رهين توفّر شروط معيّنة، وتنقسم هذه الشروط إلى أصليّة تهتم كيفية تطبيق نظريّة الإمضاء، وأخرى شكلية تحدّد الصّور التي يتّخذها إمضاء العقد.

1- شروط أصليّة

165- تنقسم الشّروط الأصليّة بدورها إلى شروط عامّة منحدرة من الفصل 2 م 1 ع، وأخرى خاصّة تنفرد بها آليّة الإمضاء.

1.1- شروط عامّة

166- بالنسبة للشّروط العامّة والتي نجدها في الفصل 2 م 1 ع، والتي لا تستقيم الأعمال بمعزل عنها، هي الأهليّة، الرّضا، المحلّ والسبب.

وآليّة الإمضاء ليست استثناءً، إذ ينبغي أن تتوفّر في عمليّة الإمضاء الشّروط المذكورة وإلاّ عدّ هذا الإمضاء باطلاً وبالتالي بقاء العقد المراد إنفاذه باطلاً.

ولقد طرح الفقهاء، خاصّة في القوانين المقارنة، إشكالا في ما يخصّ الأهليّة المستوجبة لإمضاء العقد: هل ينبغي أن تكون هذه الأهليّة كاملة باعتبار أنّه تصرف يتمّ التنازل من خلاله عن الحقّ في الإبطال؟³⁸³ أو هل يمكن الاكتفاء بأهليّة التميّيز ذلك أنّ إمضاء العقد هو تقنية ترمي بالأساس إلى تصحيح مسار عقد سابق؟³⁸⁴.

يمكن الأخذ بالرّأي الغالب في الفقه المقارن هنا ألا وهو اعتبار الإمضاء "تصرف إسقاطي مستقلّ" يُسقط حقّا ومن خلال ذلك يُخرج محلّ العقد موضوع الإمضاء من الدّمة الماليّة وهو ما يستوجب أن يكون الممضي واعياً بتصرفه وبالتالي متمتّعاً بأهليّته الكاملة³⁸⁵.

أمّا في ما يخصّ المحلّ والسبب، فإنّ المحلّ هو إمضاء العقد الباطل، والسبب هو جعل العقد صحيحاً منتجا لآثاره؛ وهما (المحلّ و السبب) مشروعان طالما يتسلّط الإمضاء على عقد باطل بطلانا نسبياً،

³⁸³ هائل حزام العامري، نظريّة الإكراه المدني بين الشريعة والقانون: دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص 231.

³⁸⁴ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني نظريّة العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، 1987، الجزء 2، ص 469.

³⁸⁵ إيناس العقربي، م س، ص 55.

ويصبحان غير مشروعين و يُبطل بالتالي عملية الإمضاء إن جاء هذا الأخير لإنقاذ عقد باطل بطلانا مطلقاً³⁸⁶.

وأخيراً يجب أن يكون الإمضاء صادراً عن إرادة حرة وواعية خالية من أي وجه من الإكراه والتغريب والغلط³⁸⁷، وإلا أفرغ من محتواه: فلا يمكن تجاوز عقدٍ معيبٍ بالاستناد إلى عمل قانوني هو الآخر معيب.

ولكن شروط الفصل 2 لا تكفي لقيام عملية إمضاء العقد بطريقة صحيحة³⁸⁸، بل ينبغي أن تكون مصحوبة بشروط خاصة لا يمكن تصوّر تنازل عن الحق في الإبطال في غيابها.

2.1- شروط خاصة

167- تتمثل الشروط الخاصة والتي يمكن أن نعتبرها صارمة، ذلك أننا لا نجد لها سوى في إمضاء العقد³⁸⁹، في تحديد ممضي العقد الباطل، إضافة إلى الشروط الذاتية الواجب توفرها في هذا الممضي. فلا يملك أطراف العقد الباطل حرية اختيار الطرف الذي له حق إمضاء العقد ويجعله صحيحاً قابلاً للتنفيذ، إذ أنه يُعدّ مقبولا إن صدر عن من له طلب البطلان والذي تقرّر البطلان لفائدته³⁹⁰.

وهو نتيجة طبيعية لما تقتضيه طبيعة الأشياء: صاحب الحق هو فقط من له الحق في التنازل عنه، والطرف الآخر لا يجوز له تحت أي ظرف التدخّل في هذا القرار³⁹¹.

قد نتبيّن عند هذا المستوى الاختلاف بين القانون التونسي ونظيره الفرنسي. ففي حين يمنع القانون التونسي الأطراف الأخرى من التأثير على موقف صاحب الحق في الإمضاء، يخول القانون الفرنسي في إطار الفصل 1183 م م ف لطرف آخر أن يطلب من من له الحق في الإمضاء أن يمضي العقد أو

³⁸⁶ بالنسبة للقانون الفرنسي، انظر: "صاندرين سناء شايبي دو نيري"، «إمضاء الأعمال الباطلة: نظام قانوني»، الملف القانوني المدني، المجلة، الفصول من 1338 إلى 1340، الكراس 20، ص 3.

Sandrine-Sana Chaillé de Néré, «Confirmation des actes nuls : régime juridique», J. -cl. Civ. Code, art 1338 à 1340, fasc. 20, page 3.

³⁸⁷ "صاندرين سناء شايبي دو نيري"، م س، موضع سابق.

³⁸⁸ رضا بن كريم، م س، ص 147.

³⁸⁹ نفس الشيء نجده في القانون المقارن، بالأساس القانون الفرنسي، انظر مثلاً: "دومينيك دمبرا"، «الإمضاء»، دليل القانون المدني، سبتمبر 2017، فقرة عدد 49، <<http://www.dalloz.fr>> تاريخ آخر اطلاع: 2020.

Dominique d'Ambra, « Confirmation », Répertoire de droit civil, septembre 2017, n°49, <<http://www.dalloz.fr>> date de dernière consultation : 2020.

³⁹⁰ محمد الزين، م س، ص 227، فقرة عدد 283.

³⁹¹ رضا بن كريم، م س، ص 147.

أن يطلب البطلان في ظرف 6 أشهر، وإن لم يقدّم صاحب الحقّ دعوى البطلان في هذه الأجل اعتبر العقد مُمضى³⁹².

168- ولكن لا يمكن الوقوف عند هذا الحدّ باعتبار أنّ إمضاء العقد الباطل من صاحب هذا الحقّ ليس مباحاً على إطلاقه.

فكون الطرف الذي تقرّر البطلان لفائدته صاحب حقّ إمضاء العقد لا يكفي لنفاذ هذا الحقّ؛ ولا يعطيه حرية الإمضاء في كلّ الأحوال، باعتبار أنّ صاحب الحقّ بدوره ينبغي أن تتوفّر فيه جملة من الشروط الدّاتية؛ إن غابت إحداها فقد حقه في الإمضاء.

وبما أنّه هو الوحيد قانوناً من له صفة إمضاء العقد، قد يكون عرضةً للضغط على إتمامه من قبل بقية الأطراف التي عادة ما تكون الحلقة الأقوى في العقد.

إنّ هذا هو ما دفع إلى تعزيز حماية حرية صاحب الحقّ في الإمضاء من هذه التّهديدات وذلك من خلال إخضاعها إلى جملة من الشروط، ليس لتكبيّلها وإنّما لتأطيرها وبالتالي لضمان نجاعة تقنية الإمضاء.

هذه الشروط، ولئن كانت ليست خاصّة بالإمضاء حصرياً³⁹³، ورغم اختلاف مصادرها (التّشريع والفقه) والاختلاف حولها (أضاف بعض الفقهاء³⁹⁴ شرط زوال العيب³⁹⁵)، إلّا أنّه يمكن حصرها في علم الممضي بالعيب وقت الإمضاء³⁹⁶ وثبوت نيّته لتجاوز هذا العيب.

³⁹² فصل 1183 م م ف: "يجوز لطرف أن يطلب كتابة إلى الشخص الذي يدعي البطلان إمّا لإمضاء العقد أو التّصرّف بالبطلان خلال ستة أشهر من حبس الزّمن. سبب البطلان يجب أن يكون قد توقّف. وتنصّ الكتابة صراحة على أنّه في حالة عدم اتّخاذ إجراء دعوى بالبطلان قبل انقضاء أجل 6 أشهر، يعدّ العقد ممضى."

Article 1183 c.civ.fr : "Une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé."

³⁹³ نور الدّين بالسّور، م س، ص 309، فقرة عدد 209.

³⁹⁴ كاربوني، بوريس ستارك، العجمي بالحاج حمودة... ذكرهم بالسّور، م س، ص 311، عدد 210، حاشية عدد 850.

³⁹⁵ أقصينا هذا الشرط من الشّرح لأنّه شرط غير ثابت قانوناً، إذ أنّ الفصول 337 و338 تحدّثت فقط عن ضرورة العلم بالعيب وقت الإمضاء ونيّة الممضي في تجاوز العقد الباطل.

³⁹⁶ "يقول" فالدوليفر " أنّه من الواضح أنّ التّمكّن من التّنازل فعليّاً عن حقّ، ينبغي ليس فقط أن يكون هذا الحقّ موجوداً، بل يجب أن يكون وجوده معروف من قبل المتنازل."

إمضاء الأعمال الباطلة، أطروحة، باريس، 1964، ص 61، ذكرها بالسّور، م س، ص 310، فقرة عدد 209.

"Il est évident, écrivait Valdelièvre, que pour pouvoir renoncer efficacement à un droit, il faut non seulement que ce droit existe, mais encore, que son existence soit connue du renonçant."

La confirmation des actes nuls, thèse, paris 1964, page 61, voir Nouredine Bessrou, thèse précitée, page 310, paragraphe n°209.

169- إنّ شرط العلم بالعيب هو شرط مُعَرَّج عليه صلب الفصل 337 م 1 ع، يمكن استنتاجه من خلال جزء "مع بيان السبب الموجب للفسخ".

فالمُشَرَّع اشترط التّصريح في صلب التزام الإمضاء على السبب الذي أصبح بموجبه العقد باطلاً، وهو ما يحمل على الاستنتاج أنّ الممضي، من خلال بيان سبب البطلان، برهن أنّه مُدرك لطبيعة العيب، وأنّ هذا الإدراك متزامن مع إمضائه العقد.

أمّا إذا كان العيب سبب البطلان هو عيبٌ ظاهرٌ، يعتبر القضاة في القانون الفرنسي أنّ تنفيذ العقد الباطل قائمٌ بناءً على علمٍ بالعيب³⁹⁷، إذ تقوم قرينة على العلم به³⁹⁸.

ورغم أنّ هذه القرينة هي بابٌ يفسح المجال للقضاة لقبول إمضاء العقد الباطل، إلّا أنّه لا يمكن أن تكون لها مكانة في القانون التّونسي باعتبار ما تحمله في طيّاتها من خرق لعبارات الفصل 522 والتي تنصّ على أنّه: "لا يتسامح فيما فيه التّنازل عن حقّ بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسع فيها بالشرح وما كان في معناه ريب لا ينبني عليه التّنازل"³⁹⁹.

بناءً على ذلك، سواء كان العيب ظاهراً أم خفياً، لا يمكن الأخذ إلّا بما صرّح به الممضي في التزام الإمضاء ولا يمكن إقامة الدليل على غير ذلك لما في ذلك من مساسٍ بإرادته.

170- كما ينبغي أن يتوقّر في الممضي شرط نفسي متعلّق بالنّيّة في تجاوز العيب، وهو الشرط الذي لا يمكن فهمه بمعزل عن الشرط الأوّل⁴⁰⁰. إذ كيف سنتبيّن نية الممضي لتجاوز العيب من عدمه دون المرور بكون الممضي صرّح بالعيب الذي يشوب عقده؟

فإنّ ثبّت أنّ تنفيذ العقد الباطل حاصلٌ بعد العلم بالعيب اعتُبر ذلك قرينة على نية الممضي في تجاوز هذا العيب، لكنها تبقى قرينة بسيطة قابلة للدّحض باعتبار أنّ ليس كل تنفيذ لعقد باطل هو إثبات لكون الممضي راضٍ عن هذا التّنفيد⁴⁰¹.

³⁹⁷ "دومينيك دمبرا"، م س، فقرة عدد 52.

قرار نعتيبي مدني فرنسي، المجلّة التّوريّة للقانون المدني، 1922، ص 67

³⁹⁸ قرار نعتيبي مدني فرنسي، المجلّة التّوريّة للقانون المدني، 1922، ص 677.

Cass.civ 10/04/1922 ; RTD civil 1922, page 677.

³⁹⁹ نور الدّين بالسّور، م س، ص 311.

⁴⁰⁰ م س، ص 310، فقرة عدد 209.

⁴⁰¹ م س، ص 311، فقرة عدد 209.

171- إنّ القانون المقارن، وتحديدًا القانون الفرنسي، لا يتناغم مع القانون التونسي عند هذا المستوى. إذ لاحظنا أنّ فقهاء القانون الفرنسي قد انقسموا حول هذه النقطة.

فمنهم من اعتبر أنّ اشتراط النية ليس غاية من غايات المشرع الفرنسي وأنّ "شقّ قضائي مهجور" قد أخذ بها على الرغم من عدم شرعيتها⁴⁰².

كما يوجد منهم من اعتبر أنّها هامة في إمضاء العقد وحاول إيجاد الحلول اللازمة لإثباتها ويرى أنّ عبارة "النية لتجاوز هذا العيب" ظلمت روح هذا الشرط، فالأجدر أن تكون النية لمحو آثار البطلان وعدم العمل به⁴⁰³.

وعلى كلّ حال، تجاوز الفصل 1182 م م ف في فقرته الأولى⁴⁰⁴ هذا الخلاف من خلال إقصاء شرط توقّر نية تجاوز العيب، فقد تبّنى واضعي الفصل قراءة حديثة من خلال اعتبار الإمضاء مجرد تنازل عن الحقّ في البطلان، إذ أنّ الفصل المذكور لا يربط الإمضاء سوى بالتّصيص على موضوع الالتزام في صلب العمل القانوني للإمضاء إضافة إلى التّصيص على العيب الذي مسّ العقد محلّ التّدارك⁴⁰⁵.

إنّ الشّروط الأصلية للإمضاء سواء كانت العامة منها أو الخاصة يجب أن يتمّ تأطيرها في قالب معيّن هو العمل الممضي للعقد، والذي يستوجب أن تتوفّر فيه شروط شكلية حتى يستقيم.

⁴⁰² "إنّ التنازل عن طلب البطلان من خلال التّنفيد يجب أن تكون على دراية باختراق التّصيصات التي تحميّه (صاحب الحقّ) ذلك أنّ بداية تنفيذ العقد لا يمكن وحده من تغطية هذا الإخلال."

قرار تعقيبي مدني فرنسي مؤرّخ في 20 نوفمبر 2013، صادر عن الغرفة المدنية عدد 3، <www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ آخر اطلاع 2020/11/30.

"...La renonciation à se prévaloir de la nullité du contrat par son exécution devait être caractérisée par sa connaissance préalable de la violation des dispositions destinées à le protéger de sorte que le commencement d'exécution du contrat n'avait pas eu, à lui seul, pour effet de couvrir cette irrégularité..."

Cass.civ.20 novembre 2013, chambre civile 3, < www.legifrance.gouv.fr>, dernière consultation 30/11/2020.

⁴⁰³ "صاندين سناء شابي دو نيري"، م س، ص 5.

⁴⁰⁴ فصل 1182 م م ف فقرة أولى: "الإمضاء هو عمل يتخلّى بموجبه الشخص الذي يمكنه التّذرع بالبطلان. يذكر هذا العمل موضوع الالتزام والعيب الذي يشوب العقد."

Article 1182 c.civ.fr alinéa 1: "La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat."

⁴⁰⁵ "دومينيك دمبر"، م س، عدد 50.

2- شروط شكلية

172- يبدو الإمضاء إحدى تلك الأعمال القانونية التي تخضع إلى شروط شكلية لصحتها. حيث، من خلال قراءة أولية، نصّ المشرع على اعتبار الشكل شرط صحة⁴⁰⁶ صلب الفصل 337 م 1 ع: "إمضاء الالتزام القابل للفسخ قانوناً... لا يصحّ إلا إذا تضمن مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للعقد...".

إلا أنّ هذا الاعتبار نسبته بعض فقهاء القانون المقارن، حيث اعتبروا أنّ هذا التخصيص لا يرتقي ليصبح شرط صحة لأنّ مخالفته لا ينتج عنها بطلان عمل الإمضاء وإنّما يؤثر فقط على الإثبات⁴⁰⁷.

أمّا البعض الآخر فاعتبر أنّه تنصيص لا يهمّ لا الشكل ولا الإثبات، وإنّما هو فقط مقترن بالشروط الأصلية خاصة الرضا، فعبارة الالتزام الواردة بالفصل لا تعبّر على الكتب بل على الأغلب تعبّر على الإرادة⁴⁰⁸.

إلا أنّ الأستاذ بالسّرور يعتبر أنّ عبارة "العمل" الموجودة في النص الفرنسي لا يقصد بها الكتب بل يقصد بها التعبير عن الإرادة⁴⁰⁹، كما أنّ مجرد قبول الإمضاء الضمني هو دليل على عدم فرض الشكلية على إمضاء العقد⁴¹⁰. وبالتالي يمكن التعبير عن الرغبة في التنازل عن البطلان بطريقة صريحة حتّى في غياب كتب، أو بطريقة ضمنية، المهم أن يكون التعبير عن التنازل واضحاً.

وبناءً على كل ما قيل، يمكن أن نستنتج أنّ إمضاء العقد قد يكون في شكلين: الشكل الصريح أو الشكل الضمني.

1.2- الإمضاء الصريح

173- يعدّ الإمضاء الصريح هو الأسلم نظراً لطبيعة تصرّف الإمضاء كعمل مُسقط لحقّ الإبطال، فمن الأجدر أن يكون هذا التخلي صريحاً لا لبس فيه وذلك ضماناً لحقوق كلّ الأطراف.

⁴⁰⁶ محمّد الزّين، م س، ص 228.

⁴⁰⁷ "هنري مازو"، "جون مازو" و"ليون مازو"، ذكرهم نور الدّين بالسّرور، م س، ص 317 والهامش عدد 863.

Henri, Léon et Jean Mazeaud, voir Noureddine Bessrou, thèse précitée, page 317 et référence n°863.

⁴⁰⁸ نور الدّين بالسّرور، م س، ص 317.

⁴⁰⁹ م س، موضع سابق.

⁴¹⁰ م س، ص 318.

وفي حال اعتمادنا هذا الشكل للتعبير عن إمضاء العقد، أي صراحة وخاصة من خلال كتب، يجب أن يتضمّن هذا الأخير جملة من البيانات الواردة بالفصل 337 م 1 ع وهي: "... مضمون ذلك الالتزام مع بيان السبب الموجب للفسخ والتّصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ..."

174- تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الفصل هو عبارة عن نقل للفصل 1338 فقرة 1 من م م ف قبل التّقيح⁴¹¹، ففيه ينبغي أن يتوقّر في الكتب طبيعة الالتزام الممضى، سبب البطلان والنية المتجهة إلى تجاوز هذا العيب. وبتعديل المجلة المدنية الفرنسية في 2016، قلّص الفصل الجديد المنظم للإمضاء من هذه البيانات وجعل الأمر مقتصرًا على موضوع الالتزام الممضى والعيب الذي يشوب العقد الباطل.

إلا أنّ الفقهاء الفرنسيين قديما، عكس أغلب الفقهاء التونسيين⁴¹²، يعتبرون أنّ في حال غياب هذه البيانات، لا يمكن اعتبار هذا العقد إمضاءً⁴¹³.

175- ولكنّ تطوّر الأحوال قد دفع بفقهاء القضاء الفرنسي إلى التّخفيف من هذه المتطلبات، ففي ظلّ التساهل في الإمضاء الضمّني، أصبح القاضي يتساهل مع شروط الإمضاء الصّريح وعدم الأخذ بها حرفيًا، وخاصة في ما يتعلّق بموضوع الالتزام⁴¹⁴.

وبطبيعة الحال، لا تُفرض هذه البيانات سوى في ما يتعلّق بالإمضاء الصّريح، مع استثناء الإمضاء الضمّني وذلك لاختلاف طبيعتهما.

2.2 - الإمضاء الضمّني

176- يقبل القانون التونسي بالإمضاء على شكلٍ ضمّني ويكون ذلك من خلال إتمام العمل بالعقد الباطل والامتناع عن استعمال حقّه في طلب البطلان.

إلا أنّ الإمضاء الضمّني، على عكس الشكل الأوّل للإمضاء، غير مُعبّر عنه صراحة في تشريعنا، خلافاً للتّشريع الفرنسي الذي نصّ صراحة على أنّ تنفيذ العقد الباطل مع العلم بالعيب المبطل للعقد يعدّ إمضاءً⁴¹⁵.

⁴¹¹ نور الدين بالسّورور، م س، ص 316، فقرة عدد 213.

⁴¹² الأستاذ محمّد الرّين يعتبر أنّ الإمضاء إن حصل صراحة من خلال كتب "يجب أن يتضمّن البيانات المنصوص عليها بالفصل 337 م 1 ع وإلاّ عدّ باطلاً." انظر محمّد الرّين، م س، ص 228، فقرة عدد 284.

⁴¹³ "صاندرين سناء شايي دو نيري"، م س، ص 6.

⁴¹⁴ م س، موضع سابق.

⁴¹⁵ الفصل 1183 م م ف: "...التّنفيز الطّوعي للعقد، مع معرفة سبب البطلان، يعدّ إمضاءً."

إلا أنه يمكن أن نستند على ما قيل في الفصل 338 م 1 ع لاعتباره إمضاءً ضمناً: "...إجراء العمل به اختياراً في الكلّ أو البعض ممّن علم عيوبه."

كما نصّت مجلّة الموجبات والعقود اللبنانية صراحةً على قبول الإمضاء الضمّني وحدّدت كيفية العمل به، إذ يمكن استنتاج الإمضاء الضمّني من خلال جملة الأعمال التي قد تدلّ على تخليّ صاحب الحقّ عن حقّه⁴¹⁶. وهذه الأعمال يمكن أن تكون مادية مثل استغلال أرض مشتراة، أو قانونية مثل التصرّف فيها من خلال التعاقد مع الغير⁴¹⁷. وبذلك يعتبر الإمضاء الضمّني "تصرفاً قانونياً يتجسّد في واقعة قانونية"⁴¹⁸.

177- ويعتبر هذا الشكل من الإمضاء الشكل السائد في العقود⁴¹⁹ وذلك لسهولة ومرونته في المعاملات. ويكون الإمضاء ضمناً من خلال عدّة طرق، إلا أنّ الطريقة الأبرز للإمضاء الضمّني هي مواصلة العمل بالعقد الباطل⁴²⁰. ويعتبر البعض من الفقهاء أنّ حتّى العمل بالعقد الباطل لا يمكن اعتباره إمضاء إن لم تتوفّر فيه الشّروط اللازم توفّرها في الإمضاء الضمّني، أي العلم بالعيوب ونية التّجاوز⁴²¹.

كما أنّ مواصلة العمل بالعقد الباطل، لا يعني في كلّ الأحوال العلم بالعيوب الذي يشوب العقد، ذلك أنّهما عنصران مختلفان ولا يمكن استنتاج الثاني من خلال حصول الأوّل⁴²².

178- ويُعتدّ بالإمضاء الضمّني حال مرور المدّة المقرّرة لإقامة البطلان⁴²³، فطالما أنّ المدّة القانونية التي تسمح للمنتفع من البطلان من المطالبة به قائمة، لا يمكن اعتبار العقد ممضى ذلك أنّه لا يزال تحت تهديد الإبطال. الأمر الذي أكّدت عليه محكمة التّعقيب الفرنسيّة من خلال اعتبار أنّ سكوت

Article 1182 c.civ.fr : "... L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation."

⁴¹⁶ مادة 236 موجبات وعقود لبنانية فقرة 3: "والتأييد الضمّني يستفاد من كلّ حالة و كلّ مسلك يؤخذ منهما أنّ صاحب تلك الدعوى عدل عنها".

⁴¹⁷ رضا بن كريم، م س، ص 145.

⁴¹⁸ أحمد الورفلي، م س، ص 124.

⁴¹⁹ "صاندرين سناء شايي دو نيري"، م س، ص 6، فقرة عدد 24.

⁴²⁰ أحمد الورفلي، م س، ص 124.

⁴²¹ أحمد الورفلي، م س، موضع سابق.

⁴²² انظر بالنسبة للقانون الفرنسي: "إيف ماري لاتيا"، «تنفيذ العقد لا يعد بذاته إمضاء»، تعليق على قرار تعقيبي فرنسي، 20 نوفمبر 2013، مدني 3، عدد 12.27041، مجلّة العقود، جويلية 2014، ص 169 وما بعدها.

Yves Marie Laithier, « L'exécution du contrat n'est pas en soi une confirmation », commentaire d'arrêt, cass 3^{er} civ, 20 novembre 2013, n°12.27041, *Revue des contrats*, juillet 2014, page 169 et s.

⁴²³ محمّد الزّين، م س، ص 228، فقرة عدد 284.

الممضي عن طلب البطلان النسبي لا يمكن اعتباره إمضاءً إلا في حال مرور المدة القانونية لسقوط دعوى البطلان⁴²⁴.

إلا أن هذا الرأي لم يحض بموافقة الشراح، ذلك أن البعض يذهب إلى التفريق بين الإمضاء وتقدم دعوى البطلان وعدم اعتبار تقدم دعوى البطلان النسبي على أنها إمضاء، باعتبار أنهما مؤسستان مختلفتان من حيث الآثار، وسقوط الحق في طلب البطلان بمقتضى التقدم هو أثر موضوعي يحكمه مرور الزمن ويحد مصدره في القانون، ذلك أن القانون قد نصّ على أن مرور الزمن مسقط للحق في طلب البطلان، على عكس الإمضاء الذي يعدّ أثراً شخصياً تحكمه إرادة الممضي التي اتّجهت نحو التنازل عن طلب البطلان⁴²⁵.

179- وفي كلّ الأحوال، النتيجة واحدة في الفرضيتين، ذلك أن إمكانية طلب البطلان تنقضي بعد مرور المدة القانونية مهما كانت مرجعية هذا السقوط (إمضاء أو تقدم). وبحصول الإمضاء، يمكن أن يحقق هذا الأخير آثاره.

ب- آثار إمضاء العقد

180- اعتنى المشرع التونسي بتنظيم آثار الإمضاء من خلال تخصيص الفقرة الثانية من الفصل 338 ماع والتي تنصّ على أنه: "إمضاء الالتزام أو الاعتراف به أو إجراء العمل به اختياراً على الصورة وفي الوقت المبين في القانون يقتضي ترك الوسائل والاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال وأما الحقوق الحاصلة للغير قانوناً وعن حسن نية قبل التصديق على العقد أو إجراء العمل به فتجري عليها القاعدة المقررة بالفصل 336".

إلا أن الحديث عن هذه الآثار لا يمكن أن يستقيم قبل التأكد من ثبات عمل الإمضاء، وبالتالي فإنّ الإمضاء، كعمل تنازلي خطير، تحكمه قواعد إثبات لا تتحقّق الآثار في غيابها، الأمر الذي سنبينه في نقطة أولى.

وبعد التّحقّق من هذه القواعد، جاز لنا الحديث عن أثر الإمضاء والذي يمكن أن نعبر عنه ببساطة بأنّه أثر ثنائي، وهو ما سنفهمه أكثر في النقطة الثانية.

⁴²⁴ "صاندرين سناء شاليبي دو نيري"، م س، ص 9، فقرة عدد 44.

⁴²⁵ رضا بن كريم، م س، ص 145.

1-تحقق آثار إمضاء العقد الباطل رهين إثباته

181- إنّ آثار الإمضاء لا تتحقّق في غياب الإثبات، إذ لا يمكن افتراض أنّ العقد الباطل قد تمّ إمضائه⁴²⁶: فلا مجال للحديث هنا عن الإعفاء من إثبات إمضاء العقد، وهو ما يرجعنا دائماً إلى الفكرة المحوريّة التي ندور حولها وهي أنّ إمضاء العقد عمل خطير، لا يمكن افتراض إنقاذ عقد من تهديد محقّق دون إثبات.

ورغم ذلك، لم ير المشرّع داعياً من تحديد الأسس المنظّمة لإثبات الإمضاء. ولكن بالعودة إلى فقه القضاء والقانون المقارن، يمكن أن نستشفّ ملامح الإثبات وهي تحديد على من يقع عبء الإثبات، والطرق الممكنة لتحقيقه.

182- فبالنسبة إلى عبء إثبات الإمضاء، هل يقع على عاتق الممضي برهنة قبوله تنفيذ العقد رغم علمه ببطلانه أم هل أنّ هذا الأمر يقع على خصمه؟

يبدو أنّ الفقه الفرنسي⁴²⁷ قد وضع حدّاً لهذا الإشكال من خلال استنتاج أنّ من يدّعي إمضاء العقد عليه إثباته وذلك بالارتكاز على الفصل 1315 من م م فرنسيّة في نسختها القديمة والذي أصبح اليوم الفصل 1353 والذي ينصّ على أنّ من يدّعي تنفيذ التزام عليه إثباته.

إلا أنّ التّطبيق قد أبرز أنّ الممضي لا يثبت إمضاه للعقد، بل إنّ هذا العبء هو عادة من نصيب خصم الممضي⁴²⁸: فهو الطرف الذي غالباً ما يثبت الإمضاء وذلك باعتماد طرق معيّنة.

183- من جانب آخر، تعتبر عمليّة إمضاء العقد في حدّ ذاتها عملاً قانونيّاً. ومن هذا المنطلق، هي خاضعة لطرق الإثبات العامّة والتي تخضع لها الأعمال القانونيّة الأخرى: فكلّما تجاوز مبلغ العقد موضوع الإمضاء الألف دينار، يصبح إثباته بكتب، أمّا في غير هذه الحالة يمكن أن يكون الإثبات بالإقرار واليمين الحاسمة⁴²⁹.

184- إنّ الإمضاء الصّريح لا يطرح إشكالا على مستوى الإثبات، فهو عادة ما يكون مرئوقاً بكتب تكون فيه كل البيانات اللازمة لإثبات إمضاء العقد.

إلا أنّ الإمضاء الضمني هو الشّكل الذي قد يطرح بعض الإشكال خاصّة على مستوى التّطبيق.

⁴²⁶ "صاندرين سناء شالبي دو نيري"، م س، موضع سابق.

⁴²⁷ م س، ص 9، عدد 46.

⁴²⁸ م س، موضع سابق.

⁴²⁹ نور الدّين بالسّور، م س، ص 319.

فقه القضاء الفرنسي⁴³⁰ وبعض الفقهاء الفرنسيين⁴³¹ قد اعتبروا أنّ الإمضاء الضمني غير مقيد بطرق إثبات من منطلق أن لا كتب فيه، وهو ما عارضه بعض الفقهاء الفرنسيين الآخرين⁴³² والتونسيين أيضا⁴³³.

هذا الأمر هو ما جعل الأستاذ نور الدين بالسّورور يحسم النزاع بالنسبة إليه ويعتبر أن الكتب ضروري في جميع الحالات، وحتى إن كان التعبير عن الإمضاء ضمنيا، فيقول في هذا الصدد: "لذلك، يمكن أن نفرض إثبات رضا الممضي بكتب حتى ولو عبر عنه بصفة ضمنية"⁴³⁴.

وأخيرا، يمكن القول أنه ما إن تتوفر الشروط اللازمة لإثبات الإمضاء، يمكن الحديث حينئذ عن الآثار التي سوف يترتبها إمضاء العقد الباطل والتي تعمل بشكل ثنائي.

2. المفعول الثنائي لآثار إمضاء العقد الباطل

185- تمتاز آثار إمضاء العقد الباطل بثنائيتها مفعولها: فهي تحقق نتائجها على طرفي العقد الممضي، إضافة إلى تحقيقها نتائج أخرى على الغير. وهذا الأمر نجده صلب الفصل 338 في فقرته الثانية، إذ أنّ التّمعن في هذا النصّ يمكننا من التّفطن إلى أنّ المشرّع قد قسم داخليا هذه الفقرة من خلال جعل آثار الإمضاء بين الأطراف من جهة، وتجاه الغير من جهة أخرى⁴³⁵.

1.2- آثار الإمضاء بين الأطراف

186- لن يخفى على قارئ هذا الجزء أنّ هذه الآثار تُطبّق فقط على ممضي العقد مع استثناء تطبيقها على الطرف المقابل للعقد الممضي. إلّا أنّ اختيار هذا العنوان (آثار الإمضاء بين الأطراف) لم يكن اعتباطيا، فصحيح أنها آثار تهم من أمضى العقد ولكن مفعولها يشمل كلّ الأطراف: انقضاء الحقّ في المطالبة بالبطلان، وانقضاء هذا الحقّ بصفة رجعية، لا يهّمان خصم الممضي باعتباره ليس صاحب الحقّ في طلب البطلان والتّخلي عنه، ورغم ذلك لا ننكر أنّ مصلحة هذا الطرف معنية بتحقيق هذه الآثار، والمساس منها هو مساس من استقرار عقده الذي ظلّ أنّه بات سالما من أيّ تهديد منذ إمضائه.

⁴³⁰ قرار تعقيبي مدني فرنسي بتاريخ 24 ديسمبر 1919، ذكره نور الدين بالسّورور، م س، ص 319، هامش عدد 869.

Cass.civ 24.12.1919, cité par Noureddine Bessrou, thèse précitée, page 319, référence n°869.

⁴³¹ "صاندرين سناء شايبي دو نيري"، م س، ص 10، فقرة عدد 53.

⁴³² "دومينيك دمير"، م س، ص 88.

⁴³³ نور الدين بالسّورور، م س، ص 320.

⁴³⁴ النصّ الأصلي:

"C'est pourquoi, on peut exiger la preuve écrite du consentement du confirmant même s'il a été tacitement exprimé." Noureddine Bessrou, op.cit., page 320.

⁴³⁵ رضا بن كريم، م س، ص 152.

187- بالنسبة لأثر انقضاء الحق في طلب البطلان، فلا فائدة من الإمضاء إن تمّ التصريح مسبقاً ببطلان العقد وبالتالي لا مجال للحديث عن أي آثار⁴³⁶. إلا أنّه إن تمّ الإمضاء قبل التصريح بالبطلان ينقضي حق الممضي في المطالبة بالبطلان وتسقط عنه كل وسائل الدّفع المتاحة له⁴³⁷.

وهي نتيجة لاحتمة الأمور، إذ لا يمكن التّخلي رسمياً عن حق من الحقوق ثمّ العودة والمطالبة به بأيّ طريقة من الطّرق، ففي ذلك مس من مصالح الأطراف المتداخلة الأخرى.

188- إلا أنّ هذا التّخلي لا يمكن أن يُفهم على إطلاقه: فلا يمكن أن نحمل الإمضاء ما لا يحتمل. ونعني بذلك أنّ انقضاء الحق في المطالبة بالبطلان له حدود.

الحدّ الأول هو أنّ هذا الانقضاء لا يشمل كامل العقد، والحدّ الثاني يتمثّل في أنّه انقضاء لا يشمل كلّ أصحاب الحق في طلب البطلان.

فمن جهة أولى، لا ينقضي الحق في المطالبة ببطلان "كامل العقد" إن كان هذا الانقضاء يهمّ جزءاً معيّناً منه.

189- ولمزيد الفهم ينبغي التفريق عند هذا المستوى بين الإمضاء الكلّي والإمضاء الجزئي.

فمبدئياً يشمل الإمضاء كامل أركان العقد بكلّ عيوبه، إلا أنّ الممضي قد يرغب أحياناً أن يجعل التزامه مقتصرًا على بعض العيوب دون سواها: لا يمكن إلا أن نحترم إرادته في هذه الحالة، ويُغلق باب المطالبة بالبطلان بالنسبة للعيوب التي يغطيها الإمضاء مع إبقاء هذا المجال متاحاً بالنسبة لبقية العيوب ليبقى العقد مهذّباً بالزّوال في أيّ وقت لإحدى هذه العيوب⁴³⁸.

الأمر يصبح أكثر تعقيداً بالنسبة للإمضاء الضمني: فلا يمكن أن نجزم بصفة قطعية علم الممضي بكلّ العيوب، وأبعد من ذلك ما السبيل إلى كشف إرادة الممضي، فهل اتّجهت إلى إمضاء العقد بكلّ عيوبه أم أنّها اتّجهت فقط نحو إمضاء جزء معيّن من العقد؟

⁴³⁶ "صاندرين سناء شالبي دو نيري"، م س، ص 11، فقرة عدد 57.

⁴³⁷ محمّد الزّين، م س، ص 228، فقرة عدد 285.

⁴³⁸ "صاندرين سناء شالبي دو نيري"، ص 11، فقرة عدد 62.

تبقى هذه المسألة غير محسوم فيها، و لكنّ من الثابت أنّ إقامة الدليل حول علم الممضي بالأسباب المتعدّدة التي أدّت إلى بطلان العقد ورغبته في تجاوز كلّ هذه الأسباب لازمة حتّى نسلم بإمضاء صحيح للعقد الباطل⁴³⁹.

190- ومن جهة ثانية، لا يشمل الانقضاء كلّ أصحاب الحقّ في المطالبة بالبطلان.

إذ يحدث أن يكون أصحاب الحقّ في طلب البطلان عدّة أشخاص، ويحدث أيضا أن لا يتفقوا في إسقاط هذا الحقّ بإمضائه، فيمضي واحد منهم مثلا في إمضاء العقد ويبقى العقد مهذّدا بالزوال بالنسبة للبقية.

الحلّ عادلّ في هذه المسألة، لا يُنفذ العقد المصحّح إلّا بالنسبة للطرف الممضي، وهو ما نصّ عليه المشرّع الفرنسي من خلال الفصل 1181 جديد في فقرته الثالثة: "إذا تعدّد أصحاب دعوى البطلان النسبي، تنازل أحدهم عنها لا يقيد البقية"⁴⁴⁰. وبالتالي فإنّ الإمضاء هو عمل يُلزم فقط صاحبه و ذلك بناءً على إرادته⁴⁴¹.

الأمر سيان بالنسبة لبقية أصحاب الحقّ الرافضين التّفويت في هذا الحقّ، يبقى العقد بالنسبة لهم وللخصم باطل نسبيا ومهذّد بالزوال.

191- لا يكفي أن نقول بزوال الحق بالمطالبة ببطلان العقد، إذ أنّ هذا الزوال لا يسري مفعوله منذ الإمضاء، بل إنه زوال ينفذ بصفة رجعية.

ونقصد به أنّ الحقّ في طلب البطلان ينقضي بالإمضاء منذ إبرام العقد لا منذ تصحيح العقد وذلك نتيجة للأثر الرجعي لهذه التقنية⁴⁴².

إنّ الفقه هو من تعرّض إلى هذا الأثر، على عكس المشرّع التونسي الذي أبقى الأمر غامضا كنظيره المشرّع الفرنسي، باستثناء بعض التشريعات الأخرى التي صرّحت بهذا الأثر على غرار المشرّع

⁴³⁹ "إيف ماري لاتيني"، م س، ص 170.

⁴⁴⁰ "Si" 440 Paragraphe 3 de l'article 1181, modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, article 2: "l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir."

⁴⁴¹ "صاندرين سناء شلبي دو نيري"، م س، ص 11، فقرة عدد 59.

⁴⁴² محمّد الرّين، م س، ص 228، فقرة عدد 285.

المصري الذي وضع نصًا واضحاً⁴⁴³ يقرّ فيه "بالأثر المؤكّد للإجازة بالنسبة للعقد المهدّد بالإبطال"⁴⁴⁴.

إلا أنّ الفقهاء لم يكونوا على نفس هذا المستوى من الاتفاق، ففي حين تتفق الأغلبية على الأثر الرجعي للإمضاء، إلا أنه ينبغي أن لا نتجاهل بعض أصوات الأقلية⁴⁴⁵، والتي نجدها خاصة في فرنسا، والمُقرّة بأنّ الإمضاء لا عمل عليه إلا في المستقبل ولا مجال للحديث عن أي أثر رجعي. إنّ المفعول الثنائي لأثار الإمضاء يتحقّق أيضاً من خلال تسلّط هذه الآثار على الغير.

2.2 أثر الإمضاء تجاه الغير

192- يرتّب الإمضاء آثاراً تجاه الغير، الأمر الذي يُستنتج من الفصل 338 والفصل الذي يحيل عليه هذا الأخير وهو الفصل 336 م 1 ع، إذ أنّ أثر الإمضاء وأثر البطلان متّحداً في الحكم⁴⁴⁶ باعتبار أنّ البطلان يرتّب مفعولاً رجعيّاً بين المتعاقدين وتجاه الغير.

وهذا الغير الذي يتحمّل آثار الإمضاء هو من يكتسب حقوقاً معرّضة للخطر بحكم الإمضاء. بعبارة أخرى "هو من اكتسب حقّاً عينياً على العين محلّ التعاقد"⁴⁴⁷. وبالتالي، وضع المشرّع الفصل 336 م 1 ع كاستثناء لغاية حماية الغير حسن النية، وذلك بالرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالعقود الخاصة.

الأمر الذي تبناه الأستاذ أحمد الورفلي في مقاله، إذ يعتبر أنّ أثر فقدان الممضي لحقه في طلب البطلان قد وقع الحدّ منه لغاية حماية حقوق الدائنين الشرعية⁴⁴⁸.

ومثالنا على ذلك، بيع القاصر للعقار موضوع الإمضاء مرّتين، مرّة في صغره ومرّة بعد بلوغه السن القانوني هو إضرار بمصلحة المشتري الثاني من إمضاء العقد الأوّل، إذ أنّه (المشتري الثاني) قد سلّم بأحقّيته على المال موضوع التعاقد ليفاجئ بأنّ هناك من سبقه إليه. وبالتالي فإنّ هذا المشتري هو الغير حسن النية الذي يتحدّث عنه الفصل 338 م 1 ع⁴⁴⁹.

⁴⁴³ المادة 139 من القانون المدني المصري: "... وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تمّ فيه العقد دون الإخلال بحقوق الغير."

⁴⁴⁴ مصطفى الجمال، م س، ص 168.

⁴⁴⁵ "غالوتشي"، م س، ص 341، فقرة عدد 583.

⁴⁴⁶ رضا بن كريم، م س، ص 154.

⁴⁴⁷ م س، موضع سابق.

⁴⁴⁸ أحمد الورفلي، م س، ص 129.

⁴⁴⁹ رضا بن كريم، م س، موضع سابق.

193- إنّ هذا الغير الذي قصده الفصل المذكور لا يمكن أن يكون من الخلف العام، ذلك أنّ هذا الأخير لا يعتبره فقه القضاء غيراً في ما يتعلّق بالعقود التي أبرمها سلفه⁴⁵⁰.

ولكن يمكن أن نعتبر هذا الغير من الخلف الخاصّ، رغم أنّه ليس غيراً على معنى الفصل 241 م 1 ع، وبالتالي فإنّ آثار إمضاء العقد الباطل تسري على خلفه الخاصّ⁴⁵¹.

إلا أنّ المشرّع في الفصل 338 م 1 ع قد عدّل من مفهوم الغير ليشمل بذلك الخلف الخاصّ وذلك في غاية حماية مصالحه، وبمقتضى هذا التّعديل، يمكن أن لا يُقيّد الخلف الخاصّ بالإمضاء ذلك أنّه قد اكتسب صفة الغير وبالتالي يصبح خاضعاً لأحكام الفصل 338 م 1 ع⁴⁵².

ويربط بعض الفقهاء هذه الإمكانية بشرطين، يتعلّق الأوّل بضرورة اقتران موضوع التّصرف بإحدى الحقوق التي انتقلت إلى هذا الخلف، وكذلك يجب أن يسبق التّصرف انتقال الحقّ للخلف. وبتحقّق هذين الشرّطين، يصبح الخلف الخاصّ غيراً، لا يمكن أن يُحتجّ بالإمضاء تجاهه⁴⁵³.

كما يمكن أن نطبّق الفصل 338 م 1 ع على الدّائنين، ولكن ليس في كلّ الأحوال، فقط إن اكتسب إمضاء العقد الباطل طابع الغشّ والتّواطؤ بين الممضي والطرف الآخر.

ففي هذه الصّورة، وعند إمضاء المدين لعقد مبرم مع طرف آخر غير دائنه، وثبت إلحاق هذا الإمضاء بالضرر بمصالح الدّائن، جاز لهذا الأخير، باعتباره غيراً حسن النّيّة، أن يطعن في عمليّة الإمضاء قصد إبطالها واسترجاع إمكانية القيام بدعوى البطلان، وذلك استناداً على الفصل 306 م 1 ع المنظمّ للدعوى البليانية والذي ينصّ على أنّه "يجوز للدّائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود التي تمّمها مدينهم بأنّه تمّمها لإضرارهم في حقوقهم تغريراً وتدليسا...". كلّ ذلك هو رهين توفّر شرط إثبات الرّكن المعنوي والمتمثّل في قصد الممضي في إلحاق الضرر بمصالح دائنه وأنّ هذا الأمر قد تمّ بتواطؤ بينه وبين المتعاقد الآخر⁴⁵⁴.

194- إنّ آليّة إمضاء العقد، بما تفرضه من شروط مضبوطة تهّم الأصل والشّكل والإثبات وما ترتّب به من آثار مسقطّة لبعض الحقوق بالنّسبة للممضي وحامية لبعض الحقوق الأخرى بالنّسبة للغير، هي

⁴⁵⁰ قرار تعقيبي مدني عدد 13094، مؤرخ في 25 أفريل 1985، ن، جزء 1، ص 225.

⁴⁵¹ رضا بن كريم، م س، ص 155.

⁴⁵² م س، موضع سابق.

⁴⁵³ سامي قلال، إجازة العقد الباطل من خلال م 1 ع التّونسية، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون العام، كلّيّة الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس، 1993، ص 244 و 245.

⁴⁵⁴ أحمد الورفلي، م س، ص 131.

آلية هامة في القانون المدني لما تحمله من مزايا للأطراف والغير وخاصة العقد الباطل، ذلك أنها تجعل منه عملاً مستقرًا محميًا من الخطر الذي كان يترصده وهو المطالبة بالبطلان، كلّ ذلك من خلال عمل إراديّ تنازليّ لا يمحى العيب الذي أبطل العقد موضوع الإمضاء. نفس هذه الغايات تسعى إلى تحقيقها آلية أخرى ألا وهي إجازة العقد الباطل.

الفقرة الثانية: إجازة العقد الباطل

195- إنّ التنازل عن الحقّ في طلب البطلان لا يصدر دائماً عن أحد أطراف العقد، فقد يكون في بعض الأحيان نابعاً عن شخص أجنبيّ عن العقد موضوع التدارك، ونتحدّث هنا عن فرضيّة إجازة العقد الباطل.

والإجازة لغة هي: "إنفاذ التصرف وإمضائه وجعله جائزاً نافذاً، وأجزت العقد جعلته جائزاً نافذاً"⁴⁵⁵.

196- من هذا التعريف نتبين حقيقة مأتى الإجازة. إذ هي نظريّة تجد مصدرها في القانون الإسلامي، باعتبار أنها ترد في هذا القانون على العقد الموقوف وتطبيقها تُخرج العقد من حالة الوقف إلى حالة النفاذ.

ويقسم القانون الإسلامي وبالأساس المذهب الحنفي العقود، من هذا المنطلق، إلى عقود صحيحة وعقود باطلة أو فاسدة. والعقد الصحيح ينقسم بدوره إلى ثلاث: العقد النافذ واللازم؛ وهو العقد الذي لا يتوقّف نفاذه على أيّ إجازة ولا يكون عادة قابلاً لإنهائه من طرف واحد، ثم العقد النافذ وغير اللازم وهو العقد الذي يترك المجال لإنهائه بطريقة أحاديّة، وأخيراً العقد الموقوف وهو العقد الذي أبرم صحيحاً ولكنّه صادر عن "مالك غير أهل للاستقلال كالصبيّ المميّز أو من غير ذي ولاية شرعيّة كالفضوليّ أو في مال تعلّق به حقّ الغير كبيع المرهون"، وبالتالي يتوقّف نفاذ هذا العقد على إجازة صاحب الحقّ⁴⁵⁶.

ويُبسّط الأستاذ عبد المجيد الزّروقي هذا التقسيم من خلال اعتبار كلّ هذه العقود (الباطلة، الفاسدة، غير النافذة والموقوفة) من قبيل العقود الموقوفة، ولكنّ درجة الوقف تختلف من عقد إلى آخر: "فالعقد الباطل موقوف الانعقاد، والعقد الفاسد موقوف الصّحّة، والعقد غير اللازم موقوف اللّزوم. فكلّ هذه العقود موقوفة، لكن جهة الوقف هي التي تتبدّل من عقد إلى آخر"⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلامية)، كليّة الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، 1968، ص 202.

⁴⁵⁶ عبد الرزاق حسن فرج، م س، ص 18 وما بعدها.

⁴⁵⁷ عبد المجيد الزّروقي، م س، ص 433، فقرة عدد 335.

إنَّ العقد الموقوف هو مجال انطباق الإجازة في الفقه الإسلامي، فالعقد يصدر صحيحا كامل الأركان إلا أنَّ صدوره فاقد لأحد عناصر النفاذ يُبقيه متأرجحا بين النفاذ والزوال منتظرا صدور الإجازة من عدمه عن صاحب الحق حتى يتقرر مصيره.

197- من ما سبق يمكن أن نستنتج الخطوط العريضة التي تميّز الإجازة. فمن وجه أول، هي تصرف قانوني أحادي⁴⁵⁸، تصدر عن إرادة واحدة هي إرادة الشخص المتنازل عن حقه، ولا معنى لقبول الطرف الآخر لهذا التصرف باعتبار أنَّ إرادة المجيز تكفي لتحقيق الإجازة.

ومن وجه ثان، ينبغي أن يكون هذا التصرف صادرا عن شخص أجنبي عن العقد، فصدور الإجازة عن طرف العقد تُفرغها من محتواها وتجعلنا أمام إمضاء للعقد والذي سنأتي على التفريق بينه وبين الإجازة لاحقا.

كما أنَّ الإجازة يجب أن تتضمن نزولا عن الحق في الإبطال، وهو الأثر الأهم الذي تتركه إجازة العقد والذي بدونه لا معنى لها. وكنتيجة لذلك، يمتنع المجيز بعد صدور إجازته عن المطالبة ببطلان العقد.

وأخيرا، الإجازة هي ذات مفعول رجعي، فالعقد يغدو صحيحا منذ إبرامه لا منذ حصول الإجازة. إلا أنَّ هذه الرجعية ليست مطلقة، فإن صدرت الإجازة عن البعض دون الآخرين، سرى مفعولها عليهم فقط مع محافظة البقية على حقهم في طلب البطلان⁴⁵⁹.

198- ولقد تبنت جلّ القوانين العربية، نقلا عن القانون الإسلامي، إجازة العقد كوسيلة لجعل العقد الموقوف نافذا محققا لآثاره. منهم نذكر القانون المدني المصري في المادة 139 التي تنصّ على أنَّ زوال العقد الباطل يتوقّف على إجازته.

أما بالنسبة للقوانين الغربية، فيُعبر عن الإجازة في القانون الفرنسي بعبارة ratification والتي يعرفها الفقهاء الفرنسيين على أنَّها مصادقة شخص على العقد المبرم من طرف شخص آخر باسم الشخص الأول بدون أيّ سلطة ممنوحة من طرفه⁴⁶⁰.

فمثل ما نستنتجه من التعريف، تجد الإجازة مجال انطباقها في القانون الفرنسي في ميدان الوكالة فقط، إذ نصّ عليها المشرّع الفرنسي في مناسبتين تتعلّقان بعقد الوكالة. ففي الفصل 1156 م م ف المعدل في

⁴⁵⁸ نعمان الرقيق، م س، ص 197.

⁴⁵⁹ م س، ص 199.

انظر أيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية: دراسة فقهية و قضائية، مصر، 2002، ص 91، عبد الرزاق السنهوري، م س، فقرة عدد 318.

⁴⁶⁰ "الواري"، م س، ص 378، فقرة عدد 703.

2016 يرى أنّ تصرّفات الوكيل التابعة عن تجاوز للسلطة الممنوحة بمقتضى عقد الوكالة أو بدون سلطة أصلاً تكون قابلة للإبطال من طرف الغير متعاقد حسن النية والذي يجهل الوضعية، إلا أنّ هذا البطلان لا يمكن إثارته إذا أجاز الموكل تصرّفات وكيله⁴⁶¹.

كما ينصّ الفصل 1161 من نفس المجلة على أنّ الموكل لا يحقّ له أن يمثل العديد من الأطراف في العقد الواحد في ميدان تمثيل الأشخاص ولا التعاقد لمصلحته الخاصة، ومثل هذه التصرفات هي باطلة إلا إذا سمح بها القانون أو أجازها الوكيل⁴⁶².

إنّ القوانين المقارنة كانت واضحة في تبنيها لإجازة العقد الباطل، فمنها من أخذ بها في عديد الميادين، ومنها من جعل انطباقها محدوداً على بعض العقود دون البقية. والمشرع التونسي ليس استثناءً. فلقد جعل من الإجازة آلية تمكّن من إنقاذ العقد من البطلان، ولكن ليس أيّ عقد، فالإجازة ذات مجال محدّد تنقذ بعض العقود دون الأخرى والتي سنأتي على تفصيلها لاحقاً.

199- ولقد استعمل المشرع التونسي عبارة الإجازة في عديد الفصول تراوحت بين مجلة الالتزامات والعقود ومجلة الأحوال الشخصية، فبتصفّح الأولى نجد ورود الإجازة في الفصول 8 و12 في ما يتعلّق بالأهلية، ثمّ بالفصل 576 المتعلّق ببيع ملك الغير. ثمّ بتصفّح الثانية، تحدّث المشرع عن الإجازة في ما يتعلّق بعقد الوصية في الفصول 179، 187 و190.

ويختلف مدلول الإجازة باختلاف الفصول والعقود التي تنطبق عليها. فهناك من اعتبر الإجازة إنّما قصد بها المشرع إمضاء العقد⁴⁶³، واعتمد في مجلة الالتزامات والعقود على عبارة الإمضاء بينما في مجلة الأحوال الشخصية استعمل عبارة الإجازة وذلك للدلالة على نفس الشيء، وهو خلط بين المفهومين ممّا يستوجب التفريق بينهما درءاً لكلّ خلط⁴⁶⁴. فصحيح أنّ الإجازة والإمضاء هما آليتان يتنازل من خلالهما صاحب الحقّ في طلب بطلان العقد عن حقّه، إلا أنّ الطّرف المتنازل يختلف

Article 1156 c.civ.fr modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art 2: " Lorsqu'il ignorait ⁴⁶¹ que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié."

Article 1161 c.civ.fr : " En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut ⁴⁶² agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié."

⁴⁶³ محمّد الزّين، م س، ص 225، فقرة عدد 282.

⁴⁶⁴ بديع بن عباس، «إجازة القاضي للعقد الباطل»، م ق ت، ديسمبر 2006، ص 107.

بينهما: الإمضاء المتعاقد نفسه هو الذي يمضي العقد ويجعله صحيحاً، إلا أنّ الإجازة تصدر عن شخص أجنبي عن العقد، رُصد البطلان لمصلحته⁴⁶⁵.

200- إنّ هذا الخلط الذي نجده عند العديد من الفقهاء والكتّاب مردّه غياب التعريف التشريعي الدقيق للمفاهيم، وهو ما نجده لا في ميدان الإجازة فقط بل تقريبا في جلّ المفاهيم.

كما أنّ المراوحة في مصادر مجلّة الالتزامات والعقود بين الأصالة والتمثّل في الفقه الإسلامي والحادثة المستمدة من القانون الغربي قد عمّقت من أزمة المفاهيم في تونس. ولقد برز هذا التشنّت التشريعي أيضا في تبني المشرّع لآلية الإجازة دون تبني واضح للعقد الموقوف الذي يُعتبر مردّ الإجازة في القانون الإسلامي. فبالعودة للفصول التي تناولت إجازة العقد في المجلّة المدنيّة والتجاريّة التونسيّة لسنة 1899، نجد أنّ أصول هذه الفصول تتراوح بين الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي مع التركيز أكثر على الفقه الإسلامي باعتبار أنه المرجع الأمّ لإجازة العقد.

201- أبعد من ذلك، هذه المراجع (الإسلاميّة منها) لا نجد فيها تطرّفاً لإجازة العقد بمعزل عن العقد الموقوف.

من ذلك مثلاً تعريف بيع ملك الغير حسب محمد قدري باشا في "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال النّاس في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النّعمان" في المادّة 300 منه، بكونه بيع من قبيل البيع الموقوف، يتوقّف نفاذه على إجازة المالك الحقيقي⁴⁶⁶.

إلا أنّ المشرّع التونسي ترك أمر الأخذ بمؤسّسة العقد الموقوف للمجهول، فنجد تارة حججا دامغة على تبني قانوننا لهذه المؤسّسة⁴⁶⁷، ممّا يجعل فهم الإجازة عمليّة سهلة، ولكن تأتي حجج أخرى لتعصف بالأولى وتحسم في عدم أخذ المشرّع بالعقد الموقوف⁴⁶⁸.

202- إنّ هذا التذبذب في تبني نظام متكامل للعقد الموقوف عسر المشرّع به على نفسه وعلى الفقهاء وعلى القضاة كذلك مهمّة حسن تطبيق القواعد المتعلّقة بإجازة العقد الباطل. ومن خلال هذه الدّراسة

⁴⁶⁵ أحمد بن طالب، الثّقويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلّية الحقوق والعلوم الاقتصاديّة والسياسيّة بتونس، 2004، ص 443، فقرة عدد 400.

⁴⁶⁶ محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال النّاس في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النّعمان، المطبعة الكبرى الأميريّة ببولاق مصر المحميّة، 1891، ص 49.

⁴⁶⁷ الحجج الدّاعمة لوجود العقد الموقوف في القانون التونسي تتمثّل في استعمال عبارات مستلهمة من الفقه الإسلامي وتعود إلى مؤسّسة العقد الموقوف، منها عبارات يتوقّف، الفضولي... كذلك تبني مؤسسات لا أثر لها في القانون الرّوماني بل تجد مصدرها في القانون الإسلامي مثل البيع في مرض الموت...

⁴⁶⁸ الحجج الرّافضة لتبني العقد الموقوف في القانون التونسي تتمثّل في تعارض نظريّة العقد الموقوف مع النظريّة العامّة للجزاء التي تجد مصدرها بالأساس في القانون الرّوماني من ذلك تقسيم حياة العقد إلى تكوين ثمّ تنفيذ، كما أنّ الجزاء المرصود عند الإخلال بقواعد التّكوين هو البطلان، وعند الإخلال بقواعد التّنفيد هو الفسخ، الأمر الذي نجده فقط في القانون الرّوماني. كما أنّ اعتماد عبارات تدلّ على العقد الموقوف هي مجرد استعارات لفظيّة لا تعكس المؤسّسة المأخوذة منها.

للإجازة سنحاول فهم أحكامها وبسط نظامها القانوني من خلال عرض لمختلف الآراء التي تحوم حولها وبالعودة دائماً إلى أصول الفصول المنظمة للمسألة. ومن ذلك يمكن الحديث عن تطبيق الإجازة في مرحلة أولى قبل المرور إلى التعبير عنها في مرحلة ثانية.

أ-تطبيق إجازة العقد الباطل

203- إنَّ تطبيق إجازة العقد الباطل لم يكن من قبيل المهمة السهلة، فالأمر لم يكن دائماً محلّ إجماع فقهي وهو ما جعلنا نخوض في مسألة التطبيق قبل المسائل الأولية الأخرى من شروط وشكليات... فلا زال البعض يشكك في مدى انطباق الإجازة على العقود الباطلة وإنفاذها لها، إضافة إلى أنَّ الحالات التي تنطبق عليها الإجازة هي الأخرى لم تحظى كلها بالإجماع الفقهي.

1-مدى جواز تطبيق إجازة العقد الباطل

204- هل ترد الإجازة على العقد الصحيح أو الباطل أو الموقوف؟ وإن سلّمنا أنَّها ترد على العقد الباطل كآلية إنقاذ، هل يجب أن يكون هذا البطلان مطلقاً أو نسبياً؟ إنَّ هذه التساؤلات فتحت المجال للفقهاء للتأويل والحجاج، كلُّ حسب نظريته الخاصة. فمن جهة، يرى الأستاذ أحمد بن طالع في أطروحته أنَّ الإجازة لا ترد إلا على العقد الصحيح والنافذ شخصياً وتأتي فقط لجعله نافذ عينياً أيضاً، لا لتدارك البطلان فيه⁴⁶⁹. ولعلَّ هذا الرأي هو مستمد من القانون الإسلامي وخاصة من حقيقة كون العقد الموقوف، والذي هو أصل الإجازة، يندرج ضمن العقود الصحيحة في القانون الإسلامي، إلا أنَّ هذه الصّحة غير نافذة ومتوقّفة على الإجازة، ورفض الإجازة أو ردّها يعني زوال العقد وكأنّه لم يكن وتنتهي بذلك حياة التصرف الموقوف⁴⁷⁰.

كما من الصحيح القول بأنَّ المشرّع التونسي قد أخذ آلية إجازة العقد عن القانون الإسلامي، إلا أنَّ هذا الأخذ لم يكن مطلقاً بل هو "أخذ بتصرف"، الأمر الذي سنلاحظه في جلّ أحكام الإجازة. وبالتالي لا يمكن أن نقول أنَّ الإجازة ترد على التصرف الصحيح باعتبار أنَّ ذلك يستوجب أن غيابها أو حضورها لا يؤثران في العقد مادام صحيحاً.

ومن جهة أخرى، يرى البعض الآخر أنَّ الإجازة تتسلط على العقد الموقوف باعتبار أنَّ نفاذه رهين حصول الإجازة من عدمه⁴⁷¹. الأمر الذي لم يكن غريباً على فقه القضاء التونسي، إذ اعتبرت محكمة

⁴⁶⁹ أحمد بن طالع، م س، ص 443 و 444، فقرة عدد 400.

⁴⁷⁰ راجع في هذا الصدد المادتين 51 و 378 من مجلة الأحكام العدلية.

⁴⁷¹ "العقد الموقوف هو عقد تعلّق به حقّ الغير... ولا ينتج آثاره إلا بالإجازة." نور الدين بالسّور، مقال سابق، ص 403.

التعقيب في قرار لها أنّ "المشرّع قد خيّر العقد الموقوف في الفصل 576 م 1 ع (فصل يهّم بيع ملك الغير) ذلك أنّ العقد الموقوف غير نافذ حتى تلحقه الإجازة... كما أنّه يهّم الطرفين والمالك الحقيقي على السواء... وهو ما يجعل العقد الموقوف متوقّف الأثر حتى يقره المالك الحقيقي وعندها ينتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك وإن رُفِضت إجازته فالعقد يضلّ معدوم الأثر"⁴⁷².

إنّ هذا الموقف - وعلى الرّغم من سلاسته وتلاؤمه مع مصدر الإجازة - لا نستطيع أن نوّده وذلك لغياب تبني واضح وصريح لنظرية العقد الموقوف من طرف المشرّع التونسي وبالتالي يجدر البحث عن إطار لانطباق الإجازة يتلاءم أكثر وتوجّهات المشرّع.

وأخيراً، يحظى الرأي الأخير بالأغلبية في صفوف الفقهاء، باعتبار أنّه الرأي الأقرب للمنطق وللموقف التشريعي، والذي يعتبر أنّ الإجازة ترد على العقد الباطل.

205- ولعلّ من بين العقود التي خلقت جدلاً حول الجزاء المسلّط عليها هي العقود المتعلقة ببيع ملك الغير. فهل أنّ عقد بيع ملك الغير باطل؟

يجد هذا التساؤل مبرّره على الأغلب في الضبابية التي اتّسم بها الفصل 576 م 1 ع والمنظّم لهذه المسألة.

وتعود هذه الضبابية بدورها إلى اختلاف الأحكام المرصودة لبيع ملك الغير على مرّ مشاريع القوانين. ففي مرحلة أولى، نجد الفصل 557 من المشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية التونسية والصّادر سنة 1897 يعتبر أنّ "بيع ملك الغير باطل، إلّا أنّه يمكن أن يصبح صحيحاً إذا... أو..."

إلّا أنّ محرّري المجلة المدنية والتجارية لسنة 1899 قد عدّلوا عن موقفهم من خلال تعديل الفصل المذكور من البطلان إلى الصّحة بالفصل 673 ليصبح "بيع ملك الغير صحيح إذا... أو..."

فلئن كان الأمر واضحاً بالنسبة للمشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية وهو بطلان عقد بيع ملك الغير، وهو نفس الحلّ الذي لازال معمولاً به في القانون الفرنسي، إلّا أنّ هذا الوضوح تمّ التراجع عنه، فصار المشرّع يتحدّث عن صّحة هذا العقد، إلى أن وصل في مرحلة أخيرة إلى موقف وسط، وهو الحديث عن "جواز" بيع ملك الغير مع الإشارة في آخر الفصل إلى فسخ العقد ثمّ إلى بطلان العقد.

أبعد من ذلك، النسخة الفرنسية من مجلة الالتزامات والعقود لا تزال تحافظ على عبارات الفصل 673 من المشروع والتي تتحدّث عن "صّحة بيع ملك الغير"، الأمر الذي لا يتنبّاه المشرّع صراحة في النسخة العربية والتي نعلم أنّها النسخة المعمول بها، فالموقف ضبابي هنا، إذ لا يأخذ المشرّع موقفاً

انظر أيضاً: فتحي الورتاني، العقد الموقوف في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1990-1991، ص 13: "العقد الموقوف لا ينتج أيّ أثر إلّا إذا تقرّرت إجازته."

⁴⁷² قرار تعقيبي مدني عدد 27170، مؤرخ في 15 جوان 2009.

"شجاعاً" من خلال تبني الصّحة أو البطلان بل بقي يتأرجح بين هذا وذاك من خلال عبارة "يجوز". فهل تعني هذه العبارة الصّحة المطلقة للعقد أو صّحة العقد ولكن بتحفظ؟ هل هي من باب الاستعارة اللفظية أو هي إشارة للإجازة؟ وإن كانت بمعنى الإجازة، فهل نحن بصدد الإجازة المنقذة للعقد أو الإجازة بالمعنى اللّغوي أي الإذن بالبيع؟ كلّ هذا المزيج بين الصّحة والبطلان والفسخ والجواز هو نتاج محاولة تنسيقية بين أصول المؤسّسة، أي القانون الإسلامي، والقوانين الحديثة، أي القوانين الغربيّة.

والقوانين الغربيّة بدورها قد عرفت تذبذباً بين التسليم بصحة بيع ملك الغير أو رفضه واعتباره باطلاً. ففي القانون الفرنسي القديم، اعترف هذا الأخير بصحة بيع ملك الغير وذلك نقلاً عن القانون الروماني. "بيع ملك الغير ممكن بدون رضا مالك الشّيء المبيع"⁴⁷³. وحسب هذا القانون، نقل الملكية للمشتري أمر مستحيل ذلك أنّ البائع ليس مالكا، إلّا أنّه لم يُعتبر أمراً مهماً في عقد البيع آنذاك لأنّ، من قواعد القانون الروماني المتعلّقة بعقد البيع، اعتبار هذا الأخير لا يستوجب ضرورة نقل للملكيّة، بل يكفي أن يُمكن البائع المشتري من المبيع حتّى يتمّ البيع⁴⁷⁴.

إلّا أنّ المشرّع الفرنسي تراجع بعد ذلك ليُصنّف صراحة بيع ملك الغير من قبيل العقود الباطلة من خلال وضع الفصل 1599 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة.

206- ولكن إن سلّمنا بأنّ بيع ملك الغير هو بيع باطل ينتظر تدخّل الإجازة لتحقيق آثاره، صار التساؤل هنا هل أنّ هذا البطلان مطلق أم نسبي؟ وانقسمت الآراء والمواقف في هذا المجال.

فبالنسبة لموقف مناصري بطلان بيع ملك الغير بطلاناً نسبياً، والذي تبنته بعض قرارات محكمة التعقيب التّونسية⁴⁷⁵، اعتبر هؤلاء، أنّ بيع ملك الغير هو من قبيل العقود الباطلة بطلاناً نسبياً⁴⁷⁶

⁴⁷³ "Dans l'ancien droit, elle était valable. " On peut, dit Pothier, vendre valablement la chose d'autrui sans le consentement de celui qui en est le propriétaire. "..."

"لورون"، قواعد القانون المدني الفرنسي، الجزء 24، باريس، 1877، ص 105، عدد 100.

Laurent, *Principes de droit civil français*, Paris, 1877, tome 24, page 105, n°100.

⁴⁷⁴ "لورون"، م س، موضع سابق.

⁴⁷⁵ "اقتضت أحكام الفصل 576 م ا ع إمكانية بيع ملك الغير إذا أجازته ربّه أو صار المبيع ملكاً للبائع بعد و أنّه في صورة عدم إجازة المالك يحقّ للمشتري فسخ العقد ومعنى ذلك أنّه عقد فاسد لكن لا يوجب البطلان بحكم القانون إذ القضاء به يتوقّف على الطّلب فهو بطلان نسبي."

قرار تعقيبي مدني عدد 41956، مؤرخ في 17 جانفي 1995، ن، القسم المدني، ص 456.

⁴⁷⁶ "الحقّ في إبطال العقد بطلاناً نسبياً ينقضي بالإجازة." أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، م س، ص 89؛ عبد الرزّاق السنهوري، م س، عدد 317.

باعتبار أنّ المشتري قد وقع في "غلط حول صفة مهمّة للمبيع وهي انتماءه حقيقة للبائع، كما أنّه أخطأ في صفة أساسيّة للبائع وهي صفته كمالك"⁴⁷⁷.

ويرى الأستاذ نور الدين بالسّورور أنّ اعتبار عقد بيع ملك الغير عقد باطل نسبياً هو الأقرب للواقع ذلك أنّه لا يمكن تصوّر تبنيّ إجازة العقد الباطل إلّا في العقود الباطلة نسبياً باعتبار أنّ البطلان النسبي فقط هو الذي يقبل التّدارك والإنقاذ على عكس البطلان المطلق⁴⁷⁸.

ويتماشي موقف الأستاذ بالسّورور مع موقف أحد المصادر الغربيّة للفصل 673 من المجلّة المدنيّة والتّجاريّة التونسيّة لسنة 1899، وهو الفقيه "لورون"، إذ يعتبر هذا الأخير، أنّه وبالتّساؤل حول المصلحة التي أراد المشرّع حمايتها عبر اعتبار بيع ملك الغير باطلاً، نجد أنّه أراد حماية المصلحة الخاصّة للمشتري الذي لا يمكن أن تنتقل ملكيّة ما اشتراه إليه، وبالتالي فالبطلان نسبي⁴⁷⁹. وهو نفس التمشّي الذي دأب عليه الفقهاء الفرنسيّين في تحليل عبارة البطلان الواردة في الفصل 1599 المنظم لبيع ملك الغير في المجلّة الفرنسيّة⁴⁸⁰.

نفس هذا الأمر نصّت عليه بعض القوانين العربيّة منها القانون المصري، فبقراءة عكسية للفصل 139 من المجلّة المدنيّة نجد أنّ إجازة العقد لا ترد إلّا على العقد القابل للإبطال، للدّلالة على البطلان النسبي، وليس العقد الباطل والمعروف لدينا بالبطلان المطلق.

في المقابل، يعتبر البعض الآخر أنّ بيع ملك الغير هو بيع باطل بطلانا مطلقاً، منهم الأستاذ نعمان الرّقيق الذي يذهب أبعد من ذلك ويعتبر أنّ إجازة العقد الباطل هي استثناء لمنطوق الفصل 329 من م ا ع والذي يعتبر أنّ إمضاء أو تصديق الالتزام الباطل من أصله لا عمل عليه⁴⁸¹. وبالتالي فإنّ الإجازة حسب هذا الرّأي تأتي لإنقاذ العقد الباطل بطلانا مطلقاً ولكنها إجازة لا تطبّق إلّا في حالات

⁴⁷⁷ النصّ الأصلي:

"L'acheteur s'est trompé, en effet, sur une qualité essentielle de la chose vendue à savoir son appartenance au vendeur, comme il s'est trompé aussi sur une qualité déterminante de la personne du vendeur qui est sa qualité de propriétaire."

انظر نور الدّين بالسّورور، م س، ص 95 و96، فقرة عدد 81.

⁴⁷⁸ "هل يقرّ هذا الفصل بإجازة بيع ملك الغير، ذلك أنّ البطلان النسبي فقط هو الذي يقبل التّقوية؟"

انظر نور الدّين بالسّورور، م س، موضع سابق.

"Cet article n'admet il pas la ratification de la vente de la chose d'autrui, alors que seule la nullité relative est susceptible de consolidation ?"

⁴⁷⁹ "لورون"، م س، ص 110، فقرة عدد 103.

⁴⁸⁰ "فراديرليك كويت كورداي"، «إجازة البيع المبرم من طرف غير المالك»، أخبار قانونيّة في قانون العقّارات، 2003، ص 140.

Frédérique Cohet-Cordey, «Ratification d'une vente consentie a non domino», *Actualité Juridique Droit Immobilier*, 2003, p 140.

⁴⁸¹ نعمان الرّقيق، م س، ص 195 و ما بعدها.

خاصة ومحدودة. ولقد سانداه في هذا الرأي الأساتذة نور الدين الغزواني وكمال شرف الدين⁴⁸². فيرى هذا الأخير أنّ الحجج المناصرة لبطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا هي الحجج التي تبدو أكثر تأثيرا في الفقه. فمن ناحية لا تتعارض عبارات الفصل المنظم للمسألة مع هذا الجزاء ونذكر خاصة الإشارة إلى "بطلان البيع" في آخر الفصل. كما أنّ المشروع الأولي للمجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1897 يتبنّى صراحة بطلان البيع في الفصل 557، أصل الفصل 576 الحالي. وأخيرا، يمكن أن نبرهن على بطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا من خلال حجة مأخوذة من القانون الجزائري الذي يجرّم في الفصل 292 من المجلة الجزائية بيع أو رهن أو كراء ما لا حقّ لمرتكب ذلك في التصرف فيه ويشبّهه بجريمة التّحيل ويعاقب مرتكبه على ذلك الأساس⁴⁸³.

إنّ هذا الاختلاف الفقهي هو نتاج غياب الإقرار الصحيح عن مدى جواز انطباق الإجازة على العقد الباطل. إلّا أنّ الرأي الأغلب يتّجه نحو تبنيّ الإجازة كآلية تمكّن من تجاوز بطلان العقد من خلال التنازل عن حق المطالبة به. ولكنّ هذا الاختلاف لا يقف عند هذا الحدّ، بل نستشفّه أيضا من خلال دراستنا لحالات تطبيق الإجازة.

2- حالات تطبيق إجازة العقد الباطل

207- إنّ حالات التطبيق هي حالات محدّدة بالقانون، ويعود ذلك إلى كون ميدان تطبيق الإجازة على العقود الباطلة غير موسّع. ودراسة الفصول التي تناولت حالات إجازة العقد الباطل، نجد أنّها مقسّمة إلى حالات شخصية وحالات موضوعية.

1.2- حالات شخصية

208- يقصد بالحالات الشخصية تلك المتعلقة بالأهلية، وبصفة أدقّ النقص في الأهلية. ففي ما يتعلّق بالصّغير المميّز، يفرّق المشرّع بين ثلاثة أنواع من تصرّفات ويرصد لكلّ واحدة منها مصيرا مختلفا عن الأخرى. فحسب الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية، تصرّفات الصّغير المميّز (من تجاوز سنّ الثلاثة عشرة) هي صحيحة إن كانت من قبيل النّفع المحض، وباطلة إن كانت من قبيل الضّرر المحض. أمّا إن كانت من صنف الأعمال الدائرة بين النّفع والضّرر، فيتوقّف نفاذها

⁴⁸² انظر نور الدين الغزواني، «خواطر حول جزاء بيع ملك الغير»، المجلة التونسية للقانون، 1987، ص 124 وما بعدها.

Ghazouani Nouredine, «Réflexions sur la sanction de vente de la chose d'autrui», *Revue tunisienne de droit*, 1987, page 124 et s.

محمد كمال شرف الدين، حقوق الغير والأعمال الناقلة للملكية العقارية، مركز الدراسات والبحوث والنشر، ص 273 وما بعدها.

Mohamed Kamel Charfeddine, *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, centre d'étude, de recherches et de publications, page 273 et s.

⁴⁸³ محمّد كمال شرف الدين، م س، ص 274.

على إجازة الولي. نفس الحكم أكد عليه المشرع في الفصل 8 من م 1 ع وأضاف إلى حالة الصغير المميز الشخص المحجور عليه لسفه إذا أبرم عقدا مهما كانت نسبة نفعه أو ضرره⁴⁸⁴ بدون إذن الولي أو الأب توقفت صحة هذا العمل على إجازة أحدهما (الأب أو الولي). كما أن إجازة الولي أو الأب أكد عليها المشرع في الفصل 165 من مجلة الأحوال الشخصية معتبرا أن نفاذ التصرفات المبرمة من قبل السفه متوقفة على إجازة الولي. وبصفة عامة، يربط المشرع في مجلة الأحوال الشخصية صحة تصرفات المحجور عليهم من مجنون وضعيف عقل والمقامة بدون مساعدة الولي بإجازة هذا الأخير. إذ ينص الفصل 162 من المجلة على أن: "التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي". كما يضيف المشرع صلب مجلة الالتزامات والعقود الفصل 12 والذي يعتبر فيه أن تعاطي التجارة قابل للرجوع فيه وذلك بإجازة من المحكمة. وبالتالي فإن تصرفات الصغير والسفه تتوقف على إجازة الولي أو الأب، والإذن بتعاطي التجارة بالنسبة للصغير يمكن الرجوع فيها بإجازة من المحكمة. في ما يتعلق بالحالة الأخيرة، لا نعتقد أننا أمام إجازة لعقد باطل بالمفهوم الذي نحن بصدد دراسته، ذلك أن الإجازة هنا يمكن أن تفهم على أنها إذن معطى من المحكمة للرجوع في الإذن في تعاطي التجارة وذلك لأسباب قوية يمكن أن تكون أهمها سوء استعمال الإذن من طرف الصغير، وبالتالي فإننا لسنا أمام عقد باطل يستوجب تدخل الإجازة لتنقذه وتجعله ساري المفعول، بل نحن أمام مجرد "إذن قضائي مُعطى للقاصر"⁴⁸⁵.

209- إن الإجازة المذكورة في فصول مجلة الأحوال الشخصية اعتبرها البعض من قبيل "إمضاء العقد" باعتبار أن العيب هنا متعلق بالأهلية والتي كما نعرف إحدى شروط صحة العقد حسب الفصل 2 من م 1 ع، وبالتالي فإن هذا العيب مرتب للبطلان ويمكن إنقاذه من خلال إمضاء العقد⁴⁸⁶. إلا أن هذا الرأي لا يستقيم لأن التنازل عن الحق في طلب البطلان لا يساوي دائما الإمضاء، فصحیح أن إنقاذ العقد من البطلان من خلال التنازل عن المطالبة به تعني إمضاء العقد وجعله نافذا، إلا أن استعمال عبارة الإمضاء هنا هو من قبيل الاستعارة اللفظية لا الاصطلاحية، إذ أنه يختلف عن آلية الإمضاء التي كنّا بصدد دراستها.

أضف إلى ذلك، إمضاء العقد يصدر وجوبا عن أحد أطراف العقد، وهذا على عكس الإجازة المصرح بها في فصول مجلة الأحوال الشخصية المبينة أعلاه، إذ هي صادرة عن الأب أو الولي أو المحكمة،

⁴⁸⁴ الفصل 165 من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أن: "جميع التصرفات التي يباشرها... بعد الحكم بتوقف نفاذها على إجازة الولي". وذلك على عكس تصرفات الصغير المميز إذ حدّد تلك التي تستوجب إجازة بأنها يجب أن تكون دائرة بين النفع والضرر.

⁴⁸⁵ أحمد بن طالب، م س، ص 441، فقرة عدد 399.

⁴⁸⁶ راجع: محمد الزين، م س، ص 225، فقرة عدد 282.

وهؤلاء ليسوا أطرافا في العقود المبرمة من طرف المحجور عليهم، الأمر الذي يتلاءم وتعريف الإجازة التي تكون صادرة عن شخص أجنبي عن العقد.

كما يضيف القانون الإسلامي للائحة الأشخاص المحجور عليهم، العبد الذي تصرف من تلقاء نفسه بدون موافقة من مالكة، هذا العمل يستوجب إجازة مالك العبد حتى يصبح صحيحا⁴⁸⁷، الفرضية التي لم تعد محل نقاش في يومنا هذا لإلغاء العبودية.

210- إن الفصول المذكورة جاءت في إطار حماية الصغير من التصرفات الضارة بأمواله، وبالتالي يتوقف النظر في تصرفاته التي لا يثبت فيها الضرر من النفع إلى حين إجازة من وليه، والذي يكون على دراية أكثر بمصلحة الصغير.

نفس الأمر ينطبق على تصرفات السفيه، باعتبار أنه "لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف..." وذلك حسب منطوق الفصل 164 من مجلة الأحوال الشخصية، مما استوجب تدخل المشرع للحجر عليه حماية له ولثروته من التبذير. ولتعزيز هذه الحماية، تقترن صحة جميع تصرفاته بإجازة أبيه أو وليه.

211- ومن هنا تتحقق أهداف الإجازة كتنازل طرف أجنبي عن العقد، والمتمثل في شخص الولي أو الأب، عن طلب بطلان العقد المبرم من طرف المحجور عليه، وبالتالي إنقاذ هذا العقد من جزاء البطلان وجعله محققا لآثاره وغير قابل للطعن فيه مرة أخرى. هذا المطلب هو نفسه الذي سعى المشرع إلى تحقيقه من خلال تنظيم الحالات الموضوعية لتطبيق الإجازة.

2.2- حالات موضوعية

212- ونعني بالحالات الموضوعية والتي تمثل مجال انطباق الإجازة الأهم في القانون المدني، الحالات المتعلقة بمحل العقد، وهي حالتها بيع ملك الغير وبيع المريض في مرض موته. بالنسبة لبيع ملك الغير، المفروض أن يكون المبيع مملوكا من البائع⁴⁸⁸، إلا أنه قد يحدث وأن يتصرف شخص في ما لا يملكه، فبيع ملك الغير هو "انعدام سلطة التصرف لدى القائم بالتصرف"⁴⁸⁹. وهذه القاعدة هي نتاج طبيعي لقاعدة أساسية منصوص عليها صلب الفصل 551 من ماع والتي تعتبر أن الشخص لا يمكن أن يمنح لآخر أكثر مما له من حقوق. فالشيء الذي ليس على ملكنا وليس لنا حق التصرف فيه لا يدخل في دمتنا ولا نستطيع التقييد فيه. وهو أمر أكدت عليه مجلة الأحكام العدلية في

⁴⁸⁷ نور الدين بالسرور، مقال سابق، ص 403، هامش عدد 39، ثالثا.

⁴⁸⁸ قال حكيم بن حزام رضي الله عنه: "سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: يأتييني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع؟ قال: لا تبع له ما ليس عندك." رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه أيضا، وصححه العلامة الألباني في إرواء الغليل 5/132.

⁴⁸⁹ صفاء النقي، م س، ص 57.

المادة 365 منها: "يُشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع، أو وكيلًا لمالكة، أو وصيًا و أن لا يكون في المبيع حق الغير."

213- إن بيع ملك الغير هو مؤسسة مأخوذة أساسا من القانون الإسلامي، فبالرجوع لأصول الفصل المنظم للمسألة، وهو الفصل 673 من المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899، نجد أن حاشية الفصل تتكوّن أساسا من جملة من فقهاء القانون الإسلامي من الفقه المالكي وهم بالأساس خليل، الزرقاني، ابن سلمون من خلال كتابه العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، التاودي وابن عاصم، ومن الفقه الحنفي نجد بالأساس "الدّر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار" لعلاء الدين الحصكفي، إضافة إلى المجلات القانونية الإسلامية الحنفية وهما مجلة الأحكام العدلية والصادرة في 1876، ثم "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة النعمان" لمحمد قذري باشا والتي تبلورت سنة 1890⁴⁹⁰.

214- إن بيع ملك الغير هو من قبيل "تصرف الفضولي". ومؤسسة تصرف الفضولي لم يبتدعها القانون التونسي باعتبار أنها مضمّنة في الفصل 576 م 1 ع، إذ أنها مؤسسة تعود بالأساس إلى الفقه الإسلامي. ويتبين لنا ذلك بالعودة إلى هامش الفصل 673 من المجلة المدنية والتجارية التونسية والذي يرجع بنا إلى جملة من مواد المجلة العثمانية لعلّ أولها المادة 111 والتي من خلال تعريف البيع الموقوف تعتبر أن بيع الفضولي هو البيع الذي يتعلّق به حق الغير⁴⁹¹.

ولقد عرّف "الدّر المختار" الفضولي بكونه: "من يشتغل بما لا يعنيه، ويتصرف في حق غيره أو بغير إذن شرعي، وهذا التصرف له مجيز، أي أن هناك من يمكنه إجازة هذا التصرف"⁴⁹².

ونتبين من خلال هذا التعريف أن الفضولي هو ليس فقط من باع ملك غيره، بل كلّ من تصرف في حق غيره بدون إذن منه، ويمكن أن نذكر إلى جانب البيع رهن ملك الغير، فقد أخذ به المشرع التونسي

⁴⁹⁰ "تقنين مدنيّين قد نالا الاهتمام بعد ذلك. الأولى هي "المجلة" ظهرت في 1876... جمعية من العالمين الحنفيّين قد كلّفت بتحقيق جميع قواعد القانون الإسلامي... أما التقنين الثاني فيتعلّق أيضا بالمذهب الحنفي وهي من إنجاز محمد قذري باشا، منشورة في 1890 "مرشد الحيران"..."

"Deux codifications civiles musulmanes retiendront, ensuite, l'intérêt. La première...est celle de la «medjella» parue en 1876... une association de savants hanéfites fut chargée de réaliser le groupement des règles de droit musulman... La seconde codification... porta également sur le rite hanéfite et fut l'œuvre de Mohamed Pacha. Publié en 1890. Le « Morched el hairan»..."

محمد كمال شرف الدين، «موجز حول الطريقة المعيارية المعتمدة في بلورة مجلة الالتزامات والعقود التونسية». المجلة الدولية للقانون المقارن، 1996، عدد 2، الصفحات 423 و424.

Mohamed Kamel Charfeddine, «Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats.» *Revue internationale de droit comparé*, 1996, n°2, pages 423 et 424.

⁴⁹¹ المادة 111 من مجلة الأحكام العدلية: "البيع الموقوف هو بيع تعلّق به حق الغير كبيع الفضولي."

⁴⁹² علاء الدين الحصكفي، الدّر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، دار الكتب العلمية، 2002، ص 420 و ما بعده.

أيضا كوجه آخر من أوجه التشبع بقواعد الفقه الإسلامي، إذ يعتبر في الفصل 203 من مجلة الحقوق العينية أنّ رهن ملك الغير صحيح إن أجازته المالك أو صار المرهون ملكا للرّاهن.

إنّ عمل الفضولي من خلال القانون الإسلامي هو عمل موقوف على إجازة المالك الحقيقي، الأمر الذي نستشفّه من منطوق المادة 368 لمجلة الأحكام العدلية والتي تعتبر أنّ: "البيع الذي يتعلّق به حقّ آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفا على إجازة ذلك الآخر." وبالتالي فإنّ إجازة المالك الحقيقي، إلى جانب صيرورة البائع مالكا للمبيع، هي شرط ضروري التّوقّر حتّى يصبح العقد نافذا محققا لآثاره. فتنقل الملكية للمشتري بمجرد صدور الإجازة ويصبح العقد صحيحا منذ إبرام العقد.

215- إلّا أنّ هذه الصّحة لا يجب أن نفهمها على أنّها مطلقة، إذ ولئن كانت الإجازة عملا مصحّحا لعملية بيع ملك الغير، إلّا أنّ الصّحة لا تسري إلّا على العيب الذي وقع تلافيه بها، فإن اشتمل هذا الأخير على عيوب أخرى، يبقى العقد باطلا في حقّها ولا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن تصحّحها الإجازة الواردة على عيب واحد دون البقية⁴⁹³.

جانب آخر من محدودية صّحة العقد بمقتضى الإجازة والذي يجب أن نعرّج عليه، وهو نتيجة حتمية لإحدى خصائص الإجازة كعمل انفرادي صادر عن إرادة وحيدة، هو أنّ الإجازة تُعدّ تنازلا نسبيا عن طلب البطلان. إذ هي لا تسري سوى في حقّ المجيز وحده دون البقية ممّن لهم الحقّ في الإجازة، فيحافظ هؤلاء على حقّهم في طلب البطلان⁴⁹⁴، ولا يغدو العقد صحيحا مطلقا إلّا إن كان المجيز هو الطّرف الوحيد الذي يملك الحقّ في طلب البطلان، عندها يمكن أن نسلم بأنّ الصّحة المحقّقة بالإجازة هي صّحة مطلقة. إذ يعتبر الفقيه "كوتيري" في هذا الصّد أن الإجازة تؤدّي إلى انقضاء الحقّ في طلب البطلان وهو انقضاء نسبي بحث لأنه لا أحد يفقد هذا الحقّ سوى المجيز نفسه⁴⁹⁵.

216- صحيح أنّ الإجازة تجعل العقد نافذا محققا لآثاره وتمنع على البائع المطالبة بالبطلان بعد التصريح بإجازته، إلّا أنّ صدور هذه الأخيرة لا يعني أنّ المالك قد تخلّى عن ملكيّته وأنّ البائع صار

عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 446 وما بعدها، فقرة عدد 318.⁴⁹³

⁴⁹⁴ صفاء النّقبى، م س، ص 101.

بعض القرارات التي تدعّم هذا القول: انظر قرار تعقيبي فرنسي مدني، عدد 3868، 23 جوان 1981، النشرة المدنية II، عدد 242، 1981، ذكرها الرّقيق، هامش عدد 814، ص 199.

Cass. Arrêt civ. N°3868 du 23 juin 1981, Bull. civ. 1981. II. 242, cité par Noomen Rekik, note de bas de page n°814, page 199.

⁴⁹⁵ "جيرارد كوتيري"، إمضاء العقود الباطلة، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، 1969، ص 35، فقرة عدد 49.

Gérard Couturier, *La confirmation des actes nuls*, LGDJ, 1969, page 35, n°49.

ترجمة: صفاء النّقبى، م س، ص 101.

مالكا حقيقيًا للمبيع. إذ أنّ مراكز الأطراف تبقى على حالها: فلا البائع يصبح مالكا، ولا المالك الحقيقي يصبح بائعا⁴⁹⁶.

إلا أنّ هذا الرأى قد دحضه الأستاذ أحمد بن طالب في أطروحته واعتبر أنّ انضمام المالك لعملية التّفويت وتغيير مركزه بالإجازة من خلال اعتباره بائعا بعد صدورها هو الرأى الأصح باعتبار أنّ إرادة المالك تدخلت في عملية التّفويت لتحقّق الأثر العيني لها، إذ أنّ هذا الأخير متكوّن من اكتسابٍ وتنازلٍ، ولا معنى للأولى المتحقّقة للمشتري بمعزل عن الثانية والتي لا يحقّقها إلا المالك الحقيقي وليس البائع باعتبار أنّ لا حقّ يملكه حتّى يتنازل عنه⁴⁹⁷.

217- ومثلما سبق تبياناه، فإنّ الإجازة تعدّ ذات مفعول رجعي. إذ أنّها تنتج آثارها، مثل الإمضاء، منذ إبرام العقد لا منذ صدور الإجازة. فبالنسبة للمفوّت له أي المشتري، أقرّت محكمة التعقيب على أنّ الإجازة تجعل المشتري مالكا منذ إبرامه لعقد البيع لا منذ إجازة المالك الأصلي وذلك تحقيقا للاستقرار التعاقدى⁴⁹⁸.

إلا أنّ هذا الأثر الرجعي هو أثر محدود في ما يتعلّق بالمالك، إذ أنّ نفاذ التّصرف وخروج المال من ذمّته لا يكون سوى منذ صدور الإجازة. وكنتيجه لذلك، تبقى تصرّفات المالك التي أبرمها قبل صدور الإجازة صحيحة ونافاذة وصادرة عن مالكٍ أصلي يدخل المال موضوع النزاع في ذمّته إلى حين التنازل عنه وقت الإجازة⁴⁹⁹. وبالتالي فإنّ الفترة الفاصلة بين إبرام عقد بيع ملك الغير وصدور إجازة المالك هي فترة لا تنطبق عليها رجعية أثر الإجازة ويحافظ فيها المالك على سلطته على موضوع البيع.

218- إنّ بيع ملك الغير يشغل حيّزا هاما في مجال انطباق إجازة العقد الباطل، كذلك هو الأمر بالنسبة للبيع في مرض الموت.

تجدر الإشارة في البداية أنّ مرض الموت هو "من حالات الحجر الخاصّ لمصلحة الغير"⁵⁰⁰. ونعني بذلك فرض القانون لقيود في ما يتعلّق ببعض معاملات شخص ما وذلك حماية لأطراف أخرى. وفي حالتنا هذه، الحجر على تصرّفات مريض مرض موت لحماية حقوق ورثته⁵⁰¹. وهذه التصرّفات لا تشمل البيع في مرض الموت فقط، بل هي تشمل كل التصرّفات التي من شأنها أن تفقر الذّمة الماليّة

⁴⁹⁶ أحمد بن طالب، م س، ص 481، فقرة عدد 446.

⁴⁹⁷ أحمد بن طالب، م س، ص 489، فقرة عدد 458.

⁴⁹⁸ م س، ص 495، فقرة عدد 467.

⁴⁹⁹ م س، ص 499، فقرة عدد 474.

⁵⁰⁰ م س، ص 448، فقرة عدد 406.

⁵⁰¹ "...سند تقييد التّصرف فيه (مرض الموت) لا يرجع إلى أهليّة المريض ولا إلى عيوب في الرّضا باعتبار أنّ إبطال ذلك التّصرف لتلك الأسباب له مجالات أخرى وإنّما يرجع إلى تعلّق حقّ الورثة بأموال المريض منذ المرض."

قرار تعقيبي مدني عدد 54771، مؤرخ في 25 جوان 1998، ن، القسم المدني عدد 2.

للمريض وبالتالي تضرّ بحقوق ورثته، إلا أنّ مؤسسة البيع في مرض الموت هي الأبرز في القانون. ولقد تبناها المشرّع بالفصل 565 م ١ ع والذي ينصّ على أنّ: "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لوارث وظهر فيه قصد المحاباة كأن يبيع له بأقلّ من الثمن المتعارف بكثير أو يشتري منه بأزيد. وإذا كان البيع لغير وارث يتنزل عليه حكم الفصل 355".

إنّ مؤسسة البيع في مرض الموت، مثل بيع ملك الغير، هي مؤسسة مستمدة من القانون الإسلامي، إذ أنّه، وبالعودة إلى المجلّة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899، نجد أنّ أصل الفصل 565 م ١ ع هو الفصل 661 من المجلّة المذكورة في فقرته الأولى⁵⁰²، كما يحيلنا هذا الأخير على الفصول 401⁵⁰³ و402⁵⁰⁴، أصل الفصول 354 و355 م ١ ع، وبالنظر إلى هوامش هذه الفصول، أي مختلف القوانين والمذاهب والكتب المعتمدة، يتبيّن لنا أنّ محرري المجلّة قد استمدّوا هذه الفصول الثلاث من الفقه الإسلامي.

219- وبالرجوع إلى هذا الأخير، نجد أنّ المذاهب تختلف في ما يتعلّق بتعريفه⁵⁰⁵، إلا أنّ التعريف الأوضح والأقرب للواقع والذي أخذ به فقه القضاء التونسي⁵⁰⁶، في ظلّ غياب التعريف التشريعي له، هو تعريف المذهب الحنفي، والذي يعتبر أنّ مرض الموت: "هو الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، هذا ما لم يشدّ مرضه ويتغيّر حاله، فيعتبر ابتداء السنة من تاريخ الاشتداد"⁵⁰⁷.

⁵⁰² فصل 661 من المجلّة المدنية والتجارية التونسية: "بيع المريض في مرض موته يكون حكمه حكم الفصل 401 إذا كان لأجنبي و حكم الفصل 402 إذا كان لوارث..."

⁵⁰³ فصل 401 من المجلّة المدنية والتجارية التونسية: "إذا أسقط الدائن في مرض موته ما له على أحد ورثته بأي صورة كانت سواء كان الإسقاط في الكلّ أو في البعض بطل الإسقاط وقد يصحّ في صورتين اثنتين: أولاً إذا صادق بقية الورثة على الإسقاط، ثانياً: إذا كان له سبب مصرّح به ثابت الوجود."

⁵⁰⁴ فصل 402 من المجلّة المدنية والتجارية التونسية: "الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد استيفاء الديون."

⁵⁰⁵ عرّف المالكيّة مرض الموت بأنّه "ما لا يتعجّب من صدور الموت عنه ولو لم يكن غالباً". أمّا الشافعية فقد عرّفوه على أنّه: "المرض الذي يخاف منه الموت لا نادراً وإن لم يكن غالباً. وقيل هو كلّ ما اتصل بالموت" وأخيراً عرّفه الحنابلة على أنّه "ما يكثر حصول الموت منه واتّصل به الموت".

سارّة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلّية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2014، ص 15 و16.

⁵⁰⁶ "مرض الموت وإن جاءت به الفصول 565، 354 و355 مدني والفصل 206 من مجلّة الأحوال الشخصية فلا بدّ فيه من الرجوع للفقه الإسلامي الذي عرّف بحقيقته كما ورد بالفصل 1595 من مجلّة الأحكام العدلية في المذهب الحنفي وهو أنّ مرض الموت هو الذي يغلب فيه الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إذا كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن..."

قرار تعقيبي مدني عدد 8162 مؤرّخ في 24 نوفمبر 1982، ن، القسم المدني عدد 4، ص 351.

⁵⁰⁷ الموسوعة الفقهية، م س، جزء 37 "مرض الموت-مصاهرة"، ص 5.

نفس هذا التعريف قد نقلت عنه مجلة الأحكام العدلية، في الفصل 1595 منها، باعتبار أنها مجلة مستمدة من الفقه الحنفي.

إنّ الفصول المنظّمة لمرض الموت، كما ورد في هامش الفصل 661، تمثل نقلا عن الأبيات الشعرية لمنظومة تحفة لابن عاصم والتمثلة في⁵⁰⁸ :

837 وَمَا اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَوْ مَا بَاعَا ≡ إِنْ هُوَ مَاتَ يَأْبَى الْأُمْتِنَاعَا

838 فَإِنْ يَكُنْ حَابِي بِهِ فَالْأَجْنَبِي ≡ مِنْ ثَلَاثِهِ يَأْخُذُ مَا بِهِ حُبِي

839 وَمَا بِهِ الْوَارِثُ حَابِي مُنْعَا ≡ وَإِنْ يُجْزُهُ الْوَارِثُونَ اتَّبَعَا

إنّ مؤسسة مرض الموت في الفقه الإسلامي تمثل إحدى تطبيقات العقد الموقوف، ذلك أنّها متوقّفة على إجازة الورثة، إن تمت صحّ العقد وإن رُفضت بطل⁵⁰⁹.

220- وبالعودة إلى كلّ ما سبق، نستشف أنّ البيع في مرض الموت هو بيع يُعتبر مبدئياً باطلاً. إلّا أنّ هذا البطلان يمكن أن يُتدارك "بالمصادقة" حسب الحالات التي ورد فيها البيع.

والمُصادقة في هذا الإطار يُقصد بها الإجازة⁵¹⁰، وهو ما نجده في عجز البيت عدد 839 من منظومة تحفة لابن عاصم المذكور: "... وإن يُجزّه الوارثون اتّبعا."

كما أنّ أحكام الفصول المذكورة، والتي عبّر فيها المشرّع عن موافقة الورثة بالمصادقة، هي نفس الأحكام المعتمدة في مجال الوصية، والتي استعملت فيها عبارة الإجازة، وبالأساس الفصول 179، 187 و190 من مجلة الأحوال الشخصية. فالوصية لو ارث حسب الفصل 179 م أ ش غير صحيحة مهما كان مقدارها إلّا في حال إجازة الورثة بعد وفاة الموصي، كذلك الأمر بالنسبة للإسقاط لو ارث الوارث بالفصل 354 م أ ع والذي يمكن تطبيقه على البيع في مرض الموت، إذ أنّه لا يصحّ إلّا بمصادقة الورثة. أمّا إذا كانت الوصية لغير وارث، هي تصحّ في التلث بدون أن تتوقّف على إجازة الورثة، هو ذات الأمر المنصوص عليه بالفصل 355 م أ ع.

⁵⁰⁸ ابن عاصم، م س، الأبيات من 837 إلى 839، ص 68.

⁵⁰⁹ عبد الرزاق حسن فرج، م س، ص 96.

⁵¹⁰ "... لا وصية لو ارث ولا فيما زاد على التلث إلّا بإجازة الورثة بعد وفاة المورث." قرار تعقيبي مدني عدد 64400، مؤرخ في 01 جوان 1999، ن، القسم المدني عدد 2.

نفس هذه الأحكام المتعلقة بالوصية قد رتبها المشرع بالنسبة للهبية، إذ أن الفصل 206 من م أ ش يعتبر أن صدور الهبة خلال مرض اتصل بالموت يغير تكييفها القانوني ويجعل منها وصية تطبق عليها جميع الأحكام السابق ذكرها، وفي ذلك مظهر آخر من مظاهر حماية حقوق الورثة.

221- إن دراسة مسألتى بيع ملك الغير والبيع في مرض الموت قد تطرح إشكالا يتعلّق بوضعية المالك الذي يكون بحالة مرض موت، فهل تصحّ إجازة هذا المريض والمُبرمة لإنفاذ عقد بيع ملك الغير؟

لقد تفتّن إلى هذه الوضعية الأستاذ أحمد بن طالب في أطروحته واعتبر أنّ الإجازة إن صدرت عن مريض مرض موت عدّت صحيحة طالما أنّها لم تتعلّق ببيع أو هبة أو معاوضة أو رهن، إذ أنّ في حالات البيع والهبة نجد نصوصا خاصة مانعة لذلك، ويمكن أن يمتدّ هذا المنع إلى عقود المعاوضة والرهن. أمّا في بقيّة التصرّفات فهي نافذة⁵¹¹.

إنّ مؤسستي بيع ملك الغير والبيع في مرض الموت يمثلان الحالات الأبرز لانطباق آلية الإجازة إلى جانب تطبيقات أخرى كذا قد أتينا على ذكرها.

كما أنّه من الأجدر التّنبؤ به على أنّ الإجازة لا تصدر بأيّ طريقة كانت، فمثل ما هي محدّدة من ناحية مجال انطباقها، هي أيضا محدّدة بالنسبة لقواعد التّعبير عنها.

ب- التّعبير عن إجازة العقد الباطل

222- إنّ إجازة العقد الباطل يُعتدّ بها بعد التّعبير عنها. فهي قبل كلّ شيء تصرّف، والتّصرّفات القانونيّة لا عمل عليها إلّا بالتّعبير عنها. وهذا الأخير لا يكون إلّا بعد التّثبت من بعض الشّروط الواجب توفّرها، حتّى نتوصّل بعدنّذ إلى الطّرق التي يُفهم من خلالها صدور الإجازة.

1- شروط التّعبير عن إجازة العقد الباطل

223- إنّ الإجازة هي تصرّف قانوني انفرادي يصدر بهدف إنفاذ عقد باطل وجعله صحيحا منتجا لآثاره. من هذا المنطلق، يجب أن تكون الإجازة بدورها صحيحة. وحتّى تتحقّق هذه الصّحة، يجب أن يحترم مُبرم الإجازة جملة من الشّروط العامّة والخاصّة التي سيمكّنه تحقيقها من التّعبير عن إجازته.

تحكم الإجازة - كسائر التّصرّفات القانونيّة - الشّروط العامّة المنصوص عليها بالفصل 2 من م أ ع. فالمجيز يجب أن يكون أولا أهلا للإلزام والالتزام حتّى تُقبل إجازته، إذ أنّ إجازة الصّغير لا يمكن قبولها ذلك أنّ الإجازة من أساسها تصدر لإنفاذ تصرّف مبرم من قبله. كما أنّ مريض مرض موت لا يمكن رفض إجازته على أساس نقص أهليّته، إذ أنّ الحجر عليه لم يكن أبدا على هذا الأساس بل هو حجر جاء لحماية حقوق الورثة مثلما ذكرنا سابقا.

⁵¹¹ أحمد بن طالب، م س، ص 448 إلى 452.

أُضِفَ إلى ذلك، لا تصحّ الإجازة في حال الوقوع في غلط أو إكراه، إذ أنّ صحتها تبقى رهينة كشف الغلط أو التّغريب، فمنذ ذلك الوقت تُعدّ الإجازة صحيحة⁵¹².

فالغلط الواقع في الشّخص المجيز أو في إحدى صفاته يجعل الإجازة بلا معنى ويجدر إبطالها، ذلك أنّ الإجازة هي ذات طابع شخصي ينبغي أن تصدر عن إرادة سليمة لشخص المجيز دون غيره. ومن هذا المنطلق، ينبغي الإشارة إلى أنّ الإجازة يجب أن تصدر عن إرادة خالية من العيوب، ولا تحتاج هذه الإرادة إلى موافقة الأطراف الأخرى حتّى تنتج الآثار المرجوة، إذ أنّ صدور رضا المجيز لوحده يكفي.

وحتّى تُعتبر الإجازة صحيحة، يجب أن يكون لها محلّ. والمحلّ هنا هو العقد الباطل المراد إنقاذه⁵¹³. فمثلا في عقد بيع ملك الغير، هلاك الشّيء موضوع البيع يجعل من العقد باطلا لاستحالة تنفيذه. وبالتالي، صدور الإجازة بعد هلاك الشّيء يجعل من الإجازة بدورها باطلة وذلك لاستحالة محلّها. كما أنّ الهلاك الجزئي للموضوع يؤثّر بدوره على الإجازة ويجعلها باطلة في ما يتعلّق بالجزء الباطل من المحلّ وصحيحة في الباقي⁵¹⁴.

224- من ناحية أخرى، إلى جانب الشّروط العامة، تحكم الإجازة أيضا بعض الشّروط الخاصّة. ولقد اعتبر بعض دارسي إجازة العقد أنّ الشّروط الخاصّة التي ينبغي توفّرها هي شروط الفصل 338 م 1 ع وهي العلم بالعيب وزواله⁵¹⁵.

إلا أنّ هذا الموقف ينبغي رفضه ذلك أنّ الفصل 338 هو فصل منظم لإمضاء العقد لا الإجازة، وعبارة "التّصديق" الواردة فيه هي من قبيل التّرادف فقط ولا تعني أبدا الإجازة، ذلك أنّ الإمضاء والإجازة هما مفهومان لئن تشابها في هدفهما في إنقاذ العقد إلا أنّهما قد اختلفا من حيث الطّرف القائم بالإنقاذ، وكنا قد بيّنا هذا سابقا وبالتالي لا يجوز اعتبار شروط الفصل 338 م 1 ع منطبقة على إجازة العقد. يُعتبر شخص المجيز أحد أهمّ الشّروط الخاصّة بالإجازة. ففي الفقه الإسلامي، المجيز هو "كلّ من يملك مباشرة التّصرف الموقوف" وهو في العادة غير عن العقد، فإذا باع الفضولي ملك غيره بدون إذن من وليّ أو وكيل المالك الأصلي، توقّف العقد على إجازة هذا الغير⁵¹⁶. نفس هذا الحلّ نجده تقريبا في القانون التّونسي، إذ أنّ الإجازة تختلف عن بقيّة آليات إنقاذ العقد الباطل باختلاف شخص المجيز.

⁵¹² مصطفى الجمال، م س، ص 168.

⁵¹³ التّأكيد نجده في جل القوانين العربية، انظر مثلا: عبد الرزاق حسن فرج، م س، ص 218.

⁵¹⁴ أحمد بن طالب، م س، ص 502، فقرة عدد 476.

⁵¹⁵ "تخضع الإجازة لجملة من الشّروط الخاصّة ضمنا لاستقرار المعاملات واعتمادا على الفصل 338 م 1 ع..."

صفاء النّقي، م س، ص 73.

⁵¹⁶ عبد الرزاق حسن فرج، م س، ص 213.

فلئن اعتُبر طرف العقد المحمي بالبطلان هو الشخص الذي له الحق في الإنقاذ في الإمضاء مثلاً وفي طلب البطلان الجزئي، إلا أنّ غيرا عن العقد هو من له هذه الإمكانية في إجازة العقد الباطل⁵¹⁷.

225- بقي أن نجيب عن التساؤل الذي قد يُطرح في هذا الصدد وهو متى يمكن لنا أن نجيز العقد الباطل؟ إذ أنّ الإجازة إن صدرت في غير وقتها أفرغت من محتواها. فمثلاً عند البيع في مرض الموت، صدور الإجازة قبل وفاة المورث لا معنى لها ذلك أنّ الوفاة هي الفاصل في تحديد هل أنّنا بصدد بيع في مرض الموت أو بيع صحيح⁵¹⁸. وبالتالي ينبغي أن ينتهي مرض البائع بالوفاة حتّى تصدر الإجازة صحيحة، كما أنّ هذه الوفاة يجب أن تكون في أقلّ من سنة من المرض باعتبار أنّ تجاوز السنة يلحق عملية التّفويت هذه بالأعمال الصّحيحة⁵¹⁹.

وبصفة عامّة، وباعتبار أنّ الإجازة تصدر على عقد قابل للإبطال، لا معنى لإجازة عقد قد صرّح القضاء ببطلانه. فالحكم النهائي ببطلان عقد ما هو مانع من موانع صدور الإجازة، ذلك أنّ هدفها أصبح مستحيلًا بتحقيق البطلان⁵²⁰.

إنّ هذه الشّروط المقسّمة إلى شروط تهمّ جميع التّصرفات وشروط تنفرد بها إجازة العقد الباطل دون غيرها، إن اجتمعت تمكّن شخص المجيز من التّعبير عن إجازته وذلك من خلال جملة من الطّرق والأساليب.

2- طرق التّعبير عن إجازة العقد الباطل

226- لم يفرض المشرّع التّونسي أيّ طريقة للتّعبير عن الإجازة. وبالتالي فمن الأرجح العودة إلى القواعد العامة للقانون والتي تفرض الرّضائية في العقود كمبدأ عام ما لم ينصّ القانون خلاف ذلك. ومن ذلك، وفي ظلّ غياب نصّ خاصّ، يمكن تطبيق القاعدة العامة على الإجازة ذلك أنّها تتحقّق من خلال التّعبير عنها بأيّ طريقة كانت يُفهم من خلالها رغبة المجيز في التّنازل عن حقّه في طلب البطلان⁵²¹.

⁵¹⁷ "... الإجازة... تصدر من غير العاقدین أي المالك الحقيقي وتهدف إلى إنفاذ العقد." أحمد بن طالب، م س، ص 444.

⁵¹⁸ نعمان الرّقيق، م س، ص 198.

⁵¹⁹ إنّ مرض الموت هو المرض المخيف المنذر بالوفاة العاجلة ومعنى ذلك أنّه يجب أن يكون متّصلاً بموت المريض وسبباً له أي أن تكون المدة الفاصلة بين العقد المطلوب إبطاله والموت قصيرة جدّاً لا تتجاوز مدّة عام واحد. " قرار تعقيبي مدني عدد 49025، مؤرخ في 05 مارس 1998، ن، عدد 2، ص 145 و ما بعدها.

كذلك "إذا طال المرض بصاحبه أكثر من سنة ولو كان مخوّفاً، يلحق صاحبه بالأصحاء في تصرّفاته." قرار تعقيبي مدني عدد 11510، مؤرخ في 31 ديسمبر 1985، ن، عدد 2، ص 276 و ما بعدها.

⁵²⁰ نعمان الرّقيق، م س، ص 198.

⁵²¹ أحمد بن طالب، م س، ص 457، فقرة عدد 418.

227- ولقد تناول الأستاذ أحمد بن طالب في أطروحته بعض الحالات الخاصة التي تمثل تفاوتاً في تطبيق رضائية إجازة العقد الباطل بالنسبة لمسألة بيع ملك الغير. إذ تناول وضعيات بيع مال الغير والذي قد يكون عقاراً أو منقولاً.

فمن جهة أولى، يُعدّ بيع المنقول أحد أبرز تجليات الرضائية في العقود: فتبادل الرضا يكفي حتى يُبرم العقد، والاستثناءات في هذا المجال قليلة⁵²². نفس الأمر ينطبق على الإجازة، فإن كان العقد نفسه موضوع الإجازة لا يطرح إشكالا من ناحية شكل إبرامه، فإن الإجازة أيضاً يُعتدّ بها بعد صدورها رضائياً، وذلك عملاً بنفس الأصل⁵²³.

من جهة أخرى، إجازة التقويت في عقار الغير تختلف إذا كان العقار مسجلاً أو غير مسجّل. فبالنسبة للعقار غير المسجّل، تتدخل الشكلية هنا لتحديد من إطلاق الرضائية، إذ أنّ كتابة إجازة بيع العقار غير المسجّل هي لازمة لا من قبيل الصّحة بل من قبيل الإثبات وذلك على معنى الفصل 424 م 1 ع باعتبار أنّ اشتراط الكتب لإثبات التقويت في عقار ينجرّ عنه اشتراط كتب لإثبات الأعمال التي تحدث تغييراً فيه، الأمر الذي ينطبق على الإجازة لأنها تُحدث تغييراً في الكتب الأول من خلال إدخال المالك الحقيقي في عملية التقويت⁵²⁴.

تكتسب الشكلية أهمية أكبر في ما يتعلق بالعقار المسجّل، إذ أنّ الرضائية تصبح بلا معنى في إجازة التقويت في هذا النوع من العقارات، باعتبار أنّ الشكلية المطلوبة ليست شرط إثبات فقط مثل وضعيّة العقار غير المسجّل، بل هي أيضاً شرط صّحة. ويُفهم من خلال ذلك أنّ إجازة بيع العقار المسجّل على ملك الغير لا تكون صحيحة إلا إن احترمت شكليات معيّنة وإلا اعتُبرت باطلة⁵²⁵.

وتختلف هذه الشكليات باختلاف الوضعيات، فتكون تارة بالتحديد المخصّص للإجازة مع تضمين جملة من البيانات عدّها الفصل 377 جديد و377 ثالثاً من م 1 ح ع باعتبار أنّ الإجازة صكّ خاضع للرّسيم حسب هذه الفصول. كما تصحّ الإجازة تارة أخرى من خلال ترسيمها حتّى تُكوّن الحقّ العيني المترتب عنها وذلك تطبيقاً للفصل 305 م 1 ح ع والمتعلّق بالمفعول المنشئ للرّسيم⁵²⁶.

وبناءً على ما سبق، لننّ فرض القانون أحياناً على الإجازة شكليّة معيّنة تراوحت بين شكليّة مرصودة لصّحة الإجازة و أخرى لإثباتها، إلا أنّ المبدأ المعمول به هو أنّ إجازة العقد الباطل عمل رضائي منشئ لآثاره بصور إرادة المُجيز.

⁵²² الرّهن والهيبة البدوية هما "عقدان لا يصحّان إلا بتسليم موضوعهما، فاشتراط فيهما المشرّع شكليّة التسليم حسب الفصول 212 م.ح.ع و204 فقرة 2 من م 1 ش." أحمد بن طالب، م س، ص 458.

⁵²³ أحمد بن طالب، م س، موضع سابق.

⁵²⁴ م س، ص 461.

⁵²⁵ "... شكليّة الإجازة في العقارات المسجّلة ترقى إلى درجة الصّحة." أحمد بن طالب، م س، ص 462.

⁵²⁶ أحمد بن طالب، م س، الصفحات 462، 463 و464، الفقرات عدد 423، 424 و425.

228- بقي علينا البحث في مسألة الصيغة التي تصدر فيها هذه الإرادة. فهل ينبغي أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا؟ وإن كان ضمنا فهل يُعتدّ بسكوت المجيز كطريقة للتعبير عن إجازته؟

وضّحت بعض القوانين المقارنة موقفها وحسّمت الأمر في طريقة التعبير عن الإجازة، إذ أنّ القانون الأردني مثلا اعتبر أنّ الإجازة لا تكون إلّا صريحة، بالفعل أو القول الصريح، وهو ما نصّ عليه الفصل 173 من القانون المدني الأردني بفقرته الأولى: "تكون الإجازة بالفعل أو بالقول، أو بأيّ لفظ يدلّ عليها صراحة".

إلا أنّ المشرّع التونسي قد حافظ على صمته في هذه المسألة. الأمر الذي حثّم علينا العودة إلى الفقه الإسلامي، وبالتحديد مصادر الفصول المنظّمة لإجازة العقد الباطل.

فبالعودة إلى المادة 302 لمرشد الحيران، نجد أنّ الإجازة في المذهب الحنفي، واتفق معه في ذلك الشيعة الزيدية والشيعة الإمامية⁵²⁷، يمكن أن تكون مشافهة أو فعلا، المهم أن لا تكون بصفة ضمنية أو بسكوت مالك الإجازة، و تُفهم من كلّ عبارة تفيد الإجازة، مثلا "أجزت التصرف، رضيت به، قبلته..."⁵²⁸ المهم أن تُبرز هذه العبارات نية المجيز في الإجازة⁵²⁹، وهو ما نصّت عليه المادة 303 من مجلّة الأحكام العدلية "الإجازة القولية هي كلّ لفظ يدلّ على الرضا بلزوم البيع كأجزت أو رضيت" وبالتالي فإنّ القول الصريح هو التعبير الصحيح على الإجازة، على عكس السكوت، وهو ما أكّد عليه "الذرّ المختار" باعتبار أنّ "سكوت المالك عند العقد ليس بإجازة"⁵³⁰.

هذا خلافا للمذهب المالكي الذي يعتبر أنّ الإجازة يمكن أن تكون بسكوت المالك الأصلي، فسكوته يعني موافقة على البيع ولا يمكن له أن يقوم بعد ذلك السكوت على البائع⁵³¹.

وينتج عن القبول بسكوت المالك عند البيع كطريقة ممكنة يعبر بها المجيز عن إجازته هو إن حضر المالك الحقيقي عملية البيع والتزم الصمت ولم يبدي أيّ ردّة فعل فلا حقّ له بعدئذ في طلب البطلان، إذ يذهب البعض حتّى إلى اعتبار بقاء المالك صامتا وقت البيع ثمّ أراد أن يسترجع ما له من قبيل "الغدر والمكر"⁵³².

⁵²⁷ عبد الرزّاق حسن فرج، م س، ص 209 و 210.

⁵²⁸ م س، ص 206.

⁵²⁹ عبد الرزّاق السنهوري، م س، ص 449.

⁵³⁰ الحصكفي، م س، ص 420 وما بعدها.

⁵³¹ محمّد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال النّاس في المعاملات الشرعية على مذهب أبي حنيفة الثّعمان، المطبعة الكبرى الأميريّة ببولاق مصر المحميّة، 1891، ص 49، مادة عدد 302.

⁵³² ابن سلمون الكنانى، العقد المنظّم للحكّام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، دار الأفق العربيّة، القاهرة، ص 248 وما بعدها.

أما إن لم يكن حاضرا عند عملية البيع وسمع بها بعد ذلك ولم يحرك ساكنا، يُحرم أيضا من حقه في المطالبة بالبطلان⁵³³. إذ أنّ المالك، دائما حسب المذهب المالكي، الذي حضر بيع ملكه أو سمع به عليه أن يقوم فوراً ويعبّر عن رفضه وإلا فقد حقه في المطالبة بالبطلان ذلك أنّ السكوت يمكن أن يُعتبر طريقة للتعبير عن الرضا.

إلا أنّ المشرّع التونسي يبدو أنّه يميل في حلّ هذه المسألة إلى المذهب الحنفي، خاصّة في ما يتعلق بإجازة بيع ملك الغير، فعلى الرغم من قبول الفصل 42 م 1 ع بالسكوت كشكل من أشكال الرضا والتّصديق⁵³⁴، إلا أنّ الأستاذ أحمد بن طالب ينفي تطبيق هذا الفصل على مسألة بيع ملك الغير⁵³⁵، ذلك أنّ الإجازة ليست رضاء بالعقد أو تصديقا عليه في حقّ الغير، إذ هي تخرج عن نطاق تطبيق هذا الفصل باعتبار أنّها عمل يرمي إلى التنازل عن الملكية، الأمر الذي لا يمكن أن يحصل بالسكوت بل يجب أن يكون بصريح العبارة وذلك على معنى الفصل 522 م 1 ع⁵³⁶. وبالتالي فإن الإجازة يجب أن تكون بالقول الصريح ولا يُعتدّ بالسكوت كشكل من أشكال التعبير. ولكن هل الإجازة الصريحة هي وحدها التي يمكن أن تمثّل إجازة صحيحة أم هل يمكن لنا الأخذ بالإجازة الضمنية كصورة من صور التعبير؟

229- لقد عبّرت مجلة الأحكام العدلية عن الإجازة الضمنية "بالإجازة الفعلية" في المادة 304 من نفس المجلة "الإجازة الفعلية هي كلّ فعل يدلّ على الرضا..."

إنّ الإجازة الضمنية من هذا المنطلق ممكنة للتعبير عن التنازل عن الحقّ في طلب البطلان⁵³⁷، ونعني بالإجازة الضمنية تنفيذ العقد من طرف من له الحقّ في طلب البطلان أو قيامه بعمل مادي يُفهم من خلاله التنازل عن البطلان⁵³⁸ مثل تسليم المالك الحقيقي للمبيع للمشتري أو قبض ثمن عملية البيع⁵³⁹...

230- إنّ إجازة العقد الباطل هي مؤسسة فريدة من نوعها ذلك أنّها ترمي تحقيق هدفٍ سامٍ عبر التنازل عن حقّ أساسي، إذ أنّ المجيز عبر إجازته ينقذ العقد من بطلان محقق دون أن يحقق مصلحة لنفسه، بل أنّ هذه المصلحة تتحقّق على مستويين: مصلحة خاصّة للغير المستفيد من صيرورة العقد

⁵³³ ابن عاصم، م س، الأبيات 810، 811، 814 و816.

⁵³⁴ فصل 42 م 1 ع: "يعدّ السكوت رضاء أو تصديقا من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضره أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن له في سكوته عذر معتبر."

⁵³⁵ أحمد بن طالب، م س، ص 467، فقرة عدد 429.

⁵³⁶ فصل 522 م 1 ع: "لا يتسامح فيما فيه التنازل عن حقّ بل ينحصر المقصود فيما يقتضيه صريح عبارته بغير أن يتوسع فيها بالشرح وما كان في معناه ريب لا يبنّي عليه التنازل."

⁵³⁷ أحمد بن طالب، م س، ص 465، فقرة عدد 427.

⁵³⁸ عبد الرزاق حسن فرج، م س، ص 212.

⁵³⁹ أحمد بن طالب، م س، ص 465.

صحيحاً، ومصلحة عامة من خلال تحقيق الاستقرار التعاقدى وعدم المساس بالأوضاع القانونية المستقرة.

إنّ المصلحة الأخيرة والتي تهّم المحافظة على استقرار العقود تتجلى أكثر من خلال مظهر آخر من مظاهر إنقاذ العقود من جزاء البطلان ألا وهو تقادم دعوى البطلان وسقوطها بمفعول الزمن.

المبحث الثاني: انقضاء حق التمسك بالبطلان: تقادم دعوى البطلان

231- ينقضي حق التمسك بالبطلان بتقادم دعواه. إذ إنّ إنقاذ العقد من جزاء البطلان لا يكون دائماً عملاً صادراً عن شخص، الذي قد يكون طرفاً في العقد أو أجنبياً عنه، فالتدارك قد يتحقق أيضاً بمفعول الزمن. والتمسك بالبطلان رغم أنّه حق يُعطى لأصحابه، إلا أنه قد يصبح أمراً مستحيلاً بعد مرور مدة معينة في الزمن، ذلك أنّ الموقف السلبي الذي اتّخذه صاحب الحقّ منع عنه القيام بعد ذلك، فتستقرّ العقود على الرغم من بطلانها وذلك لتقادم حق المطالبة به.

232- لم يقدّم المشرع التونسي في المجالات تعريفاً للتقادم، إذ اقتصرّت الفصول على إعطاء الآجال التي بانتهائها يتحقق التقادم. وحتىّ الرجوع إلى الفصول وحاشية الفصول المنظمة للتقادم من المجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899 لم يوصلنا إلى تعريف يمكن أن يكون القانون الوضعي قد أخذ به.

نفس الأمر نجده حين نعود للقرآن الكريم والسنة، إذ لا تعريف للتقادم، بل أبعد من ذلك، نجد أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم لا يأخذ بفكرة التقادم حين قال: "لا يسقط حقّ امرئ مسلم وإن قدم"، كذلك ما قاله عمر ابن الخطاب في رسالته إلى القاضي أبي موسى الأشعريّ "الحقّ قديم لا يبطله شيء" 540.

إلا أن أبدية الحقوق أمر مهدّد لاستقرار الأوضاع وباعث على القلق حول مصيرها التي لن تكون بمعزل عن التهديدات الخارجية في أيّ وقت، الأمر الذي تفتّن إليه الفقهاء المسلمون والذي دفع بهم إلى وضع آجال معقولة يُمارس فيها صاحب الحقّ حقه وذلك احتراماً للقاعدة الأصلية، إلا أن مرور هذه الآجال وانقضاء الحقّ في المطالبة بالبطلان هو عامل لاستقرار الأوضاع والمعاملات 541. ولمزيد فهم التقادم قام الفقهاء بتعريفه. وبالعودة إلى هؤلاء نجد أنّ التقادم بصفة عامة هو "تغيير

540 سعاد بوبكر، تقادم دعوى البطلان المطلق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق شعبة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، تونس، 2002، ص 4.

541 سعاد بوبكر، مرجع سابق، موضع سابق.

الأحكام بمرور الأزمان"، ومن هذا المنطلق، التّقديم لا يكون إلّا إذا مرّ الزّمن سببا مباشرا في تغيير الوضعيات القانونيّة، إذ أنّ تغيير هذه الأخيرة لأسباب أخرى ليس تقادما⁵⁴².

وبصفة خاصّة، التّقديم هو "مضيّ مدّة معيّنة على وجوب أداء الحقّ، يمنع من سماع الدّعى أمام القاضي"⁵⁴³. وبالتالي فإنّ مرور الزّمن مانع للمطالبة بالحقوق، ولقد تبنّى المشرّع الفرنسي هذا الموقف في تعريفه للتّقديم المسقط صلب الفصل 2219 م م ف والذي أُدخل بفضل تعديل 17 جوان 2008، إذ أنّ التّقديم المسقط بمقتضى هذا الفصل هو طريقة لانقضاء الحق والتي تنتج عن الامتناع عن القيام به من قبل صاحبه لمدة معيّنة من الزّمن⁵⁴⁴.

و يُرجع العميد "كاربوني" هذا السّقوط بمضيّ مدّة معيّنة إلى أنّ الزّمن في القانون يتميّز بعدم حياده، إذ أنّه يؤثّر على المراكز القانونيّة ويمثّل تهديدا لمصالح الأفراد إن لم يقع احترام الآجال المرصودة للقيام بالدّعى⁵⁴⁵.

من بين هذه الدّعاوى التي تسقط بمرور مدّة معيّنة من الزّمن تختلف من قانون إلى آخر: دعوى المطالبة بالبطلان.

فبطلان عقد هو مبرّر للقيام بدعوى للمطالبة به إرجاعا للحالة على ما كانت عليها قبل إبرام العقد الباطل. صاحب هذا الحقّ هو مجبر على القيام بدعواه في آجال معيّنة، إن تقاعس عن ممارسته، سهوا أو عمدا، وانتهت هذه الآجال، لا يمكن له أن يقوم بعد ذلك ويطالب به، ذلك أنّ امتناعه عن القيام بدعوى البطلان أفقد العقد من هذا الجزاء المهدّم وساهم في استقرار الأوضاع، ومن هنا تبرز أهميّة سقوط الحقّ في القيام بدعوى البطلان في إنقاذ العقود الباطلة والمحافظة عليها.

233- لقد نظّم المشرّع التّونسي المسألة المتعلّقة بتقادم دعوى البطلان في الباب الثّاني من العنوان الثّاني والمسمّى "بفسخ الالتزام"، وهذا الفسخ نعني به كما بيّنا سابقا البطلان النسبي. أمّا تقادم دعوى البطلان المطلق فهي مسألة أخذ المشرّع موقفا سلبيّا منها، ذلك أنّه قد حافظ على صمته فيها وبالتالي

⁵⁴² محمّد أحمد حسن إبراهيم، أحكام التّقديم في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، دار العلوم بالقاهرة، مصر، 2004، ص 17.

⁵⁴³ حامد محمّد عبد الرحمان، نظريّة عدم سماع الدّعى للتّقديم بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، 1976، ص 84.

⁵⁴⁴ Article 2219 du code civil français : "La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps."

⁵⁴⁵ "كاربوني"، القانون المرن، المكتبة العامة للقانون وفقه القضاء، الطبعة الخامسة، 1983، ص 27.

بقي الأمر للفقهاء ولفقه القضاء. إذا فُتِنَ كان الأمر واضحاً ومنظماً بالنسبة لتقادم دعوى البطلان النسبي، وهو ما سنتعرّض إليه في مرحلة أولى، إلا أنّ هذا الوضوح يغيب بالنسبة لتقادم دعوى البطلان المطلق، وهو موضوع البحث في مرحلة ثانية.

الفقرة الأولى: الوضوح حول تقادم دعوى البطلان النسبي

234- الأمر واضح بالنسبة للبطلان النسبي، تقبل دعواه التقادم في جلّ التشريعات وهي مضبوطة بأجل معيّنة متفق عليها في القانون ولا جدل فيها. ولقد حدّد المشرّع التونسي النظام الذي يحكم تقادم هذه الدّعوى في الفصول من 330 إلى 334 م 1 ع. إذ أنّ المدة الزمنية التي تتقادم بعدها دعوى البطلان النسبي محدّدة في الفصل 330 بسنة واحدة، كما أنّ هذه المدة تتقادم في كلّ الأحوال، تطبيقاً للفصل 334 م 1 ع، بمرور 15 سنة.

ويبدو الأمر للوهلة الأولى كأنّه من قبيل التناقض، إلا أنّ هذا القول لا يستقيم، إذ أنّ أمد التقادم المحدّد بسنة واحدة يسري منذ اكتشاف العيب، فتسقط الدّعوى إن مرّت سنة على الاكتشاف أو زوال سبب البطلان حتى وإن لم تمضي 15 سنة على إبرام العقد. أمّا مرور 15 سنة هو مبرّر للتقادم وحتى إن لم يتمّ اكتشاف الخلل ولم يمضي على هذا الاكتشاف سنة⁵⁴⁶. وبالتالي فإنّ تقادم دعوى البطلان النسبي محكوم بأجل قصير يتمثّل في سنة واحدة (أ)، وأجل أطول يصل إلى حدّ 15 سنة (ب).

أ. تقادم دعوى البطلان النسبي بمرور سنة

235- ينصّ الفصل 330 م 1 ع على أن القيام بالفسخ في الصور المبيّنة بالفصول 8 و43 و58 و61 يسقط بمضيّ عام إلا إذا صرّح القانون بمدة أخرى. وتتعلّق الفصول التي ذكرها هذا الفصل تباعاً بالأهلية، عيوب الرضا، السكر المغيّر للشعور والغبن.

236- إنّ قبول تقادم دعوى البطلان النسبي هو أمر مفروغ منه في القانون التونسي، إلا أنّ الجدل قد حصل حول أساس هذا التقادم، إذ اعتبر الفقهاء سابقاً أنّ سقوط دعوى البطلان النسبي بمضيّ سنة واحدة هو من قبيل الإمضاء الضمني، ذلك أنّ من خول له القانون في طلب البطلان، إن تقاعس عنه، نفهم من خلال تصرّفه السلبي أنّه قد أمضى العقد بطريقة ضمنية وأنّ إرادته قد اتّجهت نحو القبول بالعقد كما هو⁵⁴⁷. الأمر الذي تبنّته محكمة التعقيب التونسية⁵⁴⁸ حيث اعتبرت أنّ: "... السكوت بين تاريخ الرشد ورفع الدّعوى يعدّ من باب المصادقة الضمنية"⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ رضا بن كريم، م س، ص 140.

⁵⁴⁷ ياسين فارح، م س، ص 104.

انظر أيضاً: أحمد الورفلي، م س، ص 125 وما بعدها.

إنّ مأتى هذا التشبيه بين الإمضاء وتقدم دعوى البطلان النسبي هو أنّ الإمضاء لا يهّم إلّا البطلان النسبي، كما أنّ آجال القيام لا تسري إلّا من يوم اكتشاف العيب، تماماً مثل إمضاء العقد، ذلك أنّ آجال القيام بالإمضاء تنطلق منذ اكتشاف السبب المبطّل للعقد⁵⁵⁰.

إنّ هذا التشبيه لا يستقيم باعتبار أنّ الدّفع بالبطلان مستمرّ ولا يخضع لآجال سقوط دعوى البطلان النسبي، وذلك على عكس الإمضاء الذي يتنازل بمقتضاه الممضي عن "الوسائل و الاعتراضات الممكن القيام بها على الالتزام القابل للإبطال..." وذلك حسب الفصل 338 م 1 ع في فقرته الثانية⁵⁵¹. إذ أنّ الممضي ينقضي حقّه تماماً في المطالبة بالبطلان ويخسر بإمضائه كلّ وسيلة أخرى للمطالبة به، على عكس من تقدم حقّه فإنّه يحافظ دائماً على إمكانية الدّفع بالبطلان.

إلّا أنّ الأساس المنبثق عن الفقه الحديث هو الأسلم، إذ أنّ مناصري النّظرية الحديثة يؤسّسون تقدم دعوى البطلان النسبي على الأساس العام لسقوط الحقوق بالتقدم، وهو مثل ما ذكرنا سابقاً وجوب احترام الأوضاع التي استقرت بمرور الزمن وعدم الإخلال بتوازنها حفاظاً على المصلحة العامة. الأمر ذاته ينطبق على تقدم دعوى البطلان النسبي، ذلك أنّ العقد الباطل نسبياً لا يجب أن يبقى مهذّباً بالبطلان إلى الأبد⁵⁵².

237- إنّ المبدأ المعمول به هو أنّ مدّة تقدم دعوى البطلان النسبي مضبوطة بمرور سنة واحدة، وهي نفس المدّة التي نصّ عليها الفصل 377 من المجلّة المدنيّة والتّجاريّة لسنة 1899، وهو ما يعكس ثبات المشرّع التّونسي على هذا الموقف منذ المشروع وصولاً إلى مجلّة الالتزامات والعقود. وبمراجعة الفصل 377 من المشروع، نجد أنّ من بين مراجعه القانون الفرنسي والسّويسري والفقه الإسلامي. إلّا أنّ القانون الفرنسي لم يمثّل حقيقة منبع استلهاً المدّة في القانون التّونسي، ذلك أنّ المجلّة الفرنسيّة في البداية، قبل قانون 3 جانفي 1968، اعتبرت أنّ مدّة تقدم دعوى البطلان النسبي تضبط ب 10 سنوات، ثم قلّصت في هذه المدّة بعد 1968، إذ نصّ الفصل 1304 م 1 ف (والذي وقع تنقيحه بدوره في 2008 والذي سنأتي عليه لاحقاً) على أنّ مدّة التّقدم تقدّر بخمس سنوات⁵⁵³.

⁵⁴⁸ قرار تعقيبي مدني عدد 16669، مؤرّخ في 16 فيفري 1988، ن، ص 301.

⁵⁴⁹ رضا بن كريم، م س، ص 136.

⁵⁵⁰ م س، موضع سابق.

⁵⁵¹ ياسين فارح، م س، ص 105.

⁵⁵² رضا بن كريم، م س، ص 136 و 137.

⁵⁵³ "صاندرين سناء شالي دو ناري"، «البطلان أو فسخ الاتفاقيات: نظام البطلان»، الملف القانوني المدني، المجلّة، الفصل 1304 إلى 1314، الكرّاس 40، 14 سبتمبر 2007، ص 13، فقرة عدد 62.

Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, «Nullité ou rescision : régime de la nullité», J. -cl. Civ. Code, art 1304 à 1314, fasc. 40, 14 septembre 2007, page 13, n°62.

وفي ما يتعلق بالفقه الإسلامي، نجد أن المشروع قد استند في حاشية الفصل على الفقه المالكي والمتمثل في منظومة تحفة لابن عاصم ولكن في ما يتعلق فقط بسقوط دعوى البطلان الناجمة عن غبن، إذ أن التقادم في مثل هذه الدعاوى في الفقه المالكي يسقط بمرور سنة، وذلك في البيت 910 من المنظومة:

وَمَنْ بَعَثَ فِي مَبِيعٍ قَامَا ≈ فَشَرَطُهُ أَنْ لَا يَجُوزَ الْعَامَا⁵⁵⁴

238- بقي لنا القانون السويسري، والذي نجد أن المدة المنصوص عليها بالمشروع مستمدة بالفعل منه، إذ أن المشرع السويسري، عند بلورة المشروع أي في سنة 1899، يضع مدة سنة واحدة لتقادم دعوى البطلان النسبي⁵⁵⁵. إلا أن الأمر قد تغير في ظل هذا القانون، إذ أن البرلمان السويسري قد تبني مؤخرا تنقيحات هامة في مجال التقادم في 15 جوان 2018، والتي دخلت حيز التنفيذ غرة جانفي 2020. وبمقتضى هذا التعديل، أطال المشرع السويسري في آجال تقادم الدعاوى المبنية على عقد باطل أو إثراء غير مشروع لتصبح ثلاث سنوات بعد أن كانت سنة واحدة بمقتضى القانون القديم، ولقد ذهب المشرع السويسري إلى هذا التعديل بعد النقد الذي تعرضت له المدة باعتبارها قصيرة جدا، كما أن مدة ثلاث سنوات تتماشى أكثر مع القوانين المقارنة الغربية القريبة منها⁵⁵⁶. وبالتالي فإن تحديد الآجال بسنة واحدة نجده اليوم في القانون التونسي والمغربي⁵⁵⁷، وهو الأجل الأقصر باعتبار أن معظم التشريعات قد وضعت مدة أطول تصل أغلبها إلى ثلاث سنوات⁵⁵⁸، ولقد اعتبر السنهوري أن أجل السنة هو من قبيل المبالغة في التقصير من الآجال⁵⁵⁹.

239- ولكن كيف يتم احتساب هذه المدة؟ لقد أجاب المشرع التونسي عن هذا التساؤل في الفصل 331 من م 1 ع، إذ أن المدة لا تسري في صورة الإكراه إلا من يوم زواله، ذلك أن المتعاقد المكره إرادته

⁵⁵⁴ ابن عاصم، م س، البيت 910، ص 72.

⁵⁵⁵ فصل 28 من القانون المدني السويسري حسب المشروع.

⁵⁵⁶ "بلاز كارون"، «قانون التقادم السويسري الجديد: تقديم وتحليل نقدي في ظل الأهداف المرجوة»، مجلة سوي-جاناريس، 2019، ص 318 وما بعدها.

Blaise Carron, «Le nouveau droit suisse de la prescription : présentation et analyse critique au regard des objectifs visés», *Sui-generis*, 2019, page 318 et s.

⁵⁵⁷ المادة 311 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "دعوى الإبطال تقادم بمرور سنة على ثبوت السبب الموجب للإبطال والعلم به من طرف من تقرر الإبطال لمصلحته".

⁵⁵⁸ فصل 140 من القانون المدني المصري: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك صاحبه خلال ثلاث سنوات".

⁵⁵⁹ "...أما القانون السوري الجديد فقد أمعن، كالقانون السويسري، في تقصير مدة التقادم في البطلان، فنصت المادة 141 من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة..." عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 454، فقرة عدد 322.

مقيّدة، ممّا ينعكس على إرادته في طلب البطلان من عدمه⁵⁶⁰. وفي صورة الغلط والتّغريب، يسري الأجل من وقت الاطّلاع عليه، وفي حال نقص الأهلية من يوم بلوغ سنّ الرّشد، وبالنّسبة لعديمي الأهلية والمحجور عليهم من يوم رفع الحجر عنهم أو وفاتهم. أمّا في ما يتعلّق بورثة المحجور عليه والذي مات تحت الحجر والمغبون الرّشيد، فمن وقت حوز الشّيء المتعاقد عليه.

نفس الأمر تقريبا نصّ عليه المشرّع الفرنسي في تنقيح 2008، إذ أنّ نقطة انطلاق سريان مدّة الخمس سنوات في المطلق هي منذ اكتشاف الأفعال التي أدّت إلى ممارسة دعوى البطلان، وذلك حسب الفصل 2224 من م م ف. أمّا في ما يتعلّق بعيوب الرّضا، فبالنّسبة للإكراه، تسري المدّة منذ زواله، وبالنّسبة للبطلان لغلط أو تغريب، تنطلق مدّة المطالبة به منذ الاطّلاع عليه استنادا للفصل 1144 من نفس المجلّة⁵⁶¹.

240- إنّ ما سبق وأن تعرّضنا إليه هو المبدأ العام الذي يحكم تقادم دعوى البطلان النّسبي، إلّا أنّ المشرّع صلب الفصل 330 وضع استثناء لهذا المبدأ⁵⁶²، إذ يعتبر أنّ هذه المدّة ليست مطلقة نهائية، بل يمكن أن تختلف "إذا صرّح القانون بمدّة أخرى" حسب منطوق الفصل.

ونجد في بعض العقود الخاصّة تجسيدا لهذا الاستثناء، إذ بالعودة لقانون الشّركات، يتبيّن لنا أنّ الشركة ذات المسؤوليّة المحدودة والشركة خفيّة الاسم، إن وقع تأسيسها بدون مراعاة لجملة من الفصول هي باطلة، وتسقط دعوى المطالبة بهذا البطلان بمرور ثلاث سنوات من تأسيس الشركة⁵⁶³.

241- وإن لم يذكر المشرّع أيّ أجل خاص، نعود دائما إلى القاعدة وهي مرور سنة للمطالبة بالبطلان النّسبي، وكما رأينا فإنّ هذه المدّة تسري منذ اكتشاف أو زوال العيب الذي أبطل العقد. وفي كلّ الأحوال، تنقضي هذه الدّعوى بمرور مدّة زمنيّة أطول على إبرام العقد وهي 15 عاما.

ب- تقادم دعوى البطلان النّسبي في كلّ الأحوال بمرور 15 سنة

242- تتقادم دعوى البطلان النّسبي في كلّ الأحوال بمرور 15 سنة. فقد يتأسّس البطلان أحيانا على عناصر نفسيّة يصعب إثباتها، والذي سينعكس على المطالبة بالبطلان، وذلك مثل حالة الغلط أو التّغريب حيث يتوهم المتعاقد غير الحقيقة⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ رضا بن كريم، م س، ص 141.

⁵⁶¹ "مالوري"، م س، ص 379 و380، فقرة عدد 705.

⁵⁶² رضا بن كريم، م س، ص 140.

⁵⁶³ فصل 104 م ش ت متعلّق بالشركة ذات مسؤوليّة محدودة: "تعتبر باطلة، كلّ شركة ذات مسؤوليّة محدودة وقع تأسيسها دون مراعاة أحكام الفصول من 93 إلى 100 من هذه المجلّة... وتتقرض دعوى البطلان بمرور ثلاث سنوات من تاريخ تأسيس الشركة..."

فصل 179 م ش ت متعلّق بالشركة خفيّة الاسم: "كلّ شركة خفيّة الاسم، تأسست خلافا لمقتضيات الفصول من 160 إلى 178 من هذه المجلّة، تعتبر باطلة... وتسقط دعوى البطلان الأنفة الذّكر بمرور ثلاث سنوات من تاريخ تأسيس الشركة."

⁵⁶⁴ أحمد الورفلي، م س، ص 126.

الأمر الذي دفع بالمشرّع، حفاظاً على الاستقرار التعاقدى، إلى وضع الفصل 334 م ١ ع والذي ينصّ على أنّ: "القيام بالفسخ يسقط على كلّ حال بمضي 15 سنة من تاريخ العقد."

ولقد نصّت العديد من القوانين على هذا الأجل، من بينهم القانون المصري في المادة 140 من القانون المدني المصري في فقرته الثانية: "...وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد."

كما جعلت محكمة التعقيب التونسية من مرور مدة 15 سنة أمراً مصححاً للعقد الباطل ومزيلاً لحقّ القيام بدعوى البطلان النسبي⁵⁶⁵. نفس هذا الموقف نجده لدى الأستاذ السنهوري الذي اعتبر أنّ مرور الزمن يصحّح العقد الباطل ولا يجوز بعدئذ المطالبة بالبطلان لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع⁵⁶⁶.

243- عكس الأجل القصير للتّقديم، لا يتمتع كلّ من له الحقّ في المطالبة بالبطلان النسبي بهذا الأجل الطويل. ونحدّث هنا عن حالة القاصر الذي بلغ سنّ الرّشد، إذ أنّ امتناعه عن القيام بدعوى البطلان بمرور سنة من بلوغه سنّ الرّشد يمنع عنه القيام بها نهائياً. ولقد دّعّم فقه القضاء هذا الموقف من خلال اعتبار أنّ مضي عام على بلوغ سنّ الرّشد هو مانع للقيام بدعوى البطلان في ما يتعلّق بعقود القصر⁵⁶⁷.

244- إنّ الفصل 334 م ١ ع يعتبر أنّ سريان المدة ينطلق منذ إبرام العقد. ويرى الفقهاء أنّ هذا التاريخ، نقطة انطلاق مدة السريان الطويلة، هو التاريخ الثابت. ويختلف ثبات التاريخ إن كنّا أمام حجة رسمية أو حجة خطيّة.

ففي ما يتعلّق بالحجة الرسمية والتي تتمتع بقوة ثبوتية مطلقة، التاريخ المضمّن في الكتب الرسمي هو تاريخ ثابت ورسمي قد شهد به المأمور العمومي، وبالتالي يمكن الاستناد عليه في احتساب مدة سريان التّقديم.

ويختلف الأمر إن كنّا أمام كتب خطي، فهو حجة غير رسمية ليس لها قوة ثبوتية مطلقة، ذلك أنّ محرّرها هو شخص عادي ولا يحمل صفة المأمور العمومي. وحسب الفصل 450 م ١ ع، لا ينتج هذا الكتب آثاره إزاء الغير إلّا إن كان ثابت التاريخ⁵⁶⁸. وثبوت التاريخ يتحقّق في حالات عددها الفصل المذكور والتي يمكن بمقتضاها احتساب انطلاق سريان مدة التّقديم:

⁵⁶⁵ ياسين فارح، م س، ص 112.

⁵⁶⁶ "... فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً، لا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع."

عبد الرزّاق السنهوري، م س، ص 453.

⁵⁶⁷ ابتدائي الكاف، مؤرّخ في 23 جانفي 1962، مجلّة القضاء والتّشريع عدد 7، سنة 1962، ص 62.

⁵⁶⁸ رضا بن كريم، م س، ص 142.

- 1- من يوم تسجيل الكتب...
 - 2- من يوم إيداع الكتب لدى مأمور عمومي.
 - 3- من يوم الوفاة أو العجز الثابت...
 - 4- من تاريخ الاطلاع على الكتب أو من تاريخ التعريف به من المأمور العمومي...
 - 5- من يوم تضمين الكتب بالعقد المحرر من المأمور العمومي...
 - 6- إذا كان التاريخ ناتجا عن بيانات أخرى يترتب عليها الثبوت العام.
- إن مرور المدّة، سواء كانت الطويلة منها أو القصيرة، مسقط لحق المطالبة بالبطلان النسبي عن طريق الدّعى، الأمر الذي يجعل الأوضاع تستقرّ بمرور الزّمن. إلّا أنّ الأمر لم يكن بهذا الوضوح في ما يتعلّق بتقادم دعوى البطلان المطلق، الأمر الذي سنأتي على شرحه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الغموض حول تقادم دعوى البطلان المطلق

245- إنّ فكرة تقادم دعوى البطلان المطلق، شكّلت، ولا تزال تشكّل، محلّ اختلاف فقهي وفقه قضائي لطالما طغى على الرّأي القانوني، بين مؤيّد ومعارض، وذلك نتيجة للصّمت التشريعي الذي اتّسم به القانون التّونسي منذ بلورة المجلّة المدنيّة والتّجاريّة لسنة 1899 وصولاً إلى مجلّة الالتزامات والعقود. إذ على خلاف دعوى البطلان النسبي الذي اتّفقنا على سقوطها، يبقى المشكل مطروحا حول سقوط دعوى البطلان المطلق.

وكنتيجه لذلك، نجد أنّ هذا التّساؤل يحكمه موقفان: يسلم الأول بعدم قابليّة دعوى البطلان المطلق للتّقادم، وهي فكرة يجدر بنا التّخلّي عنها (أ)، وذلك تأسيساً للموقف الأسلم بالنّسبة إلينا والذي يقرّ بقابليّة دعوى البطلان المطلق للتّقادم باعتبار أنّ ذلك يضمن استقرار المعاملات (ب).

أ- إقصاء الفكرة القائمة على عدم قابليّة دعوى البطلان المطلق للتّقادم

246- يعتبر البعض أنّ تقادم دعوى البطلان المطلق لا تتقادم، وهو موقف، على الرغم من أهميّته وكثرة مؤيّدیه، إلّا أنّه موقف يستدعي الدّحض والإقصاء وذلك بعد التّعرض إليه وفهم الحجج الموالية له.

ويعود هذا الأخذ والرّد في المواقف المختلفة والتّذبذب في الاتفاق حول موقف موحّد إلى الفراغ التشريعي الذي شهدناه في قانوننا الوضعي، فهو ما جعل من هذه المسألة مشكلاً قانونياً يستوجب البحث فيه. وهذا الفراغ لا ينسحب على كلّ القوانين، إذ أنّ معظم التّشريعات، سواء كانت الغربيّة منها أو العربيّة وضعت نصّاً قانونياً واضحاً حول قابليّة سقوط دعوى البطلان المطلق.

247- فمثلاً بالنّسبة للقانون المصري، نصّت الفقرة الثّانية من المادّة 141 على أنّه: "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد."

على الرغم من أنّ القانون المصري القديم يعتبر أنّ العقد الباطل بطلانا مطلقا هو من قبيل العدم، والعدم لا يمكن أن ينقلب وجودا مهما طال به الزمن⁵⁶⁹، إلّا أنّ القانون الجديد رأى أنّ الأوضاع تطوّرت وأراد أن يتماشى أكثر مع القانون الفرنسي، الأمر الذي جعله يتبنّى تقادم العقد الباطل بطلانا مطلقا.

248- أمّا في ما يتعلق بالقانون الفرنسي، فقد كان في وقت سابق يأخذ بمدة أطول، إذ أنّ الفصل 2262 قديم كان يعتبر أنّ تقادم دعوى البطلان المطلق مقدّرة بـ 30 سنة. إلّا أنّ الأمور قد تغيّرت بمقتضى تنقيح 2008، إذ أنّ قانون 17 جوان 2008 أدخل تعديلات جمّة في ميدان التقادم ووحد في مدّته، إذ لا عمل بعد التنقيح المذكور على الفصلين 1304 (المحدّد لمدة تقادم دعوى البطلان النسبي بخمس سنوات) والفصل 2262 (المحدّد لتقادم دعوى البطلان المطلق بثلاثين سنة)، ذلك أنّ الفصل 2224 جديد صار ينصّ على أنّ مدة القيام بدعوى البطلان هي خمس سنوات. وبالتالي، في ظلّ القانون الفرنسي الجديد، لم نعد نفرّق بين البطلان المطلق والنسبي في هذه المسألة، ذلك أنّ الاثنين صارا يخضعان لنفس مدة التقادم وهي خمس سنوات.

إنّ القانون الفرنسي قد أخذ منذ البداية بقابليّة سقوط دعوى البطلان المطلق، إلّا أنّ هذا الأمر لم يؤثر في أصحاب الرّأي القائل بعدم قابليّة سقوطها في القانون التّونسي.

ولقد اختلفت حجج هؤلاء في مساندة فكرتهم، ولعلّ أنّ أبرزها هو أنّ دعوى البطلان المطلق لا تندرج ضمن القاعدة العامّة للفصل 402 م 1 ع والقائلة بأنّ كل الدّعاوى الناشئة عن تعميم ذمّة تسقط بمرور خمسة عشر سنة، ذلك أنّ دعوى البطلان المطلق مردّها القانون وليس الالتزام لأنّ العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يرتّب أيّ التزام ولا يعمرّ الذمّة وذلك حسب منطوق الفصل 325 م 1 ع والذي ينصّ على أنّه ليس للالتزام الباطل من أصله عمل ولا يترتّب عليه شيء⁵⁷⁰.

249- كما أنّ طبيعة البطلان المطلق لا تتماشى مع فكرة التقادم، ذلك أنّ التقادم هو وسيلة لتدارك البطلان، ما يؤدي ضرورة إلى جعل العقد صحيحا. الأمر الذي لا يمكن تطبيقه على البطلان المطلق ذلك أنّه لا يمكن أن ينقلب صحيحا باعتبار أنّه من قبيل العدم لا شيء يصحّحه ولو حتّى مرور الزمن⁵⁷¹.

كما يعتبر الأستاذ محمّد الزّين، أنّ اعتبار الهدف من التقادم وهو ضمان استقرار المعاملات هدفا مهّدّا في حال القول بعدم قابليّة تقادم دعوى البطلان المطلق، هو من قبيل "تهويل المخاطر"، إذ أنّ هذا الاستقرار لا يكون مهّدّا إلّا إن تمّت المطالبة ببطلان عقد قد وقع تنفيذه. الأمر الذي يحصل عادة ذلك

⁵⁶⁹ عبد الرزاق السنهوري، م س، ص 447.

⁵⁷⁰ محمّد الزّين، م س، ص 232، فقرة عدد 293.

⁵⁷¹ م س، ص 233، فقرة عدد 294.

أن المطالبة بالبطلان المطلق تكون في العادة لأجل استرداد ما تمّ دفعه: إنّ مثل هذه الدّعى هي قابلة للتّقديم طبقاً للفصل 384 م 1 ع وما بعده والمتعلّق بدّعى الاسترداد، فلا مساس من الاستقرار التّعاقدي إذا تقدّمت دعوى الاسترداد⁵⁷².

وقد أيّدت محكمة التّعقيب التّونسيّة هذا التّمشي في بعض من قراراتها، إذ اعتبرت أنّ "العقد الباطل على الدّوام لا تصحّحه إرادة الطرفين ولا مضي المدة الطّويلة"⁵⁷³. وعلّلت موقفها في نفس هذا القرار: "العقد الباطل تسري عليه أحكام الفصل 402 م 1 ع التي لا تتعلّق إلّا بالعقود التي انعقدت صحيحة".

وقد دعّمت في ذلك موقف محكمة التّعقيب في السّابق والتي رأت أنّ: "العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتّقديم لأنه معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد"⁵⁷⁴.

وبقيت محكمة التّعقيب على موقفها حتّى في قرارات حديثة، إذ أخذت في قرار مؤرّخ في 17 جانفي 2009 نفس كلمات الأستاذ محمّد الزّين وذلك للتّعبير عن موقفها من سقوط دعوى البطلان المطلق بمرور الزمن، واعتبرت أنّ "التّقديم حاجز يمنع تطبيق الجزاء المتمثّل في البطلان ويؤوّل بالتّالي إلى تصحيح العقد وهذا الأمر لا يمكن تصوّره بالنّسبة للعقد الباطل بطلاناً مطلقاً"⁵⁷⁵.

كما أضافت بعض الحجج الأخرى في نفس هذا القرار مساندة لنفس الموقف، فاعتبرت أنّ لا فائدة من البحث عن مراد المشرع ذلك أنّ مراده واضح: هو لم يكن في حاجة إلى وضع نصّ واضح حول مسألة السّقوط اقتناعاً منه أنّ دعوى البطلان المطلق لا تسقط، إذ أنّه أورد نصوصاً صريحة حول تقادم البطلان النّسبي وامتنع عن ذلك عمداً في ما يتعلّق بالبطلان المطلق، وذلك تطبيقاً للقاعدة المقرّسة في الفصل 534 م 1 ع والقائلة بأنّه إذا خصّ القانون صورة معيّنة بقي إطلاقه في جميع الصّور الأخرى، إذ أنّ تحديد جزاء حالة معيّنة لا ينطبق على بقيّة الحالات الأخرى⁵⁷⁶. وبالتالي فإنّ الحلّ الذي لخصت إليه المحكمة أخيراً هو عدم قابليّة دعوى العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إلى السّقوط بمرور الزمن وهذا التّسليم لا يمكن تأسيسه على أيّ نصّ ذلك لغيابه، بل هو أمر يفهم من منطق الأمور.

⁵⁷² محمّد الزّين، م س، ص 233.

⁵⁷³ قرار تعقيبي مدني عدد 11113، مؤرّخ في 25 ديسمبر 1984، ن، القسم المدني، ص 273.

⁵⁷⁴ قرار تعقيبي مدني عدد 1637، مؤرّخ في 12 ديسمبر 1978، م ق ت لسنة 1979، عدد 4، ص 106.

في نفس السّياق نذكر القرار التعقيبي المدني عدد 23712 مؤرّخ في 4 جوان 2003: "... ويخلص من ذلك أنّ البطلان المطلق لا يزول بالتّقديم لأنّ العقد الباطل معدوم ولا ينقلب صحيحاً مهما كان الأمد..."

⁵⁷⁵ قرار تعقيبي مدني عدد 23311، مؤرّخ في 17 جانفي 2009، م ق ت لسنة 2009، عدد 4، ص 161.

⁵⁷⁶ قرار تعقيبي سابق، ص 160 و 161.

إنّ هذا الموقف على الرّغم من الصّدق الذي لقيه في الفقه وفقه القضاء إلّا أنّه موقف يجدر دحضه، ذلك أنّ الموقف المقابل، وهو الموقف الذي يسلم بتقادم دعوى البطلان المطلق، هو الموقف الأفضل للمحاسن التي يتركها، لعلّ أهمّها هو ضمان استقرار المعاملات.

ب- قبول تقادم دعوى البطلان المطلق ضروري لضمان استقرار

المعاملات

250- إنّ التسليم بمثل هذا الحل والأخذ بتقادم دعوى البطلان المطلق ضمانا لاستقرار المعاملات لا يمكن أن يأتي من العدم، إذ وأتّنا، وفي ظل الفراغ التشريعي، ينبغي علينا البحث أولا في نيّة المشرّع التونسي، وهل أراد فعلا الأخذ بقابليّة دعوى البطلان المطلق للتقادم أم لا. وللكشف عن هذه النيّة، يجب علينا مثل ما تعودنا على فعله، العودة إلى أصل الأمور، أي أصل الفصول التي كانت محلّ جدل في هذه المسألة والتي اعتمدها أصحاب الموقف الأوّل في مساندة موقفهم، وهم الفصلين 325 و402 م ا ع، واللذين كانا تباعا الفصلين 372 و449 من المجلّة المدنيّة والتّجاريّة لسنة 1899.

251- إنّ الفصل 372 من هذه الأخيرة يأخذنا، إلى جانب الفقه الإسلامي، إلى الفقهاء الفرنسيين "أوبري" و"رو" و"لورون". وبالعودة إلى هؤلاء، نجد أنّهم من أنصار الموقف الأوّل والقاتل بعدم قابليّة دعوى البطلان المطلق للتقادم⁵⁷⁷. وبالتالي فإنّ العودة إلى هذا الفصل كانت بلا نتيجة ذلك أنّ الاتجاه الغالب هنا هو القول بعدم قابليّة دعوى البطلان المطلق للسقوط، خاصة وأنّ حتّى العودة للفقه الإسلامي كانت بلا فائدة ذلك أنّها تخصّ متعلقات أخرى بالفصل وليس الموضوع الذي يهّمنا.

إذن ينبغي العودة في مرحلة أخرى إلى الفصل 449 من المجلّة الأولى، والذي أصبح اليوم الفصل 402 م ا ع، وهو الفصل الذي طرح جدلا في المسألة أكثر من الفصل الأوّل.

أخذتنا حاشية الفصل 449 إلى بعض النصوص القانونيّة الأجنبيّة وبعض الأحكام القضائيّة. فبالنسبة للفصول، نجد الفصل 917 من المجلّة التّجاريّة الإيطاليّة والفصل 195 من المجلّة الألمانيّة، ولقد احتوت هذه النصوص على بعض الآجال العامّة للسقوط: (في القانون الإيطالي عشر سنوات وفي القانون الألماني ثلاثون سنة).

252- أمّا بالنسبة للأحكام القضائيّة⁵⁷⁸، فالعودة إليها لم تنفعنا في مسألة تقادم دعوى البطلان المطلق، بل نفهم من مجملها أنّها تتعلّق بسقوط الدعاوى الناشئة عن التزام، وقد يكون هذا الالتزام منجرّا عن

⁵⁷⁷ عبد المجيد الرّوّقي، م س، ص 501، فقرة عدد 383.

⁵⁷⁸ حكم المحكمة الابتدائية بتونس في 7 ديسمبر 1887، حكم المحكمة الابتدائية بتونس في 6 فيفري 1888، حكم المحكمة الابتدائية بتونس في 27 جوان 1894، حكم المحكمة الابتدائية 15 جوان 1891 وأخيرا حكم محكمة الاستئناف بالجزائر في 1 ماي 1893.

عقد⁵⁷⁹، ولكن أيّ عقد مقصود هنا؟ هل العقد الصحيح أو الباطل؟ وإن كان قد أريد به العقد الباطل، هل نتحدث هنا عن بطلان نسبي أم مطلق؟ وهل أنّ عدم التقييد في مرتبة العقد هل يمكن فهمها على إطلاقها أي أنّها تشمل العقود الصحيحة والباطلة⁵⁸⁰؟

لقد أجاب الأستاذ عبد المجيد الزّروقي عن هذا الإشكال بالاستناد إلى الحجّة التي اعتمد عليها أنصار الموقف الأوّل والذي يتناول مسألة سقوط الدّفع بالبطلان: إذ أنّ غياب نصّ عن المشروع وعن مجلّة الالتزامات والعقود والذي يحسم بعدم سقوط الدّفع بالبطلان المطلق، قد أراد به المشرّع عدم سقوط دعوى البطلان المطلق، ذلك أنّه لم يضع نصّاً يقرّ بسقوط الدّفع بالبطلان المطلق لأنّ دعوى البطلان المطلق أرادها المشرّع أن لا تتقدم. إذ أنّ غياب نصّ يمنع عن الدّفع بالبطلان المطلق التّقدم بمرور الزّمن هو دليل على منع تقدم دعوى البطلان المطلق بمرور الزّمن، ذلك أنّه "لو قرّر أن تقبل الدعوى السّقوط، لوجدت الحاجة (كما في البطلان النسبي) إلى وضع نصّ يقول إنّ الدّفع بالبطلان المطلق لا يسقط"⁵⁸¹.

253- إنّ هذه الفكرة قد وقع دحضها بالعودة إلى ما حدث في القانون الفرنسي حول مسألة الدفع بالبطلان النسبي.

حيث أنّ هذه المسألة عرفت تطوّراً على ثلاث مراحل: فقد قيل في المرحلة الأولى، مرحلة القانون الرّوماني، بعدم سقوط الدفع بالبطلان النسبي، ثم جاء قانون "فرانسوا الأوّل" وقال بأنّ هذا الدّفع يسقط، ثم المجلّة المدنيّة الفرنسيّة أخيراً لم تأخذ أيّ موقف واضح من المسألة والتزمت الصّمت. ولقد اختلف الفقهاء حينئذ حول مسألة السّقوط من عدمه، واعتبر البعض أنّ قانون فرانسوا الأوّل لم يطبّق من أساسه وبالتالي فإنّ الدّفع بالبطلان النسبي لا يسقط. وخشية من أن ينتقل هذا الجدل إلى القانون التّونسي، وُضع فصل حاسم في هذه المسألة والذي أخذ بعدم سقوط الدّفع بالبطلان النسبي. وبالتالي لا يمكن اعتبار أنّ غياب نصّ متعلّق بسقوط الدّفع بالبطلان المطلق أراد به المشرّع عدم سقوط دعوى البطلان المطلق. إذا يمكن القول هنا أنّ الفصل 402 م 1 ع أراد به المشرّع الإطلاق، فهو ينطبق على كلّ العقود سواء كانت صحيحة أو باطلة، نسبياً أو مطلقاً⁵⁸².

⁵⁷⁹ انظر عبد المجيد الزّروقي، م س، صفحة من 504 إلى 508.

⁵⁸⁰ عبد المجيد الزّروقي، ص 512.

⁵⁸¹ م س، ص 513.

⁵⁸² م س، ص 513 إلى 515.

254- من ناحية أخرى، حجة أخرى تضاف مساندة لقابلية دعوى البطلان المطلق للتقادم، والمستمدة من الفصل 402 م 1 ع، إذ أنّ هذا النصّ هو نصّ عامّ، يحتوي على عبارات عامّة، وتقييده من خلال إقصاء الدعاوى المبنية على عقود باطلة بطلانا مطلقا من ميدان التقادم هو من قبيل التقييد لإطلاقه⁵⁸³. فتقييد هذا الفصل ووضع الاستثناءات له هي من مهام القانون، وذلك تطبيقا لمقتضيات نفس الفصل: "...عدا ما استثنى بعد وما قرّره القانون في صور مخصوصة."

ومن هذه الاستثناءات ما جاء به الفصل 129 م ح ع والتي أقرّت على أنّ دعوى القسمة لا تسقط بمرور الزمن. وبالتالي إن أراد المشرّع أن يضع استثناء للفصل المذكور والمتعلّق بعدم قابلية دعوى البطلان المطلق للتقادم لوضعه ونصّ عليه صراحة مثل ما فعل مع دعوى القسمة.

255- أمّا في ما يتعلّق بأنّ التقادم هو آلية مصحّحة لبطلان العقد، هو قول لا يستقيم، ذلك أنّ تقادم دعوى البطلان المطلق لا تصحّح العقد⁵⁸⁴، فالعقد يحافظ على بطلانه والأمر يتعلّق فقط بمنع الحقّ بالقيام بالدعوى في كلّ الأزمان. وهو أمر ليس بجديد على القانون التونسي، إذ أنّ الملكية، وعلى الرّغم من كونها حقّ أساسي وأبدي، إلّا أنّها يمكن أن تسقط بعد مرور مدّة من الزمن لم يطالب فيها المالك بحقه: ففي هذه الوضعية حقّ الملكية حقّ باقٍ، ولكنّ المطالبة به أمام القضاء هو الذي زال⁵⁸⁵، فإن كان الأمر كذلك بالنسبة للملكية، لما لا نطبّق نفس الشيء بالنسبة للبطلان المطلق.

كما أنّ القول بإزاحة خطر المساس من الاستقرار التعاقدي من خلال تقادم دعوى الاسترداد لم يكن في منأى عن التّدكّك، إذ أنّ نقطة بداية سريان آجال التقادم هو يوم التصريح بالبطلان⁵⁸⁶، وبالتالي فإنّ عدم سقوط دعوى البطلان المطلق وتركها قابلة للإثارة في كلّ زمن، يجعل من دعوى الاسترداد أيضا لا تسقط بالتقادم، ذلك أنّ نقطة بداية تقادم دعوى الاسترداد لم تحصل، لأنّ التّطّيق بالبطلان المطلق لم يحصل ويمكن أن يحصل في كلّ الأزمان، وهو ما سيجعلنا نعود لأصل المشكل، وهو أنّ عدم القول بسقوط دعوى البطلان المطلق مهدّد للاستقرار التعاقدي⁵⁸⁷.

256- ولقد سعى فقه القضاء التونسي إلى تأصيل هذه الغاية، وهي حماية الاستقرار التعاقدي، من خلال جملة القرارات التي عصفت بحجج الرّأي الأوّل المدحوض.

⁵⁸³ العجمي بالحاج حمودة، العقد، درس منسوخ، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1988-1989، ص 185.

ذكره نور الدين بالسّورور، م س، ص 325.

⁵⁸⁴ "...ولكن هذا لا يعني أنّ العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً، فهو لا يزال باطلاً، ولكنّ الدّعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم." عبد الرزّاق السنهوري، م س، ص 447.

⁵⁸⁵ عماد بن مبروك، م س، ص 138.

⁵⁸⁶ "غالفتشي"، م س، ص 406، فقرة عدد 704.

⁵⁸⁷ نور الدين بالسّورور، م س، ص 330.

فبالعودة إلى قرار كُنا قد ذكرناه سابقاً في إطار الأخذ بعدم تقادم دعوى البطلان المطلق، نجد أنه، وفي المقابل تماماً، قد دافع عن سقوط الدعوى بمرور الزمن⁵⁸⁸. فصحيح أنه اعتبر أن البطلان المطلق هو من قبيل العدم ولا شيء يصحّحه ولا حتى مرور الزمن، إلا أنه استدرك وأقرّ بأن "الأوضاع التي استقرت بالتقادم يجب احترامها وذلك عن طريق إسقاط دعوى البطلان بمضيّ المدّة الطويلة لا باعتبار أن العقد قد انقلب صحيحاً."

قرار آخر حديث لمحكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة لخص لنا كل ما قيل في مسألة تقادم دعوى البطلان المطلق والحجج المقدّمة من قبل الموقفين في إطار الجدل الحاصل حولها. إذ اعتبرت المحكمة أن التطور الحاصل في قانون الالتزامات لمزيد تدعيم الأمن التعاقدية قد أثر على دعوى البطلان المطلق وسقوطها بمرور الزمن، ولا يمكن المحافظة على الأفكار الموروثة والقديمة في ظلّ هذا التطور الحاصل. ولقد أصّلت قرارها حول مسألة الفرق بين الدعوى والحق، إذ أن سقوط الدعوى لا يعني أبداً سقوط الحق، وذلك تطبيقاً للقاعدة الرومانية والقائلة بأن "الحقّ أبدي ولكنّ الدعوى مؤقتة". وبالتالي فإنّ الحقّ لا يتقادم، بل هو يرد على الدعوى فقط.

إنّ هذا التمييز بين الدعوى والحقّ هو ما دعّم دحض الدوائر المجتمعة للفكرة القائلة بأن تقادم دعوى البطلان المطلق مصحّحة للعقد، فالتقادم هو فقط "سحب صلاحية القيام بدعوى التصريح بالبطلان"⁵⁸⁹.

257- إذا الرأى الأسلم في هذه الوضعية هو الأخذ بسقوط دعوى البطلان المطلق بمرور الزمن، وهذه المدّة تتمثّل في خمسة عشر سنة وذلك طبقاً للفصل 402 م 1 ع، تحقيقاً لاستقرار المعاملات وحفاظاً على الأوضاع المستقرّة بمرور الزمن.

⁵⁸⁸ قرار تعقيبي مدني مذكور سابقاً، مؤرخ في 12 ديسمبر 1978، ص 109.

⁵⁸⁹ قرار عن الدوائر مجتمعة عدد 39843، مؤرخ في 25 أكتوبر 2018.

خاتمة الجزء الثاني

258- لنن اعتدنا على التسليم بأن بطلان العقد يعني حلّ الرابطة التعاقدية بشكل نهائي وتامّ، إلّا أنّ هذا الأمر لم يعد يستقيم اليوم، وخاصة في ظلّ التطور المستمرّ الذي تشهده النظرية العامة للعقود، ومن هنا تنبع أهمية التنبّي الواضح والصريح لأساليب تنقذ العقد المعيب من مصيره المحتوم.

ولئن كان موقف المشرّع التونسي واضحا نسبيا في ما يتعلّق بالبطلان الجزئي، إلّا أنّ الأمر بقي معقّدا مع إنقاذ الرابطة التعاقدية بإزالة مفعول البطلان عن كامل العقد.

فصحيح أنّ المشرّع قد أقرّ مسألة التحوّل كوجه أوّل من أوجه إزالة مفعول البطلان وأحسن تنظيمها تقريبا صلب المجلّة، إلّا أنّ الأمر لم يكن كذلك في ما يتعلّق بالوجه الثاني والمتعلّق بانتهاء الحقّ في طلب البطلان. والتأرجح تعلّق بالأساس بالإجازة كمؤسسة، مرجعيّتها القانون الإسلامي والعقد الموقوف، فحتّى موقف الأخذ بها من عدمه لا يزال محلّ جدل فقهي.

نفس الأمر نجده في تقادم دعوى البطلان المطلق، والتي نجد حججا مقنعة تأثت الموقفين من التقادم، الموقف الذي يأخذ به من جهة، والذي يدفعه من جهة أخرى.

وعلى الرّغم من هذه الإشكالات التي تستوجب تدخّلا تشريعيّا عاجلا يحذّ منها ويضع أجوبة للنسؤولات المحيطة بها، إلّا أنّ المصلحتين العامة والخاصة تقضيان بأن يستغلّ القاضي كلّ مؤسسة من شأنها أن تنقذ الرابطة التعاقدية من كل بطلان واندثار لما في ذلك من تحقيق للاستقرار التعاقدية وحفاظ على الأوضاع التي استقرّت واطمأنت لسلامة العقد من كلّ خلل. فالأمر لم يعد يتعلّق بتسليط عقاب على طرفي العقد لإبرامهم عقدا مخلّا بإحدى القواعد، إلّا أنّ الأمر أصبح يدور حول إصلاح معتقداتهم القانونية وتوجيههم نحو الطريقة الأصلح في إبرام العقود، وهو ما يعدّ ممكنا من خلال جعل مفعول البطلان يختفي عن عقدهم وجعل هذا الأخير صحيحا من خلال بقاءه في ثوب جديد أو انتهاء الحقّ في المطالبة ببطلانه. وبالتالي فإنّ إزالة أثر البطلان عن العقد الباطل هو الهدف الذي نشعر أنّ المشرّع يسعى إليه في مجلّة الالتزامات والعقود والتي تمثّل تسهيلا لطريق تحقيق إحدى الأهداف الأخرى التي يرمي المشرّع إلى تحقيقها وهي المحافظة على الاستقرار التعاقدية.

الخاتمة العامة

259- إذا أردنا أن نلخص ما قيل سابقاً، نقول أنّ تدارك بطلان العقد هو هدف يمكن أن تضمن تحققه خمسة آليات، تناولنا الأولى في القسم الأول من هذا العمل وهي البطلان الجزئي، وهي آلية مخففة من جزاء البطلان إما بانتقاص العلة من العقد أو بتصحيحها. أما بقية الآليات فتناولناها في الجزء الثاني باعتبار أنها تمكّننا من التخلص من أثر أو مفعول البطلان نهائياً سواء كان ذلك بتعويض العقد الباطل بآخر صحيح وتحدث هنا عن آلية التحول، أو بجعل العقد الباطل صحيحاً باندثار حق المطالبة بالبطلان، ويكون ذلك بثلاثة طرق، الأولى من خلال تنازل صاحب الحق في طلب البطلان عن حقه وتحدث عن آلية الإمضاء، والثانية تتمثل في صدور هذا التنازل عن أجنبي عن العقد وهي الإجازة، وأخيراً يمكن أن يكون تلاشي الحق في طلب البطلان مرده الزمن، وتحدث هنا عن سقوط الحق في المطالبة بالبطلان بالتقادم.

260- ومسألة بطلان العقد هذه كمسألة مدنية، يمكن أن نقول أنها تجد نظيرتها في المادة الجزائية. إذ أنّ الأنظمة الجنائية في العالم تقوم على ثنائية الجريمة والعقاب: ارتكاب الجريمة هو سبب لتوقيع العقوبة، ولكنه ليس مبرراً للتشقي من المجرم.

ولكن توقيع عقاب مجرّد على المجرم أثبت عدم نجاعته في ردعه عن القيام بجريمة أخرى في المستقبل⁵⁹⁰. وعليه، تحاول جلّ الأنظمة الجنائية اليوم تبني سياسة استشفائية متوازنة مع العقاب، فيكون بذلك العقاب موجّهاً نحو علاج الجاني من كلّ الأفكار السوداوية التي دفعت به نحو ارتكاب جرمه وتحويله بالتالي من مجرم يفسد في المجتمع إلى مواطن فاعل فيه كان قد تعلّم من جريمته المرتكبة في السابق.

ونفس هذا الأمر، بتطبيقه على قانون العقود، هو ما أردنا أن نصل إليه من خلال عملنا هذا وبنينا عليه فكرتنا الرئيسية.

فلما كانت المادة المدنية تقوم، من ضمن ما تقوم عليه، على ثنائية العقد والبطلان، كلّما وقعت على العقد جريمة الإخلال بشروط تكوينه الضرورية، كان العقاب هو البطلان.

إلا أنّ هذا الجزاء هو عقاب قاس يتحمّله العقد بجميع آثاره التهديمية والمضرة بكافة المصالح، صار يُنظر إلى من يتعنّت في تطبيقه على أنّه قد انتقم من العقد المخالف. ومن ذلك انبثقت ضرورة البحث عن شفاء

⁵⁹⁰ نور الدين بالسّور، م س، ص 503.

العقد بدل التّشقي فيه، وقد كان ذلك من خلال تبني آليات لتدارك البطلان التي تمثل السياسة الاستثنائية في هذه المادة من آثار البطلان السلبية.

إنّ نفس هذه الآثار السلبية قد وضعت تحت المجهر فشل منظومة جزاء مخالفة قواعد تكوين العقد وبداية نهايته، وهو ما جعل اللجوء إلى وسائل التّدارك الحلّ الأمثل حالياً تجاه هذا الجزاء.

261- إلّا أنّه، وعلى الرّغم من أهميّة هذه الوسائل والعدد الهامّ من العقود التي صار من الممكن المحافظة عليها رغم بطلانها، إلّا أنّ الاقتصار عليها لم يعد كافياً في ظلّ القانون المعاصر وتطوّر أنواع العقود. ويعود هذا الأمر دائماً إلى شريعة الصّمت التي اتّخذها المشرّع إزاء حلّ آليات التّدارك والتي جعلت من فقه القضاء متذبذباً في تطبيقها، الأمر الذي خلق نوعاً من الظلم بين العقود الباطلة لنفس الأسباب، فنجد بعضها يُنقذ والبعض الآخر يُبطل.

إضافة إلى خروج العديد من أنواع العقود من دائرة الإنقاذ، ذلك أنّ هذه الأخيرة ورغم التطوّر الذي عرفته إلّا أنّها تبقى مضيقّة لا تسع كلّ أنواع العقود وكلّ أسباب البطلان.

إنّ هذه العوائق قد مثّلت حاجزاً أمام تحقيق الأهداف التي تسعى إليها آليات التّدارك، والتي كنّا قد عرضناها في مقدّمة عملنا ثمّ فصلناها في جوهره، ولنا أن نلخصها في المحافظة على الأوضاع المستقرّة من خلال ضمان الاستقرار التعاقدية.

262- ويمكن أن نتجاوز هذه العوائق من خلال التّخلي عن سياسة الصّمت التشريعي واتّخاذ موقف حازم من الآليات التي لا تزال تتخبط بين الاختلافات التشريعية والفقه قضائية.

فالمشرّع التونسي لا يزال متأخراً في ما يتعلّق بالوضوح في التّفنين مقارنة بالقانون المدني المقارن، نذكر أبرزه تنقيح المجلّة المدنية الفرنسية سنة 2016 وتنقيح القانون المدني السويسري الذي دخل حيّز النّفاذ في مطلع هذه السّنة (2020)، وهذه التّغييرات نأمل أنّها لن تبقى بدون تأثير على الرّأي القانوني التونسي، ونأمل بالأساس أن يكون نتاج هذا التأثير هو إدخال تعديل على القانون المدني التونسي وخاصة في مجال بطلان العقود وطرق تداركه لإخراجه إلى الحياة من جديد، وذلك لمزيد فهمها والتّعرف على الموقف التشريعي التونسي منها الذي لا يزال غامضاً لجموده لسنوات طوال (خاصّة مدى خضوع العقد الباطل بطلاناً مطلقاً للتّقديم، كذلك مدى تبني القانون التونسي للآلية المنحدرة من القانون الإسلامي أي آلية إجازة العقد الباطل) وهذا الغموض لمسناه خلال هذه الدّراسة وهو ما يفسّر عودتنا الدّائمة إلى القوانين المقارنة

والفقه الإسلامي والمجلة المدنية والتجارية التونسية لسنة 1899، علنا نجد في طياتها الموقف الحقيقي للمشروع التونسي من مختلف مسائل إنقاذ العقد الباطل⁵⁹¹.

وبالتالي فإن تجاوز هذا الصمت يكون من خلال تنقيح فصول المجلات المدنية وأخذ مواقف حقيقية وحازمة من المسائل المختلف فيها تتبلور في شكل فصول تأخذ موقعها تحت عنوان بطلان العقود وفسخها من مجلة الالتزامات والعقود، ولما لا تحمل عنوان "تدارك بطلان العقود" نذكر فيها تباعا الآليات التي تمكن من تدارك البطلان مع تبيان نوع البطلان المنطبق عليها وتفصيل نظامها القانوني.

263- إضافة إلى التنبؤ التشريعي الواضح لفكرة تدارك بطلان العقد، صار عدم نجاعة جزاء البطلان جليا وحاد الوقت إما لمراجعة نظامه القائم على التفرقة بين البطلان النسبي والمطلق، أو لاستبداله بجزاء آخر يحمي قواعد تكوين العقد دون المساس ببقاء العقود واستقرارها.

أما في ما يتعلق بالحل الأول، قد أثبت التطبيق عدم كفاية تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي، فلم لا يتخلى المشروع التونسي عن هذا التقسيم ويتبنى تقسيم الفقه الإسلامي للبطلان الذي أكدنا سابقا على حسن نظامه⁵⁹² ومدى تحقيقه لاستقرار العقود من خلال المحافظة على أقصى عدد من العقود المهددة بالبطلان.

وإن لم يكن ذلك ممكنا، يمكن أن نمر للحل الثاني وهو استبدال جزاء البطلان بأخر أكثر نجاعة.

وفي هذا المجال تنبئ المشروع الفرنسي نظاما مبتكرا مختلفا عن جزاء البطلان، وهو اعتبار الشرط غير مكتوب، حتى لو كان ممضى من الطرفين فإنه لا يمكن العمل به، وهو نظام موجه بالأساس لردع الشروط المجحفة خاصة تلك التي نجدها في عقود الإذعان⁵⁹³.

ويعتبر البعض أن الشرط محل النزاع يبقى صحيحا طالما لم يتم اللجوء للقضاء ولم يتم إعلانه شرطا غير مكتوب⁵⁹⁴. أما البعض الآخر فيرى أن الشرط غير المكتوب هو جزاء لا يتطلب تدخل القاضي وهو ما

⁵⁹¹ إن الرجوع إلى أصول الفصول في دراسة مثل هذه التقنيات، والتي نعتمدها ضمن دراسة كل آلية، هو أمر مهم جدا إذ أنها تحملنا أكثر على فهم النصوص القانونية والتي عادة ما تكون ضبابية وغير مفهومة ومتروكة لتأويلات الفقهاء والقضاة، وهو ما سيجعل تطبيقها أكثر سلاسة ونجاعة، ما يحقق مراد المشروع التونسي.

⁵⁹² يقول السنيهوري: "... نظرية الجزاء في الفقه الإسلامي ارتقت في التدرج المحكم في المراتب، وفي ابتداء فكرة العقد الفاسد، وفي التصوير الفني للعقد الموقوف والذي هو أرقى صناعة من العقد القابل للإبطال، كما ارتقت في تدرجها الدقيق في الخيارات..."

عبد الرزاق السنيهوري، م س، جزء 4، ص 285 و 286، ذكره عبد المجيد الزروقي، م س، هامش عدد 1113.

⁵⁹³ فصل 1171 من المجلة المدنية الفرنسية.

⁵⁹⁴ "مالوري" وآخرون، م س، ص 388.

يميّزه عن البطلان⁵⁹⁵. المهمّ فيه هو أنّه يمكن من محافظة العقد على طابعه القانوني، الأمر الذي لا نجده دائماً في البطلان.

ولئن كان في السابق، اعتبار الشرط غير مكتوب، مجرد وسيلة تمكّن من إنقاذ العقد، إلّا أنّها اليوم يمكن أن تكون جزاء قائم الذات معوّضا للبطلان⁵⁹⁶.

كما أنّ تميّز اعتبار الشرط غير مكتوب يتمثّل في كونه لا يُعدّ بطلاناً ولا يعتمد على ماهيّته، رغم أنّه نوع من أنواع البطلان الجزئي.

مثل هذه الأنظمة المحقّقة لنفس أهداف البطلان دون أن تتسبّب في آثار تهديميّة هي ما نحن في حاجة ماسّة إليه اليوم، إذ أنّ قصور جزاء البطلان حثّم على الأنظمة التشريعيّة بصفة عامة البحث عن بديل له، ينهل من إيجابيّاته ويقطع مع سلبيّاته ويأخذ بعين الاعتبار أسباب تراجعه، وبذلك نضمن حماية قواعد تكوين العقد، مع وضع نصب أعيننا دائماً هدف تحقيق الاستقرار التعاقدية، كلّ ذلك بدون أن نتناسى ضرورة التّقنين الواضح والصّريح لآليات تدارك بطلان العقد.

264- وكلّ ما قيل من ضبابيّة في تبني الأحكام وتجاوز للأنظمة التي جاء بها القانون الإسلامي والتي في بعض الأحيان تكون أسلم وأحكم من نظيرتها في القانون الغربي مثل ما رأينا سابقاً وهو القانون الذي يحافظ المشرّع التونسي على ولائه له، تنطبق على العديد من أحكام مجلّة الالتزامات والعقود وليس فقط البطلان⁵⁹⁷، وهذا رغم اعتبارها مجلّة من أكثر المجلّات إتقاناً على مستوى المضمون وكانت زمن وضعها محطّ أنظار الفقهاء في الدّاخل والخارج.

⁵⁹⁵ "صوفي قودمي"، الشرط المعتبر غير مكتوب، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، باريس، 2004، ملخّص الأطروحة في موقع <www.theses.fr>، تاريخ آخر اطلّاع: 30/11/2020.

Sophie Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit privé, Paris, 2004, résumé de la thèse dans le site <www.theses.fr>, date de dernière consultation : 30/11/2020.

⁵⁹⁶ "صوفي قودمي"، م.س.

⁵⁹⁷ إنّ الضبابيّة التي مسّت بعض أحكام المجلّة التونسيّة تتجلّى على مستويين. المستوى الأول يتعلّق بالتّقنيات المعتمدة وهي على علاقة بالآليات المهمّة لقانون الالتزامات. مثال نظريّة جزاء الأعمال القانونيّة... أمّا الصّنف الثّاني من الضبابيّة أخطر لأنّه يمسّ من الخيارات الأساسيّة المتنبّاة من قبل المجلّة. اثنتين منها يجب أن نرفعهما: الدّعم الظّاهر لمدرسة الشّرح على المتون والتسرّب السّريّ للشكليّة.

محمّد كمال شرف الدين، مقال سابق، ص 439 و440.

"... Les ambiguïtés qui affectent certaines dispositions du code tunisien sont de deux ordres. Les premières portent sur les techniques retenues, et ont, parfois, traits à des mécanismes importants du droit des obligations. Ainsi en est-il de la théorie des sanctions des actes juridiques... La seconde catégorie d'ambiguïté est plus grave en ce qu'elle affecte les choix fondamentaux adoptés par le code. Deux parmi d'elles, méritent

إلا أنّ هذا الإتقان لم يمنع بمرور الزّمن من ظهور ثغرات تشريعيّة ونقاط استفهام عديدة حول العديد من المسائل⁵⁹⁸، وهو ما مثّل معضلة بالنسبة للفقهاء والقضاة الذين وجدوا أنفسهم إلى يومنا هذا مضطرينّ إلى فكّ رموز أحكامها لتحديد توجّهات المشرّع الحقيقيّة.

فهل من الممكن أن نرى المشرّع التّونسي اليوم أو على الأقلّ في المستقبل القريب يسعى نحو تغيير توجّهاته المعتادة ويسعى إلى الحياد عن العودة شبه الدائمة إلى القانون الغربي ويقطع مع الأحكام الضبابيّة والمُبهمّة لمجلّة الالتزامات والعقود، نحو صيغة جديدة واضحة موادها، متنوّعة مصادرها، تُيسّر على المطلّع عليها قراءتها وعلى القضاة حسن تطبيقها؟

d'être particulièrement relevées : la faveur manifestée à l'école de l'exégèse et l'intrusion secrète du formalisme. "

Mohamed Kamel Charfeddine, article précité, page 439 et 440.

⁵⁹⁸ ينتقد "أميل لارشي" مجلّة الالتزامات والعقود التّونسيّة في ما يتعلّق بطريقة تحريرها، ويرتّب أهم ثلاث مساوئ لها . تتمثّل الأولى في اللّغة المستعملة التي عادة ما تكون مضلّلة (مثال استعمال عبارة انتقال للدلالة على الإحالة في الفصل 199) أو غير مفهومة إن نُقلت للغة الفرنسيّة (نتحدّث عن العبارات العربيّة المنقولة حرفيّاً للغة الفرنسيّة مثال المؤونة maâouna). أمّا المؤاخذه الثّانية تتعلّق بالإطالة في بعض الفصول والدّخول في التّفصيل غير المبرّرة (مثال على الإطالة في الفصل 788). وأخيراً ينتقد "لارشي" التّوظيف غير الدّقيق لبعض المفاهيم (مثال الفسخ للدلالة على البطلان التّسبي). "أميل لارشي"، «ملاحظات نقدية حول المجلّة التّونسيّة للالتزامات والعقود»، المجلّة الجزائريّة، 1907، ص 8، ذكره محمّد كمال شرف الدين، مقال سابق، ص 436.

Emile Larcher, «Observations critiques sur le code tunisien des obligations et des contrats», *Revue Algérienne*, 1907, page 8. Cité par Mohamed Kamel Charfeddine, article précité, page 436.

المراجع

مراجع باللغة العربية

الكتب

مراجع عامة:

- ابن سلمون (الكناني)، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام 741 هـ، دار الآفاق العربيّة، القاهرة، 2011.
- ابن عاصم الأندلسي الغرناطي (أبي بكر محمد)، منظومة تحفة الحكّام في نكت العقود والأحكام، 829 هـ، تحقيق محمّد عبد السّلام محمّد، دار الآفاق العربيّة، طبعة أولى، 2011.
- الجمال (مصطفى)، مصادر و أحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2006.
- الحصكفي (علاء الدّين)، الدّر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلميّة، 2002.
- الزّين (محمّد)، النّظريّة العامّة للالتزامات: العقد، مطبعة الوفاء، تونس، الطّبعة الثّانية، 1997.
- السنهوري (أحمد عبد الرّزّاق)، الوسيط في شرح القانون المدني: ج 1 : نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النّهضة العربيّة للطّبع والنّشر والتّوزيع، 1998.
- السنهوري (أحمد عبد الرّزّاق)، شرح القانون المدني، النّظريّة العامّة للالتزامات، نظريّة العقد، الجزء الأوّل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطّبعة الثّانية، 1998.
- شرف الدّين (محمد كمال)، مسائل في فقه القانون المدني المعاصر، مجّع الأطرش للكتاب المعاصر، تونس، 2014.
- شوقي (أحمد محمّد عبد الرّحمان)، البحوث القانونيّة في مصادر الالتزام الإراديّة وغير الإراديّة : دراسة فقهيّة وقضائيّة، منشأة المعارف، القاهرة، 2002.
- قدري باشا (محمّد)، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال النّاس في المعاملات الشرعيّة على مذهب أبي

حنيفة النعمان، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المحمية، مصر، 1891.

• كلون (علي)، النظرية العامة للالتزامات، منشورات مجّع الأطرش للكتاب المختصّ، تونس، 2015.

• محفوظ (محمّد)، دروس في العقد، مركز النّشر الجامعي، تونس، 2004.

المراجع الخاصة

• الجّري (سامي)، تفسير العقد، مركز النّشر الجامعي، تونس، 1999.

• الزّروقي (عبد المجيد)، أحكام الغلط: دراسة في المنهجية النّشريعة، دار الكتب العلميّة، بيروت، الطّبعة الأولى، 2010.

• السّباعي (أحمد شكري)، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقّه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكّاف، الطبعة الثانية.

الأطروحات والمذكرات

• ابن طالب (أحمد)، التّفويت في ملك الغير، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسيّة بتونس، 2004.

• ابن كريم (رضا)، البطلان النسبي للعقد، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق بصفافس، 2005-2006.

• إسعد (سعيدة)، الآثار العرضيّة للعقد الباطل، مذكرة تخرّج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصّص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، 2013-2014.

• العقربي (إيناس)، الإكراه على الإمضاء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ اختصاص علوم جنائيّة، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2012-2013.

• القطاري (غادة)، البطلان الجزئي للعقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاصّ، كلّية الحقوق والعلوم السياسيّة بسوسة، 2013-2014.

- المبروك (عماد)، البطلان المطلق للعقد المدني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بصفافس، 2008-2009.
- النّقبّي (صفاء)، إجازة العقد الباطل، مذكرة لنيل شهادة ماجستير بحث في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بسوسة، 2012-2013.
- الورتاني (فتحي)، العقد الموقوف في القانون التّونسي، مذكرة لنيل شهادة الدّراسات المعمّقة في القانون الخاص العام، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1990-1991.
- بوبكر (سعاد)، تقادم دعوى البطلان المطلق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق شعبة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2002.
- حبار (محمّد)، نظريّة بطلان التّصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة نيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر.
- سليم (آمال)، تحوّل العقد الباطل، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود والاستثمارات، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 2005-2006.
- فرج (عبد الرّزاق حسن)، نظريّة العقد الموقوف في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلاميّة)، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1968.

المقالات

- ابن عبّاس (بديع)، إجازة القاضي للعقد الباطل، مجلّة القضاء والتّشريع، عدد 12، 2006، ص 105 إلى 115.
- المعموري (ضمير حسين) و زويتن (نبيل مهدي)، فكرة الأثر الأقوى للعقد، موقع المجلات الأكاديميّة العلميّة العراقيّة، 2008، <www.iasj.net>، تاريخ آخر اطلاع 2020، الصّفحات من 265 إلى 282.
- الورفلي (أحمد)، تدارك البطلان من خلال أحكام م ا ع، مجلّة القضاء والتّشريع، عدد 2، 1999، ص 99 إلى 141.

- كاظم (علي حسن)، البطلان الجزئي للعقد كتطبيق لنظرية انتقاص العقد، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، جامعة بابل، العدد 42، شباط 2019، الصفحات من 1532 إلى 1546.

مراجع باللغة الفرنسية

Ouvrages

- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C-S Zacharie*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3ème édition, 1856.
- BAKOUCH (David), *L'excès en droit civil*, Bibliothèque de droit privé, tome 432, 2005.
- CHARFEDDINE (Mohamed Kamel), les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, centre d'étude, de recherches et de publications, 1993.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (Catherine), *Nullité, Restitutions et responsabilité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.
- LAURENT (François), *Principes de droit civil français*, TOME 24, Paris, 1877.
- Malaurie (Philippe) et AYNÉS (Laurent) et STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Droit des obligations*, 9ème édition, 2017.
- SIMLER (PHILIPPE), *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, Paris, 1969.

Thèses et mémoires

- BESSROUR (Nouredine), *Sanction des règles de formation du contrat et maintien du rapport contractuel*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.
- BOUAZIZ (Hafedh), *La conversion des actes juridiques*, thèse en vue de l'obtention de doctorat en droit privé, faculté de droit de Sfax et Université Jean Moulin de Lyon, France,

Tunisie, 2017.

- FERAH (Yessine), *La consolidation de l'acte nul à travers le droit commun des nullités*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit des affaires, faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 2001- 2002.

- REKIK (Noomen), *L'ordre public et le contrat civil*, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2003-2004.

- ROUHINE (Hayet), *La nullité partielle*, mémoire en vue de l'obtention du mastère en droit privé, faculté de droit de Sfax, 2009.

Articles

- BESSROUR (Noureddine), L'apport conceptuel du C.O.C en matière des invalidités contractuelles, Livre du centenaire du code des obligations et des contrats 1906-2006, FDSPT, 2006, page 391.

- BOUJEKA (Augustin), La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels, RTD Com, 2002, page 223.

- CHAILLÉ DE NÉRÉ (Sandrine-Sana), Confirmation des actes nuls : régime juridique, *Juris-classeur civil*, articles 1338 ;1340, fasc 20.

- CHARFEDDINE (Mohamed Kamel), Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 1996, page 421.

- COHET-CORDEY (Frédérique), Ratification d'une vente consentie a non domino, AJDI, 2003, page 140.

- D'AMBRA (Dominique), Confirmation, répertoire du droit civil, septembre 2017, <www.dalloz.fr>

- GHAZOUANI (Noureddine), Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui, *Revue Tunisienne de Droit*, 1987, page 119.
- LAITHIER (Yves-Marie), L'exécution du contrat n'est pas en soi une confirmation (cass 3e civ., 20 novembre 2013), *Revue des contrats*, juillet 2014, pages 169, 170 et 171.
- PICOD (Yves), Nullité, Répertoire de droit civil, mars 2013 (actualisation : Mai 2018), <www.dalloz.fr>
- TEYSSIÉ (Bernard), Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat, *Recueil Dalloz Sirey*, chronique XLVIII 1976, pages 281 à 288.
- VEAUX (Daniel), Confirmation des actes nuls : cadre juridique, *Juris-classeur civil*. Art 1338 ; 1340, fasc 10.
- VEAUX (Daniel), Nullité ou rescision des conventions, *Juris-classeur civil*, articles 1304 à 1314, fasc 10 à 50.

فهرس العناوین

1	المقدمة
14	الجزء الأول
14	تدارك بطلان العقد عبر اقتصار مفعوله على الجزء المعيب
22	الفصل الأول
22	تدارك بطلان العقد بانتقاص الجزء المعيب منه
27	المبحث الأول: التجزئة التشريعية الموجودة لقيام انتقاص العقد
28	الفقرة الأولى: إقصاء قيام الانتقاص على التجزئة الذاتية
28	أ- عرض التجزئة الذاتية
31	ب- نقد التجزئة الذاتية
36	الفقرة الثانية: تبني قيام الانتقاص على التجزئة الموضوعية
38	أقيام التجزئة الموضوعية على قابلية العقد للانتقاص المادي
39	ب-قيام التجزئة الموضوعية على استمرارية العقد رغم انتقاصه
40	1-استمرارية مستمدة من طبيعة الجزء الباطل
40	1.1- العقد مستمر لعدم جوهرية الجزء الباطل
42	2.1- العقد مستمر لتبعية الجزء الباطل
43	2-استمرارية مستمدة من طبيعة بعض العقود
44	المبحث الثاني: التجزئة الفقهية المنشودة لقيام انتقاص العقد: معيار هدف المشرع
44	الفقرة الأولى: أهمية معيار هدف المشرع في انتقاص العقد
46	الفقرة الثانية: تطبيق معيار هدف المشرع
49	الفصل الثاني
49	تدارك بطلان العقد بتصحيح الجزء المعيب منه
49	المبحث الأول: قيام التصحيح
49	الفقرة الأولى: محتوى التصحيح
52	الفقرة الثانية: أهمية نظرية التصحيح
54	المبحث الثاني: تطبيق نظرية التصحيح
54	الفقرة الأولى: آليات التصحيح
54	أ-تعويض الجزء الباطل
56	ب-تعديل البند الباطل
57	الفقرة الثانية: ميدان التصحيح
57	أ- التصحيح بالتعديل في المعطيات الرقمية
58	1-الثلث
62	2-المدة
68	ب- التصحيح بالتعديل في الشروط التعسفية
71	خاتمة الجزء الأول

72 الجزء الثاني:

72 تدارك بطلان العقد عبر إزالة مفعوله عن كامل العقد الباطل

75 الفصل الأول

75 تدارك بطلان العقد بتحوّله إلى آخر صحيح

81 المبحث الأول: شروط تحوّل العقد

81 الفقرة الأولى: شروط متفق عليها

81 أ- بطلان الالتزام الأصلي

83 ب- التزام أصلي تتوفّر فيه عناصر ضرورية لقيام التزام جديد

85 الفقرة الثانية: شرط مختلف فيه: عنصر الإرادة

88 المبحث الثاني: تطبيق تحوّل العقد الباطل

88 الفقرة الأولى: تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل

88 أ- تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل في القانون المدني.

90 ب- تطبيق واسع المجال لتحوّل العقد الباطل في القانون التجاري

92 الفقرة الثانية: تطبيق محكم النظام لتحوّل العقد الباطل

92 أ- إحكام النظام من خلال انفراد القاضي المدني بعملية تحوّل العقد الباطل

94 ب- إحكام النظام من خلال وضع ضمانات لحماية عملية تحوّل العقد الباطل

97 الفصل الثاني

97 تدارك بطلان العقد بسقوط الحق في المطالبة به

97 المبحث الأول: التنازل عن الحق في التمسك بالبطلان

97 الفقرة الأولى: إمضاء العقد الباطل

101 أ- شروط قيام الإمضاء

101 1- شروط أصلية

101 1.1- شروط عامة

102 2.1- شروط خاصة

106 2- شروط شكلية

106 1.2- الإمضاء الصريح

107 2.2 - الإمضاء الضمني

109 ب- آثار إمضاء العقد

110 1- تحقّق آثار إمضاء العقد الباطل رهين إثباته

111 2. المفعول الثنائي لآثار إمضاء العقد الباطل

111 1.2- آثار الإمضاء بين الأطراف

114 2.2 أثر الإمضاء تجاه الغير

116 الفقرة الثانية: إجازة العقد الباطل

120 أ- تطبيق إجازة العقد الباطل

120 1- مدى جواز تطبيق إجازة العقد الباطل

124 2- حالات تطبيق إجازة العقد الباطل

124 1.2- حالات شخصية

126	2.2- حالات موضوعية
132	ب-التعبير عن إجازة العقد الباطل
132	1-شروط التعبير عن إجازة العقد الباطل
134	2-طرق التعبير عن إجازة العقد الباطل
138	المبحث الثاني: انقضاء حق التمسك بالبطلان: تقادم دعوى البطلان
140	الفقرة الأولى: الوضوح حول تقادم دعوى البطلان النسبي
140	أ-تقادم دعوى البطلان النسبي بمرور سنة
143	ب- تقادم دعوى البطلان النسبي في كل الأحوال بمرور 15 سنة
145	الفقرة الثانية: الغموض حول تقادم دعوى البطلان المطلق
145	أ- إقصاء الفكرة القائمة على عدم قابلية دعوى البطلان المطلق للتقادم
148	ب-قبول تقادم دعوى البطلان المطلق ضروري لضمان استقرار المعاملات
152	خاتمة الجزء الثاني
153	الخاتمة العامة
159	المراجع
166	فهرس العناوين