

18/18

# النظرية العامة للإلتزامات

النظرية العامة للإلتزامات

العقد أداة قانونية يلجأ إليها الأشخاص لإتمام مختلف العمليات الاقتصادية الناقلة لقيم معينة من دمة مالية إلى أخرى. وهي عمليات ضرورية لتحقيق تبادل الخيرات والخدمات بين الأفراد. وتعدّ نظرية العقد لهذا السبب من الركائز الأساسية التي يقوم عليها قانون المعاملات.

وإذا كان حينئذ لا بدّ من توافق إرادتين فأكثر لإنشاء العقد، فإن ذلك لا يبرّر تغليب بعده «الذاتي» — التفسائي» على البعد «الموضوعي — الاقتصادي» الذي أكسبه إياه المشرع في مجلة الإلتزامات والعقود وكذلك فيما صدر حديثا من قوانين هامة.

وقد وقع التركيز في هذه الدراسة على خصوصيات القانون التونسي من هذه الناحية وذلك سواء أثناء مناقشة مفهوم العقد أو عند تحليل شروط صحته وآثاره القانونية.

1. العقد

تونس، 1997  
طبعة ثانية

قانون مدني

1. العقد

الإهداء

إلى روح والدي  
تخليدًا لذكراه

جميع الحقوق محفوظة للمؤلف  
(قانون 24 فيفري 1994 المتعلق بالملكية الأدبية والفنية)  
© محمد الزين - سبتمبر 1997  
طبعة ثانية مهيّنة ومنقّحة

## توطئة

يهدف المؤلف من خلال نشره لهذا الجزء الأول من النظرية العامة للالتزامات المخصّص للعقد إلى تمكين جمهور الحقوقيين وخاصة منهم الطلبة والباحثين، والقضاة والمحامين، وكذلك المشرفين منهم على المصالح القانونية في الإدارة أو المؤسسات الإقتصادية، من كتاب يتضمّن شرحاً لنظرية العقد يعكس بأمانة وبأكبر دقّة ممكنة القانون الوضعي التونسيّ في هذه المادّة. وهو ما افتقرت إليه إلى حدّ الآن المكتبة القانونية التونسيّة.

ويفترض الشرح السليم لهذه النظرية، بل فهمها الفهم الصحيح، أن يعتبر الشارح في التحليل تنوّع وتعدّد المصادر التي اعتمدها واضعوا مجلة الالتزامات والعقود عند تنظيمهم لأحكام العقد. وهو المنهج الذي توخّاه المؤلف واستند على أساسه، وبحسب الحالات، إلى كلّ من الفقه الإسلاميّ، والمجلة المدنيّة الألمانيّة ومجلة الالتزامات السويسريّة، والمجلة المدنيّة الفرنسيّة، والمجلة المدنيّة الإيطاليّة وكذلك إلى ما أثارته أحكام هذه القوانين في كلّ بلد من البلدان المذكورة - وخاصة في ألمانيا وفرنسا - من صعوبات نظريّة وتطبيقية وما انتهى إليه الفقه والقضاء فيها من حلول عمليّة. وهو ما ساعد المؤلف على تحديد المفاهيم والآليات القانونية المتعلقة بالعقد وبيان أبعادها الحقيقيّة في القانون التونسيّ.

وبما أنّه بديهيّ أنّ تمكين القارئ من القانون الوضعيّ يفرض من ناحية أخرى التعريف بفقه القضاء، والكشف عن الحلول والمبادئ التي استقرّ عليها باعتبارها من مكونات القانون الوضعيّ، فإنّ الكاتب تناول بالتحليل والنقد أهمّ ما أورده الأحكام والقرارات القضائيّة التي صدرت في مادّة العقود وذلك بعد إحصاء شامل لما نشر منها. كما أنّه حرص للعرض نفسه، ومراعاة

لحاجيات الباحثين ، إلى التعريف بالفقه التونسي ، وكذلك بأهم وأحدث  
الدراسات الفقهية الأجنبية، خاصة منها تلك المنشورة باللغة الفرنسية .

م.ز.

تونس في جانفي 1993

## المخطّط العام

17	..... المقدمة
23	..... الفرع الأول : تحليل مفهوم الإلتزام
28	..... الفرع الثاني : ترتيب الإلتزامات المدنية

### الجزء الأول : العقد

#### باب تمهيدي : مفهوم وأبعاد الإرادة في نظرية العقد

41	..... الفصل الأول : أبعاد الإرادة العقدية
42	..... الفرع الأول : النظرية التقليدية
47	..... الفرع الثاني : النظريات الحديثة
	..... الفرع الثالث : مفهوم العقد ودور الإرادة
50	..... في القانون التونسي
61	..... الفصل الثاني : مدلول الإرادة
63	..... الفرع الأول : تفسير العقود



## العنوان الثالث : الجزء على شروط صحة وتكوين العقد

- 199 ..... الفصل الأول : عرض نظرية البطلان
- الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من
- 200 ..... الجزاءات المدنية في مادة العقود
- الفرع الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون
- 204 ..... المقارن
- 210 ..... الفرع الثالث : نظرية البطلان في القانون التونسي
- 219 ..... الفصل الثاني : النظام القانوني للبطلان
- الفرع الأول : الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام
- 220 ..... بالبطلان
- 225 ..... الفرع الثاني : إنقراض حقّ القيام بالبطلان
- 235 ..... الفصل الثالث : الآثار التي تترتب عن البطلان
- 237 ..... الفرع الأول : نسبية الأثر الرجعي للبطلان
- 243 ..... الفرع الثاني : البطلان الجزئي
- 248 ..... الفرع الثالث : تحوّل الإلتزام

## الباب الثاني : آثار العقد

### العنوان الأول : آثار العقد من حيث الموضوع

- 255 ..... الفصل الأول : القوة الملزمة للعقد
- الفرع الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد
- 256 ..... الفرع الثاني : نطاق القوة الملزمة للعقد
- 276 ..... الفصل الثاني : جزاء عدم الوفاء بالعقود
- 283 .....

- 74 ..... الفرع الثاني : تكييف العقد
- 75 ..... الفرع الثالث : تقسيمات العقود

## الباب الأول : شروط تكوين العقد

### العنوان الأول : الشروط المتعلقة بالأشخاص

- 85 ..... الفصل الأول : الأهلية
- الفرع الأول : أهلية الوجوب
- 87 ..... الفرع الثاني : أهلية الأداء
- 88 ..... الفصل الثاني : الرضى
- 97 ..... الفرع الأول : مصدر الرضى : مسألة التعاقد بالتيابة
- 99 ..... الفرع الثاني : وجود الرضى
- 109 ..... الفرع الثالث : سلامة الرضى وصحته
- 130 .....

### العنوان الثاني : الشروط المتعلقة بمضمون العقد

- 163 ..... الفصل الأول : محلّ الإلتزام
- الفرع الأول : مشروعية المحلّ
- 165 ..... الفرع الثاني : تعيين المحلّ
- 172 ..... الفرع الثالث : إمكانية المحلّ
- 174 ..... الفصل الثاني : السبب
- 181 ..... الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب
- 183 ..... الفرع الثاني : النظام القانوني للسبب
- 190 .....

## المختصرات

### 1 - العربية :

ج : الجزء

ص : الصفحة

م.ا.ع. : مجلة الإلتزامات والعقود

م.ا.ش. : مجلة الأحوال الشخصية

م.ت. : المجلة التجارية

م.ح.ع. : مجلة الحقوق العينية

ق.ت. : مجلة القضاء والتشريع

ن.م.ت. : نشريّة محكمة التعقيب

### 2 - الفرنسية :

D. : Dalloz.

D.H. : Dalloz hebdomadaire

D.P. : Dalloz périodique.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

J.C.P. : Jurisclasseurs périodiques (semaine juridique).

Rev. cr. : Revue critique de législation et de jurisprudence.

Rev.int.dr.comp.,ou R.I.D.P.: Revue internationale de droit comparé.

Rev.trim.dr.civ. : Revue trimestrielle de droit civil.

Rev.trim.dr.com.: Revue trimestrielle de droit commercial.

Rev.tun.dr. : Revue tunisienne de droit.

Rep. : Répertoire.

S. : Sirey.

S. J. : Semaine juridique (jurisclasseurs périodiques).

284 ..... الفرع الأول : المسؤولية العقدية

الفرع الثاني : النظام الإضافي الخاص بالعقود الملزمة

313 ..... لجانين

### العنوان الثاني : آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

329 ..... الفصل الأول : مبدأ النسبية العقدية

331 ..... الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد

342 ..... الفرع الثاني : المعارضة بالعقد

347 ..... الفصل الثاني : إستثناءات النسبية العقدية

348 ..... الفرع الأول : الإشتراط لمصلحة الغير

367 ..... الفرع الثاني : التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

377 ..... الفصل الثالث : الصورية في العقود

378 ..... الفرع الأول : مفهوم الصورية

382 ..... الفرع الثاني : نظام الصورية

## أهمّ المراجع

### 1 - بالعربيّة :

محمد الملقّي :

محاضرات في شرح القانون المدنيّ التونسيّ، الجامعة التّونسيّة، كليّة الحقوق والعلوم السّياسيّة والاقتصاديّة، مركز البحوث والدراسات والنّشر، طبعة ثانية، سنة 1991 .

محمد الشّرفي :

مدخل لدراسة القانون ، دار سراس للنّشر ، مركز الدراسات والبحوث والنّشر بجامعة الحقوق والاقتصاد والتّصرف، تونس 3، 1991 .

عبد الرّزاق أحمد السّنهوري :

الوسيط في شرح القانون المدنيّ، الجزء الأوّل : مصادر الإلتزام، دار إحياء التّراث العربيّ، بيروت، لبنان .  
مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ، دراسة مقارنة بالفقه الغربيّ ، (6 أجزاء، جامعة الدّول العربيّة، معهد البحوث والدراسات العربيّة، 1967 .

عبد المنعم فرج الصّدّة :

نظريّة العقد في الشّريعة الإسلاميّة والقانون الوضعيّ، الجزء الأوّل، دار النهضة العربيّة، 1990 .

عبد الفّتاح عبد الباقي :

موسوعة القانون المدنيّ المصريّ : نظريّة العقد والارادة المنفردة، دراسة معمّقة ومقارنة بالفقه الإسلاميّ، 1984 .

أنور سلطان :

مصادر الإلتزام، الموجز في النّظريّة العامّة للإلتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصريّ واللّبنانيّ، دار النهضة العربيّة، 1983 .

توفيق حسن فرج :

النّظريّة العامّة للإلتزام، في مصادر الإلتزام (مع مقارنة بين القوانين العربيّة). المكتبة القانونيّة ، الدّار الجامعيّة ، 1988 .

J. CARBONNIER :

Droit civil, Thémis, P.U.F., t.4, Les obligations, 12e édition, 1985

J. FLOUR et J.L.AUBERT :

Les obligations, l'acte juridique, 4e édition par Jean-Luc Aubert, Armand Colin, Paris, 1990.

E. GAUDEMET :

Théorie générale des obligations, Sirey, 1937, publié par Desbois et J. Gaudemet (nouveau tirage 1965, avec avant-propos de P.LOUIS-LUCAS).

J. GHESTIN :

Traité de droit civil, les obligations, LE CONTRAT : FORMATION, 2e édition, Paris, L.G.D.J. 1988.

CH.LARROUMET :

Droit civil, tome III, Les obligations, 1ere partie, Edition Economica, Paris, 1986.

PH. MALAURIE et L. AYNES :

Droit civil, Les obligations, 2e éd., CUJAS, Paris, 1990.

G. MARTY et P. RAYNAUD :

Traité de Droit civil, tome II, 1er volume, les obligations, Sirey, Paris, 1962.

H., L. et J. MAZEAUD :

Leçons de droit civil, par DE JUGLART et F. CHABAS, t. 2, vol.1, Les obligations, 7e éd., 1985, par F.CHABAS, Editions Montchrestien.

A. RIEG :

Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, préface Roger PERROT, Paris, L.G.D.J., 1961.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER :

Droit civil. Obligations, 2.CONTRAT, 3e édition, LITEC, Paris, 1989.

A. WEILL et F. TERRE :

Droit civil, Les obligations, 4e éd., Dalloz, Paris 1986.

## المقدمة

1 - تتكوّن الحقوق المالية أساساً من حقوق عينية وحقوق شخصية<sup>(1)</sup>.

ويسمى الحق الشخصي التزاماً. والالتزام هو رابطة بين شخصين يلتزم بموجبها أولهما، وهو المدين، بأداء معين للآخر، وهو الدائن، الذي يحق له المطالبة بذلك الأداء. ويطلق عليه حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين.

وتتلخص نظرية الالتزام في دراسة العلاقة القانونية بين هذين الشخصين وذلك بتحديد مصادرها وآثارها وبمعرفة التغييرات التي قد تطرأ عليها أثناء وجودها، وأخيراً، وليس آخراً، حالات انقراضها.

2 - ولهذه النظرية أهمية بالغة في النظام القانوني حيث أجمع الشراح<sup>(2)</sup>

(1) حول تصنيف الحقوق يراجع محمد الشرفي : مدخل لدراسة القانون، دار سيراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس 1991، ص 264 وما بعدها.

(2) أنظر مثلاً عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 1، مصادر الالتزام، عدد 15. وبالنسبة للقانون السويسري : HALUK TANDOĞAN, "notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Librairie de l'Université, Genève, 1972, pp. 25 et 26. ويراجع بالنسبة لقانون كيبك (كندا) Maurice A. TANCELIN, "Théorie du droit des obligations", Les presses de l'université de LAVAL, QUEBEC, 1975. وكذلك بالنسبة للقانون الفرنسي : MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, Les obligations, PARIS SIREY, 1962, n°6; Gérard FARJAT "Droit privé de l'économie, Théorie des obligations, Collection Thémis, P.U.F. 1975, pp. 5 et suiv.; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 2è éd., Paris - CUJAS, n° 8; FLOUR et AUBERT, Droit civil, les obligations, vol. I, l'acte juridique, n° 61 et suiv.

و الواقع أنّ نظرية الإلتزامات لا تقتصر على علاقات الأشخاص في نطاق القانون الخاصّ فحسب، بل أنّها تمتدّ كذلك، مع بعض التحويلات، إلى علاقات الأشخاص بالدولة. ذلك أنّ نظرية التصرف القانوني وقواعد المسؤولية المدنية ومبادئ الإثراء بلا سبب تهيمن كمبادئ كلية وأساسية على كلّ المجالات.

3 - إنّ الشمولية وصفة التجريد المميزتان لنظرية الإلتزامات ذهبت ببعض علماء القانون في القرن التاسع عشر، مثل الفرنسي الشهير صالاي<sup>(7)</sup>، إلى الاعتقاد أنّ هاته المادة تكوّن، بالنسبة لجميع التشريع، جزءاً غالبه نظريّ ومجرد يسوده طابع علميّ محض. بحيث يمكن اعتباره بحقّ نموذجاً مثالياً للمنطق القانوني يجعله صالحاً في كلّ مكان وزمان، مضمون الإستمرارية والإستقرار<sup>(8)</sup>. وقد تعود هاته الفكرة إلى التقديس المفرط للعقلانية الذي ميز القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، والذي أدى إلى اعتبار العلم مصدراً أوحداً لكلّ تقدّم ورقيّ في جميع المجالات، وحتى في المجالات الإجتماعية والأخلاقية. وهو ما يصعب التسليم به خاصة عندما يؤدي مثل هذا التحليل إلى نفي سته التطور. وقد انتقد العديد من شرّاح القانون<sup>(9)</sup> في فرنسا هذه الفكرة وبيّنوا أنّ استمرارية نظرية الإلتزامات غير ثابتة تاريخياً مستدلّين في ذلك مثلاً بالفوارق الجوهرية القائمة اليوم بين القوانين الرومانية الأصل والقانون الروماني ذاته<sup>(10)</sup>.

(7) أنظر : SALEILLES, "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire allemand, 1ère éd. 1889, 3éd. 1925, n°1, p.1.

أنظر كذلك عرضاً نقدياً موجزاً وواضحاً لهاته الأفكار بـ FLOUR et AUBERT, Droit Civil, Les obligations, Vol.1 : L'acte juridique, 4è éd., Armand Colin, Paris, 1990, n° 64 à 68.

(8)يراجع : WEILL et TERRE, Les obligations, 4è éd., Dalloz 1986, n° 9.

(9)أنظر : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 66.

وانظر أيضاً المراجع المذكورة به أسفل الصفحة 44.

(10)كما يذكر الفقهاء في هذا المجال أنّه سبق للقانون الفرنسي في القرون الوسطى أن تخلى مؤقتاً عن القانون الروماني لفائدة القانون الجرمانى وأخذ بمبادئه إلى أن «كشفت مجدداً» شرّاح القانون من DUMOULIN إلى POTHIER بداية من القرن السادس عشر مبادئ القانون الروماني التي وقع في الأثناء السهو عنها تماماً. كما يبيّن في نظريته خطأ فكرة استمرارية نظرية الإلتزامات (يراجع n° FLOUR ET AUBERT, op. cit., n° 66 والمراجع المذكورة به).

أنّها من القانون المدني، بل ومن القانون عامة، بمثابة العمود الفقري للجسم. ويرجع ذلك أساساً إلى كون مادة الإلتزامات تتضمن القواعد العامة التي تنظّم المعاملات الإقتصادية والمالية والتجارية بين أفراد المجتمع بما يجعل أحكامها أكثر أجزاء القانون تطبيقاً. والجدير بالذكر أنّ نظرية الإلتزام تمتاز باشمالها على أحكام أساسية عامة تتسم بصفة التجريد، تخضع لها الإلتزامات في مجموعها دون اعتبار ذاتية موضوع الإلتزام، الأمر الذي يكوّن منها الأصل العامّ الذي لا مناص من الرجوع إليه ومن اعتماده كلّما افتقدت قاعدة خاصة تحكم مسألة من المسائل المتعلقة بالقانون المدني أو بفرع آخر من فروع القانون الخاص<sup>(3)</sup>. ومثل هذه الحالات ليس نادراً في التطبيق. من ذلك أنّ القانون التجاري يخضع أصلاً لنظرية الإلتزامات وذلك إلى درجة لا يمكن معها اعتباره مادة من القانون الخاصّ مستقلة تماماً عن القانون المدني، بالرغم من كونه يقوم على أسس خاصة به من أهمها السرعة والثقة بين التجار في معاملاتهم التجارية. ولئن برزت هذه الخصوصيات إحداهن مجلة تجارية<sup>(4)</sup> إلى جانب مجلة الإلتزامات والعقود فإنّ افتقار تلك المجلة إلى مبادئ عامة تنظّم الإلتزامات التجارية، بالإضافة إلى عدم تنظيمها للعديد من المعاملات والعقود التجارية الخاصة، يسمح بتأييد فكرة وجود وحدة حقيقية لقانون الإلتزامات المدنية والتجارية<sup>(5)</sup>. وقد اعتمدت بعض التشاريح الأجنبية هذه الفكرة ووحدت الإلتزامات المدنية والتجارية على أساسها ضمن مجلة قانونية واحدة. ومن أشهر المجالات التي تعكس هذا الإتجاه نذكر المجلة الفدرالية السويسرية للإلتزامات المدنية والتجارية، ومجلة الإلتزامات والعقود اللبنانية المأخوذة عن المشروع الفرنسي الإيطالي لمجلة الإلتزامات والعقود لسنة 1927<sup>(6)</sup>.

(3) وذلك شريطة عدم تضارب القاعدة العامة التي يقع اللجوء إلى أحكامها مع طبيعة القواعد التي يقوم عليها ذلك الفرع من فروع القانون الخاصّ.

(4) وذلك بموجب القانون عدد 59 - 129 المؤرخ في 5 أكتوبر 1959.

(5) يراجع في هذا المعنى : CH. LARROUMET, Droit Civil, Tome 3, Les obligations, Economica, PARIS.

(6) يراجع n° 9 CH. LARROUMET, op. cit., n° 9

بتعويض الخسارة الناتجة عنها (الفصول 82 وما بعده من م.أ.ع)، ليست سوى عينات من مجموع قواعد مادة الإلتزامات المستمدة من مبدأ المساواة بين الناس. أما مبدأ حسن النية، فهو بدوره مهيمٌ على نظرية الإلتزامات كما يتجلى ذلك من الأحكام المنظمة للعيوب المبطلّة للرضاء (الفصول 4:3 وما بعده من م.أ.ع) وخاصة منها تلك المتعلقة بالتغريب (الفصل 56 م.أ.ع)، وأحكام الفصل 243 م.أ.ع الذي ينص صراحة، من جهة على أنه يجب الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة، ومن جهة أخرى على أن التزامات المدين تمتد إلى أكثر ما صرح به لتشمل «كل ما يترتب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف». ولعله من المهم التأكيد هنا على أن واجب الأمانة ليس محمولاً على المدين فقط بل هو كذلك من أهم واجبات الدائن إذ يحرم التشريع الإسلامي ومن بعده القانون التونسي (الفصل 103 م.أ.ع) التعسف في استعمال الحق<sup>(14)</sup>.

6 - إن الركيزة الأخلاقية لهاته القواعد قد تفسر الإستقرار النسبي الذي يميز مادة الإلتزامات. ولا يمكن إذن تفسير التطور الملحوظ الذي شهدته نظرية الإلتزامات إلا بفعل عوامل أخرى تكون أقل ثباتاً واستقراراً من العامل الأخلاقي، وهي العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

ويلاحظ في هذا المجال أن مبدأ سلطان الإرادة، الذي هيمن إلى حد ما على نظرية العقود في القانون التونسي<sup>(15)</sup> وذلك تحت تأثير الفقه السائد في فرنسا منذ القرن التاسع عشر، قد شهد بداية من أوائل القرن العشرين تدهوراً هاماً مرجعه سيادة المذاهب الاشتراكية على حساب النزعة الفردية. ومن مظاهر القيود التي تحد من سلطان إرادة الفرد ازدياد تدخل المشرع بتنظيمه لعدة عقود كعقد النقل وعقد التأمين وعقد الشغل وذلك أخذاً عن المذهب الاشتراكي الذي يرى دعواته أن الفرد ليس حراً في التعاقد أو عدم التعاقد بل أن

(14) انظر نذير ابن عمرو: التعسف في استعمال الحق (Essai sur l'abus des droits à travers l'application de l'article 103 du C.O.C., Mémoire dactyl., Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1984).

(15) يراجع العدد 35 أسفله وما بعده.

4 - ولئن أجمع شراح القانون على خطأ فكرة الخلود وعلى قابلية نظرية الإلتزامات للتطور وللتحسين<sup>(11)</sup>، فإنه لا نزاع مع ذلك في أن هاته النظرية مبنية حول جملة من الثوابت تضمن لها في جميع الأحوال بعض الاستقرار النسبي.

5 - وقد يصح القول، تبعاً لذلك، واستناداً إلى أحكام مجلة الإلتزامات والعقود وإلى تقرير صانتيلانا<sup>(12)</sup> مقرر اللجنة التي أعدت المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية، أن الطابع الأخلاقي الذي أسبغه الدين على الفقه، وما نتج عنه من ارتباط بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية، ترك آثاراً عميقة في القانون التونسي للإلتزامات باعتباره مستمداً بنسبة معتبرة من الفقه الإسلامي<sup>(12-1)</sup>.

فمن المبادئ الأساسية للقانون الإسلامي يذكر الشراح<sup>(13)</sup> مبدأ المساواة وحسن النية. فالمسلمون متساوون أمام الله. وهم كذلك متساوون أمام القانون. وهذا القانون، الذي يسوي بين الناس جميعاً، يرتكز على حسن النية. «فلا يمكن لمسلم، كما أجمع عليه التسولي وابن نجيم والزرقاني، أن ينال بما هو لمسلم آخر بدون رضاه». ويرى خليل أيضاً أنه «علينا أن نكون نزهاء مع من وضع ثقته في نزاهتنا وأن لا نخون من خاننا». ولا شك في أن مجلة الإلتزامات والعقود كرست هذه المبادئ الأخلاقية القانونية في العديد من أحكامها. فتحريم الإثراء غير المشروع (الفصول 73 وما بعده من م.أ.ع)، وتحجير الغبن (الفصلين 60 و 61 من م.أ.ع)، وإلزام من ألحق بغيره أضراراً

(11) انظر تقرير SANTIILLANA مقرر المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية المنشور في صيغة معربة من طرف محمود ابن الشيخ، «مجلة الإلتزامات والعقود التونسية معدلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء» - تونس 1984، ص 14.

(12) يراجع تقرير SANTIILLANA، المرجع أعلاه، ص 11 وما بعدها.

(12-1) يراجع: Mohamed ZINE, Centenaire de la codification en Tunisie, Le code des obligations et des contrats, in "la codification", ouvr. coll. sous la direction de Bernard BEIGNIER, éd. Dalloz, Paris 1996, p. 187 et s. V. aussi, Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats, Rev. int. dr. comp. 1996, 2, p. 422 et s.

(13) انظر SANTIILLANA، المرجع السابق، ص 13 و 14.

حقوقهم ويفسر بالتالي التطور الملحوظ الذي تشهده المسؤولية المدنية في عصرنا هذا<sup>(20)</sup>.

7 - وإذ تبيّن من العرض أعلاه المصلحة من دراسة نظرية الإلتزام، فإن أهمية الموضوع تفرض من ناحية أخرى التمهيد لهذه الدراسة بتحليل مفهوم الإلتزام (الفرع الأول)، ثم بعرض مختلف أنواع الإلتزامات ومحاولة ترتيبها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : تحليل مفهوم الإلتزام

8 - سبق أن عرفنا الإلتزام بكونه رابطة قانونية بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معين للآخر. فهو يتكوّن إذن من ثلاثة عناصر وهي : الرابطة القانونية (1§)، والرابطة الشخصية (2§)، والرابطة المالية (3§).

### § 1 - الرابطة القانونية

9 - إن الإلتزام القانوني أو المدني هو الإلتزام الذي يتميّز بطابع إجباري بحيث يمكن للدائن أن يغصب مدينه على الوفاء به. وهو يختلف بذلك عن الإلتزامات الدينية والأخلاقية وعن غيرها من الإلتزامات الأدبية<sup>(21)</sup>. وقد أبرز الفقه الألماني<sup>(22)</sup> هذا العنصر المميّز للإلتزام المدني بمزيد من الدقة حيث يرى أن الإلتزام ينطوي في الحقيقة على عنصرين : عنصر المديونية من جهة، وهو الواجب القانوني المتمثل في قيام المدين بأداء معين. وعنصر المسؤولية من جهة أخرى، ومؤداه أن يكون للدائن حقّ جبر مدينه على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه. وتقع هذه المسؤولية على المدين في ماله.

ولا يكون الإلتزام كاملاً إلا بتوفر هذين العنصرين فيه. أمّا إذا وجدت

(20) أنظر : ANDRE TUNC, "La responsabilité civile", Ed. Economica, 2e éd., 1989, (Etude de droit comparé et de politique législative).

(21) يراجع : G. RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 1949, 4è éd.

(22) عبد النعم فرج الصلّة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص51.

الظروف هي التي تحمله على التعاقد، مما يضع على كاهل الدولة واجب حمايته وعدم تركه تحت رحمة الطرف القوي كما كان الأمر في ظل المذهب الفردي<sup>(16)</sup>.

ولا شك من ناحية أخرى في أن نظرية الإلتزامات التي تهدف أساساً إلى تنظيم المعاملات بين الأفراد تتأثر بالدرجة الأولى بكلّ تغيير يطرأ على طبيعة السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدولة<sup>(17)</sup>. من ذلك أن «تجربة التعاقد» التي عاشتها البلاد في الستينات، والتي أصبح بموجبها جانب هام من النشاطات الاقتصادية من مشمولات تعاقدات تشرف على الإنتاج والتوزيع وفقاً للشروط التي تحددها الحكومة وتحت رقابتها الفعلية، أثرت سلباً على دور مجلة الإلتزامات والعقود. حيث شهد حق الملكية الفردية نتيجة هذه السياسة تراجعاً ملحوظاً تقلصت معه المعاملات بين الأفراد، الشيء الذي يحد من جدوى نظرية الإلتزامات التي تستمد أسسها من النزعة الفردية التحررية وتهدف من خلال تنظيمها للمعاملات بين الأفراد إلى حماية الملكية الفردية وحرية التعاقد.

ولئن انتهجت الحكومة منذ السبعينات سياسة اقتصادية تحررية تبدو أكثر تلاؤماً مع أسس نظرية الإلتزام، فإن ذلك لم يكن حائلاً دون القيام بتغييرات لها طابع اجتماعي مميّز، ساهم بدون شك في تطوير مادة الإلتزامات، ومن بين هذه الإصلاحات نذكر على وجه الخصوص تعميم التأمين الذي أصبح إجبارياً في عدة ميادين<sup>(17-1)</sup> وخاصة بالنسبة للأخطار الاجتماعية مثل حوادث المرور<sup>(18)</sup>، وفواجع الشغل<sup>(19)</sup> الأمر الذي يشجّع المتضررين على ممارسة

(16) أنظر أنور سلطان، مصادر الإلتزام، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص6.

(17) أنظر : G. FARJAT, op.cit., pp. 7 et 8; FLOUR et AUBERT, op.cit., pp. 48 et 49 (1-17) يراجع حول هذه المسألة : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, Tunis 1996, n°39.

(18) يراجع القانون عدد 60-21 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 المتعلق بالتأمين على المسؤولية المدنية الناجمة عن حوادث العربات ذات محرك.

(19) يراجع : القانون عدد 57-73 المؤرخ في 11 ديسمبر 1957 المتعلق بفواجع الشغل والأمراض المهنية.

المديونية دون المسؤولية، فإن الإلتزام يُعدّ ناقصا ولا يجوز حينئذ نعتة بالإلتزام المدني.

10 - والإلتزام الناقص هو نوع وسط بين الإلتزام المدني والإلتزام الأدبي، ويعبّر عنه أيضا بالإلتزام الطبيعي<sup>(23)</sup>. وهو التزماد أدبي الأصل لا يمكن مبدئيًا جبر المدين على تنفيذه. أما إذا نقذ طوعا أو نتيجة غلط قانوني أو مادي، فإن الوفاء به يعدّ صحيحا ولا يمكن استرداد ما وقع دفعه على أساسه، وهو ما يجعله شبيها من هاته الناحية بالإلتزام المدني، غير أنه التزم ناقص، من خصائصه المميّزة أنه لا يكتسب قوة الإلتزام المدني إلا بعد تنفيذه.

وقد تعرّض المشرّع إلى موضوع الإلتزام الطبيعي ضمن أحكام الفصل 78 من م.إ.ع. الذي جاء به أنه «لا يسوغ استرداد ما وقع دفعه وفاء بدين سقط بطول المدة أو بأمر مستحسن ليس بواجب، إذا كان الدافع من يملك التقويت مجانا، ولو دفع ظنا منه أنه يلزمه الأداء أو جهلا بسقوط الدين».

إنّ الدوافع التي جعلت المشرّع يحجّر في صورة الحال استرداد ما وقع دفعه غلطا تبدو من خلال هذا النصّ أخلاقية محضة. وقد لا يصحّ تحليل الدفع المحجّر استرداده هنا بكونه هبة أو تبرعا من طرف الدافع طالما أنّ التحجير الوارد بالفصل 78 ينسحب أيضا على صورة الدفع الناتج عن جهل أو غلط، الأمر الذي يفهم منه أنّ المشرّع يهدف إلى منع الرجوع في الدفع غير الواجب قانونا وذلك كلما تبين أنه عمل مستحسن في ذاته، يتوافق موضوعيا مع ما تلميه الأخلاق الحميدة دون اعتبار في ذلك إلى إرادة الدافع أو إلى السبب الملجئ إلى الدفع.

وإذ يختلف القانون التونسي من هذه الناحية عن القانون الفرنسي، الذي لا يقبل تصحيح الإلتزام الطبيعي إلا إذا وقع الدفع اختيارا من الدافع (الفصل 1235 فقرة 2 م. مدنية فرنسية)، فإنه متطابق مع أحكام الفصل 63 فقرة 2 من

(23) أنظر في خصوص هذا المصطلح : HALUK TANDOGAN, op. cit., pp. 55 et suiv. وراجع أيضا : Nicolas MOLFEISSIS, L'obligation naturelle devant la Cour de cassation, D. 1997, Chr., p. 85.

مجلة الإلتزامات السويسرية<sup>(24)</sup> وكذلك مع القواعد الأصلية التي جاء بها القانون الروماني في هذا الخصوص<sup>(25)</sup>.

على أنّ مفهوم الإلتزام الطبيعي معروف أيضا في التشريع الإسلامي الذي يمنع حسب التسولي<sup>(26)</sup> زوجة الرجل المفلس من استرداد ما دفعته على سبيل التفقة إذا بقي الزوج على فقره. ومن الأمثلة المعروفة في القانون الوضعي التفقة التي يدفعها الأخ لأخيه التي تعدّ من باب الإلتزامات الطبيعية التي لا يمكن استرداد ما دفع على أساسها بعد تنفيذها<sup>(27)</sup>. وقد ورد بالفصل 49 من م.ا.ش. وبوجه عام أنّ «من التزم بنفقة الغير كبيرا أو صغيرا لمدة محدودة لزمه ما التزمه...».

## § 2 - الرابطة الشخصية

11 - إنّ الحقّ الشخصي أو الإلتزام هو رابطة قانونية بين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينة بنقل حقّ عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل<sup>(28)</sup>. ولا يستطيع صاحبه مباشرته إلا بواسطة المدين وهو يختلف بذلك جوهريا عن الحقّ العيني<sup>(29)</sup> الذي يعرفه الفقه بأنه حقّ مباشر يسلطه صاحبه على شيء معين يمكن له أن يباشره دون وساطة أحد. ويتربّ على الحقّ العيني حقّ تتبع الشيء في يد أي شخص وكذلك حقّ الأفضلية التي تخوّل

(24) —راجع : HALUK TANDOGAN, op.cit., pp. 55 et 56; P.GAUCH, W.R. : SCHLUEP et P. TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Tome 1. 2e éd., éditions Schulthess, Zurich, p. 21, n° 99 et s. (25) أنظر : PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, Tome 2, 9è éd., Paris, 1923, n° 342 à 346.

(26) يراجع المثال المذكور بهامش الفصل 68 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية. (27) تراجع الأمثلة المذكورة بكتاب محمد الماتقي «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، نشر مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1980. وانظر أيضا : محمد الشرفي، «مدخل لدراسة القانون»، نشر دار سيراس للنشر ومركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1991، عدد 527 وما بعده، ص 294 إلى 299.

(28) يراجع : عبد المنعم فرج الصلّة : نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 34 وما بعدها.

(29) يراجع عبد الرزاق السهوري، الوسيط، 1، ص 103 إلى 104. وانظر أيضا : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 11; et CH. LARROUMET, op.cit., n° 16 à 18.



المادية في الإلتزام في أن جوهر الإلتزام ليس في الرابطة الشخصية إنما في موضوعه الذي يمثل قيمة مالية إيجابية في ذمة الدائن وسلبية في ذمة المدين، بما يمكن معه اعتبار الإلتزام قيمة مالية لها ذاتيتها قد تلزم أي مدين لفائدة أي دائن. ويستنتج من هذا التحليل أن الإلتزام قد ينشأ بدون دائن معين - على أن يتم تعيينه قبل تاريخ الوفاء - أو بدون مدين معين، وهو ما يبرر في نظر صالاي إمكانية حوالت الحق والدّين. كما يرى دعاة المذهب المادي أن اعتبار الإلتزام قيمة مالية من شأنه أن يقلص من حدة الفوارق بين الحق الشخصي والحق العيني إذ أن محل الإلتزام يصبح في كلتا الحالتين قيمة مالية يعارض بها الكافة<sup>(33)</sup>. ويتفق الجميع بناء على ما تقدم على أن المذهب المادي للإلتزام يتميز بمرونة فائقة مكنت القانون الألماني من الوصول إلى نتائج عملية تقتضيها النظم الاقتصادية المعاصرة التي تفترض المرونة والسرعة في التعامل. وهو ما يفسر بدون شك تأثر العديد من قوانين البلدان اللاتينية والعربية بالمذهب المادي بالرغم من أنها تأخذ في الأصل بالمذهب الشخصي. ومن مظاهر تأثر التشريع المدني التونسي بالمذهب المادي قبوله لحوالة الحق (الفصل 199 وما بعده من م.أ.ع.) ولصحة الإشتراط في مصلحة الغير<sup>(33-1)</sup> وإن لم يعين المستفيد (الفصل 38 من م.أ.ع.) ولنظرية التعهد القانوني الأحادي<sup>(33-2)</sup> (الفصل 22 م.أ.ع.).

(33) إن اعتبر PLANIOL بدوره أن الفارق بين الحق الشخصي والحق العيني ضئيل فإن ذلك يرجع حسب رأيه إلى أن الرابطة الشخصية لا تغل في الحق العيني أهمية عنها في الحق الشخصي بل أن الحق العيني هو في نظره ليس سوى حق شخصي يلزم عامة الناس، أما الحق الشخصي فلا يلزم إلا مدينا واحدا، وهي النظرية المعروفة بنظرية الإلتزام السلبي العام (L'obligation passive universelle) التي لم تحض بموافقة رجال القانون التمسكين في غالبيتهم بأن الفرق بين الحقين جوهرى باعتبار ما ترتب عليه من نتائج هامة بينهما.

- أنظر في خصوص نظرية PLANIOL : PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t.1, éd. 1899, n° 2158 et s.; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le Traité de PLANIOL, T.1, n° 659 et suiv.; MICHAS, "Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle", thèse, Paris 1900.

- أنظر نقد هذه النظرية : E. GAUDEMET, "Théorie générale des obligations", éd. Sirey, 1965, réimpression de l'édition publiée en 1937, p. 3; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 16 et 17.

- أنظر أيضا عبد الرزاق السنهوري، 1، ص 103 إلى 106 .  
(33 - 1) أنظر العدد 429 أسفله وما بعده.  
(33 - 2) أنظر العدد 24 أسفله.

لصاحبه حق التقدّم على غيره من الدائنين<sup>(29-1)</sup>.

وإذ يتميز الإلتزام بأن الدائن فيه لا يستطيع الوصول إلى حقه إلا عن طريق المدين، بما يعطي لعنصر الرابطة الشخصية أهمية بالغة فيه، فإنه إلى جانب ذلك يمثل من حيث موضوعه قيمة مالية تكون حقا في ذمة الدائن ودينا في ذمة المدين. وقد اختلفت الآراء حول مدى أهمية كل من الرابطين الشخصية والمالية في الإلتزام، حيث غلب دعاة المذهب الشخصي دور الرابطة الشخصية (I) في حين حاول أصحاب المذهب المادي تغليب محل الإلتزام على طرفيه (II).

## I - المذهب الشخصي في الإلتزام

12 - إن عنصر الرابطة الشخصية هو جوهر الإلتزام حسب المفهوم الشخصي للإلتزام، وهو المفهوم التقليدي الذي ساد القانون الروماني، ثم بنسبة أقل المجلة المدنية الفرنسية ومجلة الإلتزامات والعقود. ولا يتصور، عملا بالمذهب الشخصي، أن ينشأ الإلتزام إلا بين دائن ومدين معينين. كما لا يمكن من جهة أخرى أن يتغير أحد أطراف الرابطة دون أن تتغير الرابطة نفسها. الأمر الذي يستعسر معه قبول صحة حوالة الدين أو حوالة الحق<sup>(30)</sup>.

## II - المذهب المادي للإلتزام

13 - يرجع أصل هذا المذهب إلى الفقه الألماني لما أراد التخلص من تأثيرات القانون الروماني والرجوع لنظريات ذات أصل جرمانى<sup>(31)</sup>. ومن بين هذه النظريات النظرية المادية في الإلتزام. وتغلب هذه النظرية محل الإلتزام على طرفيه فيصبح الإلتزام بذلك عنصرا ماليا أكثر منه علاقة شخصية. وقد ساد هذا المذهب في ألمانيا وتبناه في فرنسا الفقيه صالاي<sup>(32)</sup>. وتتلخص فكرة

(29) إراجع : حاتم المحمدي، حق الأفضلية في التأمينات، ضمن المؤلف الجماعي «دراسات في قانون التأمين»، تونس 1997، ص 375.

(30) في خصوص المذهب الشخصي للإلتزام، إراجع كتاب عبد النعم فرج الصدة، الجزء الأول، ص 44.

(31) إراجع عبد النعم فرج الصدة، ص 42.

(32) إراجع : SALEILLES : "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand", op. cit.

وانظر لهذا الكاتب أيضا : "De la cession des dettes", Annales de droit commercial, 1890, pp. 1 et s.

## § 3 - الرابطة المالية

14 - إن الالتزام كما رأينا رابطة قانونية تقوم بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما بأداء معين للآخر. ويكتسي هذا الأداء، وهو موضوع الالتزام، طابعا مالياً يميز به الالتزام المدني عن غيره من الالتزامات القانونية، ويعتبر معه من حقوق الذمة المالية، على خلاف غيره من الواجبات والحقوق العامة، كالتي تنشأ عن علاقات الأسرة، مثل واجب حسن المعاملة بين الزوجين، التي تعدّ من الحقوق الخارجة عن الذمة المالية<sup>(34)</sup>. وقد ينشأ التزام مدني بالمعنى الضيق على عاتق شخص نتيجة مخالفة ذلك الشخص لواجب عام خارج عن الذمة المالية. ومثال ذلك، الالتزام بالتعويض (التزام مدني) الذي ينشأ في ذمة من يلحق ضرراً بالغير نتيجة حادث مرور مرجعه عدم احترامه لقانون الطرقات، أي لواجب عام خارج عن الذمة المالية<sup>(35)</sup>.

## الفرع الثاني : ترتيب الالتزامات المدنية

15 - إن الالتزامات متنوعة وعديدة ويتجه في ما يلي عرض أهمها وذلك بترتيبها باعتبار مواضيعها (§1) ثم بحسب مصادرها (§2).

## § 1 - ترتيب الالتزامات بحسب مواضيعها

16 - تنقسم الالتزامات من حيث الموضوع إلى التزام بإعطاء، والتزام بعمل، والتزام بامتناع عن عمل.

I - الإلتزام بإعطاء<sup>(1-35)</sup>

17 - هو التزم بانتقال حق عيني مثل حق الملكية. ويجب أن لا نخلط

(34) يراجع في خصوص تصنيف الحقوق حسب الذمة المالية، كتاب محمد الشرفي، عدد 456 إلى 462.

(35) أنظر نفس المرجع عدد 465.

(35 - 1) يراجع : Denis TALLON, Le surprenant réveil de l'obligation de donner, D. 1992, Chr., p. 67; Mureil FABRE-MAGNAN, Le mythe de l'obligation de donner, Rev. trim. dr. civ. 1996, p. 85.

بين الإلتزام بإعطاء والإلتزام بالتسليم المادي للشيء موضوع الحق. فبالنسبة لعقد البيع يتم نقل الملكية، أي تنفيذ الإلتزام بإعطاء، بمجرد إبرام العقد. أما تسليم الشيء فهو في حقيقته التزم بعمل.

## II - الإلتزام بعمل

18 - هو التزم يوجب على المدين القيام بعمل معين لصالح الدائن، كالقيام بصنع أشياء أو بأداء خدمات.

وينقسم هذا النوع من الإلتزامات بدوره وبحسب مضمون الإلتزام إلى التزامات بتحقيق نتيجة والتزامات ببذل عناية. فإذا كان مضمون الأداء هو الغاية التي يسعى الدائن إليها من إنشاء الإلتزام، يعتبر الإلتزام التزاما بتحقيق نتيجة. ومثال ذلك، التزم ناقل الأشخاص بأن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالما وفي حدود الوقت المعين بالعقد. أما إذا كان مضمون أداء المدين هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن فإن الإلتزام يعتبر التزاما ببذل عناية. ومثال ذلك، التزم الطبيب المتمثل في معالجة المريض من أجل تحقيق الهدف الذي يصبو إليه هذا الأخير وهو الشفاء التام<sup>(36)</sup>.

## III - الإلتزام بامتناع عن عمل

19 - ويتضمن هذا الإلتزام أن يمتنع المدين عن القيام بعمل معين كالإلتزام بعدم منافسة تاجر آخر في مكان معين أو في سلعة معينة.

## § 2 - ترتيب الإلتزامات بحسب مصادرها

20 - تخضع مصادر الإلتزام إلى ترتيب أول جاء بالفصل الأول من مجلة الإلتزامات والعقود (I)، وإلى عدة ترتيبات أخرى اقترحها شراح القانون، سوف نتعرض إلى أكثرها جدوى وهو الترتيب المؤسس على التمييز بين الحدث القانوني من جهة، والتصرف القانوني من جهة أخرى (II).

(36) يراجع في خصوص هذه التفرقة، العدد 356 أسفله، وما بعده.

جانب الإلتزامات، غيرها من التصريحات الإختيارية (الفصل 1 م.1.ع.). كما لاشك في أن صحة الإلتزامات الناشئة عن الإرادة تخضع جميعها مبدئياً للشروط الواردة بالفصل 2 من م.1.ع.، دون تفرقة في ذلك بين الإلتزام الناشئ عن توافقي إرادتين فأكثر والإلتزام الصادر عن إرادة واحدة (\*2). وإذ يترتب إذن عن أحكام الفصل 2 م.1.ع. أن كلاً من نوعي الإلتزام الإرادي لا ينشأ صحيحاً إلا إذا توفرت فيه الأهلية والرضاء والمحل والسبب، فإن خصوصيات التعهد الصادر من طرف واحد تجعله مع ذلك مختلفاً بالضرورة في بعض أحكامه عن أحكام الإلتزامات الناشئة عن العقود (\*3). ويدهي أن أبرز أوجه الاختلاف بينهما بخص مفهوم الرضاء الذي يحصل بتوافقي إرادتين في الإلتزامات بينما يكفي لقبامه التصريح الصادر من طرف واحد في التعهد الأحادي، الأمر الذي يفسر إفراد المشرع مسألة الرضاء الصادر من طرف واحد بفرع مستقل (الفصول 18 إلى 22) عن الفرع المخصص لتنظيم الرضاء في مادة الإلتزامات (الفصول 21 وما بعده م.1.ع.).

وتتجه الملاحظة من ناحية أخرى أن في اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً ذاتياً للإلتزام تطابق واضح مع الفقه الإسلامي الذي يقر بصحة هذا النوع من الإلتزامات في عدة حالات تعرف عند الفقهاء بالتصرقات الناشئة عن الإيجاب وحده (\*4). غير أن فكرة التعهد الأحادي كانت أجنبية تماماً عمن القانون الروماني (\*5)، ولم تبرز في شكل نظرية قانونية إلا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. وينسبها الشراح إلى الأستاذ النمساوي HEINRICH SIEGEL (\*6). وقد استمد SIEGEL أسس نظريته من القانون الجرمانى القديم عارضاً أن الإلتزام في التشريعات الجرمانية القديمة كان بالدرجة الأولى إلتزام المدين نحو نفسه، وأن

(\*1) يراجع بالنسبة للفقه الفرنسي :

WORMS, De la volonté unilatérale envisagée comme source d'obligation en droit romain et en droit français, Th. Paris, 1891; SALEILLES, "De la déclaration de volonté", Paris 1929 (nouveau tirage) et "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand", 3è éd., nouveau tirage, Paris 1925.

J. MARTIN de la MOUTTE, "L'acte juridique unilatéral", essai : ويراجع كذلك :  
sur sa notion et sa technique en droit civil", éd. SIREY, Paris, 1951; ALFRED RIEG, "Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand", L.G.D.J., Paris 1961; M.L. IZORCHE, l'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, th. AIX, 1989, ronéo.

(\*2) تُراجع الترجمة الفرنسية للفصل 2 وقد ورد فيها حرفياً ما يلي : «الأركان الضرورية لصحة الإلتزامات الناشئة عن التصريح بالإرادة هي... بما يتبين معه أن الشروط الواردة بهذا الفصل لا تنحصر في الإلتزامات الناشئة عن العقود، كما ورد خطأ على ما يبدو في النص العربي للفصل 2، إنما تشمل الإلتزامات الإرادية بمختلف مصادرها .

(\*3) أنظر في خصوص هذه الفوارق : J. MARTIN de la MOUTTE, op. cit., n° 226 à 239.

(\*4) يراجع كتاب عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الأول، ص 75 و 76 - تُراجع أيضاً ملحوظات SANTILLANA على هامش الفصول 19 إلى 22 من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية .

(\*5) ذلك أن الرابطة الشخصية تعدّ جوهر الإلتزام في القانون الروماني الأمر الذي لا يتصور معه نشأة التزام دون أن يكون له دافن ومدن معينان. أنظر في هذا الخصوص : MARTY et RAYNAUD, Droit civil, II, les obligations, op. cit., n° 317.

(\*6) SIEGEL, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund in hentigen Recht.

## I - ترتيب مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود

### أ - عرض الترتيب

21 - ينص الفصل الأول من م.1.ع. على أن «تعمير الذمة يترتب على

الإلتزامات وغيرها من التصريحات الإختيارية وعن شبه العقود والجرح وشبهها». وتكون تبعاً لذلك مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود أربعة.

### 1) المصدر الأول : الإلتزامات وغيرها من التصريحات الإختيارية

22 - تشير عبارة «الإلتزامات وغيرها من التصريحات الإختيارية» إلى

المصادر الإرادية للإلتزامات. وهي نوعان : الإلتزام أو العقد (أ) والتعهد القانوني الأحادي (ب).

#### 1.1) الإلتزام أو العقد<sup>(37)</sup>

23 - وهو عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر لإنشاء رابطة قانونية مع

تعيين شروطها ونتائجها أو لتغيير اتفاق آخر سابق الوضع<sup>(38)</sup>.

وتعدّ العقود، بدون منازع، أهم مصدر منشئ للإلتزام. وقد تولّى المشرع تنظيمها تنظيمًا مفصلاً.

#### 2.1) التعهد القانوني الأحادي

24 - وهو التزام مصدره إرادة المدين المنفردة. وتتوقف صحته عملاً

بأحكام الفصل 22 من م.1.ع. على بلوغ العلم به للملتزم له. ومن أمثلة التعهد القانوني الأحادي الوعد بجائزة (الفصول 19 إلى 21 من م.1.ع.) والإيجاب المقيّد بأجل (الفصل 33 من م.1.ع.)<sup>(39)</sup>.

(37) في خصوص الفرق بين الإلتزام والعقد يراجع العدد 33، أسفله.

(38) يراجع كتاب محمد المالقي، ص 13.

(39) هل تنحصر المصادر الإرادية للإلتزامات في الإلتزامات، أم هل تنشأ الإلتزامات أيضاً من مجرد التعهد أو التصريح الصادر عن إرادة منفردة؟ إن التكريس الصريح لنظرية التعهد القانوني الأحادي بالفصول 1 و 2 و 18 إلى 23 من م.1.ع. من شأنه أن ينزع كل جدوى في القانون التونسي عن المجادلة التي أثارها مثل هذا التساؤل في التشريعات الأجنبية (\*1). ذلك أن مصادر الإلتزامات الإرادية في قانوننا تشمل بوجه عام، إلى

## (2) المصدر الثاني : شبه العقود

25- يعرف الأستاذ المالقي<sup>(40)</sup> شبه العقد بأنه عمل جائز يقوم به الشخص اختيارا ويرتب عليه بمقتضى القانون ما يترتب على الإتفاق. من ذلك أن من يقوم طوعا بإصلاحات ضرورية لدار جاره دون علم هذا الأخير يحق له مطالبته بأداء جميع المصاريف التي سبقها للغرض. ويسمى شبه العقد هذا **الفضالة** وتنظمه الفصول 1189 وما بعده من م.أ.ع. وقد وضع المشرع بالإضافة إلى أحكام الفضالة أحكاما لصنفين آخرين من شبه العقود وهما **الإثراء بدون سبب ودفع ما لا يلزم** وتنظمها الفصول 71 إلى 81 من م.أ.ع.

## (3) المصدر الثالث :

26 - الجنج وهي أعمال غير مباحة تلحق أضرارا بالغير عن قصد.

## (4) المصدر الرابع :

27 - شبه الجنج وهي أعمال غير مباحة وغير قصدية تصدر عن إهمال أو تقريط.

## ب - نقد الترتيب المعمول به بمجلة الالتزامات والعقود :

28 - وقد انتقد الشراح<sup>(41)</sup> هذا الترتيب من ناحيتين :

1 - أما النقد الأول فيتعلق بالتفرقة بين الجنج وشبه الجنج. وقد اعتبرها

على أن التكريس التشريعي لنظرية التصرف القانوني الأحادي يمثل هذه الجرة لم يؤثر على نطاق تطبيقه الذي بقي محدودا في الواقع، ومن أهم حالاته الوعد بجائزة (الفصول 19 و20 و21 م.أ.ع.) والإيجاب المقيّد بأجل (الفصل 33).

(40) لصفحة 13 من كتابه المذكور.

(41) يراجع : GOMAA, Théorie des sources de l'obligation, thèse, Paris 1968; PLANIOL, classification des sources d'obligations, Rev. crit. lég. et Jp. 1904, p. 224.

(42) يراجع محمد الشرفي، مدخل لداسة القانون، مذكور أعلاه، عدد 494، وانظر بالنسبة للقانون الفرنسي : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 17.

التعهد الصريح بأداء معين يقيد صاحبه بوجه نهائي ويات بما يجعل منه المصدر الأساسي للالتزام وهو كاف وحده لإنشاءه. لذلك فإن عدم تحديد شخص الدائن أو عدم نصريح هذا الأخير بقبول التعهد الصادر لغائده لا يعد حائلا دون نشأة الالتزام ولا بهم التأكد من قبول الملتزم له سوى في مرحلة تنفيذه. وقد ركز بعضهم (\*7) على أن الالتزام الأحادي ليس وليد مبدأ سلطان الإرادة بقدر ما هو مستمد من القوة الملزمة التي تقرها التشريعات الجزائية القديمة مجرد التعهد الظاهر والصريح بالالتزام. وهو ما يفسر النجاح الكبير الذي لقيه نظرية SIEGEL غداة ظهورها. حيث أن قدرة التصرف الأحادي على إلزام المدين بوعده بصفة نهائية لا رجوع فيها تجعل منه في نظر العديد من الفقهاء أداة ناجمة لتيسير المعاملات وخير ضمان للوفاء بالوعد. وإذ رأى فيه البعض السند المبرر للقوة الملزمة للإيجاب (\*8) أو لصحة الوعد بجائزة (\*9)، فإن البعض الآخر قد استند إليه محاولة تفسير آليات مؤسسات ومفاهيم قانونية مختلفة مثل الفضالة والإشترط لمصلحة الغير (\*10) والالتزام الطبيعي (\*11). وقد أثر هذا التيار الفقهي القوي على العديد من التشريعات المدنية التي صدرت أو كانت بطور الإعداد في أواخر القرن التاسع عشر، مثل المجلة الألمانية والمجلة الإيطالية.

ولما كان لفكرة التصرف القانوني الأحادي بعض التطبيقات في التشريع الإسلامي، فإنها قد تبدو بمثابة نقطة الالتقاء بين القانون الأوروبي والتشريع الإسلامي. فلا غرابة إذن في أن تعري هذه الفكرة محرري مجلة الالتزامات والعقود، وأن تشمل هذه المجلة، نتيجة لذلك، على أحكام تكرر بوضوح هذه النظرية. على أن البعد العملي للتصرف القانوني الأحادي بقي محدودا للغاية. وإذا يلاحظ البعض (\*12) أن القانون الألماني الوضعي ذاته لا يحتوي في الواقع سوى على حالتين للتصرف القانوني الأحادي، وهما المؤسسة الحيرية والوعد بجائزة، فذلك للتأكد على صيغته الاستثنائية التي تميزه عن العقد. وهو ما يقر به في الحقيقة المشرع الألماني بصورة صريحة لا لبس فيها حين ينص ضمن الفصل 305 على أنه «لا ينشأ التزام عن تصرف قانوني، كما لا يمكن تغيير مضمون التزام إلا باتفاق الأطراف، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك». ولقد أدى هذا النص ببعض الفقهاء إلى حد التشكيك في تبني المشرع الألماني لنظرية التصرف القانوني الأحادي. أما بالنسبة للمشرع التونسي، فإنه لا مجال للشك في الجراءة التي تميز بها في هذا الخصوص. ويتبين ذلك من تنصيصه بوجه عام على أن التصريحات الاختيارية هي من أسباب تعمير الذمة (الفصل 1 من م.أ.ع.)، ثم من تأكيده على كون الالتزام من طرف واحد يلزم صاحبه من وقت بلوغ العلم به للملتزم له (الفصل 22 من م.أ.ع.). على أنه من المهم أن نضيف، رفعا لالتباس محتمل، أن اشتراط بلوغ العلم بالملتزم له لصحة قيام التزام المدين نحوه لا يؤثر على الطبيعة الأحادية لهذا الالتزام. ذلك أن مجرد بلوغ العلم لا يعني القبول كما أنه ليس في اشتراطه سوى العمل بقاعدة أساسية عامة مفادها أن التصرفات الأحادية الموجهة لشخص معين لا تلزم صاحبها في الحالات التي يكون لها تأثير على حقوق الملتزم له، إلا ببلوغ العلم بها لهذا الأخير (\*13).

(\*7) يراجع : ALFRED RIEG, op. cit., n° 429

(\*8) يراجع في هذا المعنى : B. STARCK, H. ROLAND et BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat, 3è éd., LITEC, 1989, n° 78.

(\*9) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 27

(\*10) يراجع : F. GORE, le fondement de la gestion d'affaires source autonome d'obligations, D. 1953, chr., p. 39, WORMS, op. cit., pp. 114 et s.; COLIN et CAPITANT, cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., par Julliot de la Morandière, 4e éd., t 2, n° 131.

(\*11) يراجع : MICHELLE GOBERT, Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, thèse, Paris 1957.

(\*12) يراجع : A. RIEG., op. cit., n° 438.

(\*13) يراجع : J. MARTIN de la MOUTTE, op. cit., n° 178 et s., spéc. n° 187.

يراجع أيضا : A. RIEG., op. cit., n° 51 et 53 et s.

لهذه الإلتزامات، بل يبدو وكأنّ العكس هو الذي حصل. من ذلك أنّ الباب المخصّص «للإلتزامات الناشئة ممّا يشاكل العقود» (الفصول 71 إلى 88 من م.أ.ع.1) قد اقتصر فيه المشرّع على تنظيم حالتها الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحقّ المنازع في نعتهما بشبه العقود. أمّا الفضالة، وهي كما رأينا الحالة الوحيدة التي تجوز فيها هذه التسمية، فقد تعرّض لها المشرّع ضمن أحكام الوكالة حيث خصّها بباب رابع عنوانه «في شبه العقود المنزلة منزلة الوكالة» (الفصول 1179 إلى 1194). ولعلّ في ذلك دليلاً على التفكك الذي يميّز ترتيب مصادر الإلتزام بمجلة الإلتزامات والعقود ممّا يبرّر البحث عن ترتيب آخر لهذه المصادر قد يكون أكثر انسجاماً من الترتيب الذي اهتدى إليه المشرّع.

## II - الترتيب المؤسّس على التمييز بين الحدث القانوني والتصرّف القانوني

29- إنّ هذا الترتيب حديث نسبياً<sup>(45)</sup> ويحضى بموافقة أغلبية الكتاب<sup>(46)</sup>.

### أ - التصرّف القانوني

30- ويعبّر عنه أيضاً بالعمل القانوني ويمكن تعريفه بأنّه عمل إراديّ يهدف إلى إحداث أثر قانوني معيّن يريد من خلاله الشخص وقوع الفعل، كما يريد أن ينجّر عن ذلك الفعل آثار معيّنة، كما هو الحال في التسويغ أو في البيع مثلاً.

ويمكن أن يصدر التصرّف القانوني عن طرفين فأكثر، وهي صورة العقد. كما قد يصدر من جانب واحد، وهي صورة الإرادة المنفردة.

### ب - الحدث القانوني

31 - ويسمّى كذلك الواقعة القانونيّة، وهي التي قد تصدر عن شخص

(45) انظر : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 20.

(46) انظر : J. CARBONNIER, Droit Civil, 4, les obligations, P.U.F., 12<sup>e</sup> éd., §§ 5 et 85; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 60.

البعض<sup>(42)</sup> في غير محلّها ملاحظين أنّ العامل القسدي الذي يفرّق بين الجنج وشبهها لا يؤثّر على الإلتزامات المدنيّة الناشئة عنها. وذلك على عكس ما هو عليه الأمر في القانون الجزائري. على أنّ هذه الملاحظة تبدو في غير طريقها بالنسبة للقانون التونسي حيث أنّ التمييز بين الجنج وشبه الجنج، وإن كان عديم التأثير فيه على وجود الإلتزامات، فإنّه يبقى مع ذلك هاماً لما يمكن أن يكون له من تأثير على مدى تلك الإلتزامات علماً وأنّ الفصل 107 من م.أ.ع.1 يوصي القاضي بأن يعتبر عند تقديره للخسارة «سبب الضّرر من كونه تغريراً أو خطأ»<sup>(43)</sup>.

2 - كما اعتبر الشّراح من ناحية أخرى أنّ المشرّع قد أساء استعمال مفهوم شبه العقد، علماً وأنّ العبارة رومانية الأصل<sup>(44)</sup> وكانت تنطبق منذ JUSTINIEN على صنف الإلتزامات التي تنشأ عن تصرفات مباحة غير ناتجة عن اتفاق ولكنها مع ذلك ملزمة للغير المستفيد منها وذلك بناء على إرادته المفترضة. وقد تولّد مفهوم العقد المفترض أو شبه العقد عن فكرة افتراض إرادة الغير المستفيد من تصرّف مباح كأساس لالتزامه نحو شخص المتصرّف. وقد لاحظ الشّراح أنّه لا يجوز، تبعاً لذلك، استعمال عبارة شبه العقد إلا بالنسبة للفضالة. أمّا تنظيم آثار الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحقّ فهو يستمدّ أساسه من المبدأ القانوني العامّ القاضي بتحريم الإثراء غير المشروع وليس من إرادة مفترضة، فلا يصحّ إذن استعمال عبارة شبه العقد في شأنه.

والملاحظ أنّ المشرّع لم يولّ أيّ اعتبار لهذه المعطيات التاريخية عند ترتيبه

(43) في خصوص أبعاد الفصل 107 من م.أ.ع.1 فقها وقضاء يراجع : Mohamed ZINE, Quelques aspects des rapports de l'action publique et de l'action civile, Rev. tun. dr. 1982, pp. 1 à 114, spéc. pp. 53 à 57, n° 43 à 46.

يراجع أيضاً : محمد الشّرفي : كيفة تقدير الضّرر المعنوي، ق.ت.، 1973، ص 353 وما بعدها.

(44) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 2<sup>e</sup> éd., 1990, Paris, Cujas, n° 900; MARTY et RAYNAUD, II, Les obligations, op. cit., n° 17.

يراجع أيضاً : J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, Rev. trim. dr. civil, 1969, p. 563; PLANIOL, "Classifications des sources d'obligations" ét. précitée; H. VIZIOS, La notion de quasi-contrat, thèse, Bordeaux 1912.

بقصد أو عن غير قصد. ويرتب عليها القانون أثرا بغض النظر عن دور الإرادة في الحصول على ذلك الأثر. ويشمل هذا القسم المصادر الآتية : الإثراء بدون سبب، ودفع ما لا يلزم، والفضالة، والجنح وما يشبهها.

ويرى بعضهم<sup>(47)</sup> أنّ هذا الترتيب يقوم في الحقيقة على دور الإرادة الفردية في تكوين الإلتزامات، إذ أنّه يشتمل، من جهة على الإلتزامات التي تصدر عن إرادة الأفراد، ومن جهة ثانية على الإلتزامات التي تصدر بغض النظر عن إرادة الأفراد. بما قد يصحّ معه القول أنّ الإلتزامات الصادرة عن تصرفات قانونية هي التزامات إرادية، على عكس الإلتزامات التي تنشأ عن أحداث قانونية وهي التزامات لا إرادية.

32- ولكن ومهما تعددت الترتيبات فإنّ العقد يحضى في جميعها بمكانة خاصة باعتباره أهمّ مصدر التزام من الوجهتين النظرية والعملية، وأكثر المسائل تشعباً وأدقها تنظيمًا. وهو بذلك يختلف عن التصرف القانوني الأحادي الذي يكتسي كما سبق بيانه صبغة إستثنائية تجعل منه بحقّ مصدراً هامشيّاً للإلتزامات<sup>(48)</sup>. الأمر الذي من شأنه أن يبرر تركيز الجزء الأول من هذه الدراسة على العقد<sup>(49)</sup>، في حين يخصّص جزؤها الثاني للأحداث القانونية بفرعيها الأساسيين : شبه العقود والجنح وشبهها. أمّا الجزء الثالث والأخير فسوف نتناول فيه أحكام الإلتزام بوجه عامّ بصرف النظر عن مصادره، وهي مجموعة القواعد التي تنظم وجوده وتنفيذه وانقراضه.

## الجزء الأول العقد

(47) يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 60.

(48) أنظر العدد 24 أعلاه.

(49) أنظر : JACQUES GHESTIN, Traité de Droit Civil, les obligations, le Contrat : formation, 2è éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n° 2.

## بَابُ تَمْهِيدِيٍّ

### مفهوم وأبعاد الإرادة في نظرية العقد

33 - يمكن تعريف العقد بأنه عبارة عن اتفاق بين إرادتين فأكثر لإنشاء رابطة قانونية مع تعيين شروطها وآثارها. ولئن استعملت عادة لفظنا اتفاق وعقد لتعيين نفس الشيء، إلا أن كلمة عقد تخصص من وجهة نظرية لإنشاء الالتزام، بينما يسند لكلمة اتفاق مدلول أعمّ يشمل كلّ توافق بين إرادتين أو أكثر بقصد إحداث آثار قانونية، سواء أكان الهدف منها إنشاء التزام أو إحالته أو تغييره أو إنهاؤه، مما يجوز معه القول أن كلّ عقد اتفاق وأنّ كلّ اتفاق ليس بالضرورة عقداً<sup>(1)</sup>.

وإذ يتأكد من التعريف أعلاه دور الإرادة في إنشاء العقود، فإنه لا بدّ من تحديد أهمية هذا الدور وذلك بتقييم أبعاد الإرادة العقدية نظرياً ووضعيّاً (الفصل الأوّل)، قبل بيان مختلف الطرق القانونية والفقهية التي تساعد على الكشف على مدلولها الحقيقيّ (الفصل الثاني).

(1) يراجع: المألقي، المرجع المذكور، ص 14؛ توفيق حسن فرج، «النظرية العامة للإلتزام» الدار الجامعية 1988، ص 37؛ WEILL et TERRE, op. cit., n°23 et suiv.

الفصل الأول

أبعاد الإرادة العقدية



إرادته. فلا يُقبل أن يلزم الإنسان نحو غيره أو نحو المجتمع<sup>(4)</sup> إلا بعقد نابع عن إرادة حرة. وإذا كان العقد يلزم الفرد حسب هذه النظرية، فلأنه عادل بالضرورة باعتباره وليد إرادة حرة طليقة ارتضته لنفسها دون قيد أو ضغط. وترتب على هذه النظرية تقديس للعقد وللإرادة أدى إلى تبرير وتفسير جميع النظم القانونية، بما في ذلك سلطة الدولة على الأفراد.

ولا شك في أن تطابق الفلسفة السياسية المؤسسة على الفردانية مع النظرية التحررية في الميدان الاقتصادي مهد لتدعيم مبدأ سلطان الإرادة. ذلك أن تقدم الاقتصاد لا يتوفر حسب الفلسفة التحررية السائدة في القرن التاسع عشر إلا بضمان حرية العرض والطلب طالما أن مصلحة المجتمع لا تحصل حسب أصحاب هذه النظرية إلا بضمان مصلحة الأفراد<sup>(5)</sup>.

37 - ومن نتائج هذا المبدأ الحرية التعاقدية، واحترام الإرادة وقت تنفيذ العقد<sup>(6)</sup>.

38 - فالحرية التعاقدية تتمثل من حيث الأصل في حرية الشخص في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا تعاقد، في أن يحدد مضمون العقد كما يريد. كما تترتب عنها من حيث الشكل قاعدة رضائية العقود، ومعناها أن العقود تتكون تكويناً صحيحاً بمجرد التقاء إرادتين دون أن تقيّد إرادة الأطراف

(4) يشكل القانون في حد ذاته نوعاً من العقود حسب دعاء مبدأ سلطان الإرادة، فهو عقد اجتماعي. يراجع في هذا الخصوص: عبد الرزاق السهوري، الوسيط، 1، ص 144 و MARTY et RAYNAUD, II، ص 33.

(5) يعبر ADAM SMITH عن هذا المبدأ بهذا المقطف من كتابه المنشور عام 1776، "La richesse des nations": "Tout individu s'efforce d'employer son capital en sorte que la valeur de ses profits soit maximisée. En règle générale, il ne se propose pas de promouvoir l'intérêt général et il ignore d'ailleurs dans quelle mesure il y parvient; il ne se préoccupe que de sa sécurité propre, que de son gain propre. Et ce faisant, il est conduit par une main invisible à atteindre l'objectif qu'il n'avait aucunement visé. En poursuivant son intérêt particulier, il sert souvent l'intérêt social plus efficacement que dans les cas où il a réellement l'intention de le promouvoir". (V° FARJAT, Droit privé de l'économie, théorie des obligations, op. cit., p. 49).

(6) هذا الاستنتاج لـ GOUNOT، راجع أطروحته المذكورة، ص 33 وما بعدها. يراجع في هذا الخصوص كتاب GHESTIN المذكور، عدد 38.

34 - يشكل دور الإرادة في إنشاء العقود ومدى قدرتها على إحداث آثار ملزمة للأطراف محور الاختلاف القائم بين النظرية التقليدية المؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، وبين النظريات الحديثة التي ترى أن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون وليس من الإرادة (الفرع الثاني). على أن الجانب النظري للمسألة قد لا يكفي وحده لتحديد الأبعاد الحقيقية للإرادة دون تحليل إضافي يشمل واقع العقد اليوم ودور الإرادة فيه من خلال تطورات القانون الوضعي في بلادنا (الفرع الثالث).

## الفرع الأول : النظرية التقليدية

35 - ترى هذه النظرية أن الإرادة هي أساس العقد. لذلك فهي تعرف بنظرية سلطان الإرادة<sup>(2)</sup>. ويتمسك دعائها بأن الإرادة تشكل المصدر الأساسي للإلتزامات التي تنشأ عن العقود (1§). وقد تعرضت نظريتهم هذه إلى نقد جدي يبدو لنا من الضروري التعرف على أبرز جوانبه (2§).

### § 1 - عرض مبدأ سلطان الإرادة

#### I - عناصر المبدأ

36 - إن نظرية سلطان الإرادة هي وليدة الفلسفة التحررية التي ميزت القرن الثامن عشر على الصعيد السياسي، والقرن التاسع عشر على الصعيد الاقتصادي<sup>(3)</sup>.

وأساس هذه النظرية من الوجهة السياسية هو حرية الفرد حرة مطلقة لا تقيدها أية سلطة خارجية أو أي قانون باستثناء ما يرتضيه الفرد لنفسه بحكم

(2) يراجع: GOUNOT, Le principe de l'autonomie de la volonté; Contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, DIJON, 1912; R. TISON, Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, thèse, Paris, 1931; RANOUIL, L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept, 1980, préface J. Ph. LEVY.

(3) يراجع: J. GHESTIN, Les obligations, Le contrat : formation, 2è éd., Paris, : L.G.D.J., 1988, n°32 à 35.

الحديث<sup>(8-11)</sup> يلقي ما يكفيه من الدّعم في تقرير SANTIILLANA لما أعلن هذا الفقيه عن تبني محرريّ المجلة لمبدأ سلطان الإرادة، مبرراً هذا الخيار بمقولة أنّ القانون الإسلاميّ المبنيّ على حسن النّية «جاء بحكم الضّرورة مفسحاً المجال إلى أبعد حدّ لإرادة الإنسان ومتخلّصاً من التشبّث بالشكليّات، إذ أنّ إرادة الشّخص مهما يكن المظهر الذي تتجلّى فيه كافية وحدها لإنشاء الرّابطة القانونيّة ولقّما تجد في الفقه الإسلاميّ عملاً من الأعمال تتوقّف صحته أو بطلانه على مسألة شكلية. ولقد كان المبدأ القائل بفاعليّة الإرادة وحدها سائداً بجميع الأقطار»<sup>(9)</sup>.

41 - إنّ في محاولة البحث عن جذور دينيّة إسلاميّة لنظرية لا ينازع أحد في كونها لائكيّة<sup>(10)</sup> الأصل، الكثير من المغالاة خاصّة إذا اعتبرنا من ناحية أخرى ما يفترضه هذا التحليل من تهميش أكيد للطبيعة الموضوعيّة التي يتميّز بها مفهوم الإلتزام التّعاقدي في التشريع الإسلاميّ. وهي خاصيّة لا يجوز معها التركيز على سلطان الإرادة في تحديد مفهوم العقد<sup>(11)</sup>، وهو ما يؤكّده بالفعل

(8-11) يراجع العدد 387 وما بعده.

(9) يراجع تقرير SANTIILLANA، المذكور أعلاه، ص 14.

(10) يراجع : MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n°31, FLOUR et AUBERT, op. cit., n°104.

وانظر : J. GHESTIN، المذكور أعلاه، عدد 33، حيث يؤكّد في هذا المعنى ما يلي :

L'influence du christianisme a sans doute été déterminante dans le développement historique de l'individualisme. Mais c'est chez GROTIUS (1583-1645) et ses successeurs qu'il faut semble-t-il trouver l'origine directe du principe de l'autonomie de la volonté. Après GROTIUS, la laïcisation du droit naturel substitue au respect de la loi naturelle, en fait divine, celui des droits naturels de l'homme. Les droits subjectifs ne dérivent plus d'un droit objectif primordial, mais de l'essence de l'homme lui-même conçu comme un être entièrement autonome, qu'aucune volonté, autre que la sienne propre, ne peut commander".

(11) جاء على لسان الدكتور عبد الرّزاق السّهوري في كتابه «مصادر الحقّ في الفقه الإسلاميّ» (نشر معهد البحوث والدراسات العربيّة، 1967) أنّ تعريف العقد الذي نقلناه عن مرشد الحيران ينمّ عن التّزعة الموضوعيّة التي تسود الفقه الإسلاميّ. فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، لا من حيث أنّه ينشئ إلتزامات شخصيّة في جانب المتعاقدين وهذا هو المعنى البارز في التّزعة الذاتيّة، بل من حيث أنّه شيت أثره في العقود عليه أي يغيّر حالة إلى المحلّ من حالة، وهنا تبرز التّزعة الموضوعيّة التي أشرنا إليها... (الجزء 1، ص 77). أنظر في نفس المعنى : الدكتور عبد المنعم فرج الصّدّة، نظرية العقد في الشريعة الإسلاميّة والقانون الوضعي، الجزء الأوّل، عدد 91، ص 103.

بشروط شكلية لما في ذلك التقييد من مساس بمبدأ سلطان الإرادة.

39 - أما ضرورة احترام الإرادة الفرديّة عند التّنفيد فالمقصود بها أنّ العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فهو شريعة الطرفين. ولذا فلا يمكن لأيّ منهما الإنفراد بتعديله أو بإنهائه، وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك عوضاً عن الأطراف.

## II - تأثر مجلة الإلتزامات والعقود بمبدأ سلطان الإرادة

40 - لقد ازدهر هذا المبدأ في آخر القرن التاسع عشر<sup>(7)</sup> ولا غرابة إذن في أن يكون المشرّع قد تأثر به لما أعدّ مجلة الإلتزامات والعقود التي صدرت كما هو معلوم سنة 1906. ويتجلّى ذلك من خلال العديد من أحكام هاته المجلة، نذكر منها على سبيل المثال أحكام الفصل الثاني التي لا شكّ في أنّها أقرت قاعدة الرّضائيّة في تكوين العقود لما أمسكت على التّنصيص على أيّ شرط شكلي في هذا المجال. ومن أهمّ المؤشّرات أيضاً على هذا الإلتزام النظري تكريس المشرّع ضمن الفصول 43 وما بعده من هذه المجلة لنظرية عيوب الرّضاء<sup>(7-1)</sup>، ثمّ تنصيصه ضمن الفصل 242 على القوّة الملزمة للعقود<sup>(7-2)</sup> بمقولة أنّ «ما انعقد على الوجه الصّحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينقض إلا برضاها أو في الصّور المقرّرة في القانون». وقد لقيت أحكام هذا النّص حظاً كبيراً في فقه القضاء حيث اتّخذت منه محكمة التّعقيب بدوائرها المجتمعة<sup>(8)</sup> سنداً للحيلولة دون تعديل العقود من طرف القاضي مهما أحوجت الضّرورة وقواعد الإنصاف لذلك التّعديل. وما من شكّ في أنّ هذا الإلتجاه، وإن شهد بعض التّراجع في فقه القضاء

(7) إنّ أوّل من استعمل هذه العبارة هو GENY في كتابه "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", 1ère éd., 1899, n°170 à 173.

يراجع في هذا الخصوص، وحول أسباب ظهور هذه النظرية في آخر القرن التاسع عشر كتاب السيّد RA-NOUIL، المذكور أعلاه، ص 87 إلى 95.

(7-1) يراجع العدد 156 أسفله وما بعده.

(7-2) يراجع العدد 317 أسفله وما بعده.

(8) قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 7919، مؤرّخ في 28 أبريل 1975، وتعليق الأستاذة فيحة النّسي : Rev. tun. dr. 1976, p. 166... وانظر العدد 321 و 332 أسفله.

عدالة المعاملات الدليل القاطع على فشل الإرادة الفردية الحرة في تحقيق ذلك الهدف ، فإن دعواتها يلاحظون على عكس ذلك أن الإنكماش الذي عرفه سلطان الإرادة نتيجة سياسة الإقتصاد الموجه لا يعني زوال أو تراجع دور الإرادة العقدية الذي بقي في نظرهم أساسياً في إنشاء الإلتزامات وفي تحديد آثارها<sup>(14)</sup> كما قد تشهد بذلك استمرارية أحكام مجلة الإلتزامات والعقود . على أنهم يقرّون بأن سلطان الإرادة ليس مطلقاً بالدرجة التي تصوّرها دعواته الأوّلون بل هو مقيّد اليوم أكثر من ذي قبل بقيود النظام العام الإقتصادي والاجتماعي .

### الفرع الثاني : النظريات الحديثة

44 - إذا استثنينا الجانب الهام من الفقه المعاصر الذي بقي على وفائه للنظرية التقليدية مع تسليمه بتقلص سلطان الإرادة اعتباراً لأهمية القوانين الأمرة وتعددها، فإن الجانب الآخر ينكر على الإرادة الدور الذي تنسب لها النظرية التقليدية ويرى أن العقد يستمد قوته الإلزامية من القانون (1§) ممّا يعطيه بعداً موضوعياً على حساب البعد الذاتي الذي يتمييز به في ظل النظرية التقليدية (2§).

### § 1 - إحلل القانون محلّ الإرادة كأساس للعقد

45 - ينسب الشراح هذا الاتجاه خاصة إلى المفكرين DUGUIT و KELSEN . ويتميز كلّ منهما بوجهة نظر في الموضوع .

#### I - نظرية DUGUIT<sup>(15)</sup>

46 - إن نظرية سلطان الإرادة مردودة من الأساس في نظر هذا المفكر

عدم اعتماد القانون الإسلامي نظرية عيوب الرضاء<sup>(12)</sup> . لذلك نعتبر أن تخلص التشريع الإسلامي من الشكلية وتمسكه بقاعدة الرضائية ليس كافياً حتى ننسب له مبدأ سلطان الإرادة . إن لهذا المبدأ أصلاً أوروبياً بل لاتينياً محضاً .

### § 2 - نقد مبدأ سلطان الإرادة

42 - تعرّض مبدأ سلطان الإرادة إلى عدّة انتقادات . ويتعلّق أهمّها بمحاولة دعائه تفسير وتبرير كلّ النظام القانوني بمفهومي الإرادة والعقد والحال أن الميادين العديدة من هذا النظام تخضع إلى قوانين أمرة بعيدة كلّ البعد عن فكرة العقد مثل القانون الجنائي والقانون العائلي وقانون الإرث . كما ركّز خصوم هذه النظرية نقدهم حول ما تضمّنته من أن العقد عادل بالضرورة مبين، على عكس هذا المعتقد، أن الحرية التعاقدية التي تضمن مبدأ عدالة العقد هي في غالب الوقت وهمية نظراً لتباين القوى بين الأطراف ممّا ينتج عنه أن العقد غالباً ما يكون مرآة لإرادة أقوى الطرفين . أمّا تقديس إرادة الطرفين عند تنفيذ العقد إلى حدّ الحيلولة دون تدخّل القاضي لتعديل عقد فقد توازنه بحكم تغييرات اقتصادية جدّت بعد إبرامه، فإن التجربة أثبتت تنافي هذه القاعدة مع أبسط قواعد العدل والإنصاف<sup>(13)</sup> .

43 - ويستمدّ هذا النقد جدّيته من التحوّلات السياسية والإقتصادية والفكرية التي شهدها العالم منذ بداية القرن العشرين، وخاصة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية حيث تأكّد تدخّل الدولة في الميدان الإقتصادي والاجتماعي وذلك لأسباب ظرفية فرضتها أزمات ما بعد الحربين ، وكذلك من تأثير الفلسفة الإشتراكية التي كانت سائدة في ذلك الوقت . وقد نتج عن سياسة الإقتصاد الموجه التي سلكتها الدولة منذ ذلك العهد تعدّد القوانين الأمرة التي تهدف إلى تنظيم مختلف أنواع المعاملات بين الأفراد دون ترك المجال فيها للإرادة الفردية . وإذ يرى خصوم النظرية التقليدية أن في تكفّل الدولة بضمان

(14) يراجع في هذا الإتجاه : H.L.J. MAZEAUD, : FLOUR et AUBERT, op. cit., n°95; obligations, 7è éd., par Fr. CHABAS, n°127; WEILL et TERRE, op. cit., n°49 et s.; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 9.

(15) راجع ملخصاً لهذه النظرية بـ : WEILL et TERRE, op. cit., n°64.

(12) يراجع د. عبد الرزاق السنهوري، «مصادر الحق»... 2، ص 97.

(13) يراجع : STARCK, ROLAND et A. WEILL, op. cit., n°59 à 61; BOYER, op. cit., n°18 à 22; FLOUR et AUBERT, op. cit., n°110 à 117.

قوتها الإلزامية، إذ لا تستمد القاعدة العقدية قوتها إلا من القانون<sup>(17)</sup>.

## § 2 - البعد الموضوعي للعقد

48 - يرى الفقيه GHESTIN انطلاقاً من هذه النظرية أن القانون لا يصادق على نجاعة العقد إلا إذا كان قائماً على المصلحة الاجتماعية وشريطة أن يكون عادلاً، مضيفاً أن توفر شرط المصلحة الاجتماعية يتم من خلال تطابق العقد مع موجبات النظام العام الاقتصادي والاجتماعي التوجيهي في حين يستدعي توفر عنصر العدل فيه الاستجابة إلى أحكام النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي<sup>(18)</sup>.

ويبرّر GHESTIN هذه النظرية ملاحظاً أن العقد ليس توافق إرادتين بقدر ما هو معاوضة بمعنى انتقال قيمة من ذمة مالية إلى أخرى. وهي عملية تستوجب لا محالة موافقة المعنيين بالأمر. ولكن الموافقة ليست سوى مجرد إجراء يكتسي صبغة ثانوية. أما الأصل فهو العنصر الموضوعي المتمثل في انتقال القيمة المالية من ذمة إلى أخرى لأن المصلحة العامة التي يشترطها القانون في العقد لا تحصل إلا بهذا الانتقال طالما أن العقد هو أساساً أداة لتحقيق حاجيات أفراد المجتمع المتمثلة في تبادل الخيرات والخدمات.

(17) تراجع أيضاً نظرية ROUHETTE الذي ينفي كل دور للإرادة ويرى أن القانون لا يأخذ بعين الاعتبار الإرادة بل مصالح الأفراد. ولما كانت تلك المصالح هي أساس العقد، فإن العقود تختلف إذن باختلاف الحالات والمصالح، الأمر الذي ينفي معه حسب هذه النظرية المفهوم العام للعقد الخاضع لنظام عام موحد ولا يوجد سوى عقود خاصة متنوعة ومختلفة باختلاف المصالح.  
(ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris 1965, 2 vol; v°aussi, La force obligatoire du contrat, in Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, L.G.D.J., 1987, p. 27).

تراجع كذلك ملاحظات J. GHESTIN حول هذه النظرية بكتابه المذكور أعلاه عدد 168 - أنظر أيضاً بنفس المرجع (العدد 91، ص 83) تمسك هذا الكاتب بوجود نظرية عامة للعقد وبالعلقة الأساسية التي تربط النظرية العامة للعقد بمختلف العقود الخاصة.

(18) تراجع كتاب GHESTIN، المذكور أعلاه، عدد 173 وما بعده. أنظر أيضاً لنفس الكاتب : "L'utile et le juste dans les contrats", D. 1982, chr. pp. 1 et s.

لأن الحرية المطلقة التي تفترضها في الإرادة العقدية تعني بالضرورة تفوق الحق الشخصي على القانون. وهو ما لا يمكن قبوله علماً وأن القانون، بحكم اهتمامه بتنظيم الحياة في المجتمع، يعتبر أعلى مرتبة من الحقوق الشخصية ولا يجوز بالتالي للفرد مخالفتها أو تغليب حقوقه عليه. ويلاحظ DUGUIT أن القانون، وإن كان ملزماً لجميع الأفراد، فإن جزءاً من أحكامه ينطبق على الشخص دون اعتبار إرادته، مثل قواعد الأهلية أو أحكام المسؤولية التقصيرية، في حين لا ينطبق الجزء الآخر عليه إلا بحكم إرادته. وذلك هو شأن الأحكام المنظمة للعقود، الأمر الذي يستخلص معه أن الإرادة العقدية ليست قادرة على إنشاء الحقوق، وأن العقد ليس إذن مصدر حق أو التزام، إنما هو فقط توافق بين شخصين أو أكثر يهدف إلى أن تطبق فيما بينهم أحكام قانونية معينة ما كان لها أن تطبق لولاها.

## II - نظرية KELSEN<sup>(16)</sup>

47 - إن هذه النظرية قريبة من النظرية التقليدية من حيث أن صاحبها يعتبر أن دور الإرادة لا ينحصر في تطبيق أحكام قانونية عامة على أشخاص معينين، إنما يرى على عكس ذلك أن العقد يشكل في ذاته قاعدة ملزمة ينشؤها المتعاقدون ويضبطون محتواها بكل حرية وذلك بتفويض من القانون وتبعاً لسياسة تشريعية مؤداها ترك حرية تنظيم المعاملات الاقتصادية للأفراد باعتبار عدالة هذا الحل وملاءمته مع مصالحهم. على أن KELSEN يخالف تماماً النظرية التقليدية ليقترح من نظرية DUGUIT لما يضيف أن القاعدة العقدية التي أمكن للأطراف إنشاؤها وتحديد مضمونها بكل حرية لا تستمد قوتها الإلزامية من الإرادة الفردية، بل من القانون الذي يبقى أعلى درجة من العقد، الأمر الذي يستخلص معه أن الإرادة حرة حسب هذه النظرية في إنشاء ما تريد من القواعد العقدية ولكنها لا تتحكم في آثارها لأنها ليست أساساً

(16) تراجع : KELSEN, La théorie juridique de la convention, Arch. Philosophie du droit, 1940, pp. 33à 76; J. GHESTIN, op. cit., n°162 et suiv.

ويستند هذا الرأي إلى اتجاه فقهي معتبر بفرنسا<sup>(19)</sup> تميّز بتحليله لتبادل الإلتزامات من زاوية اقتصادية أكثر منها إرادية. ويعرّف أحد أتباع هذا الإتجاه المعاصرون العقد بكونه «عملية اقتصادية مؤسّسة على التوازن المادي والذاتي للقيم المتبادلة»<sup>(20)</sup>، ويستنتج من هذا التعريف أنّ عنصر العدالة هو أيضا أساسي في العقد، وأنّ المهمّ في نظر القانون أن يتحصّل كلّ من طرفي المعايضة معادل ما يعطي للطرف الآخر حتّى لا يحصل لأيّ منهما ضرر أو خسارة من العقد<sup>(21)</sup>.

ويعتبر GHESTIN أنّ ما ذهبت إليه نظرية سلطان الإرادة من افتراض توفّر عنصر المصلحة والعدل بمجرد قيام الرضاء - وهي فرضية أثبت الواقع عكسها - مآته مبدأ تفوق الحقّ الشخصي على القانون الذي تقوم عليه هذه النظرية، وهو ما يجعلها تنكر الدور الأساسي الذي يرجع بالضرورة إلى القانون في هذا المجال.

وإذ يستخلص ممّا سبق عرضه أنّ الإرادة ليست أساس العقد، فإنّ دورها يبقى مع ذلك هاماً، من حيث أنّ تلاقي الإرادات وتوافقها يشكل إجراءً خصوصياً لإحداث آثار قانونية، ويعدّ بحقّ معيار العقد وأساس التفرقة بينه وبين غيره من المفاهيم<sup>(22)</sup>.

## الفرع الثالث : مفهوم العقد ودور الإرادة العقدية في القانون التونسي

49 - إنّ التحليل أعلاه مخالف تماماً للبعد الإرادي الذي أكسبه الفقه وفقه القضاء لمجلة الإلتزامات والعقود بناء على العديد من أحكام هذه المجلة

(19) تُراجع في هذا الخصوص أطروحة J.M. POUGHON, "Histoire doctrinale de l'échange et du contrat", Paris, L.G.D.J. 1985.

أنظر أهمّ الأفكار التي يتضمّنها هذا الكتاب في مؤلف J. GHESTIN المذكور أعلاه، عدد 176 - 1 وما بعده،

(20) يراجع كتاب POUGHON، المذكور أعلاه، عدد 238.

(21) يراجع J. GHESTIN، عدد 181 وما بعده.

(22) حول دور الإرادة في نظرية GHESTIN يراجع كتابه، المذكور أعلاه، عدد 178 وما بعده.

التي يبدو أنّها تعكس اتجاه المشرّع الواضح نحو نظرية سلطان الإرادة<sup>(23)</sup>. على أنّ هذه الفرضية تبقى قابلة للنقاش<sup>(23-1)</sup> ولربّما للدحض إذا وقع الإلتناد إلى العديد من الأحكام الأخرى<sup>(24)</sup> التي تجاهلها الفقه وفقه القضاء والتي من شأنها أن تعطي لمفهوم العقد في مجلة الإلتزامات والعقود بعدا موضوعياً لا نجد له أثراً يذكر في التطبيق<sup>(25)</sup> باستثناء بعض القرارات الحديثة النادرة<sup>(25-1)</sup>. كما أنّه لا بدّ من الإشارة إلى أنّ السياسة التشريعية المعتمدة في بلادنا سواء أكان ذلك في ظلّ الإقتصاد الموجه أم تنفيذاً لسياسة اقتصاد السوق أحدثت تغييرات جوهرية على نظام العقد بصورة تجعله أكثر تكيفاً مع ما تقتضيه متطلبات المصلحة العامة والعدالة العقدية، الأمر الذي يفرض على المحلّل أن لا يقف عند مقاصد المشرّع لعام 1906 - حتّى إذا ثبتت نزعتها الإرادية - وأن يبحث عن أساس العقد ومفهومه باعتبار جميع التطوّرات التي لحقت القانون والمجتمع منذ ذلك التاريخ. وقد يتأكد من هذا المنطلق خضوع الإرادة العقدية المطلق لسيادة القانون (1§) ثمّ تضالّ سلطانها في العهد المعاصر بحكم هيمنة الدولة على الحياة الإقتصادية والإجتماعية وتكفلها بحماية الأفراد (2§).

## § 1 - تفوق القانون على الإرادة العقدية

50 - إنّ التحليل الجدّي لمفهوم العقد ولدور الإرادة فيه يفرض اعتبار الدور الأساسي الذي تضطلع به الدولة في الإقتصاد الوطني، وكونها تبقى

(23) يراجع العدد 40 أعلاه. وقرار الدوائر المجتمعة عدد 7919 المؤرّخ في 28 أفريل 1975 المذكور أعلاه. (23-1) يراجع: Mohamed BAG BAG, De la déclaration de volonté source: d'obligation dans le code des obligations et des contrats (Essai d'une théorie générale), thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Tunis 1994.

(24) تُراجع مثلاً الفصول 67 - 243 - 246 - 247 - 327 و 328 التي لم يتناولها الفقه بالتحليل من هاته الزاوية باستثناء الفصل 243 الذي كان موضوع تعليق من طرف الأستاذ حين بن سليمة (Contribution à l'étude de l'article 243 du C.O.C. mémoire soutenu à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1986).

(25) وذلك بالرغم من تأثر المشرّع الصريح بالتشريعين الإسلامي والجرماني المتميّزين باعتمادها لتصور موضوعي للعقد كما سبق عرضه (يراجع العددا 5 و 10 أعلاه).

(25-1) يراجع مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 41791 المؤرّخ في 28 مارس 1994، ن.م.ت. 1994، ص 392.

ولما كانت سيادة القانون بلا حدود في هذا المجال، فإنه لا يعرف للإرادة العقدية أيّ فضاء ذاتي خارج عن نطاق القانون قد يجوز لها أن تمارس فيه سلطانها بكلّ حرية. بل إنه في مقدور القانون وحده أن يوسّع في مجال الحرية العقدية أو أن يحدّ منه بحسب ما تفرضه الظروف وما تقتضيه مصلحة المجتمع<sup>(26-1)</sup> وإن اقتضت المصلحة الآن إلغاء قانون ضبط الأسعار لسنة 1970<sup>(27)</sup> واعتماد مبدأ الحرية والمنافسة الحرة بموجب القانون عدد 64 لسنة 1991<sup>(28)</sup>، فإن التأمّل في التشريع التونسي الحديث يبيّن بوجه عام تعدّد القوانين الأمرة المقيّدة للإرادة العقدية إمّا لأسباب أملتها المصلحة الاقتصادية والاجتماعية، أو لأغراض حمائية للطرف الضعيف في العقد.

## § 2 - عيّنات من قيود الإرادة العقدية

52 - يقسم الفقه الفرنسي الحديث<sup>(29)</sup> القوانين الأمرة إلى قسمين. أمّا القسم الأول فيتكوّن منه النظام العام الاقتصادي التوجيهي الذي يرمي إلى المساهمة في تحقيق أهداف الاقتصاد الوطني من خلال تنظيمه للعقود الخاصة بما يجعلها لا تتعارض مع تلك الأهداف<sup>(30)</sup>. ويقابل هذا القسم قسم ثان يتمثّل في النظام العام الاقتصادي الحمائي الذي يتكوّن من مجموع القواعد التي

(26-1) وهو ما يفسّر ما ذهب إليه المجلس الدستوري الفرنسي من أنّ الحرية التعاقدية ليست من المبادئ التي يضمنها الدستور. يراجع في هذا الخصوص : Yves BROUSSOLLE : Le principe de la liberté : contractuelle n'est garanti par aucune norme de valeur constitutionnelle (Cons. const. 3 août 1994, déc. n°94-348 DC, S.J. 1995, II, 22404).  
(27) القانون عدد 70-26 المؤرخ في 19 ماي 1970 المتعلق بطرق ضبط الأسعار ومعاينة المخالفات الاقتصادية.

(28) القانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 لسنة 1991، المنقح والمتّم بالقانون عدد 95-42 المؤرخ في 24 أفريل 1995، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 34 لسنة 1995.

يراجع : محرز بوصيان : نظام الأسعار والمنافسة في القانون عدد 64 لسنة 1991، ق.ت. 1995 عدد 7، ص 23، وجريدة فيلة، تطوّر قانون المنافسة في التشريع التونسي، ق.ت. 1995، عدد 7، ص 7.  
(29) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n°247; CARBONNIER, op. cit., § 33; FARJAT, op. cit., p. 50; GHESTIN, op. cit., n°189 et s.

(30) وقد أخذنا هذا التعريف عن CARBONNIER في كتابه المذكور، § 33، ص 138.

المسؤولة الأولى على تنظيمه وضبط قواعده القانونية والترتيبية مهما تغيّر النظام الذي تنبني على أساسه سياسة الحكومة في الميدان الاقتصادي<sup>(26)</sup>. فبالإضافة إلى احتكارها القطاعات الحيوية كالطاقة والمناجم، وإلى سيطرتها المطلقة على القرض، من خلال امتلاكها أو مراقبتها الفعلية والقانونية لبنوك الاستثمار والإيداع، تتكفل الدولة مباشرة بالتنمية في ميادين الفلاحة والصناعة والخدمات وذلك إمّا بإحداث مؤسسات اقتصادية عمومية لتعاطي مختلف هذه النشاطات - مثلما كان الأمر في عهد سياسة الاقتصاد الموجه المؤسس على التخطيط الاشتراكي -، أو بالسهر على التهوض بمختلف قطاعات التنمية من خلال توجيه ومراقبة الاستثمارات وضمان محيط تنافسي ملائم ووضع القواعد القانونية الضرورية لذلك، كما هو الأمر في نطاق سياسة اقتصاد السوق التي تنتهجها الدولة حالياً.

على أنّ انتهاج التحررية الجديدة في الميدان الاقتصادي لم يقلص من الدور الحمائي الذي اضطلعت به الدولة منذ بداية القرن العشرين، بل لعله سوف يتدعم بهدف التصدي للتجاوزات التي قد يتضرر منها ضعاف الحال نتيجة تحرر الاقتصاد واعتبارا لمواصلة تكفل الدولة بالتنمية الاجتماعية.

51 - ولما كان العقد أداة أساسية لتحقيق الحاجيات الاقتصادية على مستوى الإنتاج والتوزيع، فإن نظامه يتأثر حتما بالسياسة الاقتصادية التي تسطرها الدولة، بل يصبح بالضرورة خاضعا لها ولتطلّبات السياسة الاجتماعية المنتهجة. فهل يمكن والحالة تلك اعتماد مبدأ سلطان الإرادة لتفسير مفهوم العقد وتبرير قوته الإلزامية؟ نحن لا نعتقد ذلك، بل نرى أنّه لا سلطان للإرادة طالما أنّ حرية التعاقد، مهما بدت مطلقة، لا تمارس إلا في نطاق القانون وبترخيص منه.

(26) حول دور الدولة وعلاقة قانون العقد بالاقتصاد يراجع : G. FARJAT, Droit économique, collection Thémis, 2è éd., P.U.F., 1982.

كما يراجع الأمر عدد 1070 المؤرخ في 20 جويلية 1991 المتعلق بضبط مضمولات وزارة الاقتصاد الوطني (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54 لسنة 1991، ص 1119).

تطور الصناعة والسياحة والسكن، كما يتضح ذلك مثلا من القانون عدد 21 لسنة 1973 الذي قيد حرية بيع وشراء الأراضي نتيجة إقراره لحقي الشفعة والانتزاع لفائدة الوكالات العقارية للسكنى والصناعة والسياحة التي أحدثها القانون عدد 21 المذكور.

كما اتخذ المشرع ضمن القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992<sup>(36)</sup>، سعيًا منه لضمان مصداقية الرسوم العقارية وتفاديا لجمودها مستقبلا، عدة إجراءات من أهمها إخضاع تكوين الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المسجلة ونقلها إلى شكلية الترسيم بالسجل العقاري<sup>(37)</sup> وإفراد حافظ الملكية العقارية والمديرين الجهويين وأعاون إدارة الملكية العقارية المكلفون بمهمة التحرير وعدول الإشهاد والمحامين المباشرين من غير المتربصين بمهمة تحرير العقود الخاضعة للترسيم العقاري<sup>(38)</sup>. كما نص القانون عدد 46 المذكور على البيانات التي يجب أن تتضمنها الصكوك المقدمة للترسيم<sup>(39)</sup> ملزما محرريها باحترامها مع القيام تحت مسؤوليتهم بالإجراءات اللازمة للترسيم<sup>(40)</sup>.

إن هذه الاصلاحات التشريعية تعدّ بلا منازع خبير مثال لتفوق القانون على الإرادة العقدية. حيث أنّ الإرادة أصبحت غير قادرة بمفردها على إنشاء أو نقل الحقوق العينية المتعلقة بعقارات مسجلة. فلا يمكن أن تتكوّن (الفصل 305 م.ح.ع.) هاته الحقوق وأن تنتقل (الفصل 373 جديد من م.ح.ع.) إلا بموجب الترسيم بالسجل العقاري. وفي صورة عدم ترسيم الاتفاقات الواردة

(36) يراجع القانون عدد 46 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتفويض وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية (الرأى الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 29 لسنة 1992، ص 548).

(37) الفصل 305 (جديد) من م.ح.ع.، ويرتّب على هذا النصّ أنّ البيع والهبة المتعلقين بعقار مسجل لا يحدثان أثرهما الجوهريّ التمثيل في نقل الملكية إلا بعد إدراجهما بدفتر الملكية العقارية مما أوجب تفويض الفصلين 581 م.ح.ع. (القانون عدد 47 المؤرخ في 4 ماي 1992 - الرأى الرسمي عدد 29 لسنة 1992، ص 549) و204 من م.ح.ع. (القانون عدد 48 المؤرخ في 4 ماي 1992، الرأى الرسمي عدد 29 لسنة 1992، ص 549) على النحو الذي يقتضيه الحكم الوارد بالفصل 305 (جديد) من م.ح.ع.

(38) الفصل 377 مكرر من م.ح.ع. (القانونين عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992، المذكور أعلاه، وعدد 84 المؤرخ في 6 أوت 1992، الرأى الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 52 لسنة 1992، ص 994).

(39) الفصل 377 (جديد) من م.ح.ع.

(40) الفصل 377 ثالثا من م.ح.ع.

تهدف إلى حماية أحد أطراف العقد ضمانا للعدالة العقدية<sup>(31)</sup>. إن هذا التقسيم يعكس إلى حد بعيد واقع التشريع المقيّد للإرادة وأغراضه. لذلك فإننا سنعتمد له عرض ميدان القوانين الأمرة المقيّدة للإرادة. على أنّه يتعدّد أحيانا ترتيب بعض القواعد الأمرة على أساس هذا التقسيم بالنظر إلى طبيعتها المزدوجة<sup>(32)</sup> أو بوجه أعم لأنّ القوانين المنتمية إلى النظام العامّ التوجيهي غالبا ما يكون لها دورٌ حمائيٌّ بالتبعية<sup>(33)</sup>.

## I - ميدان النظام العامّ الإقتصادي التوجيهي

53 - من أهمّ القوانين الأمرة المقيّدة لحرية الإرادة العقدية خدمة للمصلحة الإقتصادية والاجتماعية، القانون عدد 30 لسنة 1987 المتعلق بتنظيم الكراء الفلاحي حيث ضبط فيه المشرع محتوى العقد، من مدة ومعلوم كراء وبيانات ضرورية لوصف العقار وحالات فسخه، بالإضافة إلى اشتراطه من حيث الشكل أن يكون العقد مكتوبا ومسجلا<sup>(34)</sup>. ويهدف هذا القانون إلى توفير الضمانات الكافية لتسوّغ الأراضى الفلاحية حتى يقدموا على الإستثمار ويرقعوا في نسبة الإنتاج. ومما تتجه ملاحظته بوجه عامّ حرص المشرع على مراقبة العمليات العقارية وتنظيمها لأسباب تتجاوز حماية الفلاحة<sup>(35)</sup> لتشمل

(31) أنظر كتاب FARJAT المذكور، ص 50.

(32) مثال ذلك القانون عدد 17 لسنة 1990 المؤرخ في 26 فيفري 1990 الخاص بالبعث العقاري الذي ينتمي إلى النظام العام الإقتصادي التوجيهي بالنسبة لجزئه المنظم لمهنة الباعث العقاري في حين يكنسي صبغة حمائية واضحة بالنسبة لجزئه المنظم لملاقة الباعث بالمستهلك.

(33) وقد يصحّ العكس أيضا طالما أنّ الأحكام القانونية الحامية للفلاح مثلا تخدم حتميا مصالح الفلاحة بوجه عامّ.

(34) انظر القانون عدد 30 لسنة 1987، المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلق بالكراء الفلاحي (الرأى الرسمي للجمهورية التونسية لسنة 1987، عدد 43). حول التطبيق الحينيّ لأحكام هذا القانون لتعلقها بالنظام العامّ، أنظر: علي الجلولي «مجال سريان القواعد القانونية في الزمان» أطروحة للإحراز على دكتوراه الدولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1991، ص 229 وما بعدها.

(35) بالنسبة لحماية الفلاحة يراجع خاصة القانون عدد 87 لسنة 1983 المؤرخ في 11 نوفمبر 1983 المتعلق بحماية الأراضي الفلاحية (الرأى الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 74 بتاريخ 15 و18 أوت 1983، ص 4014)، والقانون عدد 67 لسنة 1982 المؤرخ في 6 أوت 1982 المتعلق بتشجيع الإستثمارات في قطاعي الفلاحة والصيد البحري (الرأى الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54 بتاريخ 10 و13 أوت 1982، ص 1820). وانظر خاصة أطروحة الأستاذ محمد العربي فاضل موسى: "L'Etat et l'agriculture en Tunisie, Essai sur l'intervention de l'Etat dans le secteur agricole", Bibliothèque de droit, de sciences politiques et économiques, CERP, Tunis, 1988.

الإجتماعية<sup>(43)</sup>. وتعدّ من جهة أخرى عقود التأمين من صنف عقود الإذعان<sup>(44)</sup> وهي العقود التي ينفرد بوضع شروطها وبتحريرها أحد طرفي العقد بما يجعل من الطرف الآخر مجرد مكتب أكثر منه معاقدا. ولما كان ذلك هو شأن المؤمن له، فقد تكفل المشرع بتنظيم عقد التأمين بوجه عام<sup>(45)</sup>، فحدّد محتواه بالتخصيص خاصة على بياناته وشروطه الوجوبية تفاديا لتجاوزات محتملة من جانب المؤمن.

55 - وقد يجوز أيضا ولنفس الأسباب تكييف العقد الذي يربط الباعث العقاري بالمستهلك المرشح لشراء مسكن بعقد إذعان<sup>(45-1)</sup>. وهو ما يفسّر صدور قانون خاصّ ينظّم كامل إجراءات البيع بصفة تضمن حقوق المستهلك وتراعي مصالح الباعث العقاري<sup>(46)</sup>.

(43) يراجع القانون عدد 60-21 المؤرخ في 30 نوفمبر 1960 المتعلق بالتأمين الإجباري عن المسؤولية المدنية التاجمة عن حوادث المرور النسبة فيها العربات ذات محرك؛ والقانون عدد 57-73 المؤرخ في 11 ديسمبر 1957 المتعلق بنظام التعويض عن فواجع الشغل والأمراض المهنية؛ والقانون عدد 80-88 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 القاضي بإجبارية التأمين بنوس ضد أخطار نقل البضائع المستوردة براً وبحراً وجواً. والقانون عدد 80-88 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المتعلق بالتأمين الإجباري ضد حريق المحلات الصناعية والتجارية والنزل. والقانونين عدد 94-9 و94-10 المؤرخين في 31 جانفي 1994 المتعلقين بالمسؤولية والتأمين في مادة البناء (يراجع بخصوصها : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, Tunis 1996, n°432 et s.).

(44) حول هذا المفهوم يراجع :

WEILL et TERRE, op. cit., n°94 et s.; J. GHESTIN, op. cit., n°73 et s.; STARCK, ROLAND et BOYER, op. cit., n°122 et s.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n°328; v°aussi : G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, thèse, Paris, L.G.D.J. 1973, Préf. G. GOLDMAN; François-Xavier TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, S.J. 1993, I, 3673.

(45) يراجع القانون عدد 24 المؤرخ في 9 مارس 1992 المتعلق بإصدار مجلة التأمين (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 17 المؤرخ في 17 مارس 1992، ص 315). وقد اجري العمل بأحكام هذه المجلة ابتداء من غرة جانفي 1993.

(45-1) انظر في هذا الاتجاه، قرار تعقيبي مدني عدد 31607 مؤرخ في 20 جوان 1994، ن.م.ت. 1994، ص 456. وراجع أيضا : سامية الدنداني - بن سالم، عقد البعث العقاري، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1996.

(46) يراجع القانون عدد 17 المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بالبعث العقاري والمقّع بالقانون عدد 76 المؤرخ في 2 أوت 1991 (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 17 لسنة 1990، ص 319. وعدد 56 لسنة 1991، ص 1170).

بها تلك الحقوق فإنها لا تكون حجة بين المتعاقدين أنفسهم ولا يترتب عليها سوى التزامات شخصية.

إن متطلبات النظام العام الاقتصادي التي أملت على المشرع مثل هذه الحلول هي نفسها التي جعلته يلجأ لشكلية الترخيص الإداري لإجراء مراقبة أولية على العمليات العقارية<sup>(41)</sup>. وقد لاحظ أحد الفقهاء أنّ هذه الشكليات تمثل قيودا واضحة لحقّ التفتوت في الملكية، مضيفا أنّ تضاعف عدد الرخص أفقدها صبغتها الاستثنائية ليجعل منها الإطار القانوني للتعاقد في المادة العقارية. على أنّ ميدان الرخص الإدارية الأولية ليس موقفا على المادة العقارية إذ هو يشمل قطاعات أخرى لعل أهمها عمليات الصرف والتجارة الخارجية حيث يخضع كلّ تصدير لرؤوس أموال أو مقاصة ديون مع الخارج، وكذلك كلّ عملية يمكن أن ينتج عنها تحويل، لرخصة من البنك المركزي التونسي<sup>(42)</sup>.

## II - ميدان النظام العام الاقتصادي الحمائي

54 - تعدّ قوانين التأمين من أهمّ القوانين المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي والإجتماعي الحمائي. فالتعاقد في هذا المجال أصبح في الكثير من الحالات إجبارياً وذلك بهدف ضمان التعويض للمتضررين من الأخطار

(41) يراجع أمر 4 جوان 1957 (الرائد الرسمي التونسي، ص 659) والقوانين المنقحة له وخاصة المرسوم عدد 77 - 4 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977 المتعلق بالعمليات العقارية (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 سبتمبر 1977، ص 2530. وانظر في هذا الخصوص أطروحة الأستاذ محمد كمال شرف الدين، ص 18 إلى 77 : "Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété", Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Tunis, 1990.

يراجع أيضا : عزّ الدين العرفاوي :

"L'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière" mémoire, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1975-1976.

(42) يراجع الفصل الأول من مجلة الصرف والتجارة الخارجية. وانظر : عماد تيمش، البنود التقديرية في العقود الداخلية، رسالة للحصول على شهادة الدروس المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991.



56 - ولما كان موضوع السكن من المسائل الاجتماعية الحساسة فإن التعامل في شأنه يكاد يخرج من نطاق الحرية التعاقدية ليخضع من حيث نظامه ومدته وشروط تجديده أو انقراضه إلى قوانين آمرة أهمها يخصص تنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين إما لمحلّات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية، التي يمكن لتسوّغها أن يتمسكوا بحق البقاء<sup>(47)</sup>، أو لمحلّات ذات الاستعمال التجاري<sup>(48)</sup>، أو لمحلّات على ملك الأجانب التي يمكن أيضا لتسوّغها التمسك بحق البقاء<sup>(49)</sup>.

57 - وإذ يتبيّن بالرجوع إلى القانون المقارن أنّ حماية المستهلك أصبحت من أهم عناصر النظام العام الاقتصادي الحمائي، فإن السياسة التشريعية بتونس تبدو من ناحيتها أيضا في هذا الاتجاه<sup>(49-1)</sup>. ومن مظاهر ذلك، وفضلا عن أحكام القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار<sup>(50)</sup> الذي يتضمّن في جزئه المتعلق بتنظيم المنافسة التريهة أحكاما عديدة ذات صبغة حمائية، منها تحجير الإمتناع عن البيع ومنع البيوعات المشروطة (الفصول 6 و38 و39) وتحميل البائع واجب إعلام المستهلك بالتمن

56 - ولما كان موضوع السكن من المسائل الاجتماعية الحساسة فإن التعامل في شأنه يكاد يخرج من نطاق الحرية التعاقدية ليخضع من حيث نظامه ومدته وشروط تجديده أو انقراضه إلى قوانين آمرة أهمها يخصص تنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين إما لمحلّات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية، التي يمكن لتسوّغها أن يتمسكوا بحق البقاء<sup>(47)</sup>، أو لمحلّات ذات الاستعمال التجاري<sup>(48)</sup>، أو لمحلّات على ملك الأجانب التي يمكن أيضا لتسوّغها التمسك بحق البقاء<sup>(49)</sup>.

57 - وإذ يتبيّن بالرجوع إلى القانون المقارن أنّ حماية المستهلك أصبحت من أهم عناصر النظام العام الاقتصادي الحمائي، فإن السياسة التشريعية بتونس تبدو من ناحيتها أيضا في هذا الاتجاه<sup>(49-1)</sup>. ومن مظاهر ذلك، وفضلا عن أحكام القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار<sup>(50)</sup> الذي يتضمّن في جزئه المتعلق بتنظيم المنافسة التريهة أحكاما عديدة ذات صبغة حمائية، منها تحجير الإمتناع عن البيع ومنع البيوعات المشروطة (الفصول 6 و38 و39) وتحميل البائع واجب إعلام المستهلك بالتمن

(47) يراجع القانون عدد 35 لسنة 1976 المؤرخ في 18 فيفري 1976 المتعلق بضبط العلاقات بين المالكين والمكثرين لمحلّات معدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية (الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 13 بتاريخ 20 فيفري 1976 ، ص 520).

(48) القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوّغين والمتسوّغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلّات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف (الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38 بتاريخ 31 ماي و3 جوان 1977 ، ص 1549).

(49) يراجع المرسوم عدد 13 لسنة 1981 المؤرخ في أول سبتمبر 1981 المتعلق بمنح حقّ البقاء للمتسوّغين لمحلّات معدة للسكنى على ملك الأجانب (الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 لسنة 1981 ، ص 2150).

(49 - 1) يراجع : محمد الحبيب الشريف، حماية المستهلك في زمن التحوّلات الاقتصادية، ق.ت. 1996 ، عدد 8 ، ص 25 ، ومليكة باكير، حماية المستهلك في القانون التونسي، ق.ت. 1994 ، عدد 8 ، ص 41 وانظر خاصة : Jean CALAIS-AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 239.

(50) أنظر الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 55 لسنة 1991 ، ص 1145 ، ويراجع : Actes du colloque des 13, 14 janvier 1993, Concurrence et prix, Actualités juridiques tunisiennes, n°7, 1993.

(51) أنظر الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 49 لسنة 1991 ، ص 1007  
(52) وهو القانون المؤرخ في 7 ديسمبر 1992 المتعلق بحماية المستهلك (الرأئد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 83 لسنة 1992 ، ص 1583). (الفصل 50 منه). ولكن يراجع في خصوص القانون الوضعي التونسي قبل صدور هذا القانون "Essai sur la protection pénale du consommateur en Tunisie" mémoire, Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques, Tunis, 1975 - 1976, dactyl.  
(52 - 1) يراجع : Lotfi LARGUET, La protection du consommateur, Actualités juridiques tunisiennes, n°7, 1993, p. 165 et s.

الفصل الثاني  
مدلول الإرادة

58 - إذا اعتبرنا أن الإرادة هي معيار العقد، فإنّ تحديد مدلولها يصبح من المسائل الجديرة باهتمام القاضي الذي يدخل في مهامه الأساسية تفسير العقد (الفرع الأوّل) بصورة يمكن له معها، في مرحلة ثانية، تكييفه (الفرع الثاني). وإذ يتفق الشّراح على أنّ تحديد الأحكام القانونيّة المنطبقة على العقد - مكتملة كانت أو إجباريّة - يفترض حسن تكييفه، فإنّه لا نزاع من ناحية أخرى في أنّ مختلف التقسيمات الفقهيّة للعقود (الفرع الثالث) إلى أصناف متعدّدة بحسب خصوصيات كلّ صنف منها تساهم من جهتها أيضا في ضبط النّظام القانوني للعقود وبالتالي في الكشف عن مدلول إرادة أطرافها.

### الفرع الأوّل : تفسير العقود<sup>(53)</sup>

59 - يرمي التفسير إلى تحديد معنى العقد وأبعاده كلّما حصل اختلاف في هذا الشأن بين طرفيه<sup>(54)</sup>. ولكن إلى أيّ اتجاه يجب أن تنصرف عناية القاضي أو المفسّر بوجه عامّ عند قيامه بهذا العمل، وما هي مقاييس التفسير الصّحيح؟

يفرض الجواب على هذه التساؤلات أن نبحت في جدوى التفسير (1§)، وهوما سيساعدنا على معرفة مدى قابليّة العقود للتفسير (2§) وعلى

(53) يراجع : Nédhir BEN AMMOU, Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Tunis 1996, n° 482 et s. ; Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions; Editions universitaires Fribourg, Suisse 1989. (ouvrage rassemblant les contributions présentées lors du séminaire du 3è cycle de droit, organisé par la conférence universitaire romande en 1988 à la Faculté de Droit de Genève sous la responsabilité du professeur J. François PERRIN,); Moncef BEN SALEM, Essai sur le rôle du juge en matière d'interprétation des contrats, mémoire pour l'obtention du D.E.S., Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1978.

وانظر : سامي الجري، تفسير العقد، أطروحة، مرقونة، تونس 1997 .

(54) حول مفهوم التفسير يراجع أيضا : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 216; CARBONNIER, op. cit., 4, § 66; MALAURIE et AYNES, Les obligations, op. cit., n° 630; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 150; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 360.

تحديد طرقه (§3) في القانون التونسي.

## § 1 - جدوى التفسير

60 - لقد أفرز الجدل الفقهي الذي ميّز هذه المسألة منذ القرن التاسع عشر نظريتين مختلفتين تماما في تصوّرهما لجدوى التفسير : النظرية الأولى ذاتية (I) وقد تبنّتها المدرسة الفرنسية، أما النظرية الثانية فهي موضوعية (II) وتزرعها المدرسة الألمانية التي تضمّ إلى جانب الفقه الألماني شقًا هامًا من الفقه الفرنسي تزعمه صالاي.

### I - النظرية الذاتية

61 - إن تصوّر المدرسة الفرنسية لمادة التفسير نابع مباشرة من تصوّرها لمفهوم العقد<sup>(55)</sup>. فبما أن العقد هو توافق إرادتين ونتيجة حتمية لتلاقيهما، فإنه لا يمكن تحديد آثاره الملزمة أو تقييم أبعاده القانونية إلا بالنظر إلى الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفيه. فليس للتفسير من جدوى إذن سوى الكشف عن تلك الإرادة.

وإذ لا ينازع دعاة هذه النظرية في أن الإرادة في ذاتها هي مجرد أحاسيس وشعور ما دامت باقية في حيز النفس، وبالتالي أن القانون لا يهتم بها باعتبارها مكونة للرّضاء إلا بعد حصول التعبير عنها وخروجها بذلك إلى العالم الخارجي، فإنهم يلاحظون مع ذلك أن تطابق مدلول التصريح بالإرادة أو الإرادة الظاهرة مع الإرادة الحقيقية أو الإرادة الباطنة هو مجرد قرينة تبقى قابلة للدحض بإثبات العكس، مما يترتب عليه أنه في صورة اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فإنه لا يعتدّ إلا بالإرادة الباطنة<sup>(56)</sup>.

ولما كان الهدف من التأويل هو الكشف عن الإرادة الحقيقية المشتركة لطرفي العقد فإن من نتائج هذه النظرية أن نطاق التفسير لا ينحصر في العقود

(55) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 366...

(56) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، عدد 54، وانظر أيضا : A. RIEG, op. cit., n° 369.

التي تعتري عبارتها غموض، بل يمتدّ أيضا إلى التعبير الواضح إذا ادّعى أحد أطراف العقد أنه مخالف للإرادة الباطنة. ويعتبر هذا النطاق الواسع للتفسير من الخصوصيات المميزة التي تنفرد بها النظرية الذاتية. أما وسائل التفسير وطرقه فهي واسعة أيضا إذ لا يحدّد القانون ولا الفقه سلطات القاضي في هذا المجال طالما انصرفت جهوده نحو تحقيق الهدف المنشود وهو الكشف عن المقصود من التعاقد<sup>(57)</sup>.

62 - ويرجع أصل هذه النظرية خاصة إلى القانون الفرنسي القديم الذي كان يقدم النية على الصيغة والشكل. ويبدو أن المشرّع الفرنسي لسنة 1804 قد تبنّاها أخذا عن POTHIER و DOMAT كما يشهد به صريح أحكام الفصل 1156 من المجلة المدنية الفرنسية التي جاء بها أنه «يجب البحث في مادة العقود عن الإرادة المشتركة للأطراف عوضا عن التوقّف عند ظاهر الألفاظ»<sup>(58)</sup>. وقد دأب فقه القضاء الفرنسي على احترام أحكام هذا النصّ مكرّسا هكذا وباستقرار نظرية الإرادة الباطنة في القانون الوضعي الفرنسي. على أن الأمر كان على خلاف هذا بألمانيا حيث سعت المحاكم إلى التضييق في نطاق الفصل 133 من المجلة المدنية الألمانية، بل إلى تهيمش أحكامه المطابقة تمام لأحكام الفصل 1156 مدني فرنسي. ويرجع ذلك إلى تأثر المحاكم بالفقه الألماني السائد المتمسك بالنظرية الموضوعية<sup>(59)</sup>. وقد صادف ازدهار النظرية الموضوعية الفترة الزمنية التي أعدت فيها مجلة الإلتزامات والعقود. ولئن تأثر المشرّع التونسي لهذا السبب بالنظرية الموضوعية كما سوف يقع بيانه في الإتيان، فإن أحكام الفصل 515 من م.ع.ا.، التي تنصّ على غرار القانونين الفرنسي والألماني على أن «العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب»، تفيد بوضوح تأثره من ناحية أخرى بالنظرية الذاتية.

(57) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 392; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 217.

(58) يراجع : GOUNOT, "Le principe de l'autonomie de la volonté", Thèse, Dijon, 1912, précitée, p. 171; A. RIEG, op. cit., n° 366.

(59) في خصوص التشريع والفقه وفقه القضاء بألمانيا حول مائة المسألة، يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 375 à 390, et n° 408 à 418.

## II - النظرية الموضوعية

63 - لا تنكر النظرية الموضوعية أنّ الإرادة التفسيرية دوراً هاماً في تكوين العقد لكنها ترى مع ذلك أنّه يجب أن يعتمد القاضي عند التفسير على التصريح بالإرادة لا على الإرادة ذاتها، وهو ما يبرّر تسمية هذه النظرية بنظرية التصريح بالإرادة أو نظرية الإرادة الظاهرة. ويبين دعائها أنّ الرضاء لا يتم ولا يكون له أثر قانوني إلا بعد الإفصاح به إلى الغير. وإذا تمّ ذلك فهو منفصل ويستقلّ عن الإرادة التي تولد عنها ليصبح عملاً اجتماعياً يلزم كلاً من طرفيه نحو الآخر في حدود ما صرح به<sup>(60)</sup>، وبصرف النظر عما يكون قد خالج نفسه وقت إصداره. فإذا اختلفت إذن الإرادة الباطنة عن الإرادة الظاهرة، فإنّه لا يعتدّ إلا بالإرادة الظاهرة التي تعتبر مطابقة للإرادة الحقيقية بموجب قرينة قانونية قاطعة غير قابلة للدحض بإثبات العكس<sup>(61)</sup>. ويُفهم من ذلك أنّ العقد لا يكون قابلاً للتفسير في ظلّ هذه النظرية إلا عند غموض عبارته. والهدف من التفسير في هاته الصورة ليس البحث عن إرادة مشتركة، كثيراً ما تكون وهمية وخيالية، إنّما السعي إلى إعطاء العقد معنى موضوعياً مطابقاً لما عليه العرف وتفرضه قواعد الإنصاف وحسن النية<sup>(62)</sup>. كما لا تفسّر كلماته إلا بالنظر إلى المعنى الموضوعي الذي تتحمّله عادة في الظرف والمكان الذين استعملت فيهما<sup>(63)</sup>. ويؤكد الفقهاء الألمان<sup>(64)</sup> أنّ التفسير السليم هو الذي يراعي قدرة المعنى بالأمر على الفهم. فلا تجوز إذن مبالغته بتفسير مخالف للمعنى المألوف الذي تتحمّله العبارة عادة، إلا إذا تبين من ظروف الأحوال أنّه فهمه أو كان عليه أن يفهمه على ذلك النحو. ويتضح بذلك أنّ

(60) راجع : R. SALEILLES, De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, ouvr. précité; ROUBIER, Théorie générale du Droit, 2è éd., Paris, 1951; J. CARBONNIER, op. cit., § 68.

(61) أنظر : د. عبد الفتاح عبد الباقي، المذكور أعلاه، عدد 54، ص 115.

(62) راجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 21

(63) راجع : A. RIEG, op. cit., n°380

(64) أنظر مراجع الفقه الألماني في كتاب A. RIEG، المذكور أعلاه، عدد 385، ص 379، الهامش رقم 87.

نظرية التصريح بالإرادة موجهة تماماً نحو ضمان استقرار المعاملات وهو ما يؤكد عليه فقه القضاء بألمانيا من خلال تبيّنه للتفرقة الجوهرية التي اقترحها الفقهاء للغرض في مادة التفسير، بين التصرفات القانونية المتعلقة بالمعاملات (Actes d'affaires) التي تشمل في نظرهم جميع العقود وجلّ التصرفات الأحادية، وبين غيرها من التصرفات القانونية التي يكاد ينحصر نطاقها في الوصايا<sup>(65)</sup>. ففي حين لا يجوز تفسير القسم الأول من التصرفات إلا بالرجوع إلى المقاييس الموضوعية المبينة أعلاه الكفيلة وحدها بضمان استقرار المعاملات، فإنّه من الجائز قانوناً الغوص في نفسية الفرد بحثاً عن إرادته الحقيقية الباطنة إذا تعلق الأمر بتصرف خارج عن نطاق التعامل والتجارة مثل الوصية.

64 - وما من شكّ في أنّ المشرع التونسي قد تأثر أيضاً بهذا التصوّر الموضوعي لتفسير العقد. فبالرغم من تنصيبه على أنّ العبرة بالمقاصد وليست بظاهر الألفاظ والتراكيب (الفصل 515 م.ع.ا.)، نراه يحصر من جهة أخرى نطاق التفسير في حالات غموض عبارة العقد (الفصلان 513 و 514 م.ع.ا.) مع ذكر طرق تفسير تغلب على معظمها الصبغة الموضوعية<sup>(66)</sup>. فهل استطاع فقه القضاء أن يوفق بين هاته التصوص التي تبدو متناقضة من حيث انتماؤها النظري؟ هذا ما سنسعى إلى النظر فيه ضمن الفقرتين الثانية والثالثة أسفله.

## § 2 - قابلية العقود للتفسير

65 - إنّ تحديد مدى قابلية العقود للتفسير يستوجب التوفيق بين أحكام

(65) حول هذه التفرقة راجع : A. RIEG, op. cit., n° 380 et s.

(66) يتبين بالإطلاع على الفصول 598 وما بعدها من المشروع التمهدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية وإلى ملحوظات صانتيالانا المتعلقة بها، أنّه فضلاً عن اهتمامه بالنظريات الحديثة في مادة التفسير، فإنّ المشرع التونسي لم يهمل تبرير خياراته استناداً إلى الفقه والتشريع الإسلاميين. ويحدّد الدكتور عبد المنعم فوج الصلّة موقف الشريعة الإسلامية من النظريتين الموضوعية والذاتية ملاحظاً أنّ «نظرة فاحصة في الفقه الإسلامي يتضح منها أنّ الشريعة الإسلامية تنحاز في الجملة إلى جانب الإرادة الظاهرة... فالعنى الواضح للعبارة لا يجوز الانحراف عنه بحجة تفسيرية المتعاقدين. إذ الأصل في الكلام الحقيقية. ولا عبارة بالدلالة في مقابلة التصريح. والإرادة الباطنة لا يبحث عنها إلا إذا قام عليها دليل. فدليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه. فإذا لم يتوسر هذا التكيل حكم بالظاهر» (انظر العدد 140، ص 186 و 192 من «نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي» للدكتور الصلّة - دار النهضة العربية، القاهرة، 1990). وسوف يبين التحليل لاحقاً أنّ تصوّر المشرع التونسي ليس بعيداً عن هذه النظرة.

الفصلين 513 و515 من م.أ.ع. ففي حين ينصّ الفصل الأوّل في الذّكر على أنّه لا عبرة بالدلالة إذا كانت عبارة الكتب صريحة، مكرّساً بذلك قاعدة خصوصية من قواعد النظريّة الموضوعية<sup>(67)</sup>، نلاحظ أنّ الفصل 515 قد أتى بعكس هذه القاعدة أخذاً عن النظريّة الذاتية أنّ «العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب»، ممّا يخوّل مبدئياً للقاضي أن يتجاوز الصّيغة، ولو كانت واضحة، لبحث عن باطن الأمور إذا طلب منه ذلك.

إنّ التناقض بين النصّين يبدو واضحاً من وجهة نظريّة. على أنّ المشرّع قد أبقى القاضي عناء حلّ هذه الصّعوبة واعتنى مباشرة ضمن الفصل 514 من م.أ.ع. بذكر الحالات التي يسوغ فيها تأويل العقد. ويبدو من التأمّل في هذا النصّ أنّ المشرّع غلب فيه النظريّة الذاتية على النظريّة الموضوعية حيث أنّ التأويل مسموح به على مقتضاه لا في صورتها غموض عبارة الكتب أو تناقض فصوله فحسب، وإنّما أيضاً عند اختلاف عبارته، الواضحة في ذاتها، عن المقصود وصريح الغرض منه (الفصل 514 - م.أ.ع. 1).

وإذ يتّضح ممّا سبق عرضه أنّ جدوى التفسير في القانون التونسي تتمثّل في الكشف عن الإرادة الحقيقيّة المشتركة، فإنّه يكون من المهمّ، حتّى يتبيّن لنا متى يحقّ للقاضي أن يتجاوز الصّيغة لبحث عن باطن الأمور وحقيقتها<sup>(68)</sup>، أن نحاول تحديد نطاق كلّ من الفصلين 513 و515 من م.أ.ع. وذلك من خلال البحث عن شرط قبول التفسير (I) ثم عن جزاء مخالفته (II).

### I - شرط قبول التفسير

66 - إنّ الشرط الأساسيّ الذي لا بدّ من توفّره حتّى يسمح للقاضي بتأويل العقد هو وجود موجب للريب حول المقصود من التعاقد<sup>(69)</sup>. وقد

(67) يراجع التحليل الوارد في العديد من 63 و64 أعلاه.

(68) في خصوص دور القاضي في تفسير العقود تراجع دراسة الأستاذ MARTY Le rôle du juge: dans l'interprétation du contrat, travaux de l'Association H. CAPITANT, 1949, pp. 49 et s.

(69) أنظر في هذا المعنى: قرار تعقيبي مدني عدد 1268، مؤرّخ في 29 مارس 1979، ن.م.ت. 1979، ج 1، ص 158. وراجع: IVAINER, L'ambiguïté dans les contrats, D. 1976, Chr., p. 153; B. BOCCARA, Le clair et l'obscur (à propos de l'interprétation judiciaire des clauses types), J.C.P. 1978 - I - 2910.

يكون مصدر الريب عبارة الكتب نفسها كأن تكون غير واضحة أو قاصرة عن بيان مراد صاحبها (الفصل 514 - 2) أو مشوبة بتناقض موجب للريب حول حقيقة مدلولها (الفصل 514 - 3). ولا يشير البحث عن توفّر هذا الشرط آية صعبة في مثل هاته الحالات طالما أنّ مشروعية الإلتجاء إلى التفسير من عدمها تبرز من مجرد الإطلاع على الكتب ومعاينة نقائصه.

على أنّ الأمر يكون على خلاف ذلك إذا كانت عبارة العقد سليمة ولا يشوبها من حيث الصياغة أيّ نقص أو غموض. فالسبب الملجئ للريب في هاته الصّورة يتمثّل حتماً في عوامل خارجيّة عن الكتب من شأنها إقامة الدليل القاطع على تناقض صيغته مع صريح الغرض منه. وتتّجه الملاحظة في هذا الخصوص أنّ اشتراط وجود موجب للريب كشرط أوليّ للشروع في البحث عن حقيقة المقصود من التعاقد لا يتعارض مع أحكام الفصل 515 من م.أ.ع.، التي تقدّم كما رأينا المقاصد على الألفاظ والتراكيب، وليس سوى نتيجة قرينة تطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة التي لا يمكن دحضها إلا بإثبات العكس. لذلك لا يكفي الإحتجاج بنوايا ومقاصد مزعومة بل يجب أن يكون طلب التفسير مدعماً في هاته الصّورة بأدلة قويّة ومتظافرة قادرة على تبرير مشروعيتها<sup>(70)</sup>. وإذا تأكّد القاضي من وجود موجب للريب فمن واجبه حينئذ أن يشرع في التفسير سعياً وراء الكشف عن إرادة الأطراف الحقيقيّة.

67 - ويبدو أنّ فقه القضاء قد استقرّ على هذا الرأي. فالقرارات تؤكّد

أنّ التأويل الذي يخوّلّه الفصل 515 من م.أ.ع. للقاضي يوجب عليه «البحث وراء تحقيق ما كانت عليه نيّة المتعاقدين»<sup>(71)</sup>. ولكنّها تذكر مع ذلك «أنّ العقود

(70) ويشترط بعض الفقهاء ومنهم ابن قيم الجوزية في المذهب الحنلي قيام هذا الشرط لتغليب الإرادة الباطنة على عبارتها العلنية. ويكتب الدكتور ع.ف. الصّدّة على لسان الفقيه ابن قيم الجوزية ما يلي: «... إذا قصد العاقد غير ما تدلّ عليه عبارته، ولم تكن هناك قرائن تكشف عن نيّته، كان مواخذاً بنيّة ديانة أمام الله، ولكنّه يلتزم قضاء بحكم العقد كما يؤخذ من عبارته...» (يراجع ص 191 من «نظريّة العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي» للدكتور ع.ف. الصّدّة، المذكور أعلاه).

(71) أنظر القرار عدد 10103، المؤرّخ في 31 جانفي 1956، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و10، سنة 1960، ص 155؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 21523، المؤرّخ في 11 أفريل 1991، ن.م.ت. 1991، ص 177.

أن يوجد في عبارة العقد أو خارجها ما يثير التردد في المعنى المقصود منه، فإنّ فقه القضاء يعتبر ذلك من قبيل التّحريف الموجب للتّقص (76). والتّحريف في مادة العقود هو بمثابة التّفسير المرفوض شكلا بسبب دقّة ووضوح عبارة الكتب وعدم تقديم ما يبرر الشكّ حول تطابقها المفروض مع المقصود والغرض من التّعاقد (77)، وتستند القرارات القاضية بالتّقص من أجل التّحريف إلى أحكام الفصل 513 من م.أ.ع. النّاصة على أنّه «إذا كانت عبارة الكتب صريحة فلا عبرة بالدلالة». وهو ما يستخلص معه أنّ دور هذا النّص، وكذلك دور الفصل 514 الذي يليه والذي يتحدّد على ضوءه مفهوم «عبارة الكتب الصّريحة»، ينحصر في نظر فقه القضاء في تحديد نطاق التأويل وليس له أيّ تأثير على الإلتجاه الذي يجب أن تنصرف إليه عناية القاضي عندما يشرع في التّفسير. إنّ هذا الدّور الأخير يرجع أساسا إلى أحكام الفصل 515 من م.أ.ع. التي تلمي على القاضي تقديم النّية على الصّيغة، مكرّسة بذلك تعاليم النّظرية الذاتيّة.

### § 3 - طرق التّفسير

69 - تبين من التّحليل أعلاه أنّ الكشف عن إرادة الأطراف الحقيقيّة هو الغاية التي يرمي إليها التّفسير. على أنّه سوف يتّضح من التأمّل في طرق التّفسير القانونيّة أنّ التّفسير الصّحيح هو الذي يسعى إلى تحقيق تلك الغاية (I) ولكن مع مراعاة قواعد العرف والإنصاف وحسن النّية (II).

(76) تراجع مثلا القرارات التّعقيبيّة المدنيّة : عدد 6382، المؤرخ في 26 ماي 1969، ن.م.ت. 1969، ص 64، وعدد 796، المؤرخ في 4 أوت 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 22، وعدد 3746، المؤرخ في 21 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، ج II، ص 57. تراجع أيضا القرار التّعقيبي المدني عدد 37969، المؤرخ في 8 نوفمبر 1994 الذي اعتبر بناء على أحكام الفصل 513 من م.أ.ع. أنّه طالما أنّ العقد «لم يستعمل ولو مرة واحدة عبارة وعد... مادامت العبارات المضمّنة به صريحة فلا داعي لتأويله واعتباره وعد بيع لا عقد بيع معلق على شرط» (ن.م.ت. 1994، ص 461). وانظر خاصّة : Nédhir BEN AMMOU, : *ihèse précité*, n° 479 et s.

(77) تراجع في خصوص هذا المفهوم : J. BORÉ : "Un centenaire : Le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes", *Rev. trim. dr. civ.* 1972, p. 249; PLAISANT, *Le contrôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation du contrat*, *Gaz. Pal.* 1946, I, *Doct.*, p. 26.

وانظر أيضا : WEILL et TERRE, *Les obligations*, op. cit., n° 371 et s.

تحمّل على الصّحة والسّلامة إلى أن يثبت خلاف ذلك» (72)، وأنّ أحكام الفصل 515 جاءت «لصورة ما إذا كان معنى شروط العقد مرتابا فيه ويوجب شرحا... وأنه لا يمكن أن تحلّ نيّة المتعاقدين المزعومة محلّ نصّ صريح خال من غموض وإبهام...» (73)، الأمر الذي يفهم منه بوجه عامّ أنّه «على المحكمة أن تبيّن المقصود المنصرف إليه نيّة الطرفين وأن تمنح إلى التّفسير كلّما حفّ بعبارات العقد ريب أو خيم شكّ في فحواه» (74).

### II - جزاء مخالفة شرط قبول التّفسير

68 - إذا جنح القاضي إلى التّفسير في حالة غير إحدى الحالات الثلاث التي يبيحها الفصل 514 من م.أ.ع. بالعد (75)، أو إذا استند إلى إحداها دون

(72) انظر القرار عدد 10176، المؤرخ في 29 نوفمبر 1955، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و 10، سنة 1960، ص 155.

(73) انظر القرار عدد 231، المؤرخ في 7 فيفري سنة 1924، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و 10، سنة 1960، ص 150.

(74) انظر القرار التّعقيبي المدني عدد 1268، المؤرخ في 29 مارس 1979، ن.م.ت.، 1979، ج 1، ص 158. تنصّ عبارة العقد في الفضيّة موضوع هذا القرار صراحة على أنّ البيع يتعلّق بكامل العقار المسجّل المبيّن بالكتب، ومع ذلك فإنّ محكمة التّعقيب لم تردّد في نقض القرار الإستثنائي الذي رفض النّظر فيما ادّعاه البائع من أنّ نيّة المتعاقدين انصرفت في الواقع إلى التّعاقد بالبيع والشّراء في جزء من العقار وليس في كامله. ومما بلغت الإنباه حرص محكمة التّعقيب على تعليل قرارها تعليلا دقيقا يهدف إلى إبراز وجود موجب جدّي للريب حول محلّ التزام البائع من شأنه أن يبرر الإقدام على تفسير العقد ولربما على تجاوز صريح عبارته، وتمكّنت من هذا المنطلق من مواخضة قضاة الموضوع على التّحو التالي : «... واعتبارا لهذا الموضوع وما يستدعيه ربط الكلام ببعضه من لزوم ردّ آخره على أوّله وأوّل على آخره يصبح الدّفع بأنّ نيّة الطرفين كانت منصرفة إلى المصنع فحسب ولا تعني شيئا زائدا عن المساحة المقام عليها، له ما يبرره في نظر القانون. وإزاء ذلك كان على المحكمة أن تتحرى وراء مقصد الجانين بالوقوف على حالة البيع المادّي وما طرأ على العقار من أوضاع قانونيّة حتّى تسيّن ما إذا كان العقد بحقّ قابلا للتّفسير. أما إذا اقتضت في ردّ دفاع الطاعن على ملاحظة أنّ عقد البيع لا يقبل التأويل في كون المقصود من المبيع هو جميع موضوع الرّسم العقاري بمساحته المبيّنة والشّيد عليها المعمّل فإنّها تكون قد وقعت في مخالفة القانون بإهمالها سلوك طرائق التّفسير التي يجنب إليها كلّما حفّ... بعبارات العقد ريب أو خيم شكّ على فحواه». إنّ تجاوز القاضي لصريح عبارة العقد الواضحة أمر خطير على استقرار العقود لذلك لا بدّ من التّشديد على ضرورة تظافر القرائن الجدّيّة الدّالة على وجود موجب للريب. ولا بدّ من التذكير هنا أنّ الحجّة على من يدعي مخالفة عبارة العقد لحقيقة المقصود من التّعاقد وليس العكس خلافا لما ذهب إليه خطأ محكمة التّعقيب (القرار عدد 6517، المؤرخ في 7 فيفري 1983، ن.م.ت. 1983، ج 1، ص 262) لما اعتبرت «... أنّ الشّروط المدرجة بعقده الكراء المطبوعة لا تكون ملزمة للمتعاقدين إلا متى استظهر قاضي الموضوع في نطاق سلطته التقديريّة أنّها مقصودة منها وناشئة عن إرادتهما...».

(75) انظر القرار عدد 6262، المؤرخ في 5 ديسمبر 1950، (المبدأ)، ق.ت.، العددان 9 و 10، ص 154.

## I - طرق البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة

70 - لقد مكّن المشرع القاضي من عدة قواعد من شأنها أن تساعد بالفعل على الكشف عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد . ويتفق الشراح<sup>(78)</sup> على أن ما جاء مثلا بالفصل 517 من م.ا.ع. من أن «فصول الكتب تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب . . .»، يرمي إلى تحقيق هذا الهدف . وإذ تنص الجملة الأخيرة من هذا الفصل على ضرورة «العمل بالمتأخر في نسق الكتابة» إذا تناقضت فصول الكتب ، فلأن المتأخر في نسق الكتابة محمول على كونه ينفرد بالتعبير عن الإرادة المشتركة النهائية للأطراف دون غيره من الفصول المناقضة التي سبقته . كما نصّ المشرع للغرض نفسه بالفصل 518 من م.ا.ع. على أنه «إذا كان في الكتب عبارة أو فصل يحتمل معنيين كان حملها على ما فيه فائدة منه»<sup>(79)</sup>.

إن استعمال المشرع لصيغة الإيجاب في بعض هاته الأحكام لا يكسيها بالضرورة طابعا إلزاميا . والأرجح في نظرنا أنها وردت على سبيل الإرشاد<sup>(80)</sup>. ذلك أن الكشف عن الإرادة الحقيقية للأطراف عمل دقيق ومتشعب يفرض تمكين القاضي من سلطة تقديرية واسعة يستطيع بفضلها أن يتبين المقصود من التعاقد انطلاقا من الصيغة محل النزاع، واعتبارا لجميع الملابسات وظروف الأحوال التي تختلف من قضية إلى أخرى، وهو ما يؤكد عليه فقه القضاء باستمرار حين يعتبر أن «التأويل المخوّل للمحكمة بالفصل 515 يوجب عليها تحقيق ما كانت عليه نية المتعاقدين»<sup>(81)</sup> أو

(78) يراجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 219; A. RIEG, op. cit., n° 392; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 166.

(79) يراجع أيضا الفصل 530 من م.ا.ع. الذي يحدّد نطاق العقد إلى ما دخل في اعتبار إرادة طرفيه : «العبارة وإن أطلقت لا تحمل إلا على ما قصد التعاقد فيه أو الإلتزام به».

(80) وهو ما دأب عليه فقه القضاء بفرنسا . أنظر مثلا : تعقيب مدني فرنسي 6 مارس 1979 - نشريّة القرارات المدنيّة، I، عدد 81، وتعقيب تجاري فرنسي 19 جانفي 1981 نشريّة القرارات المدنيّة، I، عدد 34. يراجع أيضا : J. DUPICHOT, Pour un retour aux textes : défense et illustration du "Petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du code civil, Mélanges FLOUR, 1979, pp. 179 et s.

(81) القرار عدد 10103، المؤرخ في 31 جانفي 1956، (المبدأ)، ق.ت.، 1960، العددان 9 و 10، ص 155.

أن «فهم الواقع المقصود من العقد أمر راجع لاجتهاد المحكمة ولا رقابة عليها في ذلك . . .»<sup>(82)</sup>.

على أن سلطة المحكمة تبقى في جميع الأحوال مقيّدة بالقانون الذي ينصّ إلى جانب الأحكام السالفة الذكر على العديد من الأحكام ذات الصبغة الأمرّة التي من شأنها أن تفرض على القاضي معنى للعقد قد يكون بعيدا عن مراد الأطراف من التعاقد ولا يعكس سوى المعنى الذي يقتضيه اعتبار العرف والإنصاف وحسن النية في التعامل.

## II - ضرورة احترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية

71 - يمكن للمتأمل في الفصول 516 و 529 من م.ا.ع. أن يلاحظ أن عناية المشرع ليست موجّهة فيها إلى بيان سبل الوصول إلى الكشف عن إرادة الأطراف بقدر ما هي تراعي من خلال القواعد الأمرّة التي تتضمنها البعد الاجتماعي والاقتصادي للعقد الذي يفترض ضمان استقرار المعاملات بما يرجع بالفائدة على الإقتصاد وذلك بالسهل على أن تحرّر وتنقذ العقود عن حسن نية<sup>(82)</sup> وعلى أن تكون عادلة ومطابقة للعرف الجاري به العمل في المكان والظروف التي تمّ فيها التعاقد . وما من شكّ في أن هذا البعد يعدّ أساسيا في نظر المشرع مهما تأكّد تعلقه في الظاهر باحترام المقاصد الحقيقية المشتركة . ولو كان الأمر على خلاف ذلك لما تكفّل القانون بفرض حلول إلزامية للعديد من حالات الغموض أو النقص في الكتب دون مراعاة لما قد تكون عليه إرادة الأطراف المحتملة في مثل تلك الأحوال (الفصول 524 إلى

(82) القرار عدد 9783، المؤرخ في 21 أبريل 1959، (المبدأ)، ق.ت.، 1960، العددان 9 و 10، ص 155؛ وانظر أيضا القرار عدد 10334، المؤرخ في 13 نوفمبر 1957، ق.ت.، 1960، العددان 9 و 10، ص 155. والقرار عدد 9535، المؤرخ في 3 ديسمبر 1959، ق.ت.، 1960، العددان 9 و 10، ص 156؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 1268، المؤرخ في 29 مارس 1979، ن.م.ت.، 1979، ج I، ص 158؛ والقرار التعقيبي المدني عدد 1509، المؤرخ في 17 ماي 1965، ق.ت.، 1965، عدد 9، ص 31 الذي جاء به ما يأتي : «وحيث أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود الواردة بها بما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين مستتمة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها بشرط أن تبيّن بحكمها كيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اتتمت به ورجحت أنه من مقصود المتعاقدين».

(82 - 1) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 31607 المؤرخ في 20 جوان 1994 ن.م.ت.، 1994، ص 456.



528). كما أن البحث عن الإرادة الباطنة لا يؤول حتما إلى الحلول التي جاءت بها الفصول 521 و522 و529 المستمدة أسسها من قواعد الإنصاف وحسن النية<sup>(82-82)</sup>. وتؤكد نية المشرع من جهة أخرى على تقديم الثقة في التعامل على العوامل الذاتية من خلال حرصه على أن يعتمد في التفسير على «العرف المعمول به عادة في محلّ الكتب» (الفصول 516 و519 و526) وعلى ما هو من طبيعة المقصود من العقد (الفصل 516)<sup>(83)</sup>.

وإذ يستخلص من التحليل أعلاه أن المشرع قد أعطى لمسألة تفسير العقود طابعا موضوعيا ثابتا لا يجوز البحث عن إرادة الأطراف المشتركة دون مراعاته، فإنه لا بد من لفت النظر إلى أن فقه القضاء الذي تظفي عليه النزعة الذاتية المجسمة في الفصل 515 من م.أ.ع. لم يكرس هذا الإتجاه بصورة صريحة<sup>(84)</sup>.

### الفرع الثاني : تكييف العقد

72 - إذا كان تفسير العقد يهدف كما سبق أن رأينا إلى بيان مضمونه، فإن تكييفه يرمي من خلال البحث عن طبيعته القانونية إلى تحديد النظام القانوني المنطبق عليه. ويعبر عن عملية التكييف بالوصف القانوني للعقد. فإذا وصف بأنه بيع أمكن للقاضي بالرجوع إلى أحكام البيع أن يحصر من جهة الأحكام القانونية الاختيارية الواجب عليه اتباعها بالنسبة للمسائل التي لم

(82 - 2) يراجع مثلا : القرار التعقيبي المدني عدد 41791 المؤرخ في 28 مارس 1994 ، ن.م.ت. 1994 ، ص 392 .

(83) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 3027، المؤرخ في 26 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، ج 11، ص 72.

(84) ولكن يراجع القرار عدد 4749، المؤرخ في 7 ماي 1946، ق.ت. 1960، العددان 9 و10، ص 153 الذي يشير صراحة إلى وجوب اعتبار حسن النية في تأويل العقود. وفي نفس هذا المعنى يراجع القرار عدد 4268 المؤرخ في 29 مارس 1979، المذكور أعلاه، الذي يبدو أنه تأسس بنسبة معتبرة على حسن نية البائع. كما يفهم من صريح حيثيات القرار عدد 6517، المؤرخ في 7 فيفري 1983، المذكور أيضا أعلاه، أن تجاوز المحكمة للكتب الصريح والواضح مرده اعتبار مصلحة التسويع الذي أئذت محكمة التعقيب أنه كان مهددا بضرر فادح بسبب عدم احترامه لشرط واضح من شروط العقد ولكنه لا يكتسي أهمية جوهرية في نظر المتعاقدين.

تعرض لها إرادة الطرفين، وأن يحدد من جهة أخرى الأحكام القانونية الآمرة التي يخضع لها ذلك العقد. وهو ما يتضح معه أن التكييف أو الوصف القانوني للعقد يخضع لرقابة محكمة التعقيب باعتباره مسألة قانونية<sup>(85)</sup> وذلك على خلاف التفسير الذي يبقى موكولا لاجتهاد محكمة الموضوع باعتباره مسألة تهمّ الواقع لا القانون. وقد جاء بفقهاء قضاء محكمة التعقيب «أن وصف العقود من الخصوص لا يقيد المحكمة وعليها إعطاء تلك العقود الوصف الواجب قانونا»<sup>(86)</sup>.

### الفرع الثالث : تقسيمات العقود

73 - إن تقسيم العقود من مهامّ الفقهاء وليس من وظائف المشرع<sup>(87)</sup> أو القاضي ولكنه مفيد جدا في التطبيق إذ أن ترتيب مختلف أنواع العقود إلى عدة أصناف بحسب الخاصيات المميزة لكلّ صنف يساهم إلى جانب تكييف العقد في تحديد نظامه القانوني<sup>(88)</sup>.

وسنحاول في ما يلي أن نعرض أهمّ أقسام العقود<sup>(89)</sup>.

(85) يراجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 216; F. TERRE, "L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications", thèse, Paris 1957; MAURICE A. TANCELIN, "Théorie du Droit des obligations" précité, p. 104 à 107.

(86) يراجع : تعقيب ، دوائر مجتمعة، قرار عدد 12082، مؤرخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976، ع 2، ص 37.

(87) لكن يراجع مثلا الفصل 247 م.أ.ع. الذي يكرس فيه المشرع ترتيب العقود إلى عقود ملزمة لجانبا واحد وعقود ملزمة للجانين بالنظر إلى النظام القانوني المختلف المميز لكل من القسمين.

(88) يراجع في هذا الخصوص : J.F. : n° 309 et s.; MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 309 et s.; OVERSTAKE, Essai de classification des contrats spéciaux, Paris, L.G.D.J. 1969 préface, Bréthe de la Gressaye.

(89) إن التقسيم أسفله لا يعتبر عقود الإذعان والعقود التفاوضية التي سبقت الإشارة إليها بالعدد 54 أعلاه. ولكن يراجع في خصوص هذه التفرقة : BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, thèse, Paris 1976; préface B. GOLDMAN; A. POPOVICI, "Les contrats d'adhésion : un problème dépassé?", Mélanges BAUDOUIN, 1974, pp. 161 à 202; CHOLEY, L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion, thèse, AIX, 1975; R. DUCOS-ADER, A société de consommation, droit de la consommation, Mélanges J. ELLUL, 1983, pp. 459 et s.

## § 1 - العقود الرضائية والعقود الشكلية والعينية

74 - العقد الرضائي : هو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين دون استلزام شرط آخر. وهذا هو الأصل في العقود ويعتبر نتيجة لسلطان الإرادة. أما العقد الشكلي فهو الذي لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، بل ينبغي، إلى جانب التراضي، اتباع شكل خاص كتحرير العقد بكتب رسمي، مثلما هو الأمر بالنسبة للبيوعات العقارية (الفصل 581 م.ع.ا.م). ويسمى العقد عينياً إذا كانت صحته رهينة تسليم الشيء، مثل عقد عارية الإستعمال (الفصل 1058 م.ع.ا.م)، وعقد الوديعة (الفصل 1001 م.ع.ا.م)، وعقد الهبة (الفصل 101 م.ع.ا.م.ش.)<sup>(90)</sup>.

§ 2 - العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين<sup>(91)</sup>

75 - العقد الملزم لجانب واحد هو الذي يلتزم فيه أحد الطرفين دون الطرف الآخر، أي ذلك الذي يكون بمقتضاه أحد الطرفين مدينا والآخر دائنا فقط، كالهبة والوديعة. والعقد الملزم لجانب واحد يختلف عن التصرف القانوني الصادر من جانب واحد، فالأول تصرف قانوني يتم بإرادتين ولو أنه لا يلتزم فيه إلا أحد الطرفين فقط، في حين أن الثاني عمل قانوني يتم بإرادة واحدة.

- أما العقد الملزم للجانبين فهو الذي يلتزم فيه كل متعاقد تجاه الآخر، على وجه التبادل بمقتضى الإتفاق المقود. مثل ذلك عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع ويلتزم المشتري بأداء الثمن<sup>(92)</sup>.

أنظر من جهة أخرى حول تقسيمات العقود في الفقه الإسلامي : عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المفردة، 1984، عدد 37، وعبد النعم فرج الصنّدة - نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية 1990، عدد 95، ص 112 و 113.

(90) يراجع : M. N. JOBARD - BACHELIER, Existe-t-il encore des contrats réels en Droit français ? Rev. trim. dr. civ., 1985, I, 62.

(91) يراجع : R. HOUIN, Des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux, thèse, Paris, 1937.

(92) في خصوص مفهوم العقد الملزم للجانبين غير التام يراجع كتاب توفيق حسن فرج عدد 30 و CH. LARROUMET, op. cit., n° 200 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, 2, op. cit., n° 85.

ولهذا التقسيم أهمية بالغة، خاصة فيما يتعلق بحالات عدم التنفيذ وما يترتب عليها من آثار<sup>(93)</sup>.

## § 3 - عقود المعاوضة وعقود التبرع

76 - عقد المعاوضة هو الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه، كالبيع والكرء والإجارة وغيرها. أما عقد التبرع فهو الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين عوضاً لما أعطاه للآخر، كالهبة والوديعة والقرض بدون فائدة.

§ 4 - العقود المحددة والعقود الاحتمالية أو عقود الغرر<sup>(94)</sup>

77 - يكون العقد محددًا إذا كانت قيمة الأداء معروضة ومعينة منذ البداية، على وجه ثابت، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يعرف يوم التعاقد ما له وما عليه، مثل ذلك أن يبيع تاجر سلعة معينة بثمن معين.

أما عقود الغرر فهي العقود التي لا يستطيع فيها أي من المتعاقدين أن يحدد عند إبرامه مقدار ما يأخذ أو مقدار ما يعطي وذلك لتوقف تحديد هذا المقدار أو ذلك على أمر مستقبل غير محقق الوقوع أو لا يعرف وقت وقوعه، ومثال ذلك عقد التأمين؛ ولئن نظم المشرع التونسي عقود المقامرة فذلك لتحريم المقامرة والمراهنة (الفصول 1452 إلى 1458 م.ع.ا.م).

§ 5 - العقود المسماة والعقود غير المسماة<sup>(95)</sup>

78 - العقود المسماة هي العقود التي وضع لها المشرع تسمية وتنظيماً معينين. وقد نظم القانون المدني جملة من العقود ووضع لكل منها أحكاماً

(93) أنظر العدد 388 أسفله.

(94) يراجع : F. GRUA, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats commutatifs et aléatoires, Rev. trim. dr. civ. 1983, pp. 263 et s.; BEN THAYER Samira, l'aléa et le contrat, mémoire pour l'obtention du D.E.A. de droit privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1992 (dactyl.).

(95) يراجع : D. GRILLET-PONTON, Essai sur le contrat innommé, thèse, LYON, 1982, ronéo.

معينة وذلك في الكتاب الثاني من مجلة الالتزامات والعقود.

أما العقود غير المسماة فهي تلك التي لم يضع لها المشرع تنظيماً خاصاً بها. وقد يستحيل حصرها من حيث العدد أو النوع لما للأفراد من حرية في إنشاء ما شاؤوا من العقود.

وتخضع العقود غير المسماة للقواعد العامة للعقود.

### § 6 - العقود الفورية والعقود الممتدة<sup>(96)</sup>

79 - العقد الفوري هو الذي يتم تنفيذه دفعة واحدة كما هو الشأن في عقد البيع. أما العقد الممتد فهو الذي ينقذ فيه الالتزام بأداءات مستمرة أو أداءات دورية (مثل عقدي التأمين والتسويق). وتظهر أهمية التمييز بين العقود الفورية والعقود الممتدة فيما يتعلق خاصة بالفسخ الذي يكون رجعيًا في العقود الفورية ولا يكون كذلك في العقود الممتدة<sup>(97)</sup>.

### § 7 - العقود البسيطة والعقود المختلطة

80 - العقد البسيط هو الذي يتناول نوعاً واحداً من العقود كالبيع. أما العقد المختلط فهو الذي يجمع بين عدة عقود امتزج بعضها ببعض الآخر، مثال ذلك العقد بين صاحب المنزل وحريفه فهو مجموعة يمكن أن تشمل عقد إيجار بالنسبة للغرفة، وعقد عمل بالنسبة للخدمة وعقد بيع بالنسبة للطعام، وعقد وديعة بالنسبة للأمتعة - (نفس الشيء بالنسبة لعملية بيع الشقق في شكل «عقد بيع وكراء» - وهي في الحقيقة عملية بيع بالتقسيط). وتميز العقود المختلطة بصعوبة تكييفها وتحديد النظام القانوني المنطبق عليها.

(96) يراجع : J. AZÉMA, La durée des contrats successifs, Paris L.G.D.J., 1969, préface R. Nerson; G. BRIERE DE L'ISLE, De la notion de contrat successif, D. 1957, chr., p. 158; M.L. CROS, Les contrats à exécution échelonnée, D. 1989, chr., p. 49; ARTZ, La suspension du contrat à exécution successive, D. 1979, chr., p. 95; B. GROSS, Observations sur les contrats par abonnement, J.C.P. 1987, I, 3282.

(97) يراجع العدد 401 أسفله.

## الباب الأول شروط تكوين العقد

81 - تنقسم شروط تكوين العقد إلى قسمين : شروط تتعلق  
بالأشخاص (العنوان الأول) وأخرى تتعلق بمضمون العقد (العنوان الثاني).  
ويجازى بالبطلان (العنوان الثالث) على الإخلال بكلّ منها.

# آلعنوان الأول

## السروط المتعلقة بالأشخاص

82 - تتمثل شروط تكوين وصحة العقد المتعلقة بالأشخاص، استنادا إلى منطوق الفصل 2 من م.أ.ع.، في الأهلية (الفصل الأول) والرضاء (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الأهلية

83 - يمكن تعريف الأهلية بوجه عام بأنها قدرة الإنسان على الالتزام وعلى مباشرته شخصياً ما يترتب على تصرفه من حقوق وواجبات. وانعدام الأهلية أو نقصها يسمى بالحجر<sup>(1)</sup>. ويميز الفقهاء<sup>(2)</sup> بين أهلية الوجوب من جهة (الفرع الأول)، وأهلية الأداء من جهة أخرى (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : أهلية الوجوب

84 - أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقرها القانون. والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة لأنها تتصل بالشخصية القانونية. فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها. وذلك كالجنين الذي يولد ميتاً، وكالشركة بعد أن تصفى، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيح ذلك<sup>(3)</sup>. على أنه يمكن في حالات خاصة أن تكون هذه الأهلية ناقصة، وهي الحالات التي يحرم فيها المشرع شخصاً من صلاحية مباشرة تصرف قانوني معين في ظرف معين، سواء أكان ذلك بنفسه أم بواسطة، مثال ذلك حرمان بعض الأشخاص كالمحامين والأوصياء المقدمين على أموال غيرهم من حق شراء شيء من تلك الأموال (الفصول 566 إلى 569 م.أ.ع.)، أو تقييد حق التعامل بالبيع (الفصل 565 م.أ.ع.) أو الإسقاط (الفصلين 354 و355 م.أ.ع.) أو بالكفالة (الفصل 1481 م.أ.ع.) أو بالهبة (الفصل 206 م.أ.ش.) بالنسبة للمريض في مرض موته<sup>(4)</sup>. ويتبين من خلال هذه الأمثلة أن فقدان أهلية الوجوب في حالات

(1) وذلك حسبما يتبين من عنوان ومضمون الكتاب العاشر من مجلة الأحوال الشخصية.

(2) يراجع في خصوص هذه التفرقة : CARBONNIER, Droit Civil 2, op. cit., § 155; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 224 et s.; WEILL et TERRE, op. cit., n° 221.

يراجع أيضاً : محمد المالقي، المذكور أعلاه، ص 58.

(3) يراجع عبد الرزاق السنهوري، 1، مذكور أعلاه، عدد 145.

(4) يراجع تحليلنا لهذا المفهوم بمجلة المحاماة لسنة 1983، عدد 1، ص 79 وما بعدها : تعليق على قرار تعقيبي مدني عدد 11502 مؤرخ في 10 جوان 1975، يراجع كذلك المجلة التونسية للقانون لسنة 1979، الجزء الأول، ص 109. يراجع في نفس المعنى كتاب محمد المالقي، ص 60. وانظر : BEN SALEM Néziha, Les incapacités en matière de vente, mémoire pour l'obtention du D.E.A. de droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1992 (dactyl.).

تتصل مع ذلك بالنظام العام، بمعنى أنها إلزامية، ولا يجوز التعديل فيها أو الإتيان المسبق على ما يخالفها، كالتنازل عن الأهلية أو توسيعها أو التقييد منها. وتشمل هذه الخاصية، إلى جانب أهلية الوجوب، أهلية الأداء. ولا غرابة في ذلك طالما أن مناهة هذه الأهلية هو التمييز. فمن لا قدرة له على التمييز، مثل الصبي أو المجنون، أو من لا خبرة له بسبب صغر سنه أو ضعف مداركه، لا يمكن أن تكون له إرادة تخول له التصرف القانوني المسؤول الناتج عن رضاه صحيح. فلم يكن إذن هناك بد من أن يتكفل المشرع بتنظيم طرق استعمال المحجورين لحقوقهم بصفة إلزامية وحمايتهم بصفة تكاد تكون مطلقة وذلك بتمكينهم من إبطال ما تعاقدوا عليه دون احترام الشروط القانونية التي تستوجبها حالة الحجر (الفصل 8 م.أ.ع.). حتى في صورة استعمال المحجور لحيل قضت بحمل التعاقد معه على الاعتقاد كونه رشيدا أو مأذونا من وليه (الفصل 10 م.أ.ع.)، كل ذلك مع العلم أن من كان أهلا للتعاقد لا ينتفع بنفس الحق إذا تعامل بصفة مخالفة للقانون مع المحجور عليه. وقد نص الفصل 14 من م.أ.ع. على هذه القاعدة بمقولة أن «من كان أهلا للتعاقد ليس له أن يحتج بعدم أهلية من عاقده»<sup>(9)</sup>، الأمر الذي يتأكد معه الطابع الحمائي المحض لأحكام الحجر. واعتبر بعض الفقهاء على ذلك الأساس أن حالة الحجر تكون قرينة قانونية غير قابلة للدحض بإثبات العكس على فساد رضاه المحجور الذي يتعاقد بمفرده، بحيث يكون تصرفه هذا قابلا للإبطال بمجرد ثبوت الحجر في شخصه ودون حاجة لإثبات فساد رضاه. ولكن ما هي حالات الحجر وكيف يقع اثباتها؟ هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال دراسة أحكام أهلية الأداء.

(9) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 11624، المؤرخ في 25 ماي 1976، ن.م.ت. 76، ج II، ص 88، (عدد 36). وقد آيدت فيه محكمة التعقيب القرار الإستئنائي الذي أقر صحة بيع كان المشتري فيه دون سن الرشد ولم يكن له مقدم أو ولي ملاحظة أن «القانون حرم حتى نفس معاهد الصغير من الإحتجاج بعدم أهلية معاقده (الفصل 14 مدني) ومن باب أولى وأحرى الغير الذي لم يكن طرفا في هذا العقد... كما هو الشأن بالنسبة للطاعنات في القضية موضوع القرار المذكور. وقد ورد بالقرار عدد 548 المؤرخ في 5 جويلية 1927 (ق.ت، 1960، العددان 9 و 10، ص 24) تطبيقا للفصل 14 من م.أ.ع. «أن عدم مراعاة الموجبات اللازمة لجعل أعمال القاصر قانونية يعتبر وسيلة خاصة به ولا يقوم بها إلا هو أو لمصلحته».

خاصة ومحدودة<sup>(5)</sup> يرجع لأسباب تختلف باختلاف هاته الحالات. فالغرض من منع الولي من حق شراء أملاك منظوره حمائي محض. لذلك أجاز القانون التصديق على البيع من طرف المحجور الذي وقع في حقه<sup>(6)</sup>. وربما كان القصد من تحجير التعامل المحافظة على النظام العام. ويكون جزاء تجاوزه في هاته الحالة البطلان المطلق الذي لا يمكن معه التصديق على التصرف الباطل<sup>(7)</sup>. مثال ذلك حالة الفصلين 566 و 568 من م.أ.ع. المتعلقين بشراء الحكام والمحامين والعدول وغيرهم من مساعدي القضاء للأموال المتنازع فيها أمامهم. وهكذا يبدو من الممكن الكشف عن سبب خاص لكل حالة من الحالات المتعددة لنقصان أهلية الوجوب، وهي حالات لا يمكن حصرها إلا في إطار دراسة العقود الخاصة.

## الفرع الثاني : أهلية الأداء

### § 1 - مفهوم أهلية الأداء وخصائصها

85 - أهلية الأداء هي صلاحية من له حق، أي من تتوفر فيه أهلية الوجوب، لممارسة ذلك الحق بنفسه. فبالنسبة مثلا لمن له حق الشراء أو حق التسويغ أو حق الهبة، تتمثل أهلية الأداء في صلاحيته للتعاقد بنفسه لنيل الأثر القانوني الذي ينشده بدون واسطة، فيصبح بائعا أو مسوفاً أو واحبا. أما فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يجوز له ممارسة ذلك الحق إلا بطريق نيابة وليه أو وصيه أو المقدم عليه أو بترخيص منه وذلك بحسب الحالات. ويسمى محجورا.

86 - ولئن كان الأصل في الإنسان أهلية «الإلتزام والإلزام ما لم يصرح القانون بخلافه» (الفصل 3 من م.أ.ع.)<sup>(8)</sup>، مما يترتب عليه أن عبء إثبات انعدام الأهلية أو نقصها يبقى محمولا على من يدعيه، فإن أحكام الأهلية

(5) والحجر الذي يتبع عنها بعد من أجل ذلك من باب الحجر الخاص على عكس حالات انعدام أو تقييد أهلية الأداء التي تعد من باب الحجر العام باعتبارها تشمل تصرفات المحجور بوجه عام.

(6) يراجع الفصل 567 م.أ.ع.

(7) يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 225 et 230.

(8) يراجع القرار عدد 5436، مؤرخ في 5 نوفمبر 1957، ق.ت، 1960، العددان 9 و 10، ص 25.



## § 2 - أحكام أهلية الأداء

87 - خصص المشرع لأحكام أهلية الأداء الفصول 3 إلى 17 من م.ا.ع.، و153 إلى 170 من م.ا.ش. موضوع باب عاشر من م.ا.ش. المذكورة، عنوانه «الحجر». وقد قسم محرروا مجلة الالتزامات والعقود ضمن الفصلين 5 و6 المحجورين إلى صنفين هما، من جهة صنف معدومي الأهلية مطلقاً<sup>(10)</sup> ومن جهة أخرى صنف ذوي الأهلية المقيدة<sup>(11)</sup>، إلا أنه تجدر الملاحظة، نظراً لصعوبة المادة واعتباراً للخصائص التي تميز كل حالة من حالات الحجر بغض النظر عن الصنف الذي تنتمي إليه، أنه بالرغم من كون النظام القانوني لمختلف حالات الحجر يتغير في الجملة بالنسبة لكل حالة حجر بحسب انتمائها لأحد الصنفين المذكورين، بما يجعل الترتيب المذكور منطقياً للغاية، فإننا فضلنا التخلي عنه واعتماد ترتيب يقترّب أكثر من المخطط الذي اختاره محرروا مجلة الأحوال الشخصية في الكتاب العاشر من هاته المجلة، وهو الترتيب المؤسس على العوامل التي تتأثر بها الأهلية والتي ينتج عن وجودها الحجر. وبما أن معيار الأهلية هو التمييز، فإن نقصها أو انعدامها يتأثر دائماً بعامل السن (I). كما قد يتأثر بعوارض محتملة من شأنها إذا حدثت أن تؤثر على قدرة التمييز (II).

## I - الحجر للصغير

88 - جاء بالفصل 7 من م.ا.ع. أن «كل إنسان ذكراً أو أنثى تجاوز

(10) وهم حسب الفصل 5 م.ا.ع. أولاً : الصغير إلى أن يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة. - ثانياً : الرشد الذي اختل شعوره بما أخرجه عن الإدراك. ثالثاً : الذوات المنوية المنزلة منزلة الصغير قانوناً. (يراجع في خصوص أهلية الذوات المنوية : قرار تعقيبي مندي عدد 20128، مؤرخ في 17 جانفي 1989، ق.ت، 1991، عدد 6، ص 57).

(11) وهم حسب الفصل 6 م.ا.ع. : «الصغير الذي عمره بين ثلاث عشرة والعشرين سنة كاملة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه، والمحجور عليهم لضعف عقولهم أو لسفه تصرفهم إذا لم يشاركهم فيها مقدموهم في العقود التي يقضي القانون مشاركتهم فيها، والمحجور عليهم لتفليسهم، وكذلك من يمنع عليه القانون عقداً من العقود».

ولا بدّ من الملاحظة، تحبباً لخلط محتمل، أن الحالة الأخيرة تتعلق بأهلية الوجوب بوجه عام لا بحالة معينة من حالات أهلية الأداء. أمّا المحجور عليهم لتفليسهم فيمثلون حالة خاصة تدخل في إطار دراسة الإفلاس ضمن برامج القانون التجاري.

عمره عشرين سنة كاملة يعتبر رشيداً بمقتضى هذا القانون<sup>(12)</sup>. و«يعتبر محجوراً للصغير، حسب منطوق الفصل 153 م.ا.ش.، من لم يبلغ سن الرشد...»<sup>(12-1)</sup> ويختلف النظام القانوني للحجر بالصغير بحسب بلوغ الصغير سن التمييز من عدمه .

## أ - الصغير غير المميز

89 - يعدّ غير مميّزاً حسب الفصل 156 م.ا.ش. الصغير الذي لم يتمّ الثالثة عشرة من عمره. وتكون جميع تصرفاته باطلة (الفصل 156) بدون استثناء دون فرق في ذلك بين عقود الإغتناء التي يفتني من يباشرها دون أن يدفع عوضاً، كالهبة بالنسبة للموهوب له، وعقود الإدارة، كعقد التسويغ مثلاً، وعقود التبرع وهي التي ترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب، وعقود التصرف التي ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة للبايع والمشتري.

90 - ولا يجوز للصغير الذي لم يبلغ من العمر ثلاث عشرة سنة كاملة أن يتعاقد إلا بواسطة وليه الشرعي الذي هو أبوه، أو أمه إذا توفى أبوه أو فقد أهليته. وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما، ولم يكن للقاصر وصي، وجب أن يقدم عليه الحاكم (الفصل 154 م.ا.ش.).

91 - وإذ يصحّ للولي أن يبرم في حق الصغير غير المميز عقود الإغتناء المحض وعقود الإدارة بدون أية رخصة، استناداً إلى أحكام الفصل 5 من م.ا.ع. الذي يقرّ بوجه عام مبدأ صحة التعاقد بواسطة، فإنه لا يجوز له إبرام عقود التصرف إلا بإذن خاص من القاضي (الفصل 15 م.ا.ع.). ويفهم من ناحية أخرى من صريح أحكام الفقرة 2 من الفصل 16 م.ا.ع. أن التبرع في حق القاصر محجّر على الولي ولا يجوز لقاضي التقادير أن يرخّص فيه .

(12) أنظر القرار عدد 1150، المؤرخ في 29 نوفمبر 1927، ق.ت. 1960، العددان 9 و10، ص 24؛ يراجع أيضاً القرار عدد 9096، المؤرخ في 26 فيفري 1957، والقرار عدد 9940، المؤرخ في 29 جانفي 1957، ق.ت. 1960، العددان 9 و10، ص 25.

(12 - 1) يراجع : Xavier LAGARDE, L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, Rev. trim. dr. civ. 1997, p. 1.

## ب - الصّغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاماً

92 - إنَّ أهلية الصّغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاماً دون أن يبلغ سنّ الرّشد تخضع إلى قواعد عامّة (1) لا تنسحب عليه في صورة ترشيده (2).

## 1 ( القواعد العامّة

93 - جاء بالفقرة الثّانية من الفصل 156 م.ا.ش. أن «الصّغير الذي تجاوز الثّالثة عشرة يكون مميّزاً وتصرفاته نافذة إذا كانت من قبيل النّفع المحض وباطلة إذا كانت من قبيل الضّرر المحض. ويتوقّف نفاذها في غير الصّورتين المذكورتين على إجازة الولي». ويستتج من هذا النّص :

1.1 - أن من تجاوزت سنّه الثّلاث عشرة سنة يعدّ أهلاً لإبرام عقود الإغتناء المحض بنفسه وبدون استرخاص مسبق من وليّه. ويدخل في عقود الإغتناء كلّ تصرف من شأنه أن يحسّن حالة القاصر بدون عوض<sup>(13)</sup>.

2.1 - أنّه لا يصحّ له إبرام عقود التبرّع المحض ولو حضفي في خصوصها بإجازة وليّه.

3.1 - أن إجازة الولي ضروريّة ولكنّها كافية في نفس الوقت لصحّة عقود الإدارة التي يبرمها من تجاوز سنّه الثّلاث عشرة سنة.

4.1 - أمّا بالنسبة لعقود التصرف، فإنّ إجازة الولي لا تكفي لصحّتها بدون «إذن من الحاكم المختصّ». ولا يعطى الإذن المذكور إلا عند الضّرورة والمصلحة الواضحة» للمولى عليه (الفصل 15 من م.ا.ش.ع.)<sup>(14)</sup>.

## 2 ( حالة ترشيده الصّغير

94 - إنّ القواعد العامّة المبيّنة أعلاه لا تنسحب على الصّغير الذي وقع

(13) يراجع أيضا الفصل 9 من م.ا.ش.ع. ، وانظر : Béchir FERCHICHI, La tutelle des père et mère de leurs enfants mineurs, thèse pour le doctorat d'Etat en Droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, Tunis, 1983 (dactyl).

(14) يراجع محمّد الملقني، المذكور أعلاه، ص 59، وانظر القرار التّعقيبي المدني عدد 6755 مؤرّخ في 9 ديسمبر 1982، ن.م.ت. 1982، ج 4، ص 304.

ترشيده عملاً بالفصلين 158 و159 م.ا.ش. حيث تنصّ الفقرة الأولى من الفصل الأوّل في الذّكر أنّه «يمكن للحاكم ترشيده الصّغير ترشيدها مقيداً أو مطلقاً، كما يمكن له الرجوع في هذا الترشيد إن قام لديه موجب في ذلك». وجاء بالفقرة الثّانية من هذا الفصل صراحة «أنّ تصرفات الصّغير المرشد في حدود ترشيده تكون نافذة صحيحة» على أنّه «لا يمكن، حسب الفصل 159 م.ا.ش.، ترشيده الصّغير إذا لم يتمّ الخامسة عشرة».

والجدير بالذّكر أنّ أحكام الفصلين 11 و12 م.ا.ش.ع. تتعرّض إلى الترشيد من أجل تعاطي التّجارة دون أن تتضارب مع ما جاء بالفصلين 158 و159 المذكورين. ويبدو أنّ صلوحيات القضاء في مادّة الترشيد أصبحت أوسع منذ صدور مجلة الأحوال الشّخصيّة ممّا كانت عليه تحت نظام مجلة الإلتزامات والعقود التي لم تهتمّ سوى بالترشيده من أجل تعاطي التّجارة.

## II - عوارض الأهلية

95 - قد يبلغ الإنسان سنّ الرّشد ولكنّ أهليّته تتأثّر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التّمييز. والعوارض ثلاثة في القانون التونسي وهي : الجنون (أ) وضعف العقل (ب) والسّفه (ج).

أ - الجنون<sup>(15)</sup>

96 - يعرف الفصل 160 م.ا.ش. المجنون بكونه «الشّخص الذي فقد عقله سواء أكان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أم تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها». ويتعيّن الحجر في هاته الحالة «بحكم من الحاكم» (الفصل 161 من م.ا.ش.ع.). ولما كان «كلّ شخص أهلاً للإلتزام والالتزام ما لم يصرّح القانون بخلافه» (الفصل 3 من م.ا.ش.ع.)، فإنّ المجنون الذي لم يصدر في شأنه حكم بالحجر وفقاً لمقتضيات الفصل 161 المذكور لا يعدّ محجوراً<sup>(16)</sup> ولا يجوز

(15) يراجع حول الفرق بين المعتوه والمجنون، عبد الرزّاق أحمد السّهوري، الوسيط، 1، المذكور أعلاه، عدد 156 و157.

(16) انظر القرار المدني الاستئنافي عدد 19172، المؤرّخ في 19 نوفمبر 1959. ق.ت. 1960، عدد 2، ص 58.

بالتالي التمسك في حقّه ببطان تصرفاته إلا على أساس انعدام التصريح الصحيح بالرضاء (الفصلان 2 فقرة 2 و59 من م.أ.ع.). وينجرّ عن ذلك تكليف المدعي في مثل هاته الصورة مشقة إثبات حالة الجنون وقت التعاقد<sup>(17)</sup>.

97 - ويعدّ المجنون فاقد التمييز. فتكون حينئذ تصرفاته غير نافذة (الفصل 162 م.أ.ش.) على غرار تصرفات الصبي غير المميز. ولا يمكن له التعاقد إلا بواسطة وفي الحدود التي ضبطها المشرع للصبي غير المميز (يراجع الفصول 5 - ثانيا و15 و16 فقرة 2 من م.أ.ع.).

### ب - ضعف العقل

98 (1) - ضعيف العقل هو شخص غير كامل الوعي، سيء التدبير، لا يهتدي إلى التصرفات الراتجة، ويغيب في المبيعات (الفصل 160 فقرة 2 م.أ.ش.). ويتعيّن حجر ضعيف العقل بحكم مثل المجنون (الفصل 161 م.أ.ش.).

99 (2) - وتكون أهليته في ذلك الحال مقيدة على النحو المبين بالفصل 162 م.أ.ش. الذي جاء فيه أنّ «التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه (ضعيف العقل) بدون مساعدة ولي تكون باطلة إذا لم يجزها الولي». ولا شك أنّ في أحكام هذا النص، الذي جاء عاما في اشتراطه لإجازة الولي أو مساعدته بالنسبة لجميع تصرفات ضعيف العقل، تضاربا مع أحكام الفصل 9 من م.أ.ع. الذي لا يشترط هذه المساعدة لصحة تصرفات ضعيف العقل التي من شأنها أن تحسّن حالته. على أنه قد لا يكون لهذا التضارب المؤسف بين التصوص أي أثر من الوجهة العملية إذا اعتبرنا أنّ طلب إبطال عقد اغتناء على

(17) وقد ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد 6378، المؤرخ في 23 مارس 1982 (ن.م.ت. 1982، ج II، ص 293)، «أن المرجع في ثبوت الميز من عدمه إنما هم الأطباء الذين هم من أهل الخبرة في هذا الشأن... وأن إظهار المدلين على أنّ البائع كان وقت البيع مريضا ولكنه بحالة ميز وإدراك يفهم ما يقول وما يقال له هو في الحقيقة خارج عن نطاق الإشهاد ووظيفة الأمور العمومي وبذلك تمكن معارضته بجميع وسائل الإثبات وبالأخص شهادة أهل الخبرة». قارن أيضا مع القرار التعقيبي المدني عدد 2005، المؤرخ في 15 أكتوبر 1963، (ن.م.ت. 1963، ص 52) الذي جاء به في نفس هذا المعنى «أن الملاحظة المسجلة من طرف الولاية في بيان أسباب رفض الترخيص في البيع والقاضية بأن رفض الترخيص كان لاختلال مدارك البائع بسبب طعنه في السن... لا يتكوّن منها دليل قانوني...».

أساس الفصل 162 م.أ.ش. قد ترفضه المحكمة لا محالة لانتفاء الضرر والمصلحة في القيام<sup>(18)</sup> بالنسبة لضعيف العقل.

وتما يلفت الانتباه في خصوص الفصل 162 م.أ.ش. عدم استثنائه لعقود التبرع بما يجوز معه لضعيف العقل، بمساعدة وليه، إبرام مثل هذه العقود<sup>(19)</sup>، وذلك على خلاف الصغير المميز الذي لا يحق له ذلك بأي حال من الأحوال عملا بصريح أحكام الفصل 156 م.أ.ش.، الشيء الذي يستخلص معه أنّ تقييد الأهلية لدى ضعيف العقل في القانون التونسي هو أقل منه لدى الصغير المميز<sup>(20)</sup>.

3 (100) - ولما كان حجر ضعيف العقل متوقفا على حكم كما سبق أن رأينا، فإنّ تصرفاته قبل الحجر تعدّ صحيحة. وهذا يعني أنّ إبطالها يتوقف على إثبات فساد الرضاء المصرح به وفقا للأحكام العامة للرضاء. على أنّ الفصل 163 م.أ.ش. يعني طالب الإبطال من عبء إثبات فساد الرضاء إذا كان ضعيف العقل قبل الحجر «مشتهرا بضعف العقل وقت التعاقد». ويتوقف الإبطال في هاته الحالة على ثبوت الإشتهار بضعف العقل وقت إبرام العقد<sup>(21)</sup>. فإذا ثبتت تلك الحالة يعامل ضعيف العقل معاملة المحجور بصفة رجعية. ويستنتج من هذا التحليل أنّ أحكام الفصل 163 م.أ.ش. لا تتعلق إلا بمن سبق أن صدر في شأنه حكم بالحجر من أجل ضعف عقله، بحيث لا يكفي أن يدعي أو أن يثبت طالب الإبطال اشتها بضعف العقل وقت إبرام

(18) المصلحة في القيام شرط أساسي لا تقبل بدون توفقه الدعاوي أمام المحاكم بل ترفض شكلا ودون الخوض في الأصل (الفصل 19 من م.م.ت.).

(19) يراجع في خصوص جواز الوصية الصادرة عن ضعيف العقل القرار التعقيبي المدني عدد 48/40، المؤرخ في 4 أكتوبر 1960، ن.م.ت. 1960، ص 16.

(20) قارن مع القانون المصري الذي ينزل ضعيف العقل (ذو النغلة في المصطلح المصري) منزلة الصغير المميز (يراجع الفصل 115 ق.م.، والتهوري، الوسيط...، I، المذكور أعلاه، عدد 158).

(21) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 5619، المؤرخ في 22 أبريل 1968، ق.ت. 1969. عدد 1 و2، ص 33. وهو قرار يقضي بنقض القرار الاستئنافي الذي قضى بإبطال تصرفات ضعيف العقل استنادا إلى أحكام الفصل 163 م.أ.ش. دون أن يوضح اشتهاه بذلك قبل وضع الحجر عليه. يراجع في هذا المعنى أيضا: قرار تعقيبي مدني عدد 2877، مؤرخ في 3 نوفمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج 4، ص 56؛ وحكم مدني عدد 56605، مؤرخ في 19 فيفري 1964، ق.ت. 1964، عدد 7، ص 33. يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 24709 المؤرخ في 25 فيفري 1992، ن.م.ت. 1992، ص 456.

العقد ليفوز بدعواه بل يجب عليه أن يقدم بالإضافة إلى ذلك ما يفيد الحجر من أجل ضعف العقل.

### ج - السفه

101 - السفه هو، حسب منطوق الفصل 164 م.أ.ش.، «الذي لا يحسن التصرف في ماله ويعمل فيه بالتبذير والإسراف». ويتوقف الحجر عليه حسب نفس النص «على حكم من الحاكم» بما تصبح معه جميع التصرفات التي يباشرها قبل الحكم صحيحة نافذة لا رجوع فيها. أما التي يباشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه (الفصل 165 م.أ.ش.). ولا يُعتدُّ بإقرار السفه في الأمور المالية (الفصل 166 م.أ.ش.). ويفهم من هذا العرض «أن مجلة الأحوال الشخصية ضبطت أسباب الحجر وجعلت فرقا بين نتائج الحجر للسفه والحجر لضعف العقل... فقررت أن التصرفات السابقة للحجر من أجل ضعف العقل يمكن إبطالها إذا كان المحجور عليه مشتغرا به وقت إبرامها بخلاف الحجر من أجل السفه فإن التصرفات السابقة عنه تبقى نافذة حسب أحكام الفصلين 163 - 165 منها»<sup>(22)</sup>.

## الفصل الثاني الرضى

(22) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 2005، المؤرخ في 15 أكتوبر 1963 (ن.م.ت. 1963، ص 25). وقد قضت فيه محكمة التعقيب بالنقض لحلّو القرار المطعون فيه من العناصر الواقعية المشخصة للضعف العقلي المزعوم في تاريخ البيع علاوة على كون قضاة الموضوع لم يبيّنوا طبيعة الحجر الوارد بالحكم الذي استندوا إليه في حكمهم مما يشكل ضعفا فادحا في التعليل اعتبارا لاختلاف السفه وضعف العقل من حيث نظاميهما القانونيين. يراجع في هذا المعنى أيضا : قرار تعقيبي مدني عدد 8356، مؤرخ في 29 سبتمبر 1971 (ق.ت. 1972، عدد 1، ص 66).

102 - الرضى هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء علاقة قانونية ملزمة تنصرف آثارها مباشرة إلى كل طرف متعاقد. ويشير موضوع الرضى ثلاث مسائل جوهرية. تتعلق الأولى بمصدره وتخصّ التعاقد بالنيابة (الفرع الأول)، وتهم الثانية كيفية وجوده في المكان والزمان (الفرع الثاني)، في حين تتمحور الثالثة حول شروط سلامته (الفرع الثالث) التي لا يمكن بدون توفرها أن ينشأ العقد صحيحا.

### الفرع الأول : مصدر الرضى : مسألة التعاقد بالنيابة

103 - الأصل في العقد أن يتم برضاء الأطراف المتعاقدة. على أنه كثيرا ما يبرم العقد في حق شخص معين بواسطة شخص آخر ينوب عنه في ذلك. وهي حالة التعاقد بالنيابة<sup>(1)</sup>. ويلتجىء الناس إلى التعاقد بهاته الصورة إما اختيارا منهم واعتبارا لظروفهم ومصالحهم الخاصة، أو بحكم القانون مثلما هو الشأن بالنسبة لعديمي الأهلية الذين لا يجوز لهم التصرف فيما تقتضيه مصالحهم إلا عن طريق نوابهم الشرعيين.

وقد وجهت التشريعات الحديثة<sup>(2)</sup> عنايتها إلى تنظيم النيابة في إطار نظرية عامة تحدد مقوماتها وشروطها وآثارها بصفة تمكنها من أداء وظيفتها. وقد أولى التشريع الإسلامي<sup>(3)</sup> بالغ الاهتمام إلى أهم مظاهر النيابة في التطبيق، وهما الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها، والوكالة. أما القانون التونسي فهو يفتقر، شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي، إلى نظرية عامة للنيابة، ولم

(1) يراجع : G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui, th. Paris, 1950; M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, thèse, Strasbourg, 1982, préface D. HUET-WEILLER; R. de QUENAUDON, Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale, thèse, Strasbourg, 1979, ronéo; E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit privé français, Droits, 1982, pp. 91 et s.

(2) ومن أبرزها القانون الألماني (الفصول 164 إلى 185 من المجلة المدنية الألمانية)، والقانون المصري (المواد 104 إلى 108 ق.م.م.)، والقانون السويسري (الفصول 32 إلى 40 من مجلة الالتزامات).

(3) أنظر في خصوص النيابة في التعاقد في الشريعة الإسلامية : د. عبد المنعم فرج الصّدة، نظرية العقد... عدد 233، ص 350 وما بعدها.

يتعرض إلى هاته المسألة الهامة إلا من خلال نصوص متفرقة<sup>(4)</sup> تتصدرها الفصول 1104 إلى 1171 من م.ا.ع. المتعلقة بالوكالة.

وسوف يستند التحليل أسفله إلى مجموع هاته النصوص وإلى أهم ما أورده فقه القضاء في خصوصها سعياً نحو التعريف بالنيابة بوجه عام وتحديد نطاق تطبيقها (1§) قبل بيان مقوماتها الأساسية (2§) والبحث عن مصادر سلطة النائب وحدودها (3§) وأخيراً محاولة حصر آثارها (4§).

## § 1 - التعريف بالنيابة

104 - النيابة في التعاقد هي عملية قانونية تتمثل في أن يبرم شخص أول، النائب، لحساب وباسم شخص ثان، الأصيل، عقداً مع شخص ثالث، المعاهد، تنصرف آثاره إلى الأصيل بعلم المعاهد<sup>(5)</sup>. على أن نطاق النيابة يمتد إلى التصرفات بوجه عام ولا ينحصر في ميدان العقد. ويصح على ذلك الأساس إجراء أي تصرف قانوني فردي بالنيابة كالتصديق على عقد باطل أو توجيه إنذار أو إعلام بفسخ الخ...<sup>(6)</sup> الأمر الذي يمكن معه تعريف النيابة بوجه عام بأنها «نظام قانوني مؤداه أن تحل إرادة شخص معين يسمى النائب محل إرادة شخص آخر هو الأصيل في إنشاء تصرف قانوني تنصرف آثاره إلى الأصيل لا إلى النائب...» أو بعبارة أخرى، شائعة في الفقه الإسلامي، النيابة هي «قيام شخص مقام آخر في إجراء التصرف...»<sup>(7)</sup>. وإذ يجوز من هذا المنطلق إنشاء كل التصرفات القانونية بالنيابة، فإنه يستثنى من هذه القاعدة

(4) يراجع خاصة الفصول 37 - 40 - 41 و 42 من م.ا.ع. والفصلان 154 و 155 من م.ا.ش.، والأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة تصرفاتهم وحساباتهم، والقانون عدد 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

(5) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n°79; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 420; CARBONNIER, 4, op. cit., § 53.

(6) يراجع : P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, op. cit., 2è éd., tome 1, § 17, n° 932 et 933.

(7) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد... عدد 133، ص 217.

الحالات التي يفرض فيها القانون أن يبرم الشخص التصرف بنفسه، وهي حالات نادرة أبرزها أداء اليمين<sup>(8)</sup>.

## § 2 - مقومات التعاقد بالنيابة

105 - يستتج من التعريف أعلاه أن التعاقد بالنيابة يفترض أن يتصرف النائب بصفته تلك باسم الأصيل ولحسابه علانية (I) وأن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل (II).

### I - تصرف النائب باسم الأصيل ولحسابه علانية

106 - تتمثل الخاصية المميزة للنيابة في كون النائب يتصرف بصفته تلك باسم أصيله المميز ولحسابه بعلم معاقده. ويعتبر هذا الشرط أساسياً لا تقوم النيابة بدونه. فإذا أخفى النائب صفته تلك عند التعاقد فإن آثار العقد تنصرف إليه شخصياً دون الأصيل. وقد كرس المشرع هذه القاعدة في مادة الوكالة الاتفاقية مبيناً أن «حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة لمن عاقده...» (الفصل 1148 من م.ا.ع.). وأنها ترجع على عكس ذلك إلى الموكل دون الوكيل «إذا أضاف الوكيل العقد إلى موكله...» (الفصل 1149 من م.ا.ع.)<sup>(9)</sup>. وإذ يتأكد من هذين النصين أن التعاقد بالنيابة لا يتم إلا بعلم المعاهد الذي يتعامل مع النائب، فإن توفّر هذا الشرط لا يفترض في نظرنا من جانب النائب إعلاناً صريحاً عن نيابته، إنما يكفي لصحة التعاقد

(8) ينص الفصل 1108 من م.ا.ع. على ما يلي : «لا يصح التوكيل فيما لا يقبل النيابة كأداء اليمين». وقد جرى فقه القضاء بصفة مطردة على اعتبار توجيه اليمين وقلها من الأعمال المماثلة للأداء فلا ترتب أثرها القانوني إلا إذا باشرها الشخص المعني بها. فالوكيل على الخصام لا تجوز له مباشرتها في حق موكله...» (قرار تعقيبي مدني عدد 15766، مؤرخ في 27 سبتمبر 1988، ن.م.ت. 1988، ص 241).

ويراجع أيضاً في هذا الخصوص العدد 204 أسفله.  
(9) يراجع : القرارات التقيية المدنية : عدد 9932، مؤرخ في 13 جوان 1984، ن.م.ت. 1984، ج II، ص 373 وعدد 11774، المؤرخ في 4 سبتمبر 1984، ج II، ص 269 وعدد 8832، المؤرخ في 26 مارس 1984، ن.م.ت. 1984، ج I، ص 361 وق.ت. 1985، عدد 7، ص 88.

بالتّيابة أن يثبت من ظروف الأحوال أنّ المعاهد كان على بيّنة من واقع الأمر<sup>(10)</sup>.

107 - أمّا إذا تمّ تصرّف النائب مع المعاهد مع إخفاء صفته عنه، أو بالتّصريح بتلك الصّفة ولكن دون التعريف بهويّة الأصيل<sup>(11)</sup>، فإنّ وصف تلك العمليّة بالتّيابة لا يصحّ. بينما يجوز قانوناً وصفها بالوكالة. ذلك أنّ الوكالة قد تكون مصحوبة بإنابة، وهي في تلك الحالة نوع من أنواع التّيابة، وقد تكون غير مصحوبة بها<sup>(12)</sup>. ولئن كانت حالات الوكالة بدون نيابة قليلة في القانون المدني فهي على عكس ذلك عاديّة في القانون التجاري ويتصرّف فيها الوكيل باسمه الخاصّ دون الكشف عن هويّة موكله كما في حالة عقد وساطة العملاء<sup>(13)</sup> أو حالة الإسم المستعار<sup>(14)</sup>.

ويلاحظ بعض الفقهاء أنّ الخروج عن نطاق التّيابة في هذين المثالين لا

(10) وما قد يؤكّد صحّة هذا الحلّ أنّ الفصل 1152 من م.أ.ع. جعل من «إظهار رسم التوكيل أو نسخة رسميّة منه...» حقاً لمعاقد الوكيل «له أن يطالبه» به، لا التزاماً على كامل الوكيل. قارن مع أحكام المادة 106 من القانون المدني المصري التي تقضي بأنّه «إذا لم يعلن المعاهد وقت إبرام العقد أنّه يتعاقد بصفته نائباً، فإنّ أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أنّ من تعاقد معه النائب يعلم بوجود التّيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب». وقد أخذ المشرع المصري هذا الحكم عن القانون السويدي (الفصل 32: فقرة 2 من قانون الإلتزامات السويدي)، قارن أيضاً مع الفقرة الأولى من الفصل 164 من المجلة المدنيّة الألمانيّة.

(11) يفهم من أحكام الفصل 1148 من م.أ.ع. أنّ الإعلان عن صفة النائب دون التعريف بهويّة الأصيل لا يكفي لإتمام التّعاقد بالتّيابة بمعنى أنّ آثار ذلك العقد تنصرف إلى النائب دون الأصيل - الفصل 1148: «حقوق العقد الذي يضيفه الوكيل إلى نفسه ترجع إليه وهو المطلوب مباشرة لمن عاقدته ولو علم معاقده أنّ اسمه في العقد عارية أو بصفة كونه وكيلاً».

(12) يراجع: د. أنور سلطان - مصادر الإلتزام، الموجز في النظريّة العامّة للإلتزام، دار النهضة العربيّة، 1983، عدد 22، ص 27.

(13) يتمثّل عقد وساطة العملاء حسب الفصل 601 من م.أ.ع. في توكيل تاجر على أن يتعاقد مع غيره باسمه الخاصّ لكن لحساب موكله (أنظر الفصول 601 إلى 608 من م.أ.ع.).

(14) وهي الحالة التي لا يظهر فيها الموكل في التصرّف القانوني الذي يبرمه الوكيل. وقد ورد عن محكمة التّعقيب في قرارها عدد 9285، المؤرخ في 21 مارس 1984 (ن.م.ت. 1984 ج 1، ص 358) التعريف الأثني للإسم المستعار: «وحيث أنّ تعاقد الوكيل باسمه الخاصّ وبدون إفصاح عن وكالته للشخص الذي يتعاقد معه يسمّى في الإصطلاح القانوني بالتّعاقد بطريق التّسخير أو بواسطة الإسم المستعار. وحيث أنّ النائب قانوناً أنّ هذا النوع من التّعاقد هو حالة من حالات الوكالة لكنّها وكالة مسترة غير معلقة». وانظر أيضاً: G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, Tome 1, L.G.D.J., 1977, n° 215; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 667.

يكون إلا بالتّسبب إلى من يتعاقد مع من يعبر إسمه أو مع الوكيل بالعمولة وموكله، فالتّيابة تعتبر قائمة ويعمل بها في حقّهما، الأمر الذي يتعيّن معه على من يعبر إسمه أو على الوكيل بالعمولة أن ينقل آثار التصرّف الذي يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استعار إسمه أو إلى من وكلّه... ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفيها، فقد جرى الفقه والقضاء بمصر على تسميتها بالوكالة المستترة<sup>(15)</sup>. وتسمّى في الفقه المقارن بالتّيابة المنقوصة<sup>(16)</sup> أو التّيابة غير المباشرة<sup>(17)</sup>.

## II - إحلال إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل

108 - يتكوّن العقد في حالة التّيابة بتلاقي إرادة النائب من جهة وإرادة المعاهد الآخر من جهة أخرى. أمّا الأصيل فإنّه لا يساهم مبدئياً في إبرام العقد ولا يعبر بالتالي عن إرادته فيه بالرغم من أنّ العقد يرتب آثاره في ذمّته. ولما كان أساس التّيابة إحلال إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل، فإنّ التّعاقد بالتّيابة يختلف جوهرياً عن التّعاقد بواسطة رسول وذلك من حيث أنّ الرسول على خلاف النائب لا يعبر عن إرادته الشخصيّة عند التّعاقد إنّما يقتصر على نقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر. ويعتبر التّعاقد في هاته الصّورة بين غائبين وذلك على خلاف التّعاقد بالتّيابة الذي يعتبر تعاقدًا بين حاضرين إذا جمع النائب ومعاقدته مجلس واحد<sup>(18)</sup>.

109 - ويترتب عمّا سبق عرضه أنّه يشترط في النائب أن يكون مميّزاً عاقلاً قادراً على التّعبير عن إرادته. أمّا الأهليّة فتشترط في الأصيل دون النائب وذلك عملاً بالقاعدة العامّة التي لا تفترض اشتراط الأهليّة إلا في من تنصرف

(15) يراجع: د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظريّة العقد... عدد 110، ص 230، هامش 1 و 2. وانظر أيضاً القرار التّعقيبي المدني عدد 9285، المؤرخ في 21 مارس 1984، ن.م.ت. 1984، ج 1، ص 358.

(16) يراجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 664 et 667. MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 79; CARBONNIER, 4, op. cit., n° 80; WEILL et TERRE, op. cit., § 53.

(17) وهو المصطلح الوارد عند الفقهاء بسويسرا: أنظر: P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, op. cit., tome 1, § 17, n° 1060 à 1063.

(18) يراجع: د. عبد المنعم فرج الصّدّة، نظريّة العقد... عدد 223، ص 329.

## أ - النيابة الإتفاقية

112 - وهي التي يستمدّ فيها النائب سلطته في التعاقد من إرادة الأصيل بموجب عقد الوكالة الذي يبيّن حدود وكالته (الفصول 1104 إلى 1171 من م.ع.ا.<sup>(22)</sup>).

## ب - النيابة القانونية

113 - وهي التي يستمدّ فيها النائب سلطته في التعاقد باسم الأصيل وحسابه من القانون كالأب الذي يسند له القانون صفة الولي الشرعي على أبنائه القصر<sup>(23)</sup>. وقد يفوض القانون تحديد شخص النائب للقاضي كما هو الحال مثلا بالنسبة للوصي أو للمؤمن العدلي<sup>(24)</sup>. وإذ يصحّ لهذا السبب تسمية هذه النيابة بالنيابة القضائية فإنها تبقى مع ذلك نيابة قانونية باعتبار أنّ القانون هو الذي يحدّد سلطة النائب في هذه الحالة وليس القاضي.

## II - تجاوز النائب لحدود سلطته

114 - يتّجه التفريق هنا بين حالة تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع (أ) وحالة تجاوزها من حيث الأشخاص (ب).

## أ - تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع

115 - تنصرف آثار العقد الذي يبرمه النائب كما رأينا إلى الأصيل. لذلك يجب أن يتصرّف النائب في حدود السلطنة المخوكة له بموجب الإتفاق أو القانون بحسب الحالات. وإذا خرج النائب عن تلك الحدود فإنّ تصرّفه لا يلزم مبدئيًا الأصيل. ونظرا لما قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالح الطرف الآخر في العملية أي المعاهد فإنّ المشرّع التونسي حاول التوفيق بين مصالح متضاربة: مصلحة الأصيل من جهة، ومصلحة معاقده من جهة أخرى.

(22) يراجع: Philippe LE TOURNEAU, De l'évolution du mandat, D. 1992, Chr., p. 157.

(23) الفصلان 154 و155 من م.ع.ا.ش.

(24) يراجع مثلا الأمر المؤرخ في 18 جويلية 1957 المتعلّق بتنظيم تسمية المقدمين ومراقبة نصرّفاتهم وحساباتهم والأمر عدد 27 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلّق بالولاية العمومية والكفالة والتبني.

إليه آثار الإلتزام سلبا أو إيجابا (الفصل 3 من م.ع.ا.). وقد كرّس المشرّع هذا الحلّ صراحة في حالة الوكالة (الفصل 1105 من م.ع.ا.)، غير أنّه يستثنيه بالنسبة لحالات النيابة القانونية التي غالبا ما تقرّر لحفظ مصالح عديم الأهلية، ممّا لا يعقل معه أن تعهد تلك المصالح لنائب لا تتوفّر في شخصه شروط الأهلية الكاملة<sup>(19)</sup>.

ومن نتائج إحلال إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل أيضا أنّ تقدير عيوب الرّضى كسبب من أسباب إبطال العقد الذي يُبرم بطريق النيابة يتمّ بالنظر إلى سلامة إرادة النائب لا باعتبار إرادة الأصيل. والأمر يكون بالمثل فيما يتعلّق بحسن النية أو سونها أو علم بعض الظروف التي يقتضي العقد المبرم بالنيابة العلم بها. من ذلك مثلا أنّ معرفة المشتري للمبيع معرفة كاملة في عقد البيع تقدّر بالنسبة للنائب لا بالنسبة للأصيل في صورة الشراء بالنيابة<sup>(20)</sup>.

§ 3 - سلطة النائب<sup>(21)</sup>

110 - لا يمكن للنائب أن يتصرّف باسم الأصيل إلا في حدود السلطنة المخوكة له. فما هي مصادر سلطة النائب (I) وما هي عواقب تجاوزه لحدود سلطته (II) أو تصرّفه في حقوق غيره بدون سلطة (III).

## I - مصادر النيابة

111 - ينصّ الفصل 37 من م.ع.ا. على أنّه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التّزام له إن لم يكن مأذونا في النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكمية»، ويفهم من هذا النصّ أنّ النيابة تتكوّن بحسب مصدرها من نوعين أساسيين. فهي إما نيابة إتفاقية (أ) أو نيابة قانونية (ب).

(19) يراجع: د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام، النّار الجامعية 1988، عدد 78، ص 111.

(20) يراجع: د. عبد الفتّاح عبد الباقي، نظرية العقد... عدد 109، ص 225. وانظر أيضا: P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, Tome 1, op. cit., n° 939.

(21) يراجع: E. GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, thèse, Paris II, Economica, 1985, préf. G. CORNU.



ب - تجاوز حدود النيابة من حيث الأشخاص : مسألة تعاقد النائب مع نفسه

116 - تتمثل هذه المسألة في صيغتين. أما الصيغة الأولى فهي التي يتصرف فيها شخص في حق نفسه من جهة وفي حق غيره بصفته نائبا له من جهة أخرى، كأن يشتري زيد لخاصة نفسه العقار الذي كلفه عمرو ببيعه نيابة عنه. أما الصيغة الثانية للتعاقد مع النفس فتتمثل في النائب الذي يتصرف باسم وحساب أصيلين كأن يكون في عملية عقارية معينة وكبلا عن زيد بالبيع ووكيلا عن عمرو بالشراء.

فهل يجوز مثل هذا التعاقد ؟ وهل فيه من ناحية النائب تجاوزا لحدود

نيابته؟

ففي حين يتفق أغلبية شرّاح القانون في فرنسا على صحة العملية باعتبار أنّ للنائب فيها السلطة القانونية والقدرة المادية على التعبير عن إرادتين مختلفتين - مع تنبيه معظمهم إلى مخاطرها على مصالح الأصيل خاصة لما يكون العقد مبرما في حقّ هذا الأخير من جهة وفي حقّ نائبه من جهة أخرى -، يمنع التشريعيان السويسري<sup>(26)</sup> والألماني<sup>(27)</sup> التعاقد فيهما مع النفس بدون ترخيص من الأصيل إلا إذا اندرجت العملية ضمن الوفاء بالتزام سابق (بالنسبة للقانون الألماني) أو إذا ثبت أنه لا يخشى من إتمامها أي خطر مضرّ بالأصيل (بالنسبة للقانون السويسري). أما القانون التونسي فقد نصّ صراحة على منع التعاقد مع النفس وذلك ضمن الفصل 549 من م. ا. ع. الذي جاء به أنّ «من كان له التصرف بالنيابة عن غيره كالمقدم والمدير ليس له أن يعقد لنفسه ولو بواسطة»<sup>(28)</sup> ويتأيد هذا الحكم العام بالفصول 567 إلى 570 من م. ا. ع. التي

(26) براجع : P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, op. cit., Tome 1, n° 987 : 184, p. 989.

(27) الفصل 181 من المجلة المدنية الألمانية.

(28) براجع تطبيقا لهذا النصّ وتحديدًا لبعده القانوني : القرار التعقيبي المدني عدد 4252 المؤرخ في 17 نوفمبر 1981، ق. ت. 1982، عدد 7، ص 102. وقد ورد بهذا القرار ما يلي : «وحيث يؤخذ من منطوق هذا النصّ ومفهومه أنّ التحجير الذي جاء به هو تحجير عامّ شامل لكافة الثواب سواء الوارد ذكرهم بالفصول 566 إلى 569 أو غيرهم من المشتهين بهم كالوكيل الإنفائي. وأنّه لا يقتصر على عدم جواز أن يعقدوا لأنفسهم في ما وقعت إنابتهم فيه ودون لزوم أن يكون النائب متصرفًا في أملاك موكله بل أنّه يشمل حتى النيابة في إجراء عمل أو إبرام عقد في أمر معين. وهو الاتجاه الذي كانت سارت فيه هذه المحكمة في قرارها الصادر في 2

فبالإضافة إلى تحديده لالتزامات الوكيل بشدّة معتبرة إذا كانت الوكالة في حقّ قاصر أو مولى عليه أو ذات معنوية، أو إذا كان الوكيل مأجورا (الفصلان 1131 و1132 من م. ا. ع.)، تتجلى إرادة المشرّع أكثر في سعيه، مراعاة لمصالح المعاهد، لإنقاذ العقد في أكثر ما يمكن من الحالات بالرغم من تجاوزات الوكيل. ومثال ذلك ما نصّ عليه الفصل 1155 م. ا. ع. من أنّ «الموكل يبقى ملزما بتصرفات الوكيل الخارجة عن حدود سلطته :

1) إذا اطلع عليها وأمضاها ولو بغير تصريح،

2) إذا انتفع بها،

3) إذا خالف الوكيل أمر موكله بما هو أحسن،

4) إذا خالف الوكيل شرط موكله بالزيادة في التكاليف إذا كان الفرق

يسيرا...».

ولا بدّ أن نذكر في نفس هذا المعنى بأحكام الفصل 1163 م. ا. ع. التي نصّت على أنّ «عزل الوكيل عن كلّ الوكالة أو عن بعضها لا يكون حجة على من عاقد جاهلا بالعزل...». ولعلّ في أحكام هذا النصّ تكريسا لنظرية الوكالة الظاهرة التي عمّقها شرّاح القانون في فرنسا في غياب نصّ بالمجلة المدنية الفرنسية مثل الفصل 1163 من م. ا. ع. تراعى فيه بنجاعة مصالح من تعاقد عن حسن نيّة مع من فقد حقّ النيابة<sup>(25)</sup>.

(25) في خصوص نظرية الوكالة الظاهرة وحماية الغير وحول الإتجاهات في التشريع الإسلامي وفي قوانين بعض البلدان العربية، براجع توفيق حسن فرج، المذكور أعلاه، ص 113. أما بالنسبة للقانون الفرنسي فبراجع خاصة : LESCOT, Le mandat apparent, Sem. Jur. 1964. I. 1826; J.P. ARRIGHI, Apparence et réalité en droit privé. Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes, thèse, Nice, 1974, n° 168 et s.; J.L. SOURIOUX, La croyance légitime, Sem. jur. 1982, I, 3082, L'abus de pouvoirs ou de fonctions, Trav. Ass. H. Capitant, t. XXVIII, 1971. V° aussi CALAIS-AULOY, Essai sur la notion d'apparence en matière commerciale, thèse Montpellier, 1959; Annick BATTEUR, Le mandat apparent en droit privé, th. Caen, 1989, multigr., 2 vol.; CH. PAGNON, L'apparence face à la réalité économique et sociale, D. 1992, Chr., p. 285.

## § 4 - آثار النّيابة

118 - في علاقة الغير المعاهد بالنائب : بما أنّ آثار العقد بما فيها من حقوق وواجبات تنصرف إلى الأصيل، فإنّه لا يمكن للنائب أن يطالب المعاهد بأيّ حقّ متولد عن العقد كما لا يكون ملزماً قبل المعاهد (الغير) بأيّ التزام.

119 - في علاقة الغير المعاهد بالأصيل : تتولد آثار التصرف الذي يبرمه النائب في ذمّة الأصيل مباشرة ويصير هذا الأخير بذلك دائناً ومديناً.

120 - في علاقة النائب بالأصيل : تخضع هذه العلاقة إلى الإتّفاق الذي ينظّمها في حالة النّيابة الإتّفاقية وإلى القانون في حالة النّيابة القانونية.

## الفرع الثاني : وجود الرّضى

121 - كيف ومتى وأين يوجد الرّضى ؟ إنّ الجواب على هاته الأسئلة أساسي طالما أنّ العقد لا يعدّ تاماً مبرماً إلاّ بحصول رضاه عليه «على أركانه وعلى بقية الشّروط المباحة التي جعلها المتعاقدان كركن له» (الفصل 23 من م.ع.ا.ع.). ولئن أجمعت معظم التشريعات على أنّ رضاه الطرفين يحصل بتلاقي إرادتهما (18) وتطابقهما على إنشاء أثر قانوني ملزم، فإنّ تحديد تطابق تينك الإرادتين من حيث المكان والزّمان كثيراً ما يكون مصدر صعوبات مادية وقانونية هامة وذلك لأسباب من الممكن حصرها، من ناحية في الظّروف المكانية للتّعاقد التي تميّز مسألة التّعاقد بين غائبين أو التّعاقد بمراسلة (28)، ومن ناحية أخرى في تشعب موضوع التّعاقد الذي كثيراً ما يفرض على المتعاقدين وخاصة على رجال الأعمال منهم إبرام اتّفاقات تمهيدية لتكوين العقد (38).

## § 1 - تلاقي الإرادتين

122 - إنّ التّراضي بين الطرفين المتعاقدين يتمّ بصدور قبول عن أحدهما، ويسمّى القابل أو الموجب له، لعرض أو إيجاب بادر به الطرف الآخر ويسمّى الموجب. فإذا اقترن الإيجاب (I) بقبول مطابق له (II) تمّ

تحرمّ على الأولياء والأوصياء والمقدّمين والمحامين حقّ شراء الأملاك الرّاجعة لمظورهم، وكذلك بالفصل 78 من م.ت. الذي لا يسمح لمسيّري الشّركات الخفية الإسم التّعامل شخصياً مع تلك الشّركات إلاّ بشروط مضبوطة كفيلة بضمان مصالح الذات المعنوية<sup>(29)</sup>.

## III - النّيابة بدون سلطة

117 - إنّ العقد الذي يبرمه النائب بدون سلطة لا تنصرف آثاره إلى الأصيل. على أنّه «يصحّ التّعاقد في حقّ الغير على شرط تصديقه...» (الفصل 40 من م.ع.ا.ع.) ولا ينفكّ في هاته الصّورة التزام المعاهد إلاّ إذا لم يعرف من وقع العقد في حقّه بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلامه بالعقد من طرف المعاهد (الفصل 40 من م.ع.ا.ع.). وهي حالة الوكالة اللاحقة<sup>(30)</sup> التي ينصّ عليها الفصل 41 من م.ع.ا.ع. بمقولة أنّ : «التّصديق على العقد كالتوكيل»<sup>(31)</sup>.

نوفمبر 1944 تحت عدد 4671 وأبرزت فيه من جهة أخرى أنّ التّحجير الوارد بالفصل 549 مدني ... لا يقتصر على المقدّم والمدير وإنما يمتدّ حكمه حتى إلى الوكيل الاتّفاقي باعتبار أنّ ذكر المقدّم والمدير إنّما ورد على سبيل المثال المنتج من إضافة أداة التشبيه لكلّ من المقدّم والمدير لا على وجه الحصر والاستيعاب. وحيث أنّ القاعدة المشار إليها والمتعلقة بعدم جواز عقد الوكيل لنفسه في ما وقعت إنباته فيه بعزّها ما قرّره الفقيه المالكي ابن زرقون من أنّه اختلف في الوكيل على شراء سلعة بعينها يشتريها الوكيل لنفسه فروى أصبغ عن ابن القاسم أنّ السلعة للأمر (المعيار الجديد للشيخ المهدي الوزّاني). وانظر أيضاً القرار التعقيبي المدني عدد 44867 المؤرّخ في 6 فيفري 1995 الذي أجاز بيع الوكيل لزوجه ملاحظاً أنّ مجرد وجود قرابة ولو كانت متينة لا يكفي لقيام الوساطة طالما لم يثبت على التّحو المبيّن بالفصل 486 من م.ع.ا.ع. أنّ العقد كان في حقيقة الأمر مسند إلى شخص الوكيل لا إلى زوجته (ق.ت. 1996 ، عدد 10 ، ص 83).

(29) في خصوص مسألة التّعاقد مع النّفس في التشريع الإسلامي، يراجع د. عبد المتعمّ فرج الصّدة، نظرية العقد... عدد 250، ص 375 وما بعدها.

(30) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 17108 ، المؤرّخ في 2 ماي 1989 ، ق.ت. 1990 ، عدد 6 ، ص 57 الذي ينصّ على أنّ «ما يصدر عن الوكيل يمضي في حقّ الموكل ولو كان التوكيل لاحقاً لذلك التصرف». وانظر أيضاً الحكم الابتدائي المدني عدد 36 ، المؤرّخ في 29 ديسمبر 1960 ، ق.ت. 1961 ، عدد 2 ، ص 56 الذي جاء به أنّ «التّعاقد في حقّ الغير يصحّ بتوفّر أركانه حسب الفصل 40 من م.ع.ا.ع. وأنّ الفرق الجوهرية بين التّعاقد في حقّ الغير والتّعاقد بمقتضى إنباته أو توكيل أنّ المعاهد في حقّه في الصّورة الأولى إنّما هو طرف أجنبيّ بخلاف الثانية».

(31) يراجع في خصوص هاته المسألة، العدد 459 أسفله وما بعده.

التراضي وصح العقد<sup>(32)</sup>.

## I - الإيجاب

123 - الإيجاب هو تعبيرات عن إرادة حرة، حقيقية، جدية وواعية يتضمن عرضا للتعاقد حسب شروط معينة يوجهه الموجب لشخص آخر معين أو لأشخاص غير معينين. فما هي إذن خصائص الإيجاب (أ)، وما هي آثاره (ب).

أ - خصائص الإيجاب<sup>(33)</sup>

124 - من الخصائص المميّزة للإيجاب أن يكون باتًا لا لبس فيه (1)، دقيقًا مشتملًا على كامل أركان العقد (2) دون أن تتوقف صحته على أي شرط شكلي (3).

125 (1) - يجب أن يكون الإيجاب باتًا لا لبس فيه : ونعني بذلك أن يكون معبرًا عن إرادة صريحة للتعاقد في ظروف وبشروط مضبوطة. ولا يعدّ إيجابًا مجرد التعبير عن رغبة في التعاقد لا تتضمن شروط ذلك التعاقد ويقصد بها فقط دعوة الطرف الآخر للتفاوض<sup>(34)</sup>، كمن يعرض شيئًا للبيع دون بيان ثمنه.

(32) يراجع : J.L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat; v° aussi, J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 17; MARTY et RAYNAUD, II, n° 98; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 133; GHESTIN, Le contrat : formation, op. cit., n° 199 à 226 - 2.

وانظر أيضا، د. عبد المنعم فرج الصنّة : نظرية العقد... § 152 إلى 205. ود. عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية العقد... ص 119 إلى 243.

(33) أنظر : GHESTIN, Les obligations, le contrat : formation, op. cit., n° 201. يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 139 à 142, et MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 99 et 100; GHESTIN, op. cit., n° 202 à 204.

(34) أنظر تطبيقًا لهذه القاعدة القرار المدني الصادر عن محكمة الإبتتاف بصفافس في 1 ديسمبر 1960 تحت عدد 127، ق.ت. 1961، ص 1544 الذي اعتبر من جهة أنّ أحكام الفصل 18 من ا.ع.، التي تنصّ على أنّ «مجرد الوعد لا يترتب عليه التزام»، لا تنطبق إذا تضمن ذلك الوعد كامل الأركان الجوهرية للعقد، ومن جهة أخرى أنّ طلب الفسخ استنادًا إلى الفصل 18 المذكور يعدّ من اللغو ولا موضوع له في الوعد المجرّد. يراجع في نفس المعنى قرار تعقيبي مدني عدد 5009، مؤرّخ في 16 فيفري 1982، ن.م.ت. 1982، ج I، ص 377. والقرار التعقيبي المدني عدد 34960 المؤرّخ في 6 أوت 1992، ن.م.ت. 1992، ص 565.

## (2) 126 - يجب أن يكون الإيجاب دقيقًا مشتملًا على كامل

أركان العقد وعلى بقية شروطه المباحة (الفصل 23 م.ا.ع.). بحيث يكفي أن يعبر الموجب له عن قبوله بقوله «قبلت» ليصحّ التراضي ويكتمل العقد (الفصل 32 م.ا.ع.). ومن ذلك أنّ الإيجاب في البيع يفترض بيان المبيع وتحديدته وتحديد ثمنه وإلا فإنه لا يعدّ إيجابًا. على أنّه لا يشترط في الإيجاب أن يكون موجّهًا لشخص معين. ويجوز بالتالي أن يكون موجّهًا للعموم. ومثال ذلك، الحالة المنصوص عليها بالفصل 36 م.ا.ع. المتعلّق بعرض الشيء للمزايدة الذي يعدّ «إيجابًا يقبله من وقفت عليه المزايدة...» حسب صريح الفصل 36 المذكور<sup>(35)</sup>. ولا يعتبر الإيجاب غير مشتمل على كامل أركانه بسبب عدم بيانه لشخص الموجب له، إلا إذا تعلق بعقد يعتدّ فيه بالإعتبار الشخصي كعقود الشغل والوكالة والتبرّع. فالعرض الموجه إلى العموم بقصد إبرام عقد شغل مثلا، ليس إيجابًا بالمعنى القانوني لهذه العبارة. ومجرد قبوله من طرف شخص لا يكفي لإتمام العقد. ولا يحصل الرضى في هاته الحالة، نظرا لأهمية شخصية المتعاقد في عقد الشغل، إلا بعد موافقة الطرف الذي بادر بالعرض على شخص من قبل ذلك العرض<sup>(36)</sup>.

## (3) 127 - وإن كان لابدّ على الموجب أن يظهر إرادته في التعاقد حتى

تبلغ إلى الشخص أو الأشخاص المعيّنين بالإيجاب، فإنّ التظاهر بالإرادة إلى الخارج لا يخضع مبدئيًا إلى أي شرط شكلي<sup>(37)</sup>. ويجوز الإيجاب كتابة عن طريق الرسائل إلى الحرفاء، أو الإعلانات أو الإشهارات، كما يجوز شفاهة أو حتى بمجرد الإشارة كالتّي يوجهها مسافر إلى سائق سيارة أجرة.

(35) يراجع في هذا الخصوص محمّد الملقى، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، مذكور أعلاه، ص 28. وانظر : A. VIALARD, L'offre publique de contrat, Rev.Trim.Dr.Civ., 1971, p. 750; TROCHU, Les offres publiques d'achat, Rev.Trim.Dr.Com., 1967, p. 695.

(36) يراجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 100, p. 83.

(37) يراجع في هذا الخصوص : A. RIEG, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Trav. Ass. Capitant, 1968, p. 43, n° 3; P. GODE, Volonté et manifestations tacites, thèse LILLE, 1977, préface J. PATARIN.

أنّ القبول يبقى جائزا ولو تأخر عن الإيجاب ما دام قد صدر قبل آخر المجلس<sup>(41)</sup>. أما الشافعية فيشترطون الفور في القبول ولكنهم يقولون في الوقت ذاته بخيار المجلس<sup>(42)</sup>. ومعنى ذلك أنّه يجوز للموجب له أن يرجع في قوله قبل آخر مجلس العقد، مما يجعل الفرق بين المذهبين الحنفي والشافعي محدودا جدا عمليا. أما المذهب المالكي فيشترط الفورية بدون تنازل، وهو حلّ ينطوي على مساوئ جسيمة بالنسبة للموجب له الذي يحتاج بدون شك إلى مهلة زمنية يفكر أثناءها في الجواب الأكثر ملاءمة مع مصالحه. وهو ما وقع التعبير عنه في البدائع كما يلي: «ولنا أنّ في ترك اعتبار الفور ضرورة لأنّ القابل يحتاج إلى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل»<sup>(43)</sup>. فما هو موقف القانون التونسي من هذين الإتجاهين: هل هو يمكن القابل من مهلة كافية للتأمل الذي يحتاجه بالرغم من تمسكه بالمبدئي بالفورية، مثلما هو الأمر في المذهبين الحنفي والشافعي<sup>(2.1)</sup>، أم أنّه يقرّ الفورية بدون تنازل على غرار المذهب المالكي<sup>(1.1)</sup>؟

1.1 - 130 - إنّ الأخذ بالفورية المطلقة يبدو ممكنا في القانون التونسي إذا اعتبرنا من جهة إشارة المشرع الصريحة ضمن الفصل 27 المذكور إلى ضرورة القبول الحيني، وكونه من جهة أخرى لم يعتن بتنظيم مهلة زمنية للقبول إلا في الحالات التي يستحيل فيها ماديا القبول الحيني، وهي صور التعاقد بين غائبين، تاركا في ما عدا ذلك من الحالات مسألة أجل القبول من عدمه إلى محض اختيار الموجب نفسه<sup>(44)</sup>. ومن نتائج الفورية المطلقة أنّ الموجب ليس ملزما بالإبقاء على إيجابه مهلة زمنية معينة، وله حق الرجوع فيه مادام العقد لم يتمّ بالقبول (الفصل 30 من م.أ.ع.).

ولقد كرّس الفقه والقضاء بفرنسا مبدأ حرية الرجوع في الإيجاب استنادا

(41) يراجع السّهوري، الوسيط، I، عدد 109، ص 215، الهامش عدد 1.

وانظر شفيق شحاتة: Théorie des obligations en droit musulman, n° 139.

(42) يراجع السّهوري، المرجع المذكور أعلاه.

(43) البدائع 5، ص 137 (عن السّهوري - نفس المرجع).

(44) يراجع: A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, L.G.D.J., 1961, n° 82.

## ب - آثار الإيجاب

128 - هل يلزم الإيجاب الموجب؟ إنّ الردّ على هذا السؤال الهامّ يلي علينا أن نفرّق بين الإيجاب المجرد (1) ونعني به الإيجاب غير المقيّد بأجل، والإيجاب المقيّد بأجل (2).

### 1 ( الإيجاب المجرد

129 - جاء بالفصل 27 من م.أ.ع. أنّه «إذا عرض شخص على شخص آخر حاضرا بمجلسه عقدا من العقود ولم يعيّن له أجل لقبوله أو رفضه فلا يترتب على ذلك شيء إن لم يقبله في الحين. وهذا الحكم يجري فيما يعرضه شخص على شخص آخر بواسطة التّلفون». يفهم مبدئيا من صريح أحكام هذا النصّ أنّه لا يترتب على الإيجاب الصّادر من الموجب إلى شخص حاضر بمجلسه أي أثر، بل يسقط الإيجاب بمجرد عدم قبوله في الحين. وقد أخذ المشرع التونسي هذه القاعدة عن التشريعين الألماني<sup>(38)</sup> والسويسري<sup>(39)</sup>. على أنّ اشتراط الفورية في القبول مستمد أيضا من التشريع والفقه الإسلاميّين<sup>(40)</sup>. وتنبغي الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ معظم المذاهب الفقهية قد لطفت من شدة قاعدة الفورية بالنسبة للموجب له. وقد اعتمد المذهب الحنفي للغرض نظرية اتحاد مجلس العقد. ومجلس العقد هو المكان الذي يضمّ المتعاقدين طيلة انشغالهما بالتعاقد. والمقصود باتحاد مجلس العقد

(38) يراجع الفصل 147 فقرة 1 من المجلة المدنية الذي ينصّ في صيغته الفرنسية على ما يلي: "L'offre faite à une personne présente ne peut être acceptée que sans délai. Il en est de même d'une proposition faite de personne à personne par téléphone". (V° CODES ALLEMANDS... traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de Maître WILLIAM GARCIN, Editions Jupiter - Paris, 1967).

(39) يراجع الفصل 4 من مجلة الالتزامات السويسرية، وقد جاء به: "Lorsque l'offre a été faite à une personne présente, sans fixation d'un délai pour l'accepter, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement". "Les contrats conclus par téléphone sont censés faits entre présents, si les parties ou leurs mandataires ont été personnellement en communication".

(40) يراجع: د. عبد المنعم فرج الصّدة: نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة 1990، الجزء الأول، ص 272 إلى 287. وعبد الرزّاق السّهوري: مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، الجزء 2، ص 5 وما بعدها، وكذلك الوسيط، I، عدد 109، ص 214.

إلى النظرية التقليدية التي ترى أنه لا يمكن للإرادة المنفردة أن تكون مصدر التزام<sup>(45)</sup>، الأمر الذي نتج عنه في التطبيق تعدد إيجاد سند قانوني صحيح وثابت لمبدأ التعويض عن الأضرار الفادحة التي كثيرا ما تلحق بالموجب له تبعا لممارسة الموجب لحقه في الرجوع في إيجابه بتسرع أو بصفة مباغتة. وقد حاول بعضهم تبرير التعويض في مثل هاته الحالات بافتراض تعهد الموجب بالإبقاء على إيجابه وذلك إما بناء على إرادته المنفردة (المفترضة) - مما أثار من جديد جدلا فقهيًا حول مدى صحة التعهد القانوني الأحادي في القانون الفرنسي<sup>(46)</sup> - أو بموجب عقد تمهيدي (مفترض أيضا) يربطه بالموجب له<sup>(47)</sup>. كما استند جانب آخر من الفقه للغرض نفسه إلى المسؤولية الناجمة عن خطأ الموجب المتمثل في التعسف في ممارسة حق الرجوع في الإيجاب<sup>(48)</sup>. أما فقه القضاء فإنه لم يقبل فكرتي التعهد المنفرد أو الناتج عن عقد تمهيدي إلا في الحالات النادرة التي ثبتت فيها إرادة الموجب، ولو بصفة ضمنية، على الإبقاء على إيجابه<sup>(49)</sup>. ولكنه استقر في ما يبدو على إلزام الموجب بالتعويض كلما رجع هذا الأخير في إيجابه بدون مبرر، وقبل مرور «الأجل الأدبي المناسب» الضروري لتمكين الموجب له من تحديد موقفه من الإيجاب الصادر له<sup>(50)</sup>. ذلك أن الفقهاء والمحاكم مجمعون في فرنسا على أن الفورية المطلقة التي يفرضها عليهم احترام النظريات الذاتية السائدة في القانون الفرنسي، وخاصة منها نظرية سلطان الإرادة، تتعارض تماما مع ما تقتضيه الثقة والاستقرار والأمانة في التعامل، مما أدى إلى حصر النقاش بينهم في كيفية تجاوز الصعوبات النظرية التي تحول دون إلزام الموجب بترك مهلة تأمل للموجب له.

(45) براجع : MARTY et RAYNAUD, Droit civil II, Les obligations, op. cit., n° 101 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, 2, contrat, op. cit., n° 49 et s.; GHESTIN, Les obligations, le contrat : formation, 2è éd., op. cit., n° 208 et s. وانظر خاصة القرار التعقيبي المدني المؤرخ في 3 فيفري 1919 (D. 1923, p. 126).

(46) براجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, op. cit., n° 214.

(47) براجع : DEMOLOMBE, Cours de droit civil français, t. XXIV, n° 63 et s.

(48) براجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, op. cit., n° 217.

(49) براجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, op. cit., n° 214.

(50) براجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, op. cit., n° 218.

وهكذا استطاع فقه القضاء أن يلطف من حدة الفورية على النحو المبين أعلاه.

2.1 - 131 - وإذ يتبين من التحليل أعلاه أن الثقة والأمانة في التعامل

يفرضان على الموجب إحترام فترة التأمل التي يحتاجها الموجب له، فإنه يصبح من الضروري البحث عن سند التعويض الملائم في القانون التونسي عن الأضرار الناجمة عن الرجوع السابق لأوانه في الإيجاب الصادر بدون تحديد أجل للجواب. على أن الأمر قد لا يكون بالصعوبة التي شاهدناها في القانون الفرنسي، ذلك أن السند الذي نبحت عنه يمكن أن يوجد ضمن أحكام الفصل 27 م. 1. ع. المذكور باعتبارها تنظم، بإشارتها الصريحة لمفهوم مجلس العقد، إجراءات التعاقد بين حاضرين في إطار مكاني وزماني يسمح بالقول بأن الفورية التي تنص عليها هي نسبية وليست مطلقة. وهذا يعني بعبارة أوضح أن القبول في الحين على معنى الفصل 27 م. 1. ع. هو القبول الصادر أثناء مجلس العقد وقبل انفضاضه. ومما يدعم هذا الرأي، الذي يقول في الواقع بتبني المشرع لنظرية اتحاد مجلس العقد، ما ورد بالفصل 30 من م. 1. ع. من أنه «يسوغ الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول...». ذلك أن في مجرد تصور المشرع لإمكانية الرجوع في الإيجاب قرينة قوية على أن الإيجاب في نظره يبقى قائما فترة زمنية معينة بعد صدوره ولا يسقط بسبب عدم قبوله الفوري خلافا لما قد توحى به قراءة أولى وسريعة لأحكام الفصل 27 م. 1. ع. ومما يلفت الإنتباه أيضا ما ذهب إليه الفقه السويسري من أن القبول الفوري على معنى الفصل 4 من مجلة الالتزامات السويسرية (المطابق للفصل 27 م. 1. ع.) هو «القبول الذي يصدر قبل انتهاء المباحثات»<sup>(51)</sup>، الأمر الذي يستخلص معه أن الفصل 27 من م. 1. ع. يتضمن إلزاما قانونيا وضعه المشرع على كاهل الموجب يتمثل في ضرورة احترام اتحاد مجلس العقد من طرفه وذلك بأن لا يمارس حق الرجوع في الإيجاب الذي تمنحه إياه أحكام الفصل 30 من م. 1. ع. قبل مرور فترة التأمل التي يحتاجها الموجب له، وهي المهلة

(51) براجع : P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, I, op. cit., n° 310, p. 59.

الزّمنيّة التي يكون فيها هذا الأخير منشغلا تمام الإنشغال بموضوع العقد المعروض عليه<sup>(52)</sup>.

ويعدّ عدم احترام اتّحاد مجلس العقد مخالفة للقانون يتكوّن منها خطأ على معنى الفصلين 82 و83 من م.ا.ع. قد يعرض الموجب إلى دفع غرامات للموجب له تعويضا عن الضرر الذي يكون قد لحقه نتيجة ذلك الخطأ. ويبدو أنّ محكمة التعقيب قد تبنت هذا الاتجاه في قرارها المؤرّخ في 4 فيفري 1988 الذي جاء به «أنّ الوقت المناسب لقبول العرض إنّما هو مسألة نسبيّة قد تطول أو تقصر حسب ظروف العقد وأحواله...» وهو ما قد يفهم منه أنّ الموجب ملزم من ناحيته بالإبقاء على التزامه مدّة زمنيّة مناسبة يخضع تحديدها إلى اجتهاد القاضي<sup>(53)</sup>.

132 - ويستتج بما تقدّم أنّ واجب الإبقاء على الإيجاب ليس وليد إرادة الموجب بل هو نابع عن التزام قانونيّ يتمثّل كما رأينا في احترام اتّحاد مجلس العقد من طرفه. ولما كان الأمر كذلك فقد لا يصحّ نعت الإيجاب المجرد بالتصرّف القانونيّ الأحاديّ الملزم لصاحبه (الفصل 22 من م.ا.ع.). طالما أنّ الموجب لا يلتزم بشيء إزاء الموجب له بحكم إرادته. وإنّه ولئن وجد نفسه ملزما باحترام اتّحاد مجلس العقد، فإنّ ذلك بحكم القانون وليس نتيجة التزام إراديّ منفرد من جانبه. ويترتب على هذا التحليل أنّ الإيجاب المجرد ينقرض بوفاء الموجب ولا يلزم ورثته على خلاف الإلتزامات النّاجمة عن العقود أو عن التصرّفات القانونيّة المنفردة.

(52) في خصوص المفهوم الموسّع لمجلس العقد في الشريعة الإسلاميّة وفي القانون المصري انظر عبد الرزّاق السنهوري - الوسيط، الجزء الأوّل، ص 124. ويراجع بالنسبة للقانون التونسي: المألقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 27 حيث يقول جازما ويدون أيّ تعليق ما يلي: «ويعتبر الإيجاب مسحوبا وغير عامل إذا مضى أجل مناسب بدون أن يحصل القبول. ويراعي في ضبط هذا الأجل مختلف الظروف ومقاصد الموجب والعوائد المحليّة. وقد جاء الفصل 27 بأنّ الإيجاب من شخص إلى آخر حاضر أمامه بدون تعيين أجل القبول يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل الشخص الآخر في الحال أي إلى آخر المجلس...».

(53) قرار تعقيبي مدني عدد 18708، صادر في 4 فيفري 1988، عدد 2، ص 69.

## ( 2 ) الإيجاب المقيد بأجل

133 - جاء بالفصل 33 من م.ا.ع. أنّ «من صدر منه الإيجاب وعيّن أجلا لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر إلى انقضاء الأجل. فإن لم يأت الجواب بالقبول في الأجل المذكور، إنفكّ التزامه»<sup>(54)</sup>. ويفهم من هذا النصّ أنّ الموجب الذي عيّن أجلا لقبول الإيجاب الصّادر منه يلتزم بحكم إرادته المنفردة بإبقاء إيجابه قائما طيلة ذلك الأجل بحيث لا يحقّ له الرجوع فيه ولا ينفكّ التزامه إلا بانتهاء ذلك الأجل، سواء صدر الإيجاب لغائب أو لحاضر<sup>(55)</sup>.

وغالبا ما يكون الإيجاب المقيد بأجل من قبيل التصرّف القانونيّ الأحاديّ على معنى الفصل 22 من م.ا.ع.، ولكنه من الجائز أيضا أن يصدر في شكل عقد وعد ممضى من الموجب له. ويتّجه في هاته الصّورة وصفه بالعقد الملزم لجانب واحد إذا ثبت أنّ شروط الإيجاب، بما في ذلك الأجل المعين لقبوله، قد حدّدت بمشاركة الموجب له وبموافقته دون أن يلزم نفسه بقبولها<sup>(56)</sup>. على أنّ الإيجاب المقيد بأجل يعدّ في جميع الحالات، سواء نشأ عن إرادة منفردة أو عن اتّفاق إرادتين، تصرّفا قانونيّا، الأمر الذي يترتب عليه أنّه يلزم ورثة

(54) انظر على سبيل المثال القرار التعقيبي عدد 34، المؤرّخ في 26 أكتوبر 1976 (ن.م.ت. 1976، ج III، ص 67) الذي اعتبر أنّ القبول الصّادر عن الموجب له بعد مرور الأجل الذي ضربه له الموجب للغرض بسنة عشر يوما لا عمل عليه. يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 22596 المؤرّخ في 5 ديسمبر 1989، المجلة القانونية التونسية 1992، ص 183.

(55) يراجع القرار التعقيبي الهامّ الصّادر في 25 ماي 1970 تحت عدد 6499 (ق.ت. 1971، ص 190)، وقد جاء به أنّه يؤخذ صراحة من الفصل 33 «أنّ الموجب يظلّ مرتبطا بإيجابه خلال الموعد المحدّد لقبول متى حدّد له ميعاد سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر».

(56) يراجع في خصوص طبيعة الوعد بالبيع القرار المدني التعقيبي عدد 358 المؤرّخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1130 (مع طلبات الأستاذ عبد اللطيف الحمروني مساعد وكيل الدوّلة العامّ لدى محكمة التعقيب). ويبدو أنّ الكتب موضوع النزاع في هذه القضية كان ممضى من الطرفين ولكنه لا يتضمّن سوى التزام الواعدة بالبيع دون الموعود له الذي ترك لنفسه، بموافقة الواعدة، حقّ الخيار إلى أجل محدّد، الأمر الذي لا يجوز معه وصف ذلك الكتب بالإلتزام «من طرف واحد على معنى الفصل 22 من م.ا.ع.» كما ذهبت إليه خطأ محكمة التعقيب في هذا القرار. وما من شكّ في أنّ الوصف الصّحيح للكتب موضوع النزاع هو الذي تمسّك به مغلّ وكالة الدوّلة العامّة لدى التعقيب بمقولة أنّه وعد بالبيع... «الإتفاق فيه منصب على إيجاب بالوعد بالبيع وقبول لهذا الوعد لا على نفس البيع... وهو من العقود الغير مسماة...».

وقد تبنت محكمة التعقيب هذا التحليل في قرارها عدد 6499، المؤرّخ في 25 ماي 1970 والمذكور أعلاه حيث أبرزت بوضوح «أنّ الإيجاب الملزم يتميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد، فالأوّل ينشأ قاتنا عن الإرادة المنفردة والثاني عن اتّفاق إرادتين».

135 - ويشير موضوع القبول الضمني مسألة ما إذا كان السكوت كافيا للتعبير عن القبول. ويرى أغليبيّة الشراح<sup>(63)</sup> أنّ السكوت لا يعدّ تعبيرا عن الإرادة ضرورة أنّ الردّ على الإيجاب يفترض اتّخاذ موقف إيجابي لا يمكن أن يعبر عنه السكوت الذي هو عمل سلبي. ولا يكون الأمر على خلاف ذلك إلا إذا اقتضى القانون أن يكون السكوت وحده علامة قبول ورضى. وهذه الحالات استثنائية في القانون الوضعي<sup>(64)</sup>. أمّا حالات القبول الضمني التي سبق التعرّض لها، فإنّ ثبوت القبول فيها لا ينتج عن السكوت إنّما عن تصرفات إيجابية تصدر عن الموجب له لتعبّر عن إرادته في التعاقد بدون أيّ لبس، أو بناء على افتراض يبرّره تعلق الإيجاب بمعاملات تجارية تقدّم الشروع فيها بين الطرفين، الأمر الذي يستخلص معه أنّ ظروف السكوت وملاساته هي التي قد تفيد القبول؛ أمّا السكوت وحده فهو غير قادر على تأدية هذا المعنى.

وجود المدّعية في القطار قرينة مادية قاطعة على التقاء الإيجاب والقبول في عقد النقل وتنفيذه من الطرفين يكون قد جاء موافقا للقانون مطبقا له تطبيقا صحيحا... (قرار تعقيبي مدني عدد 3990، مؤرّخ في 18 جوان 1981، ن.م.ت. 1981، ج II، ص 209).

(63) يراجع في هذا الخصوص : BARRAUT, Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations, thèse, Dijon 1912; De l'acceptation des factures par le silence, Annales dr. com. 1913, p. 347 et s.; POIRIER, Les effets juridiques du silence, thèse, Paris 1920. POPESCO RAMNICEANO, Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit, Rev. trim. dr. civ. 1930, p. 999 et s.; YUNG, L'acceptation par le silence de l'offre de contracter, Mélanges SECRETAN, p. 343 et s... MADJARIAN, Le silence et la formation du contrat, thèse, Strasbourg 1961; P. DIENER, Le silence et le droit, essai sur le silence en droit privé, thèse, Bordeaux, 1975; P. GODE, Volonté et manifestations tacites, thèse, Lille, 1977; LITTMANN, Le silence et la formation du contrat, thèse, Strasbourg, 1969.

(64) ومن أبرزها أحكام الفقرة 2 من الفصل 7 من القانون الفرنسي للتأمين المؤرّخ في 13 جولية 1930 الذي كان معمولا به في تونس قبل صدور مجلة التأمين (القانون عدد 24-92 المؤرّخ في 9 مارس 1992). وقد جاء بالفقرة المذكورة أنّ عدم رفض المؤمن في أجل عشرة أيام لإيجاب صادر عن المؤمن له بقصد التمديد أو التغيير في عقد التأمين أو استرداد مفعول عقد معلق يعدّ قبولا له من طرف المؤمن. يراجع أيضا ما نصّ عليه الفصل 794 م.أ.ع. من أنّ استمرار الكفري على الانتفاع بعد انقضاء مدّته لا يترتب عليه تجديد العقد إذا صدر تنبيه أو ما يقوم مقامه من أحد الطرفين يدلّ على عدم رضاه بتجديد العقد.

الموجب مثلما تلزمهم غيره من تعهّدات مورثهم القانونية (الفصل 241 م.أ.ع.)<sup>(57)</sup> وذلك خلافا لحالة الإيجاب الصادر بدون أجل مقيّد للموجب<sup>(58)</sup>.

## II - القبول

134 - القبول هو تعبير باتّ عن الإرادة يصدر من الموجب له ويترتب عليه، إذا تطابق مع الإيجاب، أن ينعقد العقد<sup>(59)</sup>. أمّا إذا جاء القبول في صيغة جواب موقوف على شرط أو قيد فيعتبر رفضا للإيجاب مصحوبا بإيجاب آخر (الفصل 31 م.أ.ع.)<sup>(60)</sup>.

وقد يكون القبول صريحا أو ضمّنيا، ويعدّ من باب القبول الضمني إجراء العمل بالعقد بلا شرط من طرف الموجب (الفصل 32 م.أ.ع.). كما يتمّ العقد أيضا بمجرد شروع الموجب له في العمل به إذا كانت طبيعة المعاملة لا تفرض جوابا صريحا بالقبول (الفصل 29 من م.أ.ع.). مثل الهبة التي يكفي فيها حوز الموهوب له للشّيء لثبوت قبوله<sup>(61)</sup>، أو إذا كان عرف التجارة لا يقتضي جوابا عندما يكون الإيجاب متعلّقا بمعاملات تجارية جارية تقدّم الشروع فيها بين الطرفين (الفصل 29 من م.أ.ع.)<sup>(62)</sup>.

(57) قرار تعقيبي مدني عدد 5869، مؤرّخ في 4 ماي 1948، ق.ت. 1962، ص 37.  
(58) إنّ أحكام الفصل 35 من م.أ.ع. التي تنصّ على سبيل الاستثناء على أنّه «لا يمنع إتمام العقد وفاة من صدر منه الإيجاب أو تقييد تصرفه بعد صدور الإيجاب منه إذا حصل القبول من الطرف الآخر قبل علمه بوفاة صاحب الإيجاب أو تقييد تصرفه» تخصّ فقط حالة الإيجاب الصادر لغائب. أمّا آثار الإيجاب الموجّه لحاضر بعد وفاة الموجب فهي تخضع للقانون العامّ ويختلف بالتالي الحلّ فيها بحسب نوع الإيجاب وطبيعته القانونية. (59) أنظر : توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، مذكور أعلاه، ص 95.

(60) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 3440، مؤرّخ في 6 فيفري 1940، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 152؛ وقرار تعقيبي عدد 66، مؤرّخ في 30 نوفمبر 1922، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 150، وانظر أيضا القرار التعقيبي عدد 483، المؤرّخ في 25 نوفمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 144.

(61) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 5147، مؤرّخ في 21 ديسمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج IV، ص 269.

(62) وقد استخلصت محكمة التعقيب من أحكام الفصل 29 من م.أ.ع. أنّ عقد النقل «يتكوّن بركوب المسافر على وسيلة النقل المعروضة بالمحطة على الجمهور الأمر الذي يعتبر إيجابا يتمّ قبوله من طرف المسافر الذي يصعد على تلك الوسيلة... مضيئة أنّ الحكم المطعون فيه «لا أسس قضاءه لصالح الدّعى على أنّ

## § 2 - نظام العقود المبرمة بين غائبين

136 - كثيرا ما يحدث أن يقع التعاقد بين غائبين. ويتم ذلك بأية طريقة من طرق المراسلة كالبريد أو برسول خاص. ويتمثل الفرق المميز بين هذه العقود والعقود المبرمة في مجلس واحد في الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به بالنسبة لجميع العقود بين الغائبين باستثناء العقود التي تبرم بواسطة الهاتف. وذلك ما يفسر أن المشرع نزلها منزلة العقود المبرمة في مجلس واحد (الفصل 27 من فقرة 2 من م.ا.ع.).

وتثير الخاصية المميزة لعقود المراسلة التساؤل حول المكان والزمان الذين يتم فيهما العقد. فهل يعدّ العقد مبرما في المكان وفي الزمان الذين يصدر فيهما القبول من الموجب له أم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بقبول الموجب له لإيجابه؟<sup>(65)</sup>.

وحتى نتأكد من أهمية الموضوع لابد من الإشارة إلى المصلحة القانونية من البحث عن زمان ومكان العقد.

أما تحديد زمان انعقاد العقد فهو ضروري في صورة صدور قانون جديد يغير من شروط انعقاد العقد لمعرفة القانون الواجب التطبيق<sup>(66)</sup>. والقانون الواجب التطبيق هو مبدئيا القانون النافذ وقت إبرام العقد. كما تبرز أهمية تحديد وقت إبرام العقد في حالة استحالة محل الالتزام قبل العقد. كما لو هلك الشيء المبيع مثلا فتحوّل هذه الحادثة دون انعقاد العقد. وتهم أيضا معرفة وقت إبرام العقد للتأكد من مدى صحة رجوع الموجب في إيجابه علما وأنه لا

(65) يراجع حول هذه المسألة : PH. MALAURIE et L. AYNES , Les obligations, op. cit., 2è éd., 1990, n° 391 et 392; J. GHESTIN, Droit civil, les obligations, le contrat, formation, 2è éd., n° 243 et s; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, obligations, 2. contrat, 3è éd., op. cit., n° 287 et s. V° aussi, VALERY, Des contrats par correspondance, 1895; COHEN, des contrats par correspondance en droit français, anglais et américain, thèse, Paris 1921; AUBERT, notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, L.G.D.J., 1970.

(66) يراجع : علي الجلولي : مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1991، مرقونة.

يحقّ له ذلك إذا كان العقد قد انعقد بقبول الموجب له للإيجاب.

أما تحديد مكان العقد فإن أهميته واضحة من ناحيتين على الأقل، فبه يحدّد القانون المنطبق في القانون الدولي الخاص<sup>(67)</sup> من جهة ومرجع النظر الترابي للمحاكم في صورة نزاع يتعلّق بالعقد من جهة، أخرى (الفصلان 2 - رابعا و 36 - أولا من م.م.م.ت).

137 - ولا شكّ في أنّ أهمية الموضوع من الوجهة العملية هي التي قد تفسّر تعدّد المذاهب والنظريات في هذا الخصوص. وإذا يكون من المفيد عرض مختلف هذه المذاهب (II) عرضا سريعا قبل البحث عن النظام المنطبق في القانون التونسي (III)، فإنه من المهمّ جداً أن نتعرّض بادئ ذي بدء إلى النظام الذي خصّ به المشرع ضمن الفصل 34 م.ا.ع. الإيجاب الصادر بمراسلة (I).

## I - الإيجاب بمراسلة

138 - جاء بالفقرة الأولى من الفصل 34 من م.ا.ع. أنّ «من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزوما للطرف الآخر إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرّح بخلافه في الكتاب»<sup>(68)</sup>. ويفهم من هذا النصّ أنّ الموجب يعدّ مسؤولا عن الخسارة التي قد تنتج للطرف الآخر عن رجوعه في الإيجاب الذي صدر عنه بمراسلة قبل انقضاء «الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة».

وتما تتّجه ملاحظته أنّ هذا الفصل لا يتضمّن في واقع الأمر استثناء لمبدأ الفورية المنصوص عليه بالفصل 27 م.ا.ع. بالنسبة للعقود بين الحاضرين، حيث أنّه لا يلزم الموجب بالإبقاء على جوابه إلا «الوقت المناسب لوصول

(67) يراجع على سبيل المثال : قرار مدني صادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 14 جانفي 1959، عدد 17434، ق.ت. 1959، ص 268.

(68) لابد من لفت النظر في خصوص هذا النصّ إلى أنّ أحكامه لا تتعلّق بموضوع تحديد زمان أو مكان العقد إنّما تخصّ فقط مدى التزام الموجب بإيجابه الصادر منه بمراسلة وما قد يترتب عن القبول الصادر من الطرف الآخر في الوقت المناسب إذا لم يبلغ إلى علمه إلا بعد انقضاء ذلك الوقت. فلا فائدة إذن في محاولة التوفيق بين أحكام الفصل 28 المتعلق بمكان وزمان إبرام العقد وأحكام الفصل 34 بسبب تضارب محتمل بينهما طالما أنّ موضوع كلّ منهما يختلف عن الآخر.



الجواب إليه» دون اعتبار الوقت الذي يحتاجه الموجب له للتأمل قبل أخذ القرار. على أنه من المستبعد جداً أن يميّز المشرّع الموجب له عن طريق المراسلة بوضع أسوأ من وضع الموجب له العادي. لذلك يتّجه في نظرنا الأخذ هنا بفكرة الفورية النسبية بمثل ما أخذنا بها في حالة التعاقد بين حاضرين، مما يترتب عليه أن الوقت المناسب على معنى الفصل 34 هو الوقت الضّروري لمصالح البريد أو البرق لا يصلح الجواب مع إضافة فترة للتأمل تختلف مدتها باختلاف الحالات التعاقدية. كل ذلك مع الملاحظة أن تقدير «الوقت المناسب» يخضع لسلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من قبل محكمة التعقيب بشرط التعليل المستساغ.

139 - ولكن هل يعدّ العقد مبرماً إذا صدر الجواب بالقبول في وقته ولكنّه لم يبلغ إلى الموجب إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لوصول الجواب إليه عادة؟ يجيب المشرّع بالنفي المطلق على هذا السؤال ضمن الفقرة 2 من الفصل 34 المذكور التي تنصّ بالنسبة لهاته الحالة على «أنّ الصّادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحقّ لمن لحقه الضّرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبّب فيها» (مصلحة البريد مثلاً).

II - المذاهب القانونية لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد<sup>(69)</sup>

140 - بما أنه يتعدّد الإلتقاء الفعلي بين الإرادتين في وقت واحد ومكان واحد فإنّه لم يبق، وقد صدر القبول في زمن متقدّم عن الوقت الذي علم فيه الموجب به، إلا أن نختار بين حلين: إما أن نعلم وقت صدور القبول (أ) أو أن نأخذ بوقت العلم به (ب).

أ - نظرية صدور القبول

141 - يعدّ العقد مبرماً حسب هذه النظرية في المكان وفي الوقت الذين

(69) يراجع في هذا الخصوص: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 1، المذكور أعلاه، ص 237 إلى 259، انظر كذلك: CH. LARROUMET, op. cit., n° 277 et suiv.; WEILL et TERRE, op. cit., n° 150 et 151.

يصدر فيهما القبول لأنّ العقد يتمّ بقبول الإيجاب. إلا أنّ دعاء هذه النظرية ينقسمون إلى شقين: شقّ يعتمد مذهب إعلان القبول وشقّ آخر يعتمد مذهب تصدير القبول.

### 1 ( مذهب إعلان القبول

142 - يعتبر أنصار هذا المذهب استناداً إلى كون العقد هو توافق إرادتين أنّه يتمّ حالما يعلن الموجب له عن قبوله، وهو ما قد يتفق تماماً مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل.

### 2 ( مذهب تصدير القبول

143 - يرى أنصار هذا المذهب أنّ القبول لا يكون نهائياً كما أنّه لا يعدّ تعبيراً ظاهراً عن إرادة الموجب له إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث يصبح غير قادر على استرداده.

### ب - نظرية تسليم القبول

144 - يعتبر دعاء هذه النظرية أنّ القبول لا يكون نهائياً بتصديده إذ يمكن استرداده أثناء طريقه إلى الموجب. وآته لا يكون نهائياً إلا إذا وصل إلى هذا الأخير، ففي هذا الوقت يتمّ العقد. وينشّق دعاء هذه النظرية إلى فريق أول يعتبر أنّ العقد يعدّ مبرماً بمجرد التسليم سواء أعلم الموجب أم لم يعلم بفحواه، وإلى فريق ثان يرى أنّ العقد لا يتمّ إلا بعد علم الموجب بالقبول.

### III - أحكام القانون التونسي

145 - لقد أخذ القانون التونسي بنظام صدور القبول وبالتحديد بمذهب إعلان القبول، وهو ما يتبين من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 28 التي تنصّ على أنّه «يتمّ العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر»، ونلاحظ أنّ المشرّع لا يشترط لإتمام العقد تصدير القبول<sup>(70)</sup>.

وتتضمّن الفقرة الثانية من الفصل 28 أحكاماً خاصّة بالتعاقد بواسطة

(70) يراجع تطبيقاً للفقرة الأولى من الفصل 28 م.أ.ع. القرار التعقيبي المدني عدد 12194، المؤرخ في 11 نوفمبر 1985، ن.م.ت. 1985، ج II، ص 336.

رسول وهو كما نعلم نوع من أنواع عقود المراسلة. والتعاقد بواسطة رسول ليس التعاقد بالنيابة. فالرسول مكلف فقط بتبليغ رسالة وليس له، على خلاف النائب، أن يتعاقد في حق غيره. وإذ تنصّ الفقرة 2 من الفصل 28 أنّ «التعاقد بواسطة رسول يتمّ في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول» فإنها تأتي بحلّ لا يختلف في جوهره عن الحلّ المنصوص عليه بالفقرة الأولى، فكلا الحلين ينتمي إلى نظرية صدور القبول.

### § 3 - الإتفاقات التمهيدية لتكوين العقد

146 - يمكن تقسيم الإتفاقات التمهيدية للعقد إلى نوعين : إتفاقات تمهّد للتفاوض أو تنظّمه وتسمى عقود التفاوض (1)، وأخرى تبرم بعد انتهاء التفاوض وتمهيدا للعقد النهائي وهي وعود التعاقد (II).

#### I - عقود التفاوض<sup>(71)</sup>

147 - تهدف عقود التفاوض بوجه عام إلى تنظيم العلاقات بين مترشّحين للتعاقد أثناء فترة التفاوض، وتفرّع إلى عقود ملزمة للتفاوض وعقود منظّمة له.

#### أ - العقود الملزمة للتفاوض

148 - العقد الملزم للتفاوض هو اتفاق بين طرفي عقد نهائي محتمل يلتزم بموجبه الطرفان أو أحدهما لفائدة الآخر بفتح مباحثات تهدف إلى إبرام

عقد بينهما أو إلى مراجعة أو تجديد عقد سابق<sup>(72)</sup>. ومن بين هذه العقود نذكر على سبيل المثال **إشتراط الأولوية** (pacte de préférence) وهو العقد الذي يتعهد بموجبه طرف بأن يعطي الطرف الآخر الأولوية في التعاقد على موضوع معين إذا قرّر يوما التعاقد في شأنه. كأن يتعهد مالك عقار بأن لا يوجّه إيجابا في بيع ذلك العقار إلى غير معاقده إذا قرّر يوما بيع ذلك العقار<sup>(73)</sup>. كما تتّجه الإشارة في هذا المجال إلى **شروط هارتشيب** (clauses de hardship) وهي من الشّروط التي نجدها في العقود العالمية أو في العقود المبرمة بين مؤسسات صناعية أو تجارية يلتزم بموجبها الأطراف بإعادة التفاوض من أجل تعديل العقود الرابطة بينهم في صورة حدوث تغييرات معينة في الظروف الاقتصادية. على أن الإلتزام بالتفاوض أو بإعادة التفاوض ليس التزاما بالتعاقد، بحيث قد لا يبرم العقد أو لا يتمّ تجديده أو مراجعته في صورة فشل المفاوضات<sup>(74)</sup>. ولما كان الفشل مضرا بمصالح الأطراف، خاصة إذا جاء بعد مفاوضات طويلة وشاقة، فإنهم يسعون في بعض الحالات لتفاديه أو على الأقل لحفظ حقوقهم في صورة حصوله فيتفقون للغرض مسبقا على تنظيم فترة التفاوض.

#### ب - العقود المنظّمة للتفاوض

149 - تهدف هذه العقود كما أسلفنا إلى تهيئة ظروف النجاح للمفاوضات الطويلة المعقّدة، وكثيرا ما يتفق الأطراف على إبرام **اتفاقات جزئية** كلما حصل إتفاق بينهم حول بعض النقاط الهامة وبذلك يتمّ العقد على مراحل<sup>(75)</sup>. وتشير الإتفاقات الجزئية مسألة قيمتها القانونية في صورة استحالة

(72) يراجع : CH. LARROUMET, op. cit., n° 292 à 294; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 353.

(73) يراجع : F. COLLART - DU TILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, thèse, TOURS, Sirey 1988.

(74) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 621, p. 334; v° aussi, B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : La clause de hardship, Clunet, 1974, p. 794 à 814; Les hardship clauses, DPCI, 1975, p. 512 et s., et DPCI 1976 p. 7 et s.; PH. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. arb. 1979, p. 67.

(75) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 242.

(71) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 240 et s.; CH. LARROUMET, op. cit., n° 290 et s.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 353 et s.; FONTAINE, Synthèse des travaux du groupe de travail sur les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, t. 3; M. GENINET, théorie générale des avants contrats en droit privé, thèse, Paris II, 1985; A. RIEG, La "Punctuation", contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges JAUFFRET, p. 600 et s.; J.M. MOUSSERON, La durée dans la formation du contrat, Mélanges JAUFFRET, p. 513 et s.; J. CEDRAS, L'obligation de négocier, Rev. trim. dr. com., 1985, p. 265.

إبرام العقد النهائي بسبب تعذر الاتفاق بالنسبة للمراحل الموالية. وينص الفصل 24 م. 1. ع. رداً على هذا التساؤل بأنه «لا يعتبر العقد تاماً إذا صرح المتعاقدان بإبقاء بعض الشروط لعقد نال. فما وقع عليه الاتفاق والحالة هاته لا يترتب عليه التزام ولو وقع تحرير الشروط الأولية بالكتابة»<sup>(76)</sup>.

## II - الوعد بالتعاقد

150 - إن الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية وقد يلجأ إليه الأطراف عندما يتعذر عليهم بموجب القانون<sup>(77)</sup> أو بحكم ظروفهم الشخصية إبرام العقد مباشرة بعد حصول الاتفاق على أركانه الجوهرية وبقية شروطه المشروعة. فمن يرغب في شراء محل للسكنى قد يحتاج إلى فترة زمنية لجمع الثمن المتفق عليه أو لإعداد الرخص الإدارية المستوجبة لصحة العملية، بل كثيرا ما تطالبه المؤسسات المصرفية وكذلك الإدارة بالإدلاء بوعده ببيع قبل تمكنه من القرض المطلوب أو من الرخصة الإدارية اللازمة.

والوعد بالتعاقد هو في ذاته عقد يقوم على إيجاب وقبول<sup>(78)</sup> يلتزم فيه أحد الطرفين أو كلاهما بأن يبرم في المستقبل عقدا في الظروف وحسب

(76) يراجع أصل هذا النص إلى القانون الألماني حيث تنص المجلة المدنية الألمانية بالفصل 154 فقرة أولى على ما يلي: "Tant que les parties ne sont pas d'accord sur tous les points d'un contrat : qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement des deux parties devaient être l'objet de convention, le contrat, dans le doute, n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à les lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit". (Cf. Codes Allemands traduits en français par une équipe de juristes sous la direction de Maître W. GARCIN, éd. Jupiter - Paris). وما من شك أن أحكام الفصل 24 اختيارية وأنه يجوز بالتالي للأطراف الاتفاق صراحة على خلافها. - يراجع أيضا حول هذه المسألة: G. FARJAT, Droit privé de l'économie, Théorie des obligations, Collection Thémis, P.U.F., 1975, p. 129 à 131, V° aussi, Ibrahim NAJJAR, "l'accord de principe", D. 1991, Chr., p. 57.

(77) يراجع مثلا الفصل 9 من القانون عدد 17، المؤرخ في 26 فيفري 1990 المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبيع العقاري الذي يلزم الباعث العقاري والمشتري بإبرام وعد بالبيع يحدد حقوق وواجبات الطرفين قبل إنجاز بيع عقار في نطاق مشروع عقاري.

(78) يراجع د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد... عدد 80، ص 172 وانظر تقرير الأستاذ عبد اللطيف الحمروني المنشور تلو القرار التقيي المدني عدد 358، المؤرخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، ص 1133.

الشروط التي يبينها كتب الوعد. وقد يكون الوعد بالتعاقد، بحسب إرادة طرفيه، ملزما لجانب واحد (أ) أو ملزما للجانبين (ب).

## أ - الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد

151 - الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو عقد يتم بموجب تلاقي إرادتين واتفاقهما على التزام الواعد بالتعاقد حسب الشروط التي تضمنتها كتب الوعد إذا رغب الموعود له في ذلك. فهو إذن عقد يلزم الواعد بالإيجاب الصادر منه ويبقى للموعود له حرية القبول أو الرفض.

وبالرغم من عدم تنظيم المشرع التونسي للوعد بالتعاقد<sup>(79)</sup> فإن صحته ثابتة قانونا. ويجب اعتباره، عملا بقاعدة حرية التعاقد، عقدا غير مسمى يتحدد نظامه القانوني بالرجوع إلى القواعد العامة للإلتزامات<sup>(80)</sup>. ويمكن على ذلك الأساس أن يقيد الوعد الملزم لجانب واحد للموعود له بأجل محدد لقبوله أو لرفضه كما يمكن أن يكون الوعد بدون أجل. وفي هاته الحالة لا ينفك التزام الواعد إلا بعد إنذار الموعود له، وذلك وفقا لأحكام الفصول 284 و286 و289 وما بعده من م. 1. ع.<sup>(81)</sup>.

وإذ يتفق الشراح<sup>(82)</sup> على أن المصلحة من عقد الوعد الملزم لجانب واحد تكمن في تضمين الإيجاب به وذلك بإلزام الموجب بالإبقاء عليه مدة زمنية معينة، فإنه من المتجه التذكير بأن الإيجاب المقيد بأجل المنصوص عليه بالفصل 33 من م. 1. ع. يؤدي من ناحيته أيضا إلى نفس هذه النتيجة ويحدث بالنسبة للموجب جميع الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب على عقد الوعد بالنسبة للواعد. وينحصر الاختلاف بينهما في مصدر التزام «الموجب - الواعد» وليس في مضمونه. فالأول ينشأ عن عقد ملزم لجانب واحد في حين ينشأ الثاني عن

(79) وهو يختلف في ذلك عن بعض التشريعات الأجنبية الحديثة مثل التشريع المصري (ويراجع في خصوص هذا التشريع: عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، الجزء الأول، ص 249 وما بعدها).

(80) يراجع تقرير الأستاذ عبد اللطيف الحمروني، المشار له أعلاه، ص 1134.

(81) يراجع في هذا المعنى: J. GHESTIN, op. cit., n° 232.

(82) يراجع: J.L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, Paris, 1970, n° 21 et s.; J. GHESTIN, op. cit., n° 232.

في وقت محدد أو حال إتمام إجراء معين<sup>(86)</sup>. ولما كان التعهد بالبيع مستقبلا لا يشكلُ بيعا فورياً ناقلا للملكية فهو لا يحتاج كشرط لصحته إلى الرخصة الإدارية التي يفرضها القانون كركن من أركان عقد بيع العقار المحرر بكتب خطي<sup>(87)</sup>

تصرف قانوني آحادي (الفصلان 22 و33 من م.أ.ع.)<sup>(83)</sup>. على أن تضمين الإيجاب في صيغة عقد وعد يعدّ في نظرنا أفضل بالنسبة للموجب الواعد الذي يمكنه بهاته الطريقة اشتراط غرامة جزاء لرفض الموعد له القبول في الأجل المحدد. ويُعدّ العقد في مثل هذه الصورة ملزما للجانبين من حيث أنه يلزم الواعد بإبرام العقد النهائي في صورة قبوله من الموعد له، ويلزم في المقابل هذا الأخير بدفع غرامة في صورة رفضه القبول. ولكنه يبقى مع ذلك متضمنا لوعد إنفرادي بالتعاقد ضرورة أن الموعد له يحتفظ فيه بحرية عدم القبول ولو كلفه ذلك ثمنا يتمثل في دفع الغرامة المشترطة<sup>(84)</sup>.

### ب - الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين

152 - إذا اتفق شخصان على التعاقد ولكنهما لم يستطيعا ذلك فورا كان منعتهما من ذلك إجراءات أولية لا بدّ من إتمامها قبل إبرام العقد النهائي فإنه يجوز لهما إمضاء اتفاق ابتدائي يعدّ فيه كلّ منهما الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة معينة يتفقان عليها كما يمكن لهما ذلك بدون تحديد مدة. ويسمى مثل هذا العقد وعدا بالتعاقد ملزما للجانبين. والفروض في هذا العقد أن يتضمّن اتفاق طرفيه على كامل أركان العقد النهائي وعلى التزام المتعاقدين بإمضاءه بمجرد توفّر شروطه<sup>(85)</sup>.

وقد استقرّ فقه القضاء على أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو عقد صحيح ملزم ينجرّ عنه التزام بعمل يتمثل في تعهد كلّ من طرفيه بإتمام البيع

(86) يراجع القرارات التعقيبية المدنية : عدد 12082، صادر عن الدوائر المجتمعة، مؤرخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976، ص 111 (ملحوظات السيد الهادي سعيد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب)؛ عدد 140، مؤرخ في 13 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج I، ص 182؛ عدد 243، مؤرخ في 20 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج II، ص 9؛ عدد 112، مؤرخ في 7 ديسمبر 1976، ق.ت. 1977، عدد 4، ص 48؛ وعدد 639، مؤرخ في 24 أكتوبر 1978، ن.م.ت. 1978، ج I، ص 118؛ عدد 4344، مؤرخ في 4 مارس 1980، ق.ت. 1981، عدد 5، ص 181؛ عدد 14194، مؤرخ في 24 مارس 1987، ق.ت. 1989، عدد 5، ص 181 ون.م.ت. 1987، ص 348؛ وعدد 19585، مؤرخ في 7 فيفري 1989، ق.ت. 1991، عدد 1، ص 155؛ عدد 28508 مؤرخ في 28 جانفي 1992، ن.م.ت. 1992، ص 398، وعدد 32771 مؤرخ في 20 أوت 1992، المجلة التونسية للقانون لسنة 1995، ص 213 تعليق عبد المجيد عبودة؛ وعدد 28301، مؤرخ في 21 ديسمبر 1992، ن.م.ت. 1992، ص 556. لكن قارن مع القرار التعقيبي المدني عدد 7560، المؤرخ في 28 مارس 1983، القاضي بطلان وعد بيع العقار المعلق على شرط تحويل الثمن إلى الخارج لمخالفته لقانون الصرف (ن.م.ت. 1983، ج I، ص 291).

(87) يراجع في هذا الخصوص : الصادق مرزوق، الوعد بالبيع ورخصة الولاية، المجلة التونسية للقانون 1975، II، ص 374 وملحوظات السيد الهادي سعيد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب تحت القرار التعقيبي الصادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 12082، المؤرخ في 30 جانفي 1976، ق.ت. 1976، ص 111. وانظر أيضا : ARFAOUI Ezzeddine, l'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière", mémoire pour le DES de Droit privé, Faculté de Droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1976, p. 55 et s.

ولكن يراجع بالنسبة لإمكانية عدم إدراج رخصة الولاية مسبقا بالعقد التي يحررها المدول بدفتر السوّدات، قرار مدني عدد 17015، مؤرخ في 2 جانفي 1989، ن.م.ت. 1988، ص 337.

(83) يراجع في هذا المعنى القرار التعقيبي المدني عدد 6499، المؤرخ في 25 ماي 1970، ق.ت. 1971، ص 190.

(84) انظر في هذا المعنى : J. GHESTIN, op. cit., n° 23.

وانظر أيضا في خصوص إمكانية تحويل الوعد الملزم لجانب واحد لفائدة الغير : Marcel AZENGOT, La transmission des promesses unilatérales de vente, J.C.P. 1992, Ed. Not et imm., p. 61.

(85) ولا يجوز على ذلك الأساس لشركة طيران أن تتدب شخصا بمرتب دون المرتب الذي يتقاضاه فتيوا الطائرات بدعوى أنّها انتدبه «حسب الحاجيات والكفاءة والشهائد» وذلك إذا سبق لهذه الشركة أن تعهدت بانتدابه بصفة ورتبة «فتي طائرة» بعد حصوله على شهادة ختم تربص من مدرسة الطيران المدني وإذا ثبت أنّه أوفى بهذا الشرط (قرار تعقيبي مدني عدد 2906، مؤرخ في 12 مارس 1981، ن.م.ت. 1981، ج I، ص 97).

## الفرع الثالث : سلامة الرّضى وصحّته

153 - إنّ الإرادة هي معيار العقد. لذلك لا يكون الرّضاء سليماً وصحيحاً إلا إذا نتج عن تلاقى إرادتين حرتين واعيتين. فإذا انعدمت الإرادة في شخص أحد الأطراف، استحال توقّر الرّضى وبطل العقد (18). كما تستوجب صحّة الرّضى وسلامته أن يصدر التّصريح بكلّ من الإرادتين المكوّنتين له عن بيّنة بواقع الأمور وأن يكون خالياً من كلّ ضغط خارجي يعيبه (28).

## § 1 - إنعدام الإرادة

154 - يعدّ وجود الإرادة والتّصريح بها «تصريحاً معتبراً» من الأركان الجوهرية التي لا يمكن للعقد أن ينشأ صحيحاً بدون توقّرها (الفصلان 2 و 325 من م.أ.ع.). والإرادة في التّعاقد هي وليدة عملية فكرية تمكّن الإنسان من تحليل معطيات التّصرف الذي يقصده ثمّ من تقييمه قبل أخذ القرار في شأنه<sup>(88)</sup>. فهي تفترض القدرة على الاختيار الحرّ الواعي وتنعدم إذن في كلّ شخص فقد ملكة التّمييز أو كان وقت التّعاقد في حالة انعدام الشّعور<sup>(88-1)</sup>.

155 - إنّ قدرة التّمييز مفترضة قانوناً (الفصل 3 من م.أ.ع.) في جميع الأشخاص باستثناء من هم دون الثلاث عشرة سنة والرّشداء المحجورين<sup>(89)</sup>. واعتباراً لصغر سنّهم أو عملاً بالحكم القاضي بحجرهم، يتمتّع هؤلاء بحماية القانون الذي يفترض فيهم انعدام ملكة التّمييز بصفة قاطعة

(88) - يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil : français et allemand, op. cit., n° 5, p. 17, et J. GHESTIN, op. cit., n° 358. V. aussi Marie Anne FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, Rev. trim. dr. civ. 1995, p. 573.

(88 - 1) ولقد اقتضى الفصل 2 من القانون عدد 83 لسنة 1992 المؤرخ في 3 أوت 1992 المتعلّق بالصّحة العقلية وبشروط الإيواء في المستشفى بسبب اضطرابات عقلية أنّه لا يمكن إيواء هؤلاء الرضى لغاية علاجهم بدون رضاهم إلا إذا توقّر أحد الشّروط الثلاثة الآتية : 1 - استحالة الحصول على رضاه المريض نظراً لحالته الصحيّة المتدهورة ، 2 - أنّ هذه الحالة تتطلّب إسعافات مستعجلة ، 3 - أنّها أصبحت تشكل خطراً على سلامته وسلامة غيره .

(89) يراجع في هذا الخصوص العدداً 89 و 96 أعلاه.

قد تعفيهم من عناء إثبات وجودهم على تلك الحالة إذا أرادوا الحصول على إبطال الإلتزامات الصّادرة عنهم أثناء مدّة حجرهم. أمّا غيرهم من عديمي قدرة التّمييز الذين لم يقع التّصريح بحجرهم بسبب تهاون عائلاتهم أو مساكنهم أو نظراً لإصابتهم بالإختيال مدّة زمنية محدودة قد لا يستقيم معها الحجر قانوناً، فإنّه يحقّ لهم أيضاً طلب إبطال الإلتزامات الصّادرة عنهم شريطة أن يثبتوا أنّهم كانوا وقت التّعاقد فاقدين لملكة الإدراك والتّمييز التي بانعدامها تنعدم الإرادة . ويتفق الشّراح على أنّ انعدام التّمييز قد يكون إمّا نتيجة لمرض عقلي كالجنون وضعف العقل أو غيرهما من الإصابات العقلية الأخرى المؤثّرة على ملكة الإدراك<sup>(90)</sup>، كما قد ينتج أيضاً عن أمراض بدنية<sup>(91)</sup> أو عاهات طبيعية إذا ثبت أنّها صيّرت صاحب الإلتزام عديم الميز وقت صدوره منه<sup>(92)</sup>. ويرجع تقدير مدى تأثير المرض على قدرة التّمييز والإدراك لنظر الحاكم ولاجتهاده المطلق عملاً بأحكام الفصل 59 من م.أ.ع. ويجوز للقاضي استناداً إلى هذا التّصريح وإلى أحكام الفصلين 2 و 325 من م.أ.ع. أن يبطل الإلتزام الصّادر عن شخص أثناء مرض الموت إذا ثبت أنّ مداركه العقلية قد اختلّت بسبب شعوره بقرب المنيّة بما أفقده ملكة الإدراك والميز<sup>(93)</sup>. أمّا في غير هاته الصّورة فإنّ

(90) يراجع : O. SIMON, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, Rev. trim. dr. civ., 1974, p. 707 et s.

وانظر : قرار تعقيبي مدني عدد 5655، مؤرخ في 26 أفريل 1949، ق.ت. 1962، عدد 1، ص 31، وقرار تعقيبي مدني عدد 48/40، مؤرخ في 4 أكتوبر 1960، ن.م.ت. 1960، ص 16.

(91) يراجع : J. C. LOMBOIS, De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, L.G.D.J., Paris, 1963, p. 304 et s.

(92) جاء بالقرار التحقيقي عدد 5655 المذكور أعلاه أنّ «مطلق المرض يدخل في معناه الجنون الغير مستمرّ والعاهات الطبيعية كالصّم والبكم والعمى حسبما يستفاد من الفصل 64 من لائحة المجلة قد يلحق عيباً بالرّضاء إذا صيّر صاحب الإلتزام وقت صدوره منه عديم الميز والأهلية... ولا يتعارض هذا القرار - إذا تجاوزنا طبعاً إشارته الحاططة إلى مفهوم عيب الرّضاء بالنسبة لحالة صدور التّزام من شخص عديم الميز - مع ما استقرّ عليه الفقه الإسلاميّ (يراجع في خصوصه هامش الفصل 64 من مشروع صانيلانا) والفقه الحديث (يراجع A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 10) من أنّ عدم القدرة على التّعبير عن الإرادة بسبب مرض، كالصّم أو العمى مثلاً، لا يفيد انعدامها إذا لم يتولّد عن الإصابة البدنية خلل في الإدراك. ولا يترتّب على مثل هاته الحالة سوى صعوبة إثبات الإلتزام.

(93) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 6378، مؤرخ في 23 مارس 1982، ن.م.ت. 1982، ج 2، ص 293،

الطّعن في صحّة تصرفات المريض مرض الموت لا يجوز إلا بناء على أحكام الفصول 354 و355 و565 و1481 من م.ا.ع. و206 من م.ا.ش. التي لا علاقة لها بمسألة الرّضى<sup>(94)</sup>.

ويعدّ التّعاقّد في «حال السكر المغيّر للشّعور» من الحالات التي توجب البطلان في القانون التّونسي (الفصل 58 م.ا.ع.). وتعتبر هاته الحالة من الحالات المشاكلة للمرض، لذلك فإنّ مدى تأثيرها على ملكة الإدراك والميز موكول «لنظر الحاكم» (الفصل 59).

## § 2 - عيوب الإرادة

156 - ترتبط نظرية عيوب الإرادة تاريخياً ونظرياً ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الرّضائية في العقود. فالقانون الرّوماني الذي كانت تتكوّن فيه العقود بمجرد

(94) تميّز فقه قضاء محكمة التعقيب في التّينات والسّبعينات بخلط بين مرض الموت المقيد للتصرف (الفصول 354 - 355 - 565 - 1481 م.ا.ع. و 206 م.ا.ش.) والمرض المؤثر على ملكة الإدراك والتّمييز الذي تنعدم به الإرادة (الفصول 2-59 و325 م.ا.ع.). ونذكر من بين هاته القرارات على سبيل المثال : القرار التّعقيبي المدني عدد 4408 المؤرخ في 29 نوفمبر 1966، ن.م.ت. 1966، ص 48، وق.ت. 1967، عدد 2، ص 38، والقرار التّعقيبي المدني عدد 11502، الصّادر في جوان 1975 (المجلة التّونسيّة للقانون 1979 - I - ص 107 وما بعدها بتعليقنا)؛ والقرار التّعقيبي المدني عدد 83، المؤرخ في 8 فيفري 1977، ن.م.ت. 1977، ج 1، ص 95. وقد راجعت محكمة التعقيب هذا الموقف متبينة مجدداً التحليل الصحيح لمرض الموت من جهة، والمرض المفسد للرّضاء من جهة أخرى، دون خلط بينهما كما سبق أن ورد ذلك في القرار المبدي الهامّ عدد 5655 المؤرخ في 26 أفريل 1949 المذكور أعلاه. ومن أهمّ القرارات التي تعكس هذا الاتجاه انظر خاصّة : القرار التّعقيبي المدني عدد 8162، المؤرخ في 24 نوفمبر 1982، ن.م.ت. 1982، ج 4، ص 351 والقرار التّعقيبي المدني عدد 18890، المؤرخ في 24 مارس 1988، ن.م.ت. 1988، ص 341. وانظر أيضاً قرار تعقيبي مدني عدد 6864، مؤرخ في 6 ماي 1982، ن.م.ت. 1982، ج 3، ص 188 وقرار تعقيبي مدني عدد 4295، مؤرخ في 18 ماي 1982، ن.م.ت. 1982، ج 3، ص 270، والقرار التّعقيبي المدني عدد 8419، مؤرخ في 3 ماي 1983، ق.ت. 1984، عدد 10، ص 55، وراجع كذلك القرار الاستئنافي (تونس) المدني عدد 97294، المؤرخ في 28 ديسمبر 1991 (ق.ت. 1992، عدد 6، ص 96) الذي نصّ بكلّ وضوح على «أنّ أساس النّهب وأساس مرض الموت في البيع مختلفان إذ يتعلّق النّهب بعيوب الرّضا بينما يتعلّق مرض الموت بحماية حقوق الورثة من تصرفات المورث الحرّة الواعية والمجحفة بحقوق بعضهم في التّركة». وانظر في المنى المخالف : قرار تعقيبي مدني عدد 10102، مؤرخ في 25 جوان 1984، ن.م.ت. 1984، ج 2، ص 370، وقرار تعقيبي مدني عدد 39458 مؤرخ في 30 نوفمبر 1994، ن.م.ت. 1994، ص 441. راجع حول هذه المسألة : Youssef KNANI, Chronique de droit civil, Contrats, Dernière maladie, Cass. civ., n° 4937 du 15 décembre 1981, Rev. Tun. dr., 1984, p. 627.

إتمام شكليّات معيّنة يضبطها القانون وليس برضاء الأطراف، كان لا يقبل إبطال العقد بسبب الغلط إلا إذا وقع على مادة محلّ الإلتزام أو في شخص المتعاقد أو في بعض صفاته<sup>(95)</sup>. أمّا التّغريير والإكراه فقد كانا من الأسباب التي تبرّر الإمتناع عن الوفاء أو طلب الفسخ باعتبارهما من الجنح الموجبة للعقاب جزاء إخلال مرتكبيهما بواجب التّزاهة في التّعاقّد<sup>(96)</sup>، وليس حماية لإرادة معاقديهم. ولم تبرز نظرية عيوب الإرادة بمعناها الحديث إذن، إلا بعد أن حلّت الرّضائية محلّ الشكل تحت تأثير الكنسيين، الأمر الذي أصبح معه من الضّروريّ حماية الإرادة والتأكد من سلامتها باعتبارها عنصراً أساسياً في تكوين الإلتزامات. على أنّ الحلول القانونيّة التي اهتدى إليها المشرّع الفرنسي لسنة 1804، أخذنا عن DOMAT و POTHIER تهدف من ناحية أخرى إلى ضمان استقرار المعاملات، وهو ما يفسّر أنّ البطلان من أجل الغلط حافظ فيها على الصّبغة الإستثنائية التي كانت تميّزه في القانون الرّوماني، كما أنّها تعكس أيضاً الحرص على ضمان العدالة العقديّة<sup>(97)</sup> مثلما تبيّنه الطّبيعة المزدوجة التي تميّز بها كلّ من الإكراه والتّغريير باعتبارهما سببين لبطلان العقود يرمي المشرّع من خلالهما في الوقت ذاته إلى حماية إرادة الطّرف المتضرّر منهما وإلى معاقبة من أخلّ عن سوء نيّة بضرورة تكافؤ التّزامات أطراف العقد.

157 - وقد تبنّى محرّروا مجلة الإلتزامات والعقود هذا الإلتجاه مقربين صراحة نظرية عيوب الإرادة ضمن الفصول 43 إلى 61. وتكتسي الحالات المبطة للرّضاء بسبب عيب في الإرادة، اعتباراً لضرورة استقرار المعاملات، صبغة استثنائية ثابتة. ويتجلى ذلك أساساً من خلال أحكام الفصل 43 التي تحصر حالات العيوب المبطة للرّضى في الغلط والتّغريير (أو التّدليس)

(95) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 361.

ود. عبد الفّاح عبد الباقي، نظرية العقد... عدد 145 هامش 1، ص 296.

(96) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n°361.

(97) وتنبّج الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ نظرية السّبب التي تهدف أساساً إلى ضمان العدالة في المعاملات تزامت تاريخياً مع ظهور نظرية عيوب الإرادة وجاءت لتحدّ من تجاوزات الرّضائية في هذا المجال. فليس من الغريب إذن أن يؤخذ عنصر العدالة العقديّة بعين الاعتبار عند تحديد نظام عيوب الإرادة (يراجع العددين 224 و229 أسفله، وانظر J. GHESTIN, op. cit., n° 362).

والإكراه، مما يقضي مبدئياً الغبن إذا لم يكن نتيجة تغرير. ويفهم أيضاً من أحكام الفصل 43 أنّ المرض وما شاكله من الحالات كالسكر (الفصلان 58 و59 من م.ا.ع.) ليس في ذاته عيباً من عيوب الإرادة. وإذ يمكن اعتباره كما سبق عرضه<sup>(98)</sup> قرينة لانعدام الإرادة أوكل المشرع تقديرها إلى محض اجتهاد القاضي، فإنّه يبدو منطقياً من جهة أخرى أنّ المريض الذي يلتزم أثناء مرضه وهو سليم المدارك قد يكون مع ذلك أحياناً على حالة من الضعف قد تجعله أكثر عرضة من غيره للغلط أو التغرير أو الإكراه. وإذ يستوجب مثل هذا الوضع من القاضي المزيد من الحذر والإتباء في تقديره لمدى تأثير أحد العيوب الثلاثة المذكورة على رضا المريض وقبوله للتعاقد<sup>(99)</sup>، فهو لا يبرر اعتبار المرض في ذاته من قبيل عيوب الرضا؛ وذلك، من جهة لأن قائمة العيوب المبطلّة للرّضاء وردت في الفصل 43 على سبيل الحصر والحدّ، ومن جهة أخرى لأنّ المشرع لا ينصّ ضمن الفصل 59 على أنّ المرض يوجب الفسخ بل تعرّض فيه فقط إلى أسباب الفسخ المبنية على المرض... ولا يقصد بها طبعاً سوى أسباب الفسخ المرخص بها قانوناً وهي الغلط (I) والتغرير (II) والإكراه (III).

I - الغلط<sup>(100)</sup>

158 - إنّ الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. ويرى فيه صالحاً «اختلافاً بين الإرادة الحقيقية الكامنة في النفس والإرادة المصرّح بها»<sup>(101)</sup>. وبما أنّ الأمر يتعلّق بمدى تأثير الغلط على صحّة العقود،

(98) يراجع العدد 155 أعلاه.

(99) يراجع تعليقتنا على القرار التقييبي عدد 11502، المذكور أعلاه، المجلة التونسية للقانون 1979 - I - ص 117، ولكنّ قارن مع القرار التقييبي عدد 4624، المؤرخ في 6 مارس 1945، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 153، والقراراتين عدد 4537، مؤرخ في 28 جويلية 1942، وعدد 4986، مؤرخ في 12 فيفري 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 153. (100) يراجع: الحبيب العشي: الغلط عيب من عيوب الرضا (من خلال نظرية سلطان الإرادة): ق.ت. 1991، عدد 5، ص 31. وانظر أيضاً: Richard BLASSELLE, L'erreur vice du consentement, note sous cass. com. 7 février 1995, D. 1996, p. 50.

(101) يراجع: SALEILLES, La déclaration de volonté, op. cit., p. 12.

وانظر في هذا الخصوص تعليق A. RIEG، كتابه المذكور، ص 92، عدد 89.

فيجوز القول بأنّه تصوّر مخطيء من أحد المتعاقدين لعنصر من عناصر العقد<sup>(102)</sup>. فقد يشمل الغلط موضوع الإلتزام أو قيمة الأداء، كما قد يتعلّق بالسبب المتعاقد من أجله أو بالدافع على التعاقد أو بشخص من يقع معه التعاقد أو بإحدى صفاته. ويمكن أن يتمثّل الغلط أيضاً في طبيعة العقد كأن يظنّ طرف أنّه فوت في شيء على وجه البيع في حين يعتقد معاقده أنّه تحصل منه على هبة<sup>(103)</sup>.

لا شكّ في أنّ احترام الإرادة الفردية قد يفرض التصريح ببطان جميع العقود المبنية على غلط أحد المتعاقدين مهما كان نوع غلطه أو خطورته. غير أنّ هذا الحلّ الجذريّ قد يخلّ بالاستقرار التعاقدى ويؤثر سلباً في ثقة الأشخاص في العقود التي يلزمون بموجبها بعضهم بعضاً. لذلك كان لزاماً على المشرع أن يجد حلاً وسطاً يسمح بحماية الرضا دون المسّ بالاستقرار التعاقدى الذي تفرض ضمانه المصلحة الاقتصادية العامة. ويكمن هذا الحلّ في حصر حالات الغلط المفسد للرّضاء على سبيل الحدّ (أ)، ثمّ في ضبط نظامه القانوني (ب) بما يعطي للقاضي سلطة معتبرة في تقديره.

## أ - حالات الغلط المفسد للرّضاء

159 - يتبيّن من مراجعة الفصول 44 و45 وما بعدهما من م.ا.ع. أنّ الغلط المفسد للرّضاء يمكن أن يكون غلطاً في الواقع (1) أو غلطاً في القانون (2).

## 1 ( الغلط في الواقع

160 - جاء في الفصل 45 من م.ا.ع. أنّ «الغلط في نفس الشيء يكون موجباً للفسخ لغلط في ذات العقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتعاقد». وينصّ الفصل 46 م.ا.ع. من جهته على أنّ «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجباً للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو

(102) يراجع: J. GHESTIN, Traité de Droit civil, op. cit., n° 368, et "la notion d'erreur dans le droit positif actuel", L.G.D.J., Paris, 2è éd., 1971.

(103) يراجع: A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 160.

صفته من الأسباب الموجبة للرضاء بالعقد».

وهكذا يتضح من خلال هذين التصيين أنّ حالات الغلط في الواقع المفسد للرضاء أربعة، وهي : الغلط في ذات المعقود عليه (1.1) والغلط في نوع الشيء (2.1) والغلط في الصفة الموجبة للتعاقد (3.1) وأخيرا الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة الأساسية (4.1).

### 1.1 - الغلط في ذات المعقود عليه

161 - الغلط في ذات المعقود عليه هو الغلط في ذاتية محلّ الإلتزام كمن يبيع عقارا معينا في حين يتوهم المشتري أنه اشترى عقارا آخر. ويرى الكثير من الفقهاء أنّ غلطا مثل هذا لا يدخل في دراسة عيوب الإرادة بل يتعلق بوجودها. فهو يحول دون انعقاد العقد، شأنه في ذلك شأن الغلط في طبيعة العقد، كأن يظنّ أحد أنه سوّغ عقارا على ملكه بضمن معين في حين أنه باعه في واقع الأمر بذلك الثمن لمعاقده. ويعتبر عن هذا النوع من الغلط، سواء تعلق بذات المعقود عليه أو بطبيعة العقد، بالغلط الحائل أو الغلط المانع<sup>(104)</sup>، أي الغلط الذي يحول دون إنشاء العقد أو يمنعه. ويرى أغلبية الشراح أنّ جزاء الغلط المانع هو البطلان المطلق، وذلك على خلاف الغلط المعيب للرضاء الذي لا يترتب عليه سوى البطلان النسبي<sup>(105)</sup>. أمّا فيما يتعلق بالقانون التونسي

(104) يراجع في خصوص هذا المفهوم : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 373; GAUDEFRY, L'erreur obstacle, thèse, Paris, 1924; J.L. AUBERT, notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit., p. 262. V° aussi, R.D. FURY-VIALATTE, L'erreur sur l'objet de la transaction, th. Paris, 1963.

وانظر القرار التعميمي المدني عدد 11251، المؤرخ في 22 أبريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج I، ص 178 الذي كيف الغلط في محلّ الإلتزام «بالغلط المانع الذي لا يفسد الرضا فحسب بل يعدمه أساسا... ملاحظا أنّ مجرد الغلط المادي المتمثل في «التنصيص غلطا على أنّ موضوع البيع تابع للقطعة عدد 748 س من مشال المسح الاجباري التابع لمشيخة قربة والحال أنّ المبيع تابع للقطعة عدد 624 موضوع الرسم العقاري عدد 10279 تونس من 2... لا يعدّ من قبيل الغلط المانع البطل للعقد ولا يتطلب سوى إصلاحه عملا بأحكام الفصل 47 م.ا.ع. طالما ثبت وأنّ كتب البيع تضمن وصفا دقيقا للمبيع مع ضبط حدوده الفعلية.

(105) يراجع في هذا الخصوص : A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 164.

وقارن مع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 373.

الذي يأخذ بقاعدة لا بطلان بدون نصّ (الفصل 325 م.ا.ع.)<sup>(106)</sup>، فإنّ البطلان المطلق من أجل الغلط المانع يعدّ جائزا فيه إذا تمثّل في غلط في السبب أو تسبّب في انعدام الرضا (الفصلان 2 و325 من م.ا.ع.) ولكن إذا تأسست الدعوى على الفصل 43 وما بعده، فإنّ البطلان لا يمكن أن يكون إلا نسبيا (الفصل 330 من م.ا.ع.).

### 1.2 - الغلط في نوع الشيء المعقود عليه

162 - لا يتعلّق هذا الغلط بذاتية محلّ الإلتزام ولكن بنوعه. والمراد بنوع الشيء المعقود عليه هو مجموعة المميزات المادية للشيء محلّ الإلتزام التي، إذا اجتمعت فيه، تدخله في صنف أو جنس معين مختلف عن الأجناس أو الأصناف القريبة منه<sup>(107)</sup>. فمن يشتري شمعدانا من نحاس مطلقا بالفضة وهو يعتقد أنّه من فضة خالصة يقع في غلط في نوع الشيء أو في مادّيته.

### 1.3 - الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد

163 - يتحقّق الغلط في هذه الحالة إذا وقع في صفة في الشيء لولاها لما أقدم الشخص على التعاقد. كمن يشتري شيئا على أنّه أثري في حين أنّه اشترى في الحقيقة شيئا حديث الصنع. أو من يشتري قطعة أرض ليقيم عليها مسكنا له ثمّ يتفطن إلى أنّ البناء ممنوع في موقع تلك الأرض. ويمكن القول بوجه عام أنّ الصفة الموجبة للتعاقد هي كلّ صفة تشكل في نظر المتعاقد الدافع الأساسي على التعاقد. ويمكن أن تتعلق هذه الصفة بمادّة المعقود عليه أو صلاحيته للإستعمال المعدّ له في نظر المتعاقد. والمهمّ في الصفة الموجبة للتعاقد ليس إذن مكانتها الموضوعية بالنظر للشيء المعقود عليه أو طبيعتها إنّما فقط كونها تشكل الدافع الرئيسي على التعاقد.

ولا شكّ في أنّ قيام هذا الغلط المعيب للرضاء على معيار ذاتي أو وحد قد يهدّد الإستقرار التعاقدية إذ يستطيع أحد المتعاقدين أن يدعي أنّ الشيء كان

(106) يراجع العدد 258 أسفله.

(107) يراجع : MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 123.



ومن بين العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار نشير إلى عقود التبرعات وعقود الشغل، وبصفة عامة كافة العقود التي تتضمن التزامات بعمل كالعقود التي تتم مع المحامين والأطباء والفنانين<sup>(111)</sup>.

وقد يقع الغلط في صفة من صفات الشخص، كمن يبرم عقد عمل مع شخص لكي يعمل بصفة أمين مال ثم يتبين أنه حكم عليه في السابق بسبب السرقة أو خيانة المؤمن.

## 2 ( الغلط في القانون

165 - يقصد بالغلط في القانون توهم أحد المتعاقدين أن القانون ينص على قاعدة معينة في حين أنه ينص في الواقع على خلافها<sup>(112)</sup> مثل ذلك أن يعتقد الوارث أن نصيبه في الميراث هو الثمن في حين أنه يستحق الربع حسب القانون. فإذا باع نصيبه صبرة واحدة على أساس أنه يمثل ثمن التركة فإنه يجوز له أن يطلب البطلان استنادا إلى غلظه في القانون. ويشترط الفصل 44 م. ا. ع. في هذا الغلط لينجر عنه البطلان أن يكون السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد وأن يكون مما يعذر فيه بالجهل<sup>(113)</sup>. ولا يستثنى المشرع من هذه القاعدة إلا الحالة المنصوص عليها بالفصل 1473 م. ا. ع. الذي تمنع أحكامه صراحة «القيام بفساد الصلح لجهل في القانون»<sup>(114)</sup>.

(111) يراجع : CONTAMINE RAYNAUD, L'intuitus persone dans les contrats, thèse, Paris, 1974; B. GRELON, L'erreur dans les libéralités, Rev. trim. dr. civ., 1981, p. 261 et s.

(112) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 383 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2, contrat, op. cit., n° 422; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 175. V° aussi, DECOTTIGNIES, Erreur de droit, Rev. Trim. dr. civ., 1951, p. 309.

(113) يراجع : J. GHESTIN, L'acceptation de la communauté fondée sur une erreur de droit et la règle nul n'est censé ignorer la loi, note sous cass. civ. 1ère, 4 Novembre 1975, D. 1977, p. 105.

(114) يراجع في خصوص إمكانية إبطال عقد الصلح المبني على غلط في القانون القرار التعقيبي عدد 2078، المؤرخ في 17 أفريل 1980 (ق، ت، 1981، عدد 7، ص 79، ن. م. ت. 1980، ج 1، ص 10). وقد اعتبرت فيه محكمة التعقيب أن الصلح المفضى من طرف متضرر مع شركة التأمين قبل أن تتبلور حالته الصحية بصفة جلية يعد مبنيا على غلط جسيم موجب للبطلان. ويبدو أن محكمة التعقيب قد تجاهلت في هذه القضية صريح أحكام الفصل 1473 من م. ا. ع. لما وصفت غلط المتضرر في هذه القضية بكونه غلطا أو جهلا لما له من حق، ثم اعتبرت مع ذلك أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما قضاوا ببطلان العقد المذكور. (يراجع تعليق الأستاذ علي الجلولي على هذا القرار بمجلة المحاماة 1989، عدد 1، ص 185).

يجب أن يشتمل على صفات معينة في ذهنه، وأن عدم توفرها يجيز له أن يطلب إبطال العقد بالرغم من كونه لم يفصح عنها. لذلك يجمع شراح القانون على أن تجنب مثل هذه المخاطر يفرض على المحاكم أن لا تستجيب إلى دعوى في البطلان لغلط في الصفة الموجبة للتعاقد، إلا إذا شمل اتفاق الطرفين توفّر تلك الصفة، إما صراحة، أو بصورة ضمنية، إعتبارا لطبيعة العقد، أو لما يلابسه من ظروف لا يمكن معها لأحد المتعاقدين أن يجهل أن توفّر تلك الصفة يشكل الدافع الموجب للتعاقد بالنسبة لمعاقده<sup>(109)</sup>. ويبدو أن محكمة التعقيب متمسكة بهذا الرأي حسبما يتجلى من قرارها عدد 2490 المؤرخ في 6 فيفري 1979<sup>(109)</sup> الذي جاء به أنه لا يجوز لمن اشترى قطعة أرض بدافع البناء أن يطلب إبطال البيع إذا تعذر له الحصول على رخصة في البناء من البلدية ما لم تشترط بالعقد صلوحية المبيع للبناء.

## 1. 4 - الغلط في شخص المتعاقد أو في صفته الأساسية

164 - جاء بالفصل 46 م. ا. ع. أن «الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كانت ذات التعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضى بالعقد».

يتضح من هذا النص أن الغلط المعبى للرضاء يقتصر في هذه الحالة على العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار<sup>(110)</sup>. أما في الحالات التي لا تكون فيها لشخصية المتعاقد أهمية في نظر المتعاقد الآخر فإن مسألة الغلط في الشخص لا تثار.

(108) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 386 et 404, WEILL et TERRE, op. cit., n° 168 et 169.

(109) قرار تعقيبي عدد 2490، مؤرخ في 6 فيفري 1979، ن. م. ت. 1979، ص 61. وانظر تعليق الأستاذ يوسف الكناني على هذا القرار بالمجلة التونسية للقانون، 1981، ص 401. وتعلق القضية موضوع هذا القرار بالبطلان من أجل التغير ولكن المبدأ الذي ورد عن محكمة التعقيب بالنسبة للتغير ينسحب أيضا على مجرد الغلط.

(110) يراجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n°410 et s.; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 170.

## ب - نظام الغلط المعيب للرضاء

166 - إن من يقوم بالبطلان على أساس الغلط المعيب للرضاء عليه أن يثبت أنه وقع في حالة من حالات الغلط في الواقع أو في القانون المبيّنة أعلاه (4) وأن غلظه كان حاسما في التعاقد (1) ومغتفرا (2) حتى إذا لم يكن مشتركا مع معاقده (3).

## 1 ( شرط الغلط الحاسم

167 - الغلط الذي يترتب عليه البطلان هو مبدئياً الغلط الحاسم للرضاء الذي لولاه لما وافق من وقع فيه على التعاقد. وقد نصّ المشرع صراحة على هذا الشرط بالنسبة لحالة الغلط في القانون (الفصل 44 - أولاً)، وكذلك في صورة الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته (الفصل 46). أمّا بالنسبة لحالات الغلط في نفس الشيء (الفصل 45) فقد اشترطه المشرع في حالة الغلط في صفة الشيء، دون حالتي الغلط في ذات المعقود عليه وفي نوعه. وإذ يتفق الشراح على أن الغلط في ذات المعقود عليه ليس عيباً من عيوب الإرادة إنما هو من قبيل الغلط المانع الذي تنعدم به الإرادة تماماً ويحول دون إنشاء العقد<sup>(115)</sup>، بما يكون معه البحث عملاً إذا كان حاسماً في التعاقد أم لا أمراً غير ذي موضوع، فإنّ السؤال يبقى قائماً في خصوص الغلط في النوع : فهل يكفي لينجر عنه البطلان إثبات حصوله، أم هل يجب أن يثبت مدعي البطلان أنّ الغلط في نوع الشيء المعقود عليه كان حاسماً في التعاقد، أي أنّه لولاه لما كان ليقبل إبرام العقد ؟

يختلف الجواب على هذا السؤال باختلاف مفهوم عبارة «نوع الشيء المعقود عليه».

فإذا اعتمدنا لتفسيرها النظرية الموضوعية للغلط في مادة الشيء المعقود

(115) يراجع العدد 161 أعلاه. وانظر أيضاً : J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 19, p. 90.

عليه<sup>(116)</sup>، فإن مجرد إثبات حصول الغلط في النوع يكفي لإبطال العقد دون المزيد من البحث حول مدى أهمية هذا العنصر في قرار التعاقد الغلط. بل قد لا يجوز للقاضي رفض طلب الإبطال بحجة عدم إثبات المدعي أنّ غلظه المزعوم كان الدافع الأساسي لقبوله التعاقد. فيكفي إذن لمشتري الشّمعدان المشار إليه في المثال السابق، حتى يتحصّل على بطلان العقد، أن يثبت أنّ الشّمعدان الذي اشتراه ليس مصنوعاً من الفضة الخالصة خلافاً لما توهمه. ولا شكّ في أنّ إعفاءه من إثبات مدى تأثير هذا الغلط على قبوله للتعاقد من شأنه أن يسهّل عليه الفوز بدعواه في الإبطال.

على أنّ الأمر قد يكون على خلاف ذلك إذا اعتمدنا النظرية الذاتية

(116) ويرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الروماني الذي لم يقبل في مرحلة أولى إلا الغلط المانع الذي يحول دون تكوين العقد المتمثل في الغلط في شخص التعاقد أو في ذات المعقود عليه. وقد قبل في مرحلة ثانية البطلان على أساس الغلط في مادة المعقود عليه (L'error in substantia) ولكنه حصر هذا المفهوم في نطاق ضيق للغاية بحيث لا يمكن إبطال العقد على أساسه إلا إذا تمثّل الغلط في المادة التي صنع بها الشيء المعقود عليه، بما يستثني صفة الشيء المعقود عليه وكذلك جميع الإعتبارات الذاتية التي يمكن أن يتأسس عليها الغلط في التعاقد. وهذا الأمر ليس بالغريب نظراً إلى أنّ القانون الروماني كان يجعل الرضائية في المعقود وكذلك نظرية عيوب الإرادة المتفرعة عنها. وإن تأثر الفقهاء في عهد القانون الفرنسي القديم مثل POTHIER بالنظرية الموضوعية السائدة في القانون الروماني بالرغم من تمسكهم بالرضائية، فذلك خوفاً من أن تؤول نظرية عيوب الإرادة التي ساهموا في إرسائها إلى الإخلال بتطلّبات الاستقرار التعاقدية. الأمر الذي جعلهم يقتربون في تصوّرهم للغلط المعيب للرضى من النظرية الرومانية بالرغم من اختلاف أساس الغلط المبطل للمعقود في القانونين الروماني من جهة والفرنسي القديم من جهة أخرى. ولقد تأثر محرروا المجلة المدنية الفرنسية بهذا التوجّه الضيق لمفهوم الغلط. لكن فقه القضاء حرص منذ البداية على توسيعه بما يجعله أكثر ملاءمة مع الأساس الذاتي لنظرية عيوب الإرادة.

يراجع في هذا الخصوص :

J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 22 (Histoire); J. GHESTIN, Traité, droit civil, op. cit., n° 365 et n° 368; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 166 à 169. V° aussi, R. DAVID, La doctrine de l'erreur dans POTHIER et son interprétation par la Common Law d'Angleterre, Etudes Capitaine, 1939, p. 145 et s.; MEMIN, Les vices du consentement dans notre ancien droit, thèse, Paris, 1927. V° aussi, Georges VIVIEN, De l'erreur déterminante et substantielle, Rev. trim. dr. civ., 1992, p. 305; MALINVAUD, Erreur sur la substance, D. 1972, Chr., p. 215.

وما من شكّ في أنّ الفصول 44 إلى 48 م.أ.ع. تعكس ما كان عليه الفقه وفقه القضاء بفرنسا في أواخر القرن التاسع عشر في مادة الغلط المعيب للرضى، علماً أنّ المشرع الألماني تجنّب من ناحيته أيضاً وإلى حدّ ما تكريس النظرية الموضوعية في هذا المجال (يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 96

لتفسير مفهوم الغلط في نوع الشيء المعقود عليه. فالغلط حسب هذه النظرية ليس كل غلط مادّي، إنّما فقط الغلط المادّي الذي ما كان بدونه أن يقبل الطرف الغالط إبرام العقد. وإذا أخذنا بهذه النظرية فإنّ دعوى البطلان التي يقوم بها مشتري الشّمعدان في مثالنا قد تؤول إلى الفشل إذا تبين مثلا أنّ شراءه للشّمعدان تمّ باعتباره تحفة أثرية نادرة وليس ظلّا منه غلطا أنّه شمعدان مصنوع من الفضة الخالصة.

168 - وإذا تبين هكذا أنّ نطاق الغلط في نوع الشيء المعقود عليه يكون أوسع بكثير في النظرية الموضوعية مما قد يكون عليه في النظرية الذاتية، فإنّه يصبح من المفيد التساؤل عن موقف المشرع التونسي من هاتين النظريتين. إنّ تعرّض المشرع إلى الغلط في نوع المعقود عليه ضمن الفصل 45 من م.أ.ع. دون أن يشترط فيه أن يكون السبب الوحيد أو السبب الأصلي في التعاقد، على خلاف ما فعل بالنسبة لغيره من حالات الغلط المعيب للرّضاء، قد يبعث على الاعتقاد أنّه تبنى النظرية الموضوعية وبالتالي فإنّ كل غلط في نوع الشيء المعقود عليه قد يترتب عليه بطلان العقد بصرف النظر عن الدافع الذي حمل المتعاقد الغالط على التعاقد ودون اعتبار مدى تأثير غلظه على رضاه. على أنّه من المستبعد جدّاً أن يكون المشرع التونسي قد قصد تكريس هذا الحلّ وذلك نظرا لتضاربه المطلق مع البعد الذاتي والتفاسني الذي تتميز به نظرية عيوب الرّضاء التي لا جدوى لها سوى ضمان احترام الإرادة الفردية حرصا على سلامة الرّضاء. فلا يمكن إذن أن يترتب أي أثر قانوني على عدم إشارة المشرع صراحة إلى ضرورة توفّر العنصر الذاتي بالنسبة للغلط في النوع، الأمر الذي يستخلص معه أنّ شرط توفّر الغلط الحاسم ضروري في نظرنا بالنسبة لجميع حالات الغلط المعيب للرّضاء بدون استثناء<sup>(117)</sup>.

169 - وإذا نتجته الملاحظة أنّ المشرع استثنى على ذلك الأساس ضمن الفصل 47 من م.أ.ع. مجرد الغلط في الحساب من حالات الغلط المعيب

للرّضاء باعتباره يتعلّق بما ليس له مساس بجوهر الإلتفاق، فإنّه من الأهمّ التأكيد في هذا المجال على أنّ توفّر شرط الغلط الحاسم لا يكفي لينجرّ عنه البطلان طالما أنّ هذا الغلط لم يكن من بين الحالات المنصوص عليها بالفصل 44 وما بعده من م.أ.ع.، من ذلك مثلا أنّ الغلط في قيمة الشيء لا يفسد الرّضاء حتّى إذا ثبت أنّه كان حاسما له. والسبب في هذه الإبتحالة هو أنّ الغلط في القيمة يعني الغبن. وهو عيب لا يجيز القانون التونسي إبطال العقود على أساسه إلا بشروط<sup>(117)</sup>. ممّا يستثنيه من ميدان تطبيق الغلط المعيب للرّضاء، عدا الحالات التي يكون فيه مجرد نتيجة لغلط في النوع أو في الصّفات الموجبة للتعاقد<sup>(118)</sup>.

## (2) شرط الغلط المغتفر

170 - ينصّ المشرع صراحة على ضرورة توفّر هذا الشرط بالنسبة للغلط في القانون الذي لا يترتب عليه البطلان إلا إذا كان معذورا (الفصل 44 - ثانيا من م.أ.ع.). ويعدّ الجهل في القانون معذورا، عملا بأحكام الفصل 545 من م.أ.ع.، إذا تعلّق بأحكام بقيت خافية على العموم حتى بعد نشرها. والغلط فيما لا يخفى على العموم من القوانين يعدّ طبعاً من قبيل الغلط الفاحش الذي لا يغتفر. وهو من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة ومحض تقدير قضاة الأصل.

إنّ حرص المشرع على حماية الإرادة الفردية وعلى ضمان سلامة الرّضاء من خلال تنظيمه لعيوب الإرادة قد يفسّر الطابع الاستثنائي الذي خصّ به شرط الغلط المغتفر ممّا حصر نطاقه في الغلط في القانون دون الغلط في الواقع طالما أنّ المهمّ في نظرية عيوب الإرادة ليس سبب الغلط وإنّما مدى تأثيره على رضاه الطرفين بالعقد. ولكنّ هذا لا يعني أنّ القاضي يكون في كلّ الأحوال ملزماً بالإستجابة إلى طلب الإبطال المؤسّس على غلط فاحش في الواقع. بل لعله

(117) - 1) يراجع العدد 182 أسفله وما بعده.

(118) يراجع في خصوص الغلط في القيمة : J. GHESTIN, Traité de Droit civil, op. cit., n° 387 à 391.

(117) يراجع حول كيفية تقدير توفّر هذا الشرط في فقه القضاء بفرنسا : B. STARCK, H. ROLAND : Et L. BOYER, Obligations, 2, contrat, op. cit., n° 416 et s.

من واجبه أن يأخذ هذا العنصر بعين الاعتبار في نطاق السلطة التي منحه إياها القانون (الفصل 48 من م.أ.ع.). لتقدير الغلط ومدى تأثيره على الرضى. وما من شك في أنه قد يصبح من الممكن بهاته الطريقة تعميم شرط الغلط المغتفر على جميع حالات الغلط. وهو الحل الذي توصل إليه فقه القضاء بفرنسا مراعاة لمتطلبات الاستقرار التعاقدى<sup>(119)</sup>.

### 3) مسألة الغلط المشترك

171 - لا يشترط المشرع في الغلط المعب للرضاء أن يكون مشتركا بين أطراف العقد. وهذا طبيعي لأن الأصل هو سلامة الرضى الصادر عن كل من المتعاقدين وإلا تعذر إلزام أحدهما بما يكون قد قبله وارتضاه بناء على غلط. على أنه يتجه لفت النظر والتذكير إلى أن حالة الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد تفرض كما رأينا أن يكون التعاقد الثاني على علم بأهمية صفة الشيء التي وقع في شأنها الغلط بالنسبة لمعاقده، لكن هذا لا يعني وجوب حصول غلط مشترك<sup>(120)</sup>.

### 4) إثبات الغلط

172 - لاشك في أن إثبات الغلط محمول على من يدعيه وهذا أمر صعب للغاية لتعلقه بحالة نفسانية قد يصعب، بل يستحيل أحيانا، بيان وجودها وقت إبرام العقد. وتزول حدة هذه الصعوبة إذا تبين أن الغلط يتعلق بنوع أو صفة كانت محل اتفاق، إذ يكفي في هاته الصورة الرجوع إلى الكتب لإثبات الغلط. كما يمكن إثبات الغلط بسهولة نسبية إذا تعلق بصفة مميزة عادة للشيء موضوع الإلتزام. فمن يشتري مثلا تحفة من مغازة مختصة في بيع التحف الأثرية يحمل على أنه اشترى تحفة أثرية أصيلة، لا نسخة مزيفة. وقد يكون من صالح البائع في هاته الصورة أن يحاول إثبات العكس. ولا بد من

(119) يراجع في خصوص الغلط المغتفر : J. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, op. cit., n° 398; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations 2, contrat*, op. cit., n°418 et s., V° aussi, DABIN, *Erreur inexcusable et nullité des conventions*, in *Etudes de droit civil*, p. 35, n° 3.

(120) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 173.

الإشارة إلى أن للقاضي في هذا المجال سلطة تقديرية تمكنه من تحليل نفساني لتصرف المتعاقد الغالط وذلك على ضوء ما يمكن أن تكشف عليه «ظروف الأحوال وسن القائم بالغلط وحاله وكونه ذكرا أو أنثى» (الفصل 48 م.أ.ع.). على أن هذه الاعتبارات قد لا تكفي لتقليل من حدة صعوبة الإثبات في هذا المجال، الشيء الذي يفسر قلة قضايا الإبطال من أجل الغلط إن لم نقل شبه انعدامها في القانون التونسي. وقد يكون الأمر بالمثل في القانون الفرنسي إذا استثنينا القضايا المتعلقة بالتحف الأثرية واللوحات الزيتية وهي قضايا خصوصية للبلدان الغربية تولد عنها معظم فقه القضاء بفرنسا في هذا الميدان<sup>(121)</sup>.

## II - التغير

173 - التغير هو عيب من عيوب الرضاء المنصوص عليها بالفصل 43 م.أ.ع. (أ) ولكنه يشكل من ناحية أخرى شرطا أساسيا لا بد من توفقه ليصبح الغبن بدوره من الحالات المعيبة للرضاء عملا بصريح أحكام الفصل 60 م.أ.ع. (ب).

### أ - التغير باعتباره عيبا للرضاء

174 - التغير أو التدليس (قارن الفصلين 43 و56 م.أ.ع.) هو كل حيلة أو خدعة توقع الشخص في غلط يحمله على التعاقد. فهو إذن غلط مستثار يقع فيه الشخص تحت تأثير الحيل فيتصور الأمور على غير حقيقتها ويقدم على التعاقد على أساس تلك الأوهام التي افتعلها الغير<sup>(122)</sup>.

(121) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 423 à 426. (122) يراجع محمد الملقى : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 52، وعلي رجب : «التغير في إبرام العقود»، مذكرة ليل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس سنة 1990 - ص 3. وانظر أيضا : Y. SCHUMACHER, *La mauvaise foi en droit*, thèse, Aix, 1967; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, op. cit., n° 142 et s.; P. BONASSIES, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse, Lille, 1955; J. GHESTIN, *Encycl. Dalloz, Rep. dr. civ.*, 2è éd., v° Dol; et «la réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles», D. 1971, chr., p. 247.

ويتبين من خلال هذا التعريف أنّ الغلط في التّغير هو غلط مستشار وليس غلطا تلقائياً كما هو الحال في مادة الغلط. ولا شكّ في أنّ ميزة هذا الغلط هي التي تعطي للتّغير خصوصيته وتبرّر وجوده بصفة مستقلة عن الغلط العادي. ذلك أنّ الغلط المستشار أو التّغير يفترض في جميع الحالات خطأ يصدر عن المتعاقد أو عن الغير (كذب - حيل - خدعة) بما يجعله سهل الإثبات اعتباراً إلى أنّ الحيل والخدع من الأمور الخارجية الظاهرة على خلاف الغلط التلقائيّ الذي هو أمر داخليّ محض صعب الإثبات كما سبق أن رأينا. وبما أنّ التّغير يتكوّن دائماً من خطأ صادر عن الغير، فإنّه يمكن من ناحية أخرى، لمن يشبهه أن يتحصّل، إضافة إلى إبطال العقد، على الغرامات التي يستوجبها تعويض الضّرر الناجم عنه. وهو شيء صعب المنال في حالة القيام على أساس مجرد الغلط.

وفضلاً عن هذا، فإنّ تأسيس التّغير على خطأ الغير من شأنه أن يجعل نطاقه أوسع من نطاق الغلط حيث أنّه يتكوّن من أيّ غلط نتج عن حيلة أو خديعة أو كذب أو كتمان، ولو كان غلطا في الباعث أو في الحساب أو في القيمة، وهي حالات لا يترتب عليها البطلان من أجل الغلط كما سبق أن رأينا<sup>(123)</sup>.

(123) في خصوص العلاقة بين الغلط والتّغير يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 180; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 450 à 453. يراجع أيضاً قرار محكمة الاستئناف الفرنسيّة بكولمار الصادر في 30 جانفي 1970, COLMAR, 30, 1970, II, 16609, note LOUSSOUARN, D. 1970, p. 297, note Janvier 1970, J.C.P., 1970, II, 16609, note LOUSSOUARN, D. 1970, p. 297, note AL FANDARI (القاضي بأنّ التّغير ليس بالضرورة غلطا مستشاراً بل يمكن أن يتمثّل أيضاً في جميع أنواع المخاتلات التي تؤثر على إرادة الشخص فتحمله على التّعاقد. ويعدّ على ذلك الأساس تفريراً موجبا للبطلان الملل والإرهاق الذي حمل امرأة عمرها 75 عاماً على إمضاء عقد هبة لفائدة ابنتها وصهرها اللذين حجزها ليلاً برفقتها وتحصّلوا على مبتغاهما بعد ساعات طويلة من التّفاوض. واستندت محكمة كولمار في قرارها هذا إلى التّصريح الذي أورده في بداية القرن العشرين الفقيه GAUDEMET في كتابه Théorie générale des obligations (صفحة 70). وقد ساندتها في هذا الاتجاه الأستاذ LOUSSOUARN الذي لاحظ أنّ هذا الحلّ الجريء الذي يجعل من مجرد الضّغط المسلط على الشخص تفريراً موجبا للإبطال من شأنه أن يسدّ ثغرة في نظرية عيوب الرّضاء ضرورة أنّ الضّغط المرهق الذي يحمل الإنسان على التّعاقد لا يمكن وصفه بالإكراه لعدم توفّر عنصر الخوف فيه، كما أنّه لا يشكل تفريراً بالمعنى التقليديّ المتعارف لهذا المفهوم. فلا مناص إذن من توسيع مفهوم التّغير مثلما فعلت محكمة كولمار إذا أردنا حماية الإرادة الفردية وضمان سلامة الرّضاء بنجاحة (يراجع تعليق LOUSSOUARN تحت قرار كولمار المذكور : J.C.P. 1970, II, 16609). على أنّ محكمة التّقييب الفرنسيّة لم تقبل على ما يبدو هذا الاتجاه (انظر مثلا : Cass., 2 Juin 1966).

ويتضح هكذا من المقارنة بين الغلط والتّغير أنّ البطلان من أجل التّغير ليس فقط جزء التّيبّل من سلطان الإرادة وسلامة الرّضاء، بل هو كذلك جزء مدنيّ بلجنة مدنيّة. ويترتب على الطّبيعة المزدوجة المميّزة للتّغير نظام قانونيّ مزدوج حيث أنّ البطلان من أجله يفترض، بالإضافة إلى ثبوت جنحة التّغير (1)، بيان أنّها كانت حاسمة في التّعاقد (2).

### 1 (1) مكونات جنحة التّغير

175 - يثبت التّغير إذا توافر فيه عنصران : عنصر قصديّ وعنصر مادّيّ. ويمكن أن ينجّر البطلان عن توفّر هذين العنصرين ولو صدرت الجنحة عن غير المتعاقدين.

#### 1.1 - العنصر المادّيّ

176 - جاء بالفصل 56 م.أ.ع. أنّ «التّدليس يوجب البطلان إذا صدرت مخاتلات أو كنايات حملت الجانب الآخر على التّعاقد...».

177 - المخاتلات هي مجموع الوسائل الإحتياليّة، قوليّة كانت أو فعليّة التي من شأنها تضليل المتعاقد وحمله على الرّضاء بما لم يكن ليرضى به لولاها<sup>(124)</sup>. كما لو قدّم مثلاً بائع أصل تجاريّ أوراقاً مزوّرة توهم المشتري بأرباح مبالغ في قيمتها لحمله على الشّراء. ويتفق شرّاح القانون في فرنسا وفي بلدان الشّرق العربيّ على أنّ مجرد الكذب يكفي ليتكوّن منه تفرير وليس من الضّروريّ إذن أن يكون الكذب مصحوباً باستعمال أساليب الخدعة والحيلة المادّيّة<sup>(125)</sup>.

1981, Bull. civ. IV, p. 205, et Cass. civ. 1ère, 23 Janvier 1980, Gaz. Pal. 1980, 2, 327. بالرّغم من مساندة بعض الفقهاء له (أنظر مثلاً : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 434). يراجع في هذا الخصوص : Patrick CHAUVEL, "Dol, erreur et : note sous cass. 1ère civ. 10 Juillet 1995, D. 1997, p. 20.

(124) وهو التّصريح الوارد بالمادّة 143 من القانون المدنيّ الأردنيّ.

(125) يراجع : J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 429; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 182; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 441 et 442.

وانظر : د. عبد الفّتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 163، ص 334.

بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به». وقد يرجع الشبه القائم بين مختلف هذه التشريعات إلى كون الفقه الإسلامي يأخذ بالتغريير المبني على الكذب أو الكتمان<sup>(129)</sup>.

### 1. 2 - العنصر القصدي

179 - لكي يتوافر التدليس لابد من توافر نية التضليل لدى المدلس. فإذا انعدم هذا العنصر يتعذر بطلان العقد. من ذلك أن الكذب أو المبالغة التي تصدر من طرف التاجر بقصد مدح تجارته وترويجها تعد من قبيل التغريير المغتفر (Dolus bonus) الذي لا يؤثر على صحة العقد. وذلك على عكس التغريير المذموم أو غير المشروع (Dolus malus) وهو الذي يكون فيه الخطأ، من حيل أو كتمان، على درجة من الجسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد<sup>(130)</sup>.

### 1. 3 - الشرط المتعلق بمن صدر منه التدليس

180 - جاء بالفصل 56 م. 1. ع. أن «التغريير يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين أو من نائبه أو ممن كان متواطئاً معه... وكذلك حكم التغريير الواقع من غير المتعاقدين إذا علمه من انتفع به».

وفهم من هذا النص أن التغريير يؤدي إلى البطلان إذا ارتكبه مباشرة أحد المتعاقدين أو نائبه إضراراً بالمتعاقدين الآخرين، أو في صورة ارتكابه من طرف شخص متواطئ مع أحد المتعاقدين.

(129) يراجع د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 170، ص 335. وانظر مشروع صانيلانا (هامش الفصل 61).

(130) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 438; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 182. V° aussi, C. CHAFOURIAN, Faute lourde, faute inexcusable et dol en droit français, étude jurisprudentielle, thèse, Paris II, 1977; G. BRIERE DE L'ISLE, La faute dolosive. Tentative de clarification, D. 1980, Chr., p. 133.

178 - كما يقع التغريير حسب صريح الفصل 56 م. 1. ع. بواسطة الكنايات. وهي جمع كناية أي التعبير عن شيء معين بلفظ غير صريح في الدلالة عليه لغرض من الأغراض<sup>(126)</sup>. والمقصود بالكنايات هنا السكوت عمداً عن ظرف معين يهّم المتعاقد الآخر معرفته. ويعبر عليه أيضاً بالكتمان. واعتبار الكتمان تغرييراً يعني في الحقيقة أن المشرع التونسي يضع على كاهل المتعاقد واجب إعلام المتعاقد معه ومصارحته بخصوصيات الشيء المعقود عليه وخاصة منها السلبية التي قد تؤثر على الرضاء. ومما يلفت الانتباه بالنسبة للقانون المقارن هو عدم تعرض المجلة المدنية الفرنسية صراحة لحالة التغريير بالكتمان، كما أن القضاء في فرنسا لم يقبله إلا بعد تطور بطيء توج بقرار تعقيبي مدني مؤرخ في 15 جوان 1971 ينص على أنه «يمكن أن يتكون التغريير من السكوت الذي يقصد منه إخفاء أمر على المتعاقد معه لو علم به لما رضي بالتعاقد»<sup>(127)</sup>. ونحن نعتقد أن قبول فقه القضاء الفرنسي لهذا الحل ليس من باب الصدف علماً أنه حدث في وقت شهدت فيه نظرية الدفاع عن حقوق المستهلكين ازدهاراً ملحوظاً في البلدان المتقدمة<sup>(128)</sup>. والجدير بالملاحظة في هذا المجال تطابق التشريع العربي مع القانون التونسي وخاصة منها القانون المصري (المادة 1/26)، والأردني (المادة 144) والكويتي الذي جاء به ضمن المادة 152 أنه «يعتبر بمثابة الحيل المكوّنة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد أو ملابسته، أو السكوت عن ذكرها إذا كان في ذلك إخلال

(126) يراجع د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 163، ص 336.

(127) يراجع : Cass. civ. 3è, 15 Juin 1971, Bul. civ., III, n° 38, p. 25; Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 839, obs. LOUSSOUARN, V. aussi, civ., 3è, 2 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 330, p. 251.

(128) يراجع : CH. LARROUMET, Droit civil, Tome 3, les obligations, op. cit., p. 312; J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 430 et s.; V° aussi, DIENER, Le silence et le droit (Essai sur le silence en droit privé), thèse Bordeaux, 1975; M. DE JUGLART, L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 1 et s.; GUYOT, La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles, Mélanges Capitant, pp. 207 et s.; GARCIN et MORETEAU, Le dol et l'obligation de renseignements dans la formation des contrats, Ann. Fac. Droit, LYON, 1982, pp. 101 et s.

أما إذا صدر التّغريّر عن شخص ثالث غير متواطئ مع المتعاقد المتنفّع به، فإنّ البطلان لا يجوز إلا إذا كان هذا الأخير على علم به عند إنشاء العقد. وتما تتّجه الإشارة إليه في هذا الخصوص إتفاق معظم التشريعات العربيّة على هذا الحلّ، مثل القانون المصريّ (الفصل 26) والسّوريّ (الفصل 219) والكويتيّ. وينصّ هذا الأخير بالمادّة 148 على أنّه «إذا صدر التّغريّر من غير المتعاقدين وأثبت المغرور أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم بالتّغريّر وقت العقد، جاز له فسخه». وتختلف هذه القوانين عن القانون الفرنسيّ الذي لا يقبل، باستثناء حالة التّواطؤ، سوى التّغريّر الصّادر عن أحد المتعاقدين. وإذا يبرّر الشّراح في فرنسا هذا الحلّ بضرورة مراعاة مصالح المتعاقد المستفيد من التّغريّر، فقد يفهم منه أيضا أنّ التّغريّر في القانون الفرنسيّ يغلب عليه طابع الجنحة على حساب طابع العيب في الرّضاء علما أنّ البطلان من أجل التّغريّر مردود فيه<sup>(131)</sup> إذا صدر عن غير المتعاقد المتضرّر منه حتّى ولو نتج عنه عيب ثابت في الرّضاء. وذلك على خلاف ما ورد في القانون التّونسيّ وفي غيره من التشريعات العربيّة المذكورة أعلاه التي تقبل البطلان مهما كان مصدر التّغريّر ولا تستثنيه من هاته النّاحية إلا إذا كان المتعاقد المستفيد منه جاهلا تمام الجهل بوقوعه.

## 2) شرط التّغريّر الحاسم

181 - لا يجوز البطلان على أساس التّغريّر إلا إذا كان التّغريّر هو الدّافع على التّعاقد بحيث ما كان للطرف المغرور أن يتعاقد لولا وجود الخيل أو الكنايات<sup>(132)</sup>. وهذا هو ما يطلق عليه بالتّغريّر الأصليّ (Dol principal) ويقابله التّغريّر العارض (Dol incident) وهو الذي لا يؤثّر بصفة حاسمة على التّعاقد إنّما يجعل المغرور يرضى بشروط أشدّ من تلك التي ما كان ليقبلها

(131) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 185 وانظر بالنّسبة للقانون المصريّ : د. عبد الفتّاح عبد الباقي : نظريّة العقد...، عدد 165، ص 340، وما بعدها.

(132) وهو الشّروط المنصوص عليه صراحة ضمن الفصل 56 من م.أ.ع. بمقولة أنّ «التّغريّر يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الجانبين... مختلات أو كنايات حملت الجانب الآخر على العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلا بها...» وانظر في خصوص هذا الشّروط بالقانون الفرنسيّ : J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 421...

لولا<sup>(133)</sup>.

وإذا يتّفق الشّراح على أنّ التّغريّر العارض هو الذي يلحق توابع العقد دون شروطه الجوهرية، فإنّ التّمييز بينه وبين التّغريّر الأصليّ يبقى مع ذلك في نظرهم أمرا دقيقا ضرورة أنّ أهمية الشّروط العقدية تختلف من حالة إلى أخرى بحسب ظروف الأحوال واعتبارا لمقاصد الأطراف<sup>(134)</sup>. وهو ما يفسّر في رأينا الصّيغة الحذرة التي استعملها المشرّع في تحريره لأحكام الفصل 57 من م.أ.ع. الذي كرّس بموجبه هذه التّفرة حيث ورد بهذا النّص أنّ «التّغريّر الواقع في توابع العقد إذا لم يكن هو السّبب الأصليّ في التّعاقد لا يوجب إلا تعويض الخسارة». الأمر الذي يفهم منه أنّ مسألة وصف التّغريّر بكونه عارضا أو أصليا تعدّ من المسائل الموضوعية التي يخضع تقديرها لمحض اجتهاد القاضي.

## ب - التّغريّر شرط الغبن المعيب للرّضى

182 - الغبن هو الخسارة الماليّة التي تلحق بأحد المتعاقدين في عقود المعاوضة نتيجة وجود فارق معتبر زمن التّعاقد بين القيمة الحقيقيّة للمعقود عليه والقيمة المعتمدة في العقد<sup>(135)</sup>. وقد نصّ الفصل 60 من م.أ.ع. أنّ «الغبن لا يفسخ العقد إلا إذا تسبّب عن تغريّر من العاقد الآخر أو من نائبه أو بمنّ نابه في العقد...». والغبن الذي لم يتسبّب فيه تغريّر لا يفسخ العقد إلا إذا كان المغبون صغيرا وتجاوز الفرق في القيمة الثلث (الفصل 61 من م.أ.ع.) أو إذا تعلق الغبن في قسمة رضائية لمشترك بمناب من ليس له أهلية التّصرف وكان الفرق في القيمة الربع (الفصل 125 فقرة ثالثة من م.أ.ع.)<sup>(136)</sup>.

(133) يراجع : د. عبد الفتّاح عبد الباقي : نظريّة العقد...، عدد 167، ص 345.

(134) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 184; MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 135 et 138; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 212; J. GHESTIN, op. cit., n° 440.

وانظر قرار تعقيبي مدني عدد 1216، مؤرّخ في 5 فيفري 1962، ن.م.ت. 1962، ص 9، (135) يراجع ك.د. عبد الفتّاح عبد الباقي : نظريّة العقد...، عدد 191، ص 402 ومحمّد الملقّي : محاضرات في شرح القانون المدني التّونسي، ص 54. يراجع أيضا : Huguctte MÉAU-LATOURE, Aléa, lésion et vileté du prix, J.C.P., éd. N. 1990, p. 301.

(136) يراجع في هذا المعنى القرار الصّادر عن محكمة الاستئناف بتونس في المادّة المدنيّة تحت عدد 97294 المؤرّخ في 28 ديسمبر 1991 (ق.ت. 1992، عدد 6، ص 96) وقد ورد به أنّ الغبن لا يقوم «عيا مستقلا من عيوب الرّضا بالنّسبة لمن له أهلية التّصرف بل يشترط الفصل 60 من م.أ.ع. أن يكون الغبن ناجما عن تغريّر».

لا يقره إلا لفائدة من سنهم دون 25 عاما. كما أنه لم يقبله في عهد JUSTINIEN إلا لفائدة من يبيع عقارا بشمن يقل عن نصف الثمن الحقيقي. وإذ تطورت نظرية الغبن في القرون الوسطى تحت تأثير الكنسيين بدافع أخلاقي يتمثل أساسا في ضمان تكافؤ الالتزامات بوجه عام، ومن أجل مقاومة الربا على وجه الخصوص، فإن القانون الفرنسي القديم قد قلص شيئا فشيئا من أهميتها وضيّق في نطاقها. والأسباب في ذلك مختلفة ويرجع أبرزها إلى شعور الفقهاء في القرنين السابع عشر والثامن عشر بضرورة ضمان الاستقرار في التعاقد وإلى ظهور الفردانية التي من نتائجها تغليب حرية التعاقد على متطلبات العدالة العقدية. وقد مهدت هذه الظروف إلى تصور ضيق للغبن في المجلة المدنية الفرنسية لسنة 1804 حيث أنها حصرت نطاقه في بعض العقود أو لفائدة بعض الأشخاص<sup>(141)</sup>. ولعله من المفيد أن نضيف في هذا السياق أن القانون الألماني لا يقبل بدوره الغبن إلا في حدود ما تسمح به نظرية الاستغلال<sup>(142)</sup> التي يكرسها الفصل 138 فقرة 2 من المجلة المدنية الألمانية الذي يجازي بالبطان كل عقد ينطوي عند إبرامه على عدم تناسب مشط بين التزامات طرفيه نتيجة تعمد أحد المعاقدين استغلال حالة الضعف التي كان عليها معاقده الآخر، كحاجة ملجئة تتحكم فيه أو طيش بين يتسم به أو عدم خبرة كافية. وهكذا يتضح أن الغبن لا يعتبر في التاريخ والقانون المقارن<sup>(143)</sup> سببا مستقلا في ذاته عن بقية أسباب بطان العقد إلا في حالات استثنائية. وقد حصر المشرع التونسي هذه الحالات أخذا عن التشريع الإسلامي في الغبن الذي يلحق صغير السن وغيره من عديمي أهلية التصرف. أما في غير ذلك من الحالات فهو لا يبطل العقد إلا إذا كان نتيجة تغير.

(141) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 200; J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 845.

(142) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 181 et s.

(143) يراجع : EL BASSOUMI, La lésion en droit comparé, thèse, Strasbourg, 1942; R. DE LA GRASSERIE, L'inégalité dans les contrats en droit comparé, Bull. soc. légis. comp., 1911, p. 482; Abdelkader MRABTI, Contribution à l'étude critique de la notion de lésion, thèse, Paris II, 1986.

ويرجع أصل هذه الأحكام إلى الفقه الإسلامي الذي لا يعتد في غالبه بالغبن إلا إذا صحبه تغير<sup>(137)</sup>. وقد نصت المجلة العثمانية على ذلك الأساس أنه «إذا وجد غبن فاحش ولم يوجد تغير، فليس للمغبون أن يفسخ العقد إلا أنه إذا وجد الغبن في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم» (المادة 356). وإذ يقر مذهب مالك هذا الحل، فهو يختلف عن بقية المذاهب الأخرى بقوله للغبن الذي يقع فيه العاقد عن مجرد غلط في قيمة المعقود عليه<sup>(138)</sup>. وهو اتجاه لم يأخذ به المشرع التونسي حسبما يتضح من مراجعة أحكام الفصل 60 المذكور أعلاه من م.أ.ع. وما من شك في أن اشتراط التغير في الغبن ورد ضمن هذا الفصل على سبيل الحصر وقصد به أساسا عدم اعتبار الغبن الحاصل عن مجرد الغلط في القيمة الذي لا يأخذ به سوى المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الفقهية الأخرى كما سبق عرضه. وإذا اعتمدنا هذا التفسير فإن ما لاحظته بعض الشراح<sup>(139)</sup> من أن الفصل 60 من م.أ.ع. هو في الواقع غير ذي موضوع طالما أن التغير المشروط في الغبن يشكل في ذاته سببا كافيا لإبطال العقد، قد يكون والحالة تلك في غير محله علما أنه لا يوجد حكم قانوني غير الذي ورد بالفصل 60 المذكور ليمنع البطان من أجل الغلط في القيمة.

183 - إن الطابع الاستثنائي الذي يتميز به الغبن هو في الواقع أمر مشاع منذ القديم بين مختلف الأنظمة القانونية. فالقانون الروماني الشكلي<sup>(140)</sup> كان

(137) يراجع : د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي... الجزء الثاني، ص 133 إلى 141.

(138) يراجع : د. عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي... ص 137 وما بعدها وانظر: قرار تعقيبي عدد 615، مؤرخ في 3 جوان 1926، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 150.

(139) يراجع : يوسف الكنتاني : "La lésion est elle une entité juridique autonome?", Rev. tun. dr. 1978, I, pp. 59 et s.

(140) في خصوص تاريخ نظرية الغبن في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 199; J. GHESTIN, Traité de droit civil, op. cit., n° 543 et s.; v° aussi, TARDE, L'idée du juste prix, thèse, Paris, 1906; COUZALOU, L'injustice usuraire devant le droit économique et le droit séculier, thèse, Montpellier, 1920; Fr. BOULANGER, Le problème de la lésion dans le droit intermédiaire. Etudes d'histoire économique et sociale du 18è siècle, Trav. Fac. Droit Paris, 1966, pp. 53 et s.



## III - الإكراه

184 - يتمثل الإكراه حسب صريح أحكام الفصل 50 م.ا.ع. في «إجبار أحد بغير حقّ على أن يعمل عملاً لم يرتضه». ونجد نفس هذا التعريف بمختلف التشريعات العربية مثل القانون العراقي الذي يعرف الإكراه في المادة 112 من المجلة المدنية بأنه «إجبار الشخص بغير حقّ على أن يعمل دون رضاه». أمّا المادة 125 من القانون المدني الأردني فإنها تضيف إلى ذلك أنه «يكون مادياً أو معنوياً».

فالإكراه إذن هو ضغط على إرادة الشخص من شأنه أن يحمله على التعاقد بدون رضاه. وقد يترتب على فساد الرضاء التاجم عن الإكراه بطلان العقد<sup>(144)</sup>. فما هي مكونات الإكراه المبطل للرضى (أ) وما هي شروطه (ب).

## أ - مكونات الإكراه

185 - يتبين من الفقرة 2 من الفصل 51 م.ا.ع. أن الإكراه يوجب البطلان «إذا كان . . . من شأنه إحداث ألم بيدن المكره أو اضطراب معنوي له بال في نفسه أو خوف عليها أو على عرضه أو ماله من ضرر فادح . . .». ويفهم من هذا النص أن الإكراه يتكوّن من كلّ ضغط، حسياً كان أو معنوياً، يهدف إلى التأثير على إرادة شخص وذلك بأن يجعله مرغماً على الاختيار بين أمرين : إمّا إبرام العقد المطلوب منه، أو تحمّل آلام التعذيب المسلط عليه أو نتائج التهديد الذي تلقاه.

ويتضح من هذا أن الإكراه لا يعدم الرضاء تماماً بل هو يعيبه فقط. فالمكره هو من اختار التعاقد ورضي به. ولكن الرضاء الذي صدر عنه لم يكن

(144) J. ROVINSKI, La violence dans la formation du contrat, thèse dactyl., : مراجع : Aix-Marseille, 1987; TREILLARD, La violence comme vice du consentement dans le contrat, Mélanges LOBORDE-LACOSTE, 1963, pp. 419 et s., v. aussi J. GHESTIN, Traité de Droit civil, op. cit., n° 443 et s.; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 188 et s. وانظر محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 47.

حرّاً بل كان نتيجة ضغط يتمثل في ألم حسّي أو في خوف أو اضطراب معنوي ناتج عن تهديد بالنيل من نفسه أو عرضه أو ماله.

وإذا كان الإكراه هو الخوف الباعث على التعاقد، فإنّ المشرع يستثني منه ما يعبر عليه الفصل 55 بـ «الخوف المترتب على الحياء» وهو مثلاً النفوذ الذي للأب أو الأم على ولدهما. وهذا الخوف لا يكفي لإبطال العقد إلا إذا كان مصحوباً بتهديد قويّ أو ضرب.

وينعت الإكراه بأنه معنويّ لما يحدثه من تأثير على المؤهلات النفسية للمكره يكون من شأنه إضعاف الإرادة. ولا بدّ من التأكيد هنا على أن إضعاف الإرادة قد ينتج عن كلّ ضعف مؤثر حسياً كان أو معنوياً. فالتعذيب وما ينتج عنه من آلام بدنية يضعف الإرادة ويجعلها تختار التعاقد مقابل كفه. ويقال في هاته الصورة إنّ التعاقد كان نتيجة إكراه معنويّ. أمّا ما يسمى بالإكراه المادّي فيتعلّق مفهومه بالحالة التي يجبر فيها الشخص على التعاقد دون أن يكون له أن يختار. ويكون ذلك مثلاً في حالة ما إذا أمسك شخص بيد آخر ووضع بصمة أصبعه على الكتب أو نوّمه تنويماً مغناطيسياً وأوحى إليه بإمضاء العقد. ففي مثل هاته الحالات يكون الرضاء مفقوداً تماماً وقد يترتب عليه البطلان المطلق عملاً بأحكام الفصلين 2 و325 من م.ا.ع. ويشبّه الإكراه معنوياً كان أو مادياً بجميع وسائل الإثبات<sup>(145)</sup>.

## ب - شروط الإكراه

186 - يفهم من الفصول 50 و51 وأولاً و52 إلى 55 م.ا.ع. أن الإكراه

(145) وقد صدرت بعض القرارات التعقيبية لتؤكد على أن مسألة توكّر الإكراه من عدمه تقديرية محضة وترجع بالتالي إلى سلطة قضاة الموضوع بشرط التعليل المستساغ. ونقضت محكمة التعقيب على ذلك الأساس القرار الاستثنائي الذي أمسك عن الردّ على دافع المدعيّة في قضية قامت بها لإبطال تصرف مورثها المتصل بمرض موته وكانت هذه الدفوع مأخوذة خاصة من أن إجازتها لذلك التصرف صدرت عنها عن إكراه من المستفيد من التصرف الباطل والحال أنّها استندت في إثبات الإكراه لشهادة شهود أيدوا مقالها (قرار مدني تعقيبي عدد 266، مؤرخ في 25 جانفي 1961، ق.ت. 1961، عدد 7، ص 24، ملحوظات النيابة العمومية). يراجع أيضاً فيما يتعلّق بحرية إثبات الإكراه : حكم مدني ابتدائي عدد 6، صادر عن المحكمة الابتدائية بالهديدة، مؤرخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 8، ص 37، وقرار تعقيبي مدني عدد 5217، مؤرخ في 26 أفريل 1968، ق.ت. 1969، عدد 1 و2، ص 38.

مهما كان مصدره (1) لا يوجب البطلان إلا إذا كان حاسما (2) وغير مشروع (3).

### 1 ( مصدر الإكراه

187 - إذا كان بديهياً أن الإكراه الصادر عن أحد المتعاقدين ضد الآخر يبطل العقد، فإنه من المفيد أن نبحث عما قد يترتب على الإكراه الصادر عن شخص ثالث (1.1) ثم ما هي آثار الإكراه المتولد عن حالة الضرورة (2.1).

#### (1.1) - الإكراه الصادر عن شخص ثالث

188 - جاء بالفصل 53 م. ا. ع. أن «الإكراه يوجب الفسخ وإن لم يقع من التعاقد الذي انحوت له منفعة من العقد». فالإكراه يعيب إذن الرضاء مهما كان مصدره ولو صدر عن غير المتعاقدين، وحتى إذا كان التعاقد المستفيد منه جاهلا تماما لوقوعه. ويعتبر هذا الحل قاسيا بالنسبة للمتعاقد الذي لم يتسبب في الإكراه ولم يكن عالما به خاصة إذا ذكرنا بأن التفرير الصادر عن شخص ثالث بدون علم التعاقد المستفيد منه لا يوجب البطلان (الفصل 56 م. ا. ع.). ولا يمكن تفسير الحل الخاص بالإكراه في هذا المجال سوى بالخطورة المميزة للاضطراب الاجتماعي الناتج عنه بمقارنته من هاته الناحية مع التفرير<sup>(146)</sup>. وما نتج ملاحظته في هذا الخصوص أن التشاريع العربية اختلفت في هذه المسألة حيث أخذت القوانين اللبنانية والعراقية والأردنية بالحل المنصوص عليه بالفصل 53 من م. ا. ع. المأخوذ بدوره عن القانون الفرنسي (الفصل 1111)، بينما اعتمدت القوانين المصرية (المادة 128) والسورية (المادة 129) والجزائرية (المادة 89) والكويتية (م 2/157) الحل المعمول به في حالة التفرير الصادر عن غير المتعاقدين. وهو حل يراعي أكثر مصالح التعاقد المستفيد عن حسن نية من العيب المفسد لرضاء معاقده.

#### (2.1) - الإكراه المتولد عن حالة الضرورة

189 - قد يصدر الإكراه في حالات، لا من شخص معين، إنما من

(146) اراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 193.

ظروف خارجية تضغط على إرادة الشخص فتحمله على التعاقد بشروط ما كان ليقبلها لولا حالة الضرورة التي وجد عليها نفسه<sup>(147)</sup>، كما لو كان الشخص مهدداً بخطر محقق كالغرق، فاتفق معه آخر على انقاذه لقاء مبلغ مشط من المال، وكذلك إذا كان شخص مهدداً بخطر الموت إن لم تجر عليه عملية عاجلة فيتفق مع طبيب بأن يجريها عليه ولكن بضمن باهض جداً. فهل يجوز بطلان مثل هاته العقود على أساس الإكراه؟ أو بعبارة أخرى هل يستوجب البطلان على أساس الإكراه أن يكون الإكراه صادرا عن شخص أم هل يكفي للحصول على تلك النتيجة إثبات وجود حالة الضغظ المعيب للرضاء دون اعتبار مصدره؟

لم يتعرض القانون التونسي إلى هذه المسألة وذلك خلافا لقانون الموجبات اللبنانية الذي جاء فيه بالمادة 1/210 أن الإكراه الذي يصدر من أحوال ظروف خارجة عن دائرة التعاقد يعتد به. أما الفقهاء فقد تبني بعضهم<sup>(148)</sup> هذا الحل، في غياب نص يقره، استنادا إلى كون مصدر العيب المبطل للرضاء لا يهيم بقدر ما يهيم ثبوت ذلك العيب، علما وأن العقد لا يكون صحيحا إلا بتلاقي إرادتين حرتين واعتبتين : فإذا ثبت أن التصريح بإحداهما كان نتيجة ضغظ مؤثر على الحرية فإن طلب البطلان يكون جائزا. ويضيف هؤلاء الشراح أن هذا الرأي يتماشى مع إرادة المشرع الذي يقر صراحة بقابلية البطلان الناتج عن الغلط دون أن يشترط لذلك أن يكون الغلط مسيئا من طرف المتعاقد الآخر أو من طرف الغير.

نحن نشاطر هذا الرأي اعتقادا منا أن نظرية العيوب المبطللة للإرادة مستمدة في جوهرها من قاعدتي الرضائية وحرية التعاقد، لذلك لا يجوز في

(147) اراجع في هذا الخصوص : LALLEMENT, "L'état de nécessité en matière civile", thèse, Paris, 1922; PALLARD, L'exception de nécessité en droit civil, thèse, POITIERS, 1949 : ABOAF, L'état de nécessité et la responsabilité dans la vente commerciale, thèse, Nancy, 1976.

(148) اراجع مثلا : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 194; CARBONNIER, t.4, op. cit., § 23.

نظرنا تفسيرها بعزلة عن هاته المبادئ التي لولاها لما كان هناك أي مبرر لوجود هاته النظرية. ومن هذا المنطلق فإن تحفظات الجانب الآخر من الشراح<sup>(149)</sup> تبدو لنا مركزة على اعتبارات هامشية. من ذلك قولهم أن الإكراه جنحة تتضمن عنصرا قسديا ولا يمكن بالتالي أن يكون لها وجود وأن يعاقب عليها مدنياً إلا بنسبتها إلى شخص معين. ويستند هذا الرأي إلى القانون الروماني الذي كان يرفض البطلان إذا لم يصدر الإكراه عن شخص. ويبدو أن للتشريع الإسلامي الذي يعطي للإكراه مكانة مميزة عن سائر عيوب الإرادة<sup>(150)</sup> موقفاً أكثر مرونة حيث أن المذهب المالكي يعتد بالإكراه، حتى لو تهيأ مصادفة بأن كان الإكراه على سبب التصرف لا على التصرف نفسه. من ذلك أن البيع يكون باطلاً حسب هذا المذهب إذا تسببت فيه حالة ضرورة تتمثل في دفع مال ظلماً. ويرى السنهوري<sup>(151)</sup> أن المذهب المالكي ينبذ الإكراه إلى مدى بعيد ويعتد بالإرادة الحقيقية حتى لو أهدر في سبيلها استقرار التعامل.

## (2) شرط الإكراه الحاسم

190 - تشير إلى ضرورة توفر هذا الشرط أحكام الفصل 51 أولاً من م.أ.ع. التي تنص صراحة على أن الإكراه لا يكون موجبا للفسخ إلا إذا كان هو السبب المجلى للعقد: ولا شك في أن الألم الحسي أو الرهبة التي يلجأ إليها أحد المتعاقدين لا تؤثر بنفس الدرجة على جميع الأشخاص. لذلك فإن مدى تأثير الضغط على شخص المتعاقد يخضع لمحض تقدير القاضي الذي يعتبر في ذلك حسب صريح أحكام الفقرة الثانية من الفصل 51 من م.أ.ع. . . .

(149) يراجع مثلاً: RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 45, p. 88 et s.; E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations, éd. 1965, p. 69. (150) يراجع: د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، ص 183 وما بعدها.

(151) أنظر المرجع السابق، ص 224.

سنّ (الشخص المكره) وكونه ذكراً أو أنثى ومقامه بين الناس ودرجة تأثره<sup>(152)</sup>. ويعدّ الإكراه حاسماً للتعاقد عملاً بأحكام الفصل 54 م.أ.ع. «وإن وقع على من له قرابة قوية مع المتعاقد المكره على العقد». من ذلك أن من يقبل التعاقد خضوعاً لطلب مختطف أحد أولاده أو زوجته أو تحت تأثير التهديد بخطفهما، فإنّ تعاقدته يبقى قابلاً للإبطال بسبب الإكراه بالرغم من كون الإكراه لا يتعلّق بشخصه أو بماله.

## (3) عدم مشروعية الإكراه

191 - يفهم من صريح أحكام الفصل 50 م.أ.ع. أن الإكراه لا يوجب البطلان إلا إذا كان بغير حق. وهو ما يعتبر عنه الشراح بشرط علم المشروعية. ويفرق الشراح هنا بين حالتين: الحالة التي تكون فيها الغاية التي يسعى المتعاقد للوصول إليها بواسطة الإكراه غير مشروعة (1.3)، ثم الحالة التي تكون فيها تلك الغاية مشروعة (2.3).

(1.3) 192 - أما الحالة الأولى وهي التي تكون فيها الغاية غير مشروعة فيتحقّق فيها الإكراه، بمعنى أنه يكون مبطلاً للعقد المبرم تحت تأثيره، سواء كانت الوسيلة التي تمّ بموجبها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة. فإذا كان الهدف من الإكراه إجبار شخص على دفع مال دون حق، فإنّ عدم مشروعية هذه الغاية تحقّق الإكراه سواء تكون الإكراه من شيء مشروع، كتهديد المكره بأنه سيقع إعلام السلط بجريمة ارتكبها إذا لم يقبل إمضاء العقد، أو تتمثل في شيء غير مشروع، كتهديده بقتل قريبه إذا لم يمتثل لإبرام العقد المطلوب منه<sup>(153)</sup>.

(152) وقد آيدت محكمة التعقيب من هذا المنطلق محكمة الاستئناف التي قضت في نطاق سلطتها التقديرية أن تهديد الابن بفراق والديه إن لم يفضي بمقد البيع المحرّر بواسطة عدلين لا يعدّ إكراهاً مبطلاً للرضى خاصة إذا تبين وأنّ ذلك الابن ليس وحيد والديه (قرار تعقيبي مدني عدد 1059، مؤرّخ في 20 فيفري 1979، ن.م.ت. 1979، ج 1، ص 82). يراجع أيضاً قرار تعقيبي عدد 7712، مؤرّخ في 14 ديسمبر 1954، ق.ت.، عدد 1960، عدد 9 و 10، ص 154. وقرار تعقيبي عدد 1049، مؤرّخ في 3 أفريل 1962، ن.م.ت. 1962، ص 29.

(153) يراجع مثلاً القرار التعقيبي عدد 1049 المؤرّخ في 3 أفريل 1962، المذكور بالهامش أعلاه.

2.3 ( 193 - أما إذا كانت الغاية مشروعة، وهي الحالة التي يسعى فيها الشخص للحصول على حقّ دون زيادة أو مبالغة، فإنّ الإكراه لا يتحقّق إذا كانت الوسيلة مشروعة. فمن يهدّد مدينه بالتنفيذ عليه أو بشهر إفلاسه في صورة عدم الخلاص أو بالقيام ضدّه لدى المحاكم فهو يلجأ إلى تهديد مشروع لغاية مشروعة ويحقّ له ذلك طالما لم يتعسّف في استعمال ذلك الحقّ كأن يطالب بأكثر من دينه (يراجع في هذا المعنى الفصل 52 م. 1. ع. 1).

ولكن هل يتحقّق الإكراه المبطل للرّضاء إذا استعملت وسيلة غير مشروعة في سبيل الوصول إلى غاية مشروعة؟ يبدو أنّ المشرّع التونسي يرفض تكريس هذا الحلّ حيث ينصّ الفصل 52 على أنّ التهديد بالمرافعة لدى المحاكم أو بغير ذلك من الطّرق القانونيّة لا يحول دون البطلان إذا كان مصحوبا بأمور تقتضي الإكراه على معنى الفصل 51 أي استعمال العنف أو التهديد باستعماله للضّغط على الإرادة. ويفهم من هذا النصّ أنّ مشروعية الغاية ليست مبرّرا لاستعمال العنف أو التهديد باستعماله في القانون التونسي (154).

## العنوان الثاني

### الشروط المتعلقة بضمون العقد؛ المحلّ والسبب

(154) يراجع في هذا المعنى قرار استئنافي فرنسي : DOUAI, 16 Juin 1982, S.J. 1983, I, 20035, note JAMBU MERLIN, et Rev. trim. dr. civ. 1984, obs. CHABAS.

# الفصل الأول

## محل الالتزام<sup>(1)</sup>

---

(1) يراجع : J.F. : H. MAYER, L'objet du contrat, thèse, Bordeaux, 1986; OVERSTAKE, Essai de classification des contrats sépéaux, thèse, Bordeaux, 1969; M. L. ENGELHARD-GROSJEAN, La détermination de l'objet dans les contrats, Annales, Faculté de droit de Clermont-Ferrand, t. XIII, 1976, p. 439 et s. ويراجع بالنسبة للقانون التونسي : YOUSSEF Souad née BABAÏ, La possibilité de l'objet de l'obligation, mémoire pour le DEA de Droit Privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1991, Dactyl.

194 - يعدّ وجود المحلّ (أو الموضوع) من أركان العقد الأساسيّة (الفصل 2 من م.أ.ع.). والمقصود بالمحلّ هنا هو محلّ الإلتزام لا محلّ العقد. ويرى أغلبية الشّراح<sup>(2)</sup> أنّه ليس في الحقيقة للعقد محلّ أو موضوع بأنّ معنى الكلمة وما موضوعه سوى إنشاء التزامات. وتشير عبارة محلّ العقد إذن إلى العمليّة القانونيّة التي يتفق الأطراف على إنشائها، كأن يكون موضوع العقد بيعا أو تسويغا أو وكالة أو صلحا... ويلاحظ العديد من الشّراح<sup>(3)</sup> أنّ المصلحة من دراسة محلّ العقد تنحصر في الواقع في التأكّد من مدى مطابقتها للنظام العامّ وللأخلاق الحميدة. وهي نتيجة يمكن الحصول عليها من خلال التأمّل في محلّ الإلتزام الناشء عنه أو في سببه بما يبرّر التّركيز هنا على محلّ الإلتزام دون محلّ العقد.

ومحلّ الإلتزام، أو بالأحرى محلّ الإلتزام الناشء عن العقد<sup>(4)</sup>، هو الأداء الذي يلتزم به المدين بموجب العقد.

195- ويتنوّع محلّ الإلتزام بتنوّع ذلك الأداء. فهو يتمثّل في إعطاء شيء كنقل المملكيّة أو ترتيب حقّ عينيّ آخر بالنسبة للإلتزام بإعطاء. ويتمثّل في القيام بعمل كالنظام مقاول بناء عمارة أو محام بالدفاع عن متهم أو التزام التسوّغ بتسليم الكرى وضمان انتفاع المتسوّغ به بالنسبة للإلتزام بعمل. أمّا في الإلتزام بالامتناع عن عمل فالمحلّ هو الامتناع عن القيام بذلك العمل، كامتناع بائع متجر عن منافسة مشتري ذلك المتجر في مكان معيّن ولمدّة معيّنة.

196 - ويجب أن تتوفّر في محلّ الإلتزام على اختلاف أنواعه جملة من الشّروط لا يصحّ العقد بدونها. وهي الشّروط المنصوص عليها بالفصول 62 إلى

(2) تراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 510; MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 164; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 232.

وانظر في الإتجاه المخالف : WEILL et TERRE, op. cit., n° 223. ويراجع في خصوص الفرق بين محلّ العقد ومحلّ الإلتزام في الفقه المصريّ : عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد... عدد 194، ص 407.

(3) أنظر مثلا : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, op. cit., n° 471; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 232; LARROUMET, op. cit., n° 381 et 382.

(4) تراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 471; J. GHESTIN, op. cit., n° 510; WEILL et TERRE, op. cit., n° 223.

66 من م.أ.ع. التي يستخلص من أحكامها أنّ صحّة الإلتزام الناشء عن العقد تستلزم أن يكون محلّه مشروعا (الفرع الأوّل) ومعينا (الفرع الثاني) وبمكنا (الفرع الثالث).

## الفرع الأوّل : مشروعيّة المحلّ

197 - من نتائج الحرّيّة التعاقدية، مشروعيّة التعامل في جميع الأشياء والحقوق إلّا ما استثني منها قانونا. فالأصل في محلّ الإلتزام أن يكون مشروعا. وما المصلحة من دراسة هذا الشرط إذن سوى بيان أهمّ حالات انتفاء المشروعيّة في المحلّ (2§) بعد محاولة حصر مفهومها الصّحيح (1§).

### § 1 - مفهوم مشروعيّة المحلّ

198 - إنّ المشروعيّة شرط جوهريّ لا بدّ من توافره في محلّ الإلتزام وإلّا بطل العقد. ويعدّ محلّ الإلتزام مشروعا إذا تعلق بشيء أو بحقّ لم يصرّح القانون بمنع التعامل فيه (الفصل 62 من م.أ.ع.). وما من شكّ في أنّ التضييق في حرّيّة التعامل أو تحريمه كلّيا بالنسبة لبعض الأشياء والحقوق يرجع بالأساس إلى اعتبارات لها مساس بالأخلاق الحميدة أو النظام العامّ بمفهومه الواسع وبمختلف أنواعه<sup>(5)</sup>. وإذا كان من المفيد أن نعرض إذن أهمّ الحالات التي أخرجها القانون صراحة من نطاق التعامل الحرّ، فإنّه لا بدّ من الإشارة قبل ذلك إلى أنّ مجال النظام العامّ والأخلاق الحميدة بوجه عامّ لا ينحصر بالضرورة في تلك الحالات. بل يتجاوزها حتما نظرا للطابع التّسبي الذي يتميّز به هذان المفهومان بما يجعلهما يتغيّران ويختلفان بحسب الأجيال والحضارات

(5) حول مفهوم النظام العامّ ومختلف تقسيماته، انظر العدد 52 وما بعده أعلاه وراجع : CARBONNIER, op. cit., § 32; WEILL et TERRE, op. cit., n° 241 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 273 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 520 et s.; J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 93 et s.; MALAURIE, L'ordre public et le contrat, thèse, Paris, 1953, préface P. ESMEIN; FARJAT, L'ordre public économique, thèse Dijon 1963; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L'ordre public en droit privé interne, Etudes Capitant, 1939, pp. 381 et s.; RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle : Etudes GENY, 1934, t. II, pp. 347 et s

تصرّح القوانين بمنع التعامل فيه، بينما يجوز الحصول على هاته النتيجة بالإستناد إلى كون سبب الشراء (تعاطي الخناء) غير جائز. وإذا تعهد شخص بأن يدفع لمعاقده مبلغاً مالياً فإنّ محلّ التزامه مشروع لأنّ المال من الأشياء التي لا يمنع القانون التعامل فيها. ولكنّ هذا لا يحول دون بطلان العقد إذا كان سبب التعهد مخالفاً للأخلاق الحميدة أو للنظام العامّ.

وهكذا يمكن أن نستخلص ممّا سبق عرضه أنّ التعاقد في محلّ مشروع لا يكفي في كلّ الأحوال لضمان تطابق العقد مع متطلبات النظام العامّ والأخلاق الحميدة. وهذا يدلّ على أنّ مشروعية المحلّ على معنى الفصل 62 من م.أ.ع. تختلف من حيث مفهومها ومن حيث نطاقها عن مشروعية السبب التي تتحقّق من خلالها وبصفة أساسية مراقبة القاضي لمدى مطابقة العقد لمتطلبات النظام العامّ والأخلاق الحميدة وذلك بالرغم من كون الدوافع التي تلجئ المشرّع بصفة إستثنائية إلى إخراج بعض الأشياء والحقوق من نطاق التعامل تعكس بدون شكّ حرصه على حماية النظام العامّ والأخلاق الحميدة<sup>(9)</sup>.

(9) يبقى مفهوم مشروعية المحلّ محتملاً لتحليل آخر سبق لنا أن عرضناه في إطار دروس القانون المدني للسنة الثانية من الأستاذية في الحقوق (كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، درس مرقون 1990 - 1991، ص 117) بما نصّه: «وعبارة القانون في الفصل 62 لا تشير فقط إلى القواعد القانونية الخاصة المانعة لبعض المعاملات لمخالفتها للنظام العامّ أو الأخلاق الحميدة، بل إنّها تشمل أيضاً مبدأ قانونياً عاماً يحقّ للقاضي أن يحكم على أساسه ببطلان كلّ عقد مخالف من حيث محلّ الإلتزام الناشئ عنه للنظام العامّ وللأخلاق الحميدة. ويستند هذا الرأي المخالف لمنطوق الفقرة 2 من الفصل 62 إلى أحكام الفصل 67 من م.أ.ع. الذي بتنصيبه على بطلان الإلتزامات التي يخالف سببها القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العامّ بنسحب بالضرورة على المحلّ بالنسبة للعقد الملزّم للجانبين علماً وأنّ سبب التزام الدائن في هاته العقود يوافق محلّ التزام المدين فيها، الأمر الذي يستخلص معه أنّ البطلان من أجل عدم توافق المحلّ مع النظام العامّ والأخلاق الحميدة بوجه عامّ يمكن هنا بالرغم من ظاهر أحكام الفصل 62 من م.أ.ع. . . . . وقد يتدعّم هذا الرأي بأحكام الفصل 1107 التي تنصّ على أنّ تعهد الوكيل بموجب الوكالة بأن يلتزم في حقّ موكله بأمر مخالف للنظام العامّ وللأخلاق الحميدة لا يصحّ ويطلّ الوكالة بما يفيد من باب أولى وأحرى أنّ الإلتزام ذاته يبطل إذا كان على أمر مخالف للنظام العامّ وللأخلاق الحميدة. إنّ تهميشنا لهذا التحليل يرجع إلى كون الشكل المطروح لا يتعلّق في الواقع بمدى صحّة أو بطلان العقود المخالفة للنظام العامّ والأخلاق الحميدة، وهو أمر مفروغ منه ولا يبتازع فيه أحد، إنّما بالسند القانوني الذي يجب اعتماده في إبطالها. وقد بيّنا أعلاه، بالرجوع إلى صريح أحكام الفصلين 62 و67، واعتباراً لدور السبب، وكذلك إلى قدرة مفهوم السبب بوجه عامّ على تغطية جميع حالات النظام العامّ والأخلاق الحميدة، أنّ المشرّع قد اختار أن تقع مراقبة النظام العامّ والأخلاق الحميدة بصفة أساسية عن طريق مراقبة صحّة السبب بمفهومه الموضوعي والدّاتي (يراجع العدد 222 أسفله وما بعده).

والجهات<sup>(6)</sup>، الأمر الذي يفهم منه أنّ مسألة مدى تطابق العقد مع متطلبات النظام العامّ والأخلاق الحميدة ترجع في الواقع إلى اجتهاد القاضي الذي يحقّ له أن لا يتقيّد عند تقديره لها بما نصّ القانون على منعه صراحة وأن يستجيب إلى طلب إبطال عقد كلما ثبت لديه أنّ الإلتزام الناشئ عنه كان مخالفاً للنظام العامّ أو للأخلاق الحميدة. ويكفيه في ذلك تحليل حكمه تعليلاً مستساغاً دون حاجة لأن يستند فيه إلى نصّ قانوني يمنع صراحة الإلتزام المتنازع في صحّته.

199 - على أنّه تبغني الملاحظة من ناحية أخرى أنّ المشرّع التونسيّ مكّن القاضي من هذه الصّلاحيّات الهامة والواسعة في نطاق تنظيمه للسبب وليس من خلال اشتراطه لمشروعية المحلّ. ففي حين تنصّ أحكام الفصل 62 من م.أ.ع. على سبيل الإستثناء والحصر «أنّ ما لم تصرّح القوانين بمنع التعاقد فيه يصحّ التعامل فيه»، تميّز أحكام الفصل 67 بالشموليّة من هاته الناحية فتشترط في صحّة الإلتزام أن يكون مبنياً على سبب جائز، مضيفة بوجه عامّ أنّ «السبب غير الجائز عبارة عمّا يخالف القانون والأخلاق الحميدة والنظام العموميّ»، تاركة هكذا للقاضي مهمّة تحديد ميدان النظام العامّ والأخلاق الحميدة.

ويبدو اختيار المشرّع تنظيم مراقبة مدى تطابق العقود مع قواعد النظام العامّ في نطاق نظرية السبب في طريقه وذلك من جهة، لتلاؤمه مع دور هذه النظرية في قانون العقد<sup>(7)</sup>، ولكونه يمكن من جهة أخرى من مجازاة عدم احترام الأخلاق الحميدة أو النظام العامّ بنجاعة قد تفتقر إليها أحياناً نظرية المحلّ اعتباراً لطابعها الموضوعي المحض وذلك بفضل الطيّعة الدّائية التي يكتسبها مفهوم السبب الجائز<sup>(8)</sup>. فلو اشترى شخص شقّة بغرض استعمالها لتعاطي الخناء، فإنّه لا يجوز إبطال عقد الشراء لمخالفته للأخلاق الحميدة استناداً إلى قواعد المحلّ طالما أنّ محلّ الإلتزام فيه يتعلّق بشيء (الشقّة) لا

(6) يراجع: عبد الرزاق السّهري - الوسيط. . . . 1، عدد 228، ص 399.

(7) يراجع العدد 234 أسفله، وانظر خاصة: PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 512.

(8) انظر: PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 512.

## § 2 - حالات انتفاء مشروعية المحلّ

200 - تتنوع وتتعدّد المواضيع التي لا يجوز التعاقد في شأنها بحكم القانون. ولعلّ من أهمّها ما يتعلّق بحقوق الدّولة واختصاصاتها من جهة (I)، وبشخص الإنسان وما يترتّب له من حقوق من جهة أخرى (II).

## I- حقوق الدّولة واختصاصاتها

201 - تُعدّ القوانين المنظّمة لهياكل الدّولة كالقانون الدّستوري والقانون الإداري أو قوانين التنظيم القضائي من النظام العامّ ولا يجوز الاتّفاق على ما يخالفها. كما تخرج من نطاق التّعامل الحرّ الأشياء والحقوق التي لها مساس بسيادة الدّولة. ولا يجوز على ذلك الأساس التّفويت في ملك الدّولة العامّ<sup>(10)</sup> أو التّعامل بعملة أجنبيّة أو تصدير رؤوس أموال دون سابق ترخيص من السّلط الماليّة ذات النّظر<sup>(11)</sup>، مثلما لا يحقّ لموظف عموميّ أن يتعاقد بأيّ وجه كان في خصوص وظيفته. ويستثني القانون أيضا من مجال التّعامل الحرّ المتوجّات التي جعلتها الدّولة من اختصاصاتها كصنع التّبغ والوقيد والإتجار فيها<sup>(12)</sup>.

## II - حقوق الشّخص

202 - يعتبر الإنسان في القانون من الأمور المقدّسة. فالأصل أن لا

(10) أنظر الأمر المؤرّخ في 24 سبتمبر 1885 «في جعل قانون للأملاك العموميّة» (الرأئد الرّسمي التّونسي عدد 56، المؤرّخ في 1 أكتوبر 1885) وقد ورد بفصله الثالث أن «الأملاك العموميّة لا يصحّ نفوتها ولا ملكها بطول مدّة الحوزة». على أنّه يمكن نزع صفة الملك العموميّ من الشّيء بمقتضى قرار من الوالي يعرض على مصادقة وزير الداخليّة بالنّسبة للملك العموميّ الجهويّ (الفصل 24 من القانون عدد 54 المؤرّخ في 30 ديسمبر 1963 المتعلّق بمجالس الولايات) أو بمقتضى قرار من رئيس البلديّة بعد مداولة المجلس البلديّ بالنّسبة للملك العموميّ البلديّ (الفصل 122 من القانون عدد 33 المؤرّخ في 14 ماي 1975 المتعلّق بإصدار القانون الأساسي للبلديات).

(11) أنظر القانون عدد 21 المؤرّخ في 21 جانفي 1976 المتعلّق بمراجعة وتدوين التشريع الخاصّ بالصّرف والتّجارة الخارجيّة والأمر عدد 608 المؤرّخ في 27 جويلية 1977.

(12) ويضاف إلى هذه الأشلة حالة الإتّجار في الجمعة وفي غيرها من المشروبات المزوجة بالكحول الذي يمنه القانون ويماقب عليه في صورة تعاطيه بدون رخصة (قرار تعقيبي جزائي عدد 7350، مؤرّخ في 4 جانفي 1973، ن.م.ت. 1973، ص 41، القرار عدد 15) وكذلك رخص وسائل النقل التي تمنح أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 17 من الأمر المؤرّخ في 25 ماي 1955 إحالتها وكراهها بمقابل (انظر تطبيقا لهذا النّص: حكم مدني ابتدائي صادر عن محكمة المهديّة تحت عدد 81 المؤرّخ في 3 جويلية 1961، ق.ت. 1961، ص 1469).

تكون ذاته محلّ الزام (أ) وأن تعدّ حقوقه الشّخصيّة خارجة عن الحقوق الذمّيّة ولا يجوز إذن التّعامل فيها (ب).

أ - حرمة الذات البشريّة<sup>(12-1)</sup>

203 - لا يباع جسم الإنسان<sup>(12-2)</sup> ولا يشتري، ولا يعقل أن يكون محلّ حقّ أو التزام ماليّ. والقاعدة إذن أنّ كلّ التّزام من شأنه أن يمسّ بحرمة الإنسان الجسديّة يعدّ باطلا<sup>(13)</sup>. من ذلك أنّ من يلتزم بعدم المطالبة بأيّ تعويض في صورة إصابته بأضرار أو سقوط بدنيّ نتيجة حادث شغل يعدّ التّزامه باطلا<sup>(14)</sup>.

على أنّ تحريم التّعاقد في جسم الإنسان<sup>(15)</sup> وفيما له مساس بحرمة الجسديّة ليس مطلقا. فبالإضافة إلى مشروعية العقد الطّبيّ<sup>(16)</sup> الذي يفترض بحكم طبيعه ومن خلال تنظيمه لعلاقة الطّبيب بمرضه إمكانيّة النّيل من الحرمة

(12 - 1) محمّد اللّجمي : نطاق الحماية القانونيّة للحرمة الجسديّة، الأحداث القانونيّة التونسية لسنة 1994، عدد 8، ص 5 وما بعدها.

(12 - 2) يراجع بخصوص الطّبيعة القانونيّة لجسم الإنسان : Najeh YAHIAOUI, Essai sur la nature juridique du corps humain, mémoire pour le D.E.A. de Droit privé, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1995.

(13) وقد أكّد المشرّع التّونسي على تعلق هذا المبدأ بالنّظام العامّ كما نصّ بالفصل الأوّل من القانون عدد 22 المؤرّخ في 25 مارس 1991 المتعلّق بأخذ الأعضاء البشريّة وزرعها على أنّ «الحرمة الجسديّة للإنسان مضمونة». يراجع حول هذه المسألة : رضا خماسم وسير محتوق، «زراعة الأعضاء بين الطّبّ والذّين والقانون»، ق.ت. 1989، عدد 9، ص 7. وانظر خاصّة الفصل 5 من الدّستور الذي ينصّ صراحة على أنّ «الجمهوريّة التّونسيّة تضمن حرمة الفرد...».

(14) انظر الفقرة الثالثة من الفصل 148 من القانون عدد 73، المؤرّخ في 11 ديسمبر 1957، المتعلّق بفواجع الشّغل والأمراض المهنيّة التي تنصّ على بطلان الشّروط الذي يتخلّى بمقتضاه المستفيدون عن الحقوق والدّعوى الضامّة لها والتي يكتّهم منها هذا القانون.

(15) يراجع : XAVIER LABBEE, La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, thèse, Paris, 1986. V. aussi, Actes du colloque international tenu à Tunis les 12 et 13 janvier 1996, "Qu'est-ce que la bioéthique?", Collection FORUM DES JURISTES, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, Tunis 1997.

(16) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1711 et s.; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 369.

وانظر أيضا هشام الكسيبي، حقوق المريض، ق.ت. 1996، عدد 8، ص 105.



(الفصل 8). ويجوز مع هذا للمتبرّع خلافاً لأحكام الإلتزام العادي أن يتراجع عن رضاه قبل إجراء العملية دون التقيّد بأيّ شكل (الفصل 9). وما من شك في أنّ هذا الإلتزام من النوع الذي لا يصحّ التّعهد به بواسطة نائب<sup>(18)</sup>.

ويبيح الفصل الثالث من هذا القانون وبشروط أخفّ أخذ عضو من جثة شخص وذلك حتى إذا كان الهدف من العملية علمياً محضاً وليس علاجياً. ... عام حصلاً، ممانعة من الهالك في قائم حياته أو من أقربائه بعد وفاته علامة رضى. ولا يشترط التعبير الصريح عن الرضى لجواز أخذ عضو من جثة شخص ميت إلا من الولي الشرعي عندما يكون الهالك قاصراً أو محجوراً (الفصل 3).

على أنّه يحجّر في جميع الحالات «أخذ الأعضاء بمقابل ماليّ أو بأيّ صفة من صفات التعامل...» (الفصل 6) سواء تعلق الأمر بأخذ عضو من شخص ميت أو من شخص حيّ. ذلك أنّ ضمان الحرمة الجسدية يفترض تحريم التعامل بالمال في شخص الإنسان، الأمر الذي لا تصحّ معه عملية أخذ أحد أعضاء مهمما كانت مبرراتها العلمية والاجتماعية إلا متى يكون أساسها الايثار والتلقائية وحبّ التبرّع وليس الإلتجار<sup>(19)</sup>.

### (2) - نقل الدّم البشريّ

205 - الإلتجار في الدّم ممنوع ولا يمكن القيام بعملية نقل الدّم البشريّ، عملاً بصريح أحكام الفصل 2 من القانون عدد 26 المؤرخ في 17 مارس 1982 المتعلّق بنقل الدّم البشريّ المعدّ للحقن، «إلا برضى الشخص المعنيّ بالأمر بصفة حرّة وواعية وبدون مقابل».

### (3) - حماية الصّحة

206 - وردت عدّة نصوص قانونية لتنظيم التعامل أو لتحريمه مطلقاً في ميادين متعدّدة حماية لصّحة الإنسان. ومن أبرز تلك النصوص القانون عدد

(18) يراجع العدد 104 أعلاه.

(19) أنظر تعليق J. B. GRENOUILLEAU في هذا الخصوص بمقاله المذكور أعلاه (D.S. 1977, chr. p. 213).

(20) الرّائد الرّسمي للجمهورية التّونسيّة، الصّادر في 5 أوت 1969، ص 990.

الجسدية للإنسان لأغراض علاجية، أقرّ المشرّع التّونسيّ مواكبة لتطور علوم الطبّ مشروعية أخذ الأعضاء البشرية وزرعها (1). كما سبق له أن نظم نقل الدّم البشريّ (2). ويقابل هذا الصّنف من القوانين الحديثة التي تبرّر النّيل من الحرمة الجسدية بأهداف إنسانية نبيلة، صنف آخر من القوانين يضيّق في حقّ التعامل والإلتجار في الأدوية وما يشبهها من الموادّ حرصاً من المشرّع على حماية صحّة الانسان (3).

### (1) - أخذ الأعضاء البشرية وزرعها

204 - تخضع عمليّات أخذ الأعضاء البشرية وزرعها لأحكام القانون عدد 22 المؤرخ في 26 مارس 1991<sup>(17)</sup>. ويجوز عملاً بهذا القانون أخذ عضو من شخص متبرّع قصد زرعه لشخص آخر لغاية العلاج (الفصل 2) باستثناء الأعضاء الضرورية للحياة (الفصل 4) وأعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية (الفصل 5)، وبشرط أن يكون المتبرّع رشيداً سليم المدارك العقلية متمتعاً بالأهلية القانونية الكاملة وأن يكون رضاه صريحاً وصادراً عن اختيار جوهريّة تعكس خطورة القرار على حرمة الإنسان الجسدية وصبغته الاستثنائية. من ذلك أنّه يشترط في صحّة التصريح بالرضى أن يدلي به المتبرّع لرئيس المحكمة الابتدائية، التي يوجد بدائلها الترابية مقرّة أو مقرّة المؤسسة الاستشفائية التي ستجرى بها العملية. وعلى القاضي الذي يتلقّى التصريح أن يتأكد سلفاً من صحّة توفّر شروط الرضى الواردة بالفصل الثاني من القانون

(17) وقد تأثر المشرّع مباشرة في وضعه لهذا القانون بالتشريع الفرنسيّ كما ورد في القانون عدد 76 - 1181 المؤرخ في 22 ديسمبر 1976 المتعلّق بأخذ الأعضاء. ويراجع في خصوصه : J. B. GRENOUILLEAU, Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, D.S. 1977, chr., pp. 213 et s.; v° aussi, René SAVATIER, Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P. 1969, I, n° 2247; Christian BYK, Transplantation d'organes et droit : Une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen S.J. 1997, I, 4026.

وانظر خاصة : رضا خماسم، أخذ وزرع الأعضاء والإنجاب المساعد طبيّاً في القانون التّونسي، ق.ت. 1996، عدد 2، ص 7.

ويفهم من هذا النصّ أنّ محلّ الإلتزام يجب أن يكون معيّنًا أو على الأقلّ قابلاً للتعيين. على أنّه يجب التفرّيق هنا بين حالة المحلّ المتمثّل في شيء معيّن بالذات، وحالة المحلّ المتمثّل في شيء معيّن بالنوع فقط.

فإذا تعلق الأمر بشيء معيّن بالذات، كعقار معيّن أو آلة معيّنة، وجب على الأطراف تحديده ووصفه بصفة تعرف به وتميّزه عن غيره دون أن تثار هنا مسألة المقدار.

أما إذا كان محلّ الإلتزام شيئاً معيّنًا بالنوع، وجب عندئذ تحديده من حيث جنسه (قمح - شعير) ونوع جودته (الصنف الجيد أو المتوسط) ومن حيث مقداره أيضا. ولئن صحّ أن يكون المقدار هنا غير معيّن، ولكن مع ضرورة قابلية تعيينه، حسبما جاء صراحة بالفصل 63 من م.ا.ع.، فإنّ ذلك شريطة أن يقوم التعيين اللاحق على أسس موضوعية وأن لا يترك لإرادة أحد الطرفين.

209 - وتثار مسألة قابلية المحلّ للتعيين بالنسبة للثمن في عقد البيع حيث ينصّ الفصل 579 من م.ا.ع. صراحة على ما يلي : «تعيين الثمن الذي انعقد عليه البيع لازم فلا يصحّ بيعت أو شريت بما يعينه فلان أو بمثل ما اشترى فلان إلا إذا كان الثمن معلوما للمتعاقدين وقت البيع. وقد يصحّ الإعتماد على ما هو معيّن بقائمة السّوق أو بتعريف معيّن أو على متوسط أسعار السّوق إذا كان ثمن المبيع لا يتغيّر. فإن كان متغيّرا حمل المتعاقدان على أنّهما اعتمدا متوسط الثمن الواقع». وقد اعتبرت محكمة التعقيب استنادا إلى هذا النصّ أنّ مجرد التّعهد بالإتفاق على مالكة لعقار طيلة حياتها مقابل تملك المتعهد للتصفّ الشائع من ذلك العقار إنّما هو التزام يتنافى وما اقتضاه الفصل 579 من لزوم تعيين الثمن<sup>(27)</sup>. ويفهم من هذا القرار أن عقد البيع يكون معرضا للبطلان كلّما

(27) قرار تعقيبي مدني، عدد 7009، مؤرخ في 10 ماي 1983، ج II، ص 238.

(28) يراجع في هذا الخصوص : BERMOND DE VAUX, La détermination du prix dans le contrat de vente : J.C.P. 1973, I, 2567; J. GHESTIN, L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'un des parties contre l'arbitraire de l'autre), D.S. 1973, chr. p. 293.

54 المؤرخ في 26 جويلية 1969 المتعلق بتنظيم المواد السّمية<sup>(20)</sup> والقانون عدد 24 المؤرخ في 4 مارس 1983 المتعلق بمراقبة جودة بدائل لبن الأمّ والمواد الشبيهة بها وبسويقها<sup>(21)</sup> وكذلك تسويق قوارير الرضّاع والرضّاعات، والقانون عدد 91 المؤرخ في 22 نوفمبر 1985 المتعلق بتنظيم صناعة الأدوية المعدة للطبّ البشري<sup>(22)</sup>.

### ب - حقوق الشخصية

207 - الحقوق الشخصية خارجة بطبيعتها عن الدّمة الماليّة ولا يمكن بالتالي «تقديرها نقدا واستعمالها تجارة... لا تقبض عليها اليد ولا تفرط فيها الإرادة حتّى لو شاءت، لا تباع ولا تشتري ولا تعقل...»<sup>(23)</sup>. ويعدّ باطلا على ذلك الأساس كلّ التزام مدنيّ يتعلّق بموضوعه بحقّ من حقوق الشخصية. من ذلك أنّ الإلتزام باعتناق ديانة معيّنّة أو بالبقاء أعزب<sup>(24)</sup> أو بعدم ممارسة أيّ نشاط نقابيّ لضمان استمرار علاقة شغليّة يعتبر نيلا مفرطا من الحريات الفردية الأساسية ويترتب عليه البطلان. ولا تصحّ بوجه عامّ الإتفاقات في ما يتعلّق بالأحوال الشخصية والميراث والجنسية لمساس هاته المسائل بالنظام العام<sup>(25)</sup>.

### الفرع الثاني : تعيين المحلّ<sup>(26)</sup>

208 - جاء بالفصل 63 من م.ا.ع. أنّ «المعقود عليه يجب أن يكون معيّنًا ولو بالنوع. أمّا مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معيّن وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد».

(21) الرائد الرّسمي للجمهورية التّونسية عدد 18، الصّادر في 8 مارس 1983، ص 666.

(22) الرائد الرّسمي للجمهورية التّونسية عدد 84، الصّادر في 26 - 29 نوفمبر 1985، صفحة 1584.

(23) يراجع : محمد الشّرفي، مدخل لدراسة القانون، مذكور أعلاه، عدد 464، ص 268.

(24) يراجع : VOIRIN, Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie, D. 1963, chr., p. 247.

(25) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op.cit., n° 508.

(26) يراجع في خصوص تعيين المحلّ بوجه عامّ : عبد الفتّاح عبد الباقى : نظرية العقد...، عدد 201، ص 419.

يراجع أيضا : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 516 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 234; J. CARBONNIER, op. cit., § 25; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 490 et s.

لعدم وجود الشيء المتعلق به أو لعدم إمكانية العمل موضوع التعهد. فمن يبيع منزلا سبق هدمه يكون قد التزم بإعطاء مستحيل وهو نقل الملكية. أمّا من يؤمّن ضدّ السرقة شيئا أتلفه حريق فيكون قد التزم بعمل مستحيل وكذلك شأن الوكيل إذا التزم بإبرام عقد سبق لموكله أن أبرمه بنفسه.

ويتطلب فهم موضوع إمكانية المحلّ أن نركّز على تحديد زمن الإستهالة (§1) ثمّ أن نقسمها حسب أنواعها (§2).

### § 1 - زمن الإستهالة

212 - ويستوجب تحديده أن نفرّق بين استهالة المحلّ واستهالة التّفيد من جهة (I) وبين المحلّ المستحيل والمحلّ المستقبل من جهة أخرى (II).

#### I - إستهالة المحلّ وإستهالة التّفيد

213 - لا تبطل الإستهالة العقد إلا إذا جدّت قبل إبرامه. أمّا الإستهالة التي تحدث بعد العقد فلا تبطله بل قد يترتب عليها الفسخ أو الغرامة لتعلّقها في هاته الصّورة بتنفيذ العقد لا بتكوّنه. فإذا تعهد تاجر مثلا بتزويد حرفائه بسلع مورّدة في وقت تقرّر فيه منع توريد تلك السلع، فإنّ العقد الذي التزم بموجبه هذا التّاجر يعدّ باطلا لاستهالة موضوعه. أمّا في صورة صدور قرار منع توريد تلك السلع بعد إبرام عقد التّزويد بين التّاجر وحرفائه، فإنّ العقد يعدّ صحيحا ملزما ولا يخضع في خصوص استهالة تنفيذه إلا للأحكام القانونيّة المتعلّقة بآثار العقود.

وقد تساءل البعض عن مآل العقد إذا كان محلّ الإلتزام الناشئ عنه مستحيلا وقت إبرامه ثمّ زالت الإستهالة عند حلول أجل الوفاء بحكم تغيير الأحوال. كمن تعهد بدون حقّ بأن يدفع ثمن المبيع بالعملة الأجنبية ثمّ تغيير قانون الصّرف فأصبح الوفاء بالتزامه هذا ممكنا. وقد لاحظ بعضهم رداً على هذا التساؤل أنّ الأصل في هاته الصّورة يبقى البطلان طالما أنّ صحّة العقد من عدمها تقدّر زمن التعاقد بصرف النّظر عمّا قد يطرأ من ظروف أو تغييرات فيما بعد<sup>(32)</sup>.

(32) أنظر: J. CARBONNIER, Flexible Droit, 5è éd., L.G.D.J., Paris, 1983, n° 38; Souad YOUSSEF née BABAI, La possibilité de l'objet de l'obligation, op. cit., p. 53.

اتّفق طرفاه على ترك مسألة تحديد ثمن المبيع إلى محض اختيار أحدهما<sup>(28)</sup>. وإذ يصحّ الإعتماد على تعريفه مصادق عليها إدارياً لتحديد الثمن فإنّ ما يطرأ على تلك التعريف من تغييرات بعد حصول الاتّفاق لا يبرّر تعديل الثمن زيادة أو نقصا. ويبقى الثمن الواجب الدّفع الثمن المعين بمقتضى التعريف الجاري بها العمل وقت التعاقد<sup>(29)</sup>.

210 - وقد اعتبر فقه القضاء في فرنسا من ناحية أخرى أنّ عقد القرض الذي يلزم المقرض بدفع فائض دون بيان نسبة ذلك الفائض لا يكون باطلا لأنّ الفائض الذي يمثّل جزءا من محلّ التزام المقرض يعدّ قابلا للتعيين وذلك بالرجوع إلى النسبة القانونيّة للفائض وقت حلول أجل الدّفع<sup>(30)</sup>.

### الفرع الثالث : إمكانية المحلّ<sup>(31)</sup>

211 - ينصّ الفصل 64 من م.ا.ع. على أنّ «العقد يبطل إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون».

وفهم من هذا الحكم أنّ العقد يكون باطلا إذا تضمّن التزاما مستحيلا

(29) قرار تعقيبي مدني عدد 384، مؤرّخ في 25 نوفمبر 1975، ن.م.ت. 1975، ص 144، يراجع أيضا تعليق الأستاذ العربي هاشم على القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 68496 المؤرّخ في 12 نوفمبر 1975 المنشور باللّغة الفرنسيّة بالمجلة التّونسيّة للقانون : Rev. tun. dr., 1976, I, pp. 111 et s.

(30) يراجع : Cass. civ. Ière, 23 Juillet 1974, D. 1975, p. 586, note STOUFFLET. V. aussi, Laure FINEL, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire, S.J. 1997, I, 3957.

وانظر أيضا فقه القضاء الفرنسيّ المتعلّق بضرورة اعتبار ضوابط موضوعيّة خارجة عن نطاق إرادة الأطراف لتعيين الثمن بعد إبرام العقود الرابطة بين الشراكات النقطيّة وموزعي موادّ إنتاجها : Cass. com., 27 Avril 1971, D. 1972, p. 553, note GHESTIN, et J.C.P. 1972, II, 16975, note BORÉ; Cass. com. 11 Octobre 1978, D. 1979, p. 135, note HOUIN, et J.C.P., 1979, II, 19034, note LOUSSOUARN. V° aussi, Didier FERRIER, La détermination du prix dans les contrats stipulant une obligation d'approvisionnement exclusif, D. 1991, chr., p. 237; Marie Anne FRISON-ROCHE, L'indétermination du prix, Rev. trim. dr. civ. 1992, p. 269.

(31) أنظر : Souad YOUSSEF née BABAI, La possibilité de l'objet de l'obligation, mémoire de D.E.A. de Droit privé, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1991 (dactyl); B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 496 et s.

الإحتمال ذاته هو محلّ التزام أحد الأطراف كالتزام المؤمن نحو المؤمن له في عقد التأمين<sup>(35)</sup>.

### ب - الاتفاقيات المتعلقة بالتركات المستقبلية<sup>(36)</sup>

216 - تمنع الفقرة الثانية من الفصل 66 هذه الاتفاقيات على النحو الآتي «لكن لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث. فالتعاقد فيما ذكر باطل مطلقاً»<sup>(36-1)</sup>.

ويرجع تحريم المعاملات بشأن تركات مستقبلية أصلاً إلى القانون الروماني الذي كان يعتبر ذلك التعاقد مخالفاً للأخلاق وللمصلحة العامة. وقد أخذ القانون الفرنسي بهذه القاعدة. ولا شك في أن المشرع التونسي قد تأثر من ناحيته بأحكام القانون الفرنسي في هذا الخصوص غير أن هذا المنع قد لا يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي ترى أن كلّ ما يتعلق بالارث والوصية يشكل قواعد إلزامية لا يصحّ الإتفاق على ما يخالفها.

(35) يراجع في هذا الخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 483. وانظر خاصة القرار التقييبي المدني عدد 7720 المؤرخ في 2 جانفي 1951 (ق.ت. 1962، عدد 1، ص 65) الذي نسرّ فيه محكمة التعقيب بدون موجب قانوني في الواقع، نظراً لوجود تبرع يقبل التأمين وينظمه، مشروعية عقد التأمين مستتلة في ذلك إلى أحكام الفصل 66 من م.أ.ع. بمقولة «... أن عقد التأمين على الحريق هو عقد يعقده فرد مع شركة تحترف بعملية التأمين من ذلك وينحصر عملها في هذه الحالة. وهي ضمّ المؤمن عليهم إلى بعضهم بعضاً وتنظيم حالة التبادل فيما بينهم. فإذا وقع الحادث المؤمن من أجله جمعت الشركة الأقساط المدفوعة من المؤمن عليهم ودفعت منها التعويضات المتفق عليها لمن نزل به الحادث منهم وأضرّ به وأن الشركة لم تتحمل هي بضرر ما من مالها الخاص وإنما النتائج الإجمالية هي في الحقيقة تكون بالنسبة للمؤمن له لآته بدفعة للقسط إنما يريد أن يأمن من غوائل الحادث الذي ربّما يقع فيضربه وقد أجازت مجلة الالتزامات والعقود صحة مثل موضوع هذا الإلتزام بقولها في الفصل 66 «قد يكون المقصود من الإلتزام شيئاً مستقبلاً غير محقق».

(36) يراجع : عبد الرزاق السّيدي : منع التعاقد على التركة المستقبلية، ق.ت. 1970، عدد 7، ص 21 وما بعدها. وعبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 200. وانظر أيضاً : J. F. VOUIIN, Les pactes passés sur succession future en Droit français, thèse, Paris 1967; A. LUCAS, Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif, Rev. trim dr. civ. 1976, pp. 455 et s.; J. GHESTIN, "La promesse unilatérale de vente dont l'option ne peut être levée qu'après le décès du promettant est elle un pacte sur succession future?", D. 1970, chr., p. 89.

(36-1) إن أحكام هذا النصّ لا تتعارض في نظرنا مع ما أورده الفصل 180 من م.أ.ش. من أن «تخصيص الموصي في حياته جميع ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله تعادل منابهم من الارث جائز ويلزم بالوفاة».

## II - المحلّ المستحيل والمحلّ المستقبلي

214 - رأينا أن استحالة المحلّ تقدّر وقت إبرام العقد لا بعده. إلا أن المشرع يقرّ ضمن الفقرة الأولى من الفصل 66 من م.أ.ع. بصحة الإلتزام بشيء مستقبل وغير محقق. وهو شيء غير موجود وقت العقد ولكن وجوده محتمل بعده. ولا يستثني المشرع من هذه القاعدة، بالإضافة إلى الاستثناءات الواردة في حالات قانونية خاصة كبيع المذموم الذي يمنعه الفصل 574 م.أ.ع. أو منع عقود المراهنة والمقامرة المذكورة بالفصول 1452 إلى 1457 م.أ.ع.، إلا التركات المستقبلية التي يعدّ التعاقد فيها باطلاً مطلقاً حسب صريح الفقرة الثانية من الفصل 66 من م.أ.ع.

### أ - مبدأ صحة الإلتزام على شيء مستقبل<sup>(33)</sup>

215 - يكون الإلتزام صحيحاً إذا كان محلّه متعلقاً بشيء ليس موجوداً بالفعل وقت العقد ولكنه محتمل الوجود أي أنه قد يوجد مستقبلاً. من ذلك بيع الباعث العقاري لشقّ سبني مستقبلاً أو بيع صانع شاحنات أو طائرات لمتوجّات قبل صنعها. على أن مثل هذه العمليات لا تصحّ إلا إذا كان المتعاقدان على علم بعدم وجود الشيء وقت إبرام العقد. أما إذا التزم أحدهما بالشراء وهو يعتقد خطأ أن الشيء موجود، فيحقّ له، إمّا طلب إبطال العقد لعدم توفّر محلّ التزام البائع، أو طلب إبطاله على أساس الغلط في مادة الشيء المعقود عليه<sup>(34)</sup>.

على أنه تبغني الملاحظة أن صحة الإلتزام الذي محلّه شيء مستقبل تبقى معلّقة على وجود الشيء المستقبل. فإذا لم توفّر الشيء مستقبلاً يبطل الإلتزام. ولا يكون الأمر على خلافه إلا بالنسبة للعقود التي يكون فيها

(33) يراجع : عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 199، ص 415، J. GHESTIN, Traité, n° 536; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 482 et 483; WEILL et TERRE, op. cit., n° 228.

(34) وقد ورد عن محكمة التعقيب أنه «لا بدّ أن يكون موضوع العقد معلوماً لدى المتعاقدين بصورة تنفي كلّ جهالة. والغلط في موضوع العقد يعتبر من باب الغلط المانع الذي يعدم الرضا» : قرار تقييبي مدني عدد 11251، مؤرّخ في 22 أبريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج 1، ص 178.

## § 2 - أنواع الإستحالة

217 - قد تكون الإستحالة مطلقة أو نسبية. وتكون أيضا طبيعية أو قانونية. كما تكون قصدية أو غير قصدية.

## I - الإستحالة المطلقة والإستحالة النسبية

218 - الإستحالة التي تبطل العقد هي الإستحالة المطلقة. والمقصود بذلك أن يكون الإلتزام مستحيلا في ذاته أي أن لا يستطيع أحد القيام به. أما الإستحالة النسبية فهي التي يكون فيها الإلتزام مستحيلا بالنسبة للمدين فقط ولكنه ممكن لغيره. وهاته الحالة لا تبطل العقد بل إنها قد تجعل تنفيذه مستحيلا بالنسبة للمدين الذي يكون مسؤولا عن ذلك ويتحوّل إلتزامه إلى التزم بالتعويض.

## II - الإستحالة الطبيعية والإستحالة القانونية

219 - قد تكون الإستحالة طبيعية بمعنى الإستحالة المادية كالإلتزام بتسليم سلعة غير موجودة بسبب غلق المصنع الوحيد الذي يصنعها. أو تعهد شخص ببيع ما لا يمكن التعامل في شأنه مثل أشعة الشمس أو البخار.

220 - وقد تكون الإستحالة قانونية وهي التي ترجع إلى سبب في القانون<sup>(36-37)</sup>. كالتزام المحامي مثلا باستئناف حكم بعد انتهاء أجل الإستئناف. ويعتبر فقه قضاء محكمة التعقيب على ذلك الأساس أن التقويت في ملك الغير باطل إذا لم يصادق عليه هذا الأخير أو إذا لم يصبح البائع مالكا، باعتبار استحالة محلّ الإلتزام الذي هو في هاته الصورة نقل الملكية.

(36-37) وقد اعتبر البعض استنادا إلى أحكام الفصل 64 من م.ا.ع. أن التعاقد على أساس عملة أجنبية يعتبر من الأشياء غير الممكنة قانونا إلا أن محكمة التعقيب لم تتبنى هذا الموقف ملاحظة أن التعاقد بهذه الصورة يمكن بطبيعته وغير محجّر قانونا وأن عدم ضبط مقدار تغلب صرف العملة المتفق عليه كوحدة للحساب وقت التعاقد لا يمنع الطرفين من تحديد ذلك في أجل لاحق يتفقان عليه لإجراء الحساب بينهما أو بتحديثه لتنفيذ الإلتزام وهو الأمر الذي أجازته الفصل 63 من م.ا.ع. إذ اقتضى أن المعقود عليه يجب أن يكون مبيّنا ولو بالتعريف، أما مقداره وعدده فيجوز أن يكون غير معين وقت العقد بشرط إمكان تعيينه فيما بعد (ق.ت. 1996، عدد 7، ص 97).

فمن ليس له الملكية لا يمكن له نقلها قانونا<sup>(37)</sup> وقد ترتّب عن التجاء المحاكم إلى مفهوم المحلّ المستحيل لإبطال البيوعات الموالية لبيع أول صحيح من قبل نفس البائع إعطاء نفس جديد لأحكام الفصول 62 إلى 66 م.ا.ع. المتعلقة بالمحلّ<sup>(38)</sup> في حين يصبح الفصل 576 من م.ا.ع.، وهو النصّ الخاصّ الذي جعله المشرّع لتنظيم حالات بيع ملك الغير، فاقتدا لكلّ جدوى<sup>(39)</sup>.

## III - الإستحالة القصدية والإستحالة اللاقصديّة

221 - تكون الإستحالة قصدية إذا علم أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد بعدم إمكان المحلّ. ويتحمّل هذا الطرف الخسارة التاجمة للطرف الآخر عن هاته الوضعيّة. ولا يعفى منها حسب صريح أحكام الفصل 65 م.ا.ع. إلا إذا كان معاقده عالما بها أو كان من حقّه أن يعلم بها.

وتكون الإستحالة غير قصدية إذا لم يعلم المتعاقدان بعدم إمكان المحلّ وقت العقد.

(37) يراجع في هذا المعنى تعقيب مدني عدد 1979، في 27 فيفري 1979، ق.ت. 1979، عدد 4، ص 111، ن.م.ت. 1979، ص 109 وتعقيب مدني عدد 13253، في 19 ماي 1986، ق.ت. 1987، ع 10، ص 157 وتعقيب مدني عدد 14194، مؤرّخ في 24 مارس 1987، ن.م.ت. 1987، ص 1348 وتعقيب مدني عدد 4326، في 21 جويلية 1966، ق.ت. 1966، عدد 10، ص 68. وانظر أيضا القرارين التعقيبين عدد 8551، في 27 جويلية 1972 (ن.م.ت. 1972، ص 47) وعدد 182، في 13 جويلية 1960 (ن.م.ت. 1960، ص 36). كما أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمع قرارا في هذا الإتجاه يقتضي أن «عقد التسويغ المبرم من طرف المالك قبل التحلّل من رباط عقد تسويغ أول يربطه بالتسويغ الأول بعد غير قائم على موضوع يمددوله القانوني الواردة به الفصول 720 و727 و739 من م.ا.ع.» (دوائر مجتمعة عدد 775 في 18 فيفري 1983 ن.م.ت. 1985، ج I، ص 268).

(38) يراجع في هذا الخصوص دراسة الأستاذ نور الدين الغزواني : "Réflexions sur la sanction de la vente de la chose d'autrui", Rev. tun. dr., 1987, p. 119 et s.

انظر كذلك الدراسة المنشورة بالجملة التونسية للقانون لسنة 1988، ص 66 تعليقا على القرار التعقيبي المدني عدد 11257، المؤرّخ في 22 أبريل 1985، بقلم الأستاذ علي الجلولي. كما يراجع مقال الرئيس محمود شحّام «الترسيم بدفتر خاتة للألاك العقارية وإمكانية إبطاله والتشطيب عليه» (ق.ت. 1980، عدد 3، ص 7 وما بعدها). ويبيّن فيه الكاتب أن الفصل 305 م.ح.ع. لا يحول دون التشطيب طالما ثبت بطلان العقد الناقل للملكية لسبب استحالة المحلّ. ويراجع في هذا المعنى أيضا قرار مدني صادر عن محكمة الإستئناف بصفاقس في 8 أبريل 1982، تحت عدد 6215، ق.ت. 1983، عدد 4، ص 126.

(39) وانظر حول هذه المسألة : المنذر الصبيد : «كراه ملك الغير في ضوء مجلة الإلتزامات والعقود التونسية»، ق.ت. 1990، عدد 3، ص 33. وفوزي بالكثاني، «تعلّق على القرار الإستئنافي عدد 641 المؤرّخ في 25 أبريل 1992، ق.ت. 1994، عدد 3، ص 84.

ويعدّ العقد باطلا في كلتا الحالتين. بحيث ينحصر الفرق بينهما في تعذر طلب تعويض الخسارة في صورة الاستحالة الأقتصادية وفي إمكانية ذلك في صورة الاستحالة القصدية في حدود ما يسمح به الفصل 65 من م.ا.ع.

السبب

الفصل الثاني

222 - لا يكفي أن يكون الإلتزام وليد إرادة سليمة بل يجب أيضا حتى يستوفي شروط صحته أن يكون مسببا. فمن يمضي اعترافا بدين لا يلزم باعترافه إذا أثبت أنه ليس مدينا بشيء للمستفيد بذلك الاعتراف. أو بعبارة أدق أن اعترافه يفتقر لسبب يبرره. فالسبب إذن هو تبرير الإلتزام الإرادي أو تعليل الإرادة المنشئة للإلتزام<sup>(1)</sup>.

وقد يحق لنا التساؤل عن الجدوى من اشتراط سبب مبرر للتصرفات القانونية الإرادية، خاصة أن نظرية السبب تميز قوانين البلدان اللاتينية والنظم المتأثرة بها من هاته الناحية، مثل النظام التونسي للإلتزامات والعقود، دون القوانين الأنفلوسكسونية التي تصحح فيها مبدئيا الإلتزامات بمجرد رضاء الأطراف وبصرف النظر عن مبرراتهم، عدا صورة مخالفتها للنظام العام وللأخلاق الحميدة.

وتتمة التصرفات غير المسببة إلى نظام التصرف المجرد، وهو الأصل في التشريعين الألماني والفرنسي<sup>(2)</sup>. ومن خاصيات هذا النظام أن المدين يكون فيه ملزما بالوفاء بمجرد ثبوت رضاه بالإلتزام المحتج به ضده. ولا تقبل معارضته بانعدام السبب كأن يدعي مثلا عدم وجود السلعة التي تعهد بأداء ثمنها. ومن مزايا نظام التصرف المجرد ضمانه لنجاعة الإلتزامات. ولكته في المقابل شديد القساوة بالنسبة للمدين الذي عليه أن يدفع ولا يجوز له سوى القيام فيما بعد بدعوى في استرداد ماسبق له دفعه بلا حق<sup>(3)</sup>. ولا يقبل القانون التونسي صحة التصرفات المجردة إلا في حالات استثنائية منها مادة الأوراق التجارية<sup>(4)</sup>. وينجر عن ذلك أنه لا يجوز في هذا الإطار رفض خلاص شيك بدعوى عدم وجود معاملة بين الساحب والمستفيد تبرر إصداره<sup>(5)</sup>.

(1) يراجع : PH. MALAURIE, Théorie des obligations, fasc. 2, Contrats I. Les cours : 1982-1983, pp. 366 et 367; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 2è éd., 1990, n° 491.

(2) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 494; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 30, p. 12.

(3) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 493 et 494.

(4) يراجع : YOUSSEF KNANI, Droit commercial, les effets de commerce et le chèque, C.E.R.P., TUNIS, 1988, n° 26.

(5) YOUSSEF KNANI, op. cit., n° 222 et suiv.

223 - ولما كان الأصل في القانون التونسي أن يشترط في التصرفات أن تكون مسببة (الفصول 67 إلى 70 من م.أ.ع.) فإنه من المهم أن نبحث عن جدوى هذا الشرط. فهل أن الإرادة وحدها غير كافية لإنشاء التزامات صحيحة، وهل توجد إمكانية للتوفيق بين الرضاوية وحرية التعاقد من جهة، ونظرية السبب من جهة أخرى؟

تفرض علينا محاولة الجواب عن هذه التساؤلات الرجوع إلى تاريخ نظرية السبب (الفرع الأول) بما يساعدنا على فهم أبعادها الحقيقية، وبالتالي على تحديد نظامها القانوني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب<sup>(6)</sup>

224 - يبدو من الثابت أن نظرية السبب لم تبرز إلا بظهور الإرادة والرضاوية في تكوين العقد. فقد كانت غير معروفة في القانون الروماني الذي كانت تعد فيه العقود تامة مبرمة، لا بمجرد حصول الرضا، إنما بإتمام شكليات معينة يحددها القانون بالنسبة لكل عقد. ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا بداية من القرون الوسطى وذلك تحت تأثير الفقهاء الكنسيين الذين أقروا مبدئين أساسيين في تكوين العقود : أولهما أن الوفاء بالوعد واجب وأن الإخلال به خطيئة. وقد ترتب عن هذا المبدأ الأول أن الإرادة هي التي تنشئ العقد وتجعله ملزما وليس الشكل. أما المبدأ الثاني فهو أن التعاقد لا يجوز إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، الأمر الذي يفترض إذن أن يكون الإلتزام مسببا وأن يكون سببه مشروعا.

ويبدو أن للمشروعية في السبب عند الفقهاء الكنسيين بُعدان : بعد ذاتي نفساني يتمثل في أن لا يكون الغرض من التعاقد مخالفا للأخلاق

(6) يراجع في خصوص تاريخ نظرية السبب : عبد الرزاق السهوري : الوسيط، I، عدد 242 وما بعده؛ وعبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 207 وما بعده؛ وانظر أيضا : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 634 654; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 500 à 509; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 29, p. 125; Y. THOMAS, Causa : sens et fonction d'un concept en droit romain, 2 vol., thèse, Paris II, 1976; MACQUERON, l'histoire de la cause immorale et illicite dans les obligations, thèse, Paris, 1926.

الحميدة وللنظام العام. ويُعد موضوعي يتمثل في اشتراط تكافؤ الإلتزامات بما يضمن العدالة العقدية<sup>(7)</sup>. ولقد كانت مسألة السبب مصدر مجادلة فقهية في فرنسا بداية من عهد القانون الفرنسي القديم إلى أواسط القرن العشرين. فاختلقت حولها النظريات بين موضوعية وذاتية (1§) إلى أن استقر الرأي السائد على محاولة التوفيق بين الإتجاهين المتضارين. وتما يلفت الإنباه افتقار جميع النظريات التي يتأسس عليها المفهوم السائد الآن للسبب إلى تحليل كفيل بضمنان العدالة العقدية. وقد حاول بعض الفقهاء سدّ هاته الثغرة متمسكين بضرورة فصل الإرادة عن السبب حتى يصبح السبب أداة لضمان العدالة العقدية مثلما تصوّره الكنسيون وقت نشأته (2§).

## § 1 - مختلف نظريات السبب

225 - تمحور النقاش النظري الذي تعلق بمفهوم السبب عبر القرون أساسا حول ما إذا كان للسبب مفهوم ذاتي نفساني يدخل في دور القاضي أن يقدر استقامته أخلاقيا أم هل أنه يشكل عنصرا موضوعيا يتمثل بالنسبة لكل من المتعاقدين في مقابل الأداء الذي التزم به.

وأول من تبنى الإتجاه الموضوعي هو الفقيه DOMAT<sup>(8)</sup> الذي وقع

(7) يراجع عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، 1، عدد 243 و 257، وعبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 208. وانظر : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 501; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 29.

(8) J. DOMAT, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre I, Titre I, Sect. 1. وقد كتب DOMAT في كتابه المذكور الأسطر الآتية التي يرى فيها J. CARBONNIER (§ 29، ص 125) و J. GHESTIN (ص 745، عدد 638) أحسن شرح للفصول 1131 وما بعدها من المجلة المدنية الفرنسية (67 إلى 70 م. ا. ع.). في مفهومها الموضوعي المجرد الذي فرضه تصور DOMAT للسبب : "Dans les conventions synallagmatiques "il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devrait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre, et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause".

"Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait et donne; et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien". (Lois civiles, Livre I, Titre I, sect. 1, n° 5 et s.).

226 - وقد ناهض PLANIOL<sup>(11)</sup> اشتراط السبب في صحة الإلتزامات والعقود عارضا أن هذه النظرية غير صحيحة وغير مفيدة. فهي غير صحيحة لأنّ القول بأنّ سبب التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين هو التزام المتعاقد الآخر يعني تزامن السبب مع المسبب، وهذا أمر مستحيل، علما أنّ السبب يسبق بالضرورة المسبب. كما يرى PLANIOL أنّ هذه النظرية غير مفيدة ويمكن الإستغناء عنها وذلك بتعويض السبب بالمحلّ في العقود التبادلية؛ وبالرضا في عقود التبرّع، مع التسليم إلى جانب ذلك بعدم جدواه المطلقة في العقود الأحادية العينية<sup>(12)</sup>. وقد مهدت تهجمات PLANIOL إلى تجديد تصور السبب عند الفقهاء.

227 - وقد تزعم حركة التجديد العلامة Henri CAPITANT<sup>(13)</sup> الذي

(9) انظر مثلا : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 503, p. 275.

(10) يراجع العدد 36 أعلاه وما بعده.

(11) MARCEL PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 9è éd., n°1037 et s.

(12) انظر عرضا لنظرية PLANIOL : عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، 1، عدد 272. وعبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد...، عدد 210. على أنه تنبغي الملاحظة أنّ أول من هاجم نظرية السبب هو البلجيكي ERNST سنة 1926 في كتابه : "La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?".

(13) نَمّ LAURENT في بلجيكا أيضا (Principes de droit civil, t. XVI, n° 111) و HUC (Commentaire du Code civil, t. VI, n° 39 et t. VII, n° 77 - 78).

(14) يراجع : HENRI CAPITANT, De la cause des obligations, 3è éd. 1927.

وانظر عرضا لنظرية H. CAPITANT : J. GHESTIN, op. cit., n° 645 : H. CAPITANT، الوسيط، 1، عدد 274.



أكسى مفهوم السبب طابعا ذاتيا مميّزا حيث أنّ سبب الإلتزام في نظره هو الدافع الأساسى الملجئ له بشرط أن يكون إما مشتركا لطرفيه أو خاصا بأحدهما فقط ولكنه متمم بحكم طبيعة التعامل وظروفه إلى نطاق العقد. فسبب التزام التعاقد ليس إذن ذات التزام التعاقد الآخر كما تقول النظرية الموضوعية، إنّما تنفيذ الإلتزام. والدافع الملجئ للإلتزام بدفع الثمن بالنسبة لمشتري سيارة ليس مجرد وجودها، والتزام البائع وقت التعاقد بنقل ملكيتها إليه، إنّما تسلمه إياها منه ونقل ملكيتها له بصورة فعلية. ويلاحظ الفقهاء أنّ تركيز CAPITANT على عنصر استمرارية السبب<sup>(14)</sup> مدة حياة العقد كان له دور هام في تفسير أسس آليات تنفيذ العقود الملزمة للجانبين كالدفع بعدم التنفيذ والفسخ<sup>(15)</sup>.

على أنّ السبب يبقى في نظر الشراح شرطا من شروط تكوين العقد ولا يقدر من حيث وجوده أو استقامته إلا وقت نشأة العقد خلافا لما أوجت به نظرية CAPITANT، الأمر الذي يستخلص معه أنّ المهم في هذه النظرية هو تركيز صاحبها على البعد الذاتي لمفهوم السبب الذي يرجع أصله في الواقع إلى الكنسيين.

228 - وبعد العلامة JACQUES MAURY<sup>(16)</sup> من أهم من ساهم بعد H. CAPITANT في بلورة التصور الحديث للسبب وذلك بمحاولته التأليف بين النظريتين التقليدية والذاتية للسبب حيث يرى فيه «المقابل المقصود» ("L'équivalent voulu"). ويعني بذلك أنّ الإلتزام يقوم على عنصر موضوعي يتمثل في وجود مقابل مالي أو اقتصادي له. ولكن هذا المقابل يتحدّد بالإرادة. وبالإرادة وحدها. وإذا انعدم «المقابل المتفق عليه» انعدم السبب. أمّا إذا افتقر هذا المقابل إلى صفات خصوصية أو ذاتية متفق عليها،

(14) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 505 et 506

(15) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 646.

(16) يراجع : J. MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse, Toulouse, 1920; De l'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux, Etudes CAPITANT, 1939, pp. 491 et s.; Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence (Rapport 3èes journées franco-latino-américaines), Rev. int. dr. comp. 1951, pp. 485 et s.

وانظر عرضا لنظرية MAURY فسي : J. GHESTIN, op. cit., n° 648, et MARTY et RAYNAUD, II, Les obligations, op. cit., n° 182.

فإنه يحصل عندئذ غلط في السبب يمكن أن ينجّر عنه بطلان العقد. ويتبين مما سبق أنّ السبب في نظرية J. MAURY هو الأساس النظري للغلط في صفة ذات العقود عليه باعتبار أنّ الأمر يتعلق في هاته الحالة بتحديد «المقابل المقصود» أو «المقابل المتفق عليه».

وإذ يرى MAURY أنّ ضرورة تطابق العقد مع النظام العام والأخلاق الحميدة تفرض أن يكون «المقابل المقصود» (يعني العنصر الموضوعي الإقتصادي الملجئ للتعاقد) مشروعاً وجائزاً، فهو يقرّ من جهة أخرى أنّه من الواجب أن يعتبر القاضي من قبيل السبب أيضا أي دافع ذاتي ملجئ للتعاقد بالنسبة لأحد الطرفين كلما تعلق الأمر بتقدير مدى مخالفته للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. وبهذا يكون للسبب في نظر MAURY مفهوم ودور مزدوجان. فهو بالأساس «المقابل المقصود» أو الدافع الإقتصادي للإلتزام المتفق عليه الذي بدونه ينعدم العقد. وهو إلى جانب ذلك أيضا أي دافع ملجئ للتعاقد كلما تعلق الأمر بإجراء مراقبة إجتماعية على العقد لتقدير مدى خضوعه لموجبات النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>(17)</sup>.

(17) وتوجه الإشارة إلى أنّ التصور الثاني لمفهوم السبب بحسب وظيفته أصبح سائدا في الفقه الفرنسي (يراجع مثلا : JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques, n° 108 et s.; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, n° 21 et s.; RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil, t. II, n° 292 et 293.

كما لا بدّ من الملاحظة أنّ بعض الفقهاء ينسب إلى السبب دورا ثالثا يجعل منه أداة لوصف العقود وقد عرض هذه النظرية الأستاذ العلامة François TERRE في كتابه : L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, Paris, 1955, préface de M. le Balle, p. 256). وذلك تحت تأثير دور السبب في القانون الإداري : (G. VEDEL, Essai sur la notion de cause en droit administratif français, thèse, Toulouse 1934; CHARLIER, La cause dans la jurisprudence administrative, J.C.P. 1950. I. 87).

وانظر أيضا في هذا الخصوص : L. BOYER, La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, thèse, Toulouse, 1947.

وقد أثرت مسألة السبب كأداة وصف للعقد في مطعن تعقيبي تمسكت به الطاعنة في القضية موضوع القرار التعقيبي عدد 1153، المؤرخ في 20 أكتوبر 1960، (ق.ت. 1961، عدد 4، ص 47) حيث استندت نائنها إلى أنّ كتب نقل ملكية الأرض كان خاليا عن السبب ولا يدري أهو هبة بدون عوض التي تشترط لها شروط خاصة خصوصا وأنّ السبب الذي ذكره المحكوم له لم يبيته، أو أنّه إحالة بعوض وعليه فعدم تعيين الثمن أو المقابل بصير تلك الإحالة باطلة لخلوها من السبب والقرار المطعون فيه لما حكم بصحته قد خرق القانون... وقد أصدرت محكمة التعقيب قرارا بالرّفض بناء على أنّ العقد الذي لم يذكر به سببه يحمل على إبنائه على سبب جائز وأنّ الطاعنة لم تثبت العكس والحال أنّ عبء الإثبات محمول عليها (الفضلان 68 و 69 من 1960).

## § 2 - السبب والعدالة العقدية

229 - يمكن أن نستخلص من التحليل أعلاه أنّ مفهوم السبب يختلف باختلاف دوره. وأنّه في مفهومه المجرد مقابل الأداء الملتمزم به الذي ينعدم بانعدامه الإلتزام. وليس على القاضي إلا أن يراقب وجوده وصحته وقت التعاقد حماية للإرادة الفردية التي لا يعقل في نظرية التصرف المسبب أن تصدر بدون سبب يبررها. أما إذا ثبت وجود المقابل المتفق عليه، فإنّه لا يدخل في مهمة القاضي أن يقدّر كمّيّا وأن يبحث عن مدى تناسبه من هاته الناحية مع الأداء الملتمزم به لما في هاته المراقبة من مسّ بسلطان الإرادة وبحريّة التعاقد. وإذ يجوز للفرد أن يتطلّم من اختلال التوازن بين التزامه والتزام معاقده فلا يمكن أن يكون ذلك إلا عن طريق الغلط في السبب الملجئ للتعاقد. أما إذا تعدّر عليه إثبات قيام هذا العيب أو غيره من عيوب الإرادة فإنّ طلبه يستوجب الرّفص طالما أنّ العقد الصّادر عن إرادتين حرتين سليمتين يعتبر عادلا بالضرورة ولا يمكن للقاضي أن يعدّله أو أن يبطله بدعوى عدم تكافؤ الإلتزامات الناشئة عنه. وقد تبين لنا ممّا سبق عرضه أنّ نظريّات السبب موضوعيّة كانت أو ذاتيّة لم تختلف حول هذه المسألة اعتبارا لهيمنة مبدأ سلطان الإرادة على الفقه الفرنسي السائد، الأمر الذي أدّى إلى تهميش أفكار الكنسيين الذين اكتشفوا نظرية السبب وأرادوها قيّدا للإرادة وضمانا للعدالة العقدية. وقد اعتبرت أقلية ضئيلة من الفقهاء في بداية القرن العشرين أنّه لا يمكن للسبب أن يؤدي مثل هذا الدور إلا إذا فصل مفهومه تماما عن مفهوم الإرادة. وقد دافع عن هذا الإلتجاه LOUIS LUCAS<sup>(18)</sup> الذي يرى أنّ الإرادة هي مفهوم قانوني لعنصر نفسانيّ بما يجعلها تختلف تماما عن السبب باعتباره مفهوما قانونيا لعنصر اقتصادي محض يتمثّل في تعويض القيمة الاقتصادية التي يفقدها المدين حين يلتزم نحو معاقده بقيمة تعادلها. ويفترض توقّف شرط السبب قيام توازن كمّيّ بين القيمتين<sup>(19)</sup>. ولا علاقة لهذا الموضوع في نظر LOUIS LUCAS بمسألة

الإرادة وبفسيّة المتعاقدين. وقد أيد بعض الفقهاء المعاصرين هذا الإلتجاه الموضوعي<sup>(20)</sup>. وما من شك في أنّ اعتماده من طرف المحاكم في تونس قد يعطي للسبب نفسا جديدا في التطبيق، بما قد يساعد على سدّ بعض الثغرات التي يشكو منها القانون المدني التونسي، كأن يسمح للقاضي بأن يتدخل على أساسه لتعديل الشّروط المجحفة<sup>(21)</sup>. على أنّ مثل هذا التطور صعب الإحتمال لأنّه يؤول في واقع الأمر إلى تكريس الغبن في القانون التونسيّ بما يخالف صريح أحكام الفصلين 60 و61 من م.أ.ع. الأمر الذي يستخلص معه أنّ السبب في القانون الوضعي التونسيّ لا يمكن أن يكون أداة تضمن العدالة العقدية. وإذ يعتبر أغلبية الشّراح أنّه مفيد بل ضروريّ في مفهومه الذاتي لتمكين القاضي من إجراء مراقبته على مدى استجابة العقود لمطلّبات النظام العام والأخلاق الحميدة، فإنّ جدواه تبقى نسبيّة في مفهومه المجرد خاصة بعد أن تبين أنّه يمكن تعويضه في عدّة حالات بآليات قانونية أخرى مثل الرّضا في عقود التبرّع والمحلّ في عقود المعاوضة الملزمة للجانبين<sup>(22)</sup>.

(20) راجع : ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, op. cit., n° 137 et s.

(21) وهو ما رفضه فقه القضاء مهما بلغت درجة الخيف خطورة (راجع القرار الصّادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 7919، المؤرّخ في 28 أبريل 1975، المعلق عليه من طرف الأستاذة فتيحة التمشي بالمجلة التونسية للقانون لعام 1977، المذكور أعلاه) إلى تاريخ صدور القرار التعقيبي المدني عدد 42624 في 28 أبريل 1994 الذي حوّل للقاضي حقّ تعديل الشّروط الجزائيّ بالزيادة فيه أو التقيص (راجع العدد 387-2 أسفله). وما من شك في أنّ الشّروط التفرعيّ المجحف قد يمكن اعتباره نافذا جزئيّا للسبب. على أنّ فقدان الجزئيّ للسبب لا يمكن أن يتأسس عليه البطلان لأنّه ليس سوى حالة غبن بما يجعلها خاضعة لأحكام الفصلين 60 و61 من م.أ.ع. إلا أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ فقه القضاء في فرنسا يأخذ بنظرية فقدان الجزئيّ للسبب وذلك في حالات إستثنائية. من ذلك أنّه يستعملها لتعديل أجرة المحامي أو الطيب إذا كانت مجحفة بالمقارنة مع الجهود المبذول، أو في صورة ما إذا كان مقابل الأداء المتفق عليه ناقصا مادّيّا، كمن يدفع ثمن شقة بها سته غرف ولا يتسلم سوى شقة تشتمل على خمسة غرف فقط. (راجع في خصوص هذه النظرية وكذلك مبررات فقه القضاء الفرنسي الصّادر في شأنها : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 568 et 632; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 690 à 692; WEILL et TERRE, op. cit., n° 128; LARROUMET, op. cit., n° 471).

(22) وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنّ بعض التشريعات الحديثة قد استغنت عن مفهوم السبب، فبالإضافة إلى القوانين الألمانيّة والسكندنافية، فإنّ مشروع المجلة المدنيّة لمقاطعة الكيبك (QUEBEC) لسنة 1977 تجاوز من ناحيته أيضا هذا المفهوم (راجع : J. GHESTIN, op.cit., n° 772, p. 855).

(18) راجع : LOUIS LUCAS, Volonté et cause, thèse Dijon, 1918.

(19) راجع في هذا المعنى أيضا : GAUDEMET, Théorie générale des obligations, 1937, p. 117.

## الفرع الثاني : النظام القانوني للسبب

230 - تنص الفقرة الأولى من الفصل 67 من م.ا.ع. على أن «الإلتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه». وإذا يصعب الكشف عن البعد العملي لهذا النص، نظرا لعدم توفّره قضاء معتبر في هذه المادة، فإنه يمكن انطلاقا من القرارات التعقيبية النادرة التي صدرت في هذا الخصوص واعتمادا على الفقه السائد الميّن أعلاه أن نعتبر أن المشرع التونسي قصد من خلال هذا النص التعرّض إلى السبب بمفهومه المجرد من جهة (18)، والجائز من جهة أخرى (28)، وذلك قبل أن يهتمّ ضمن الفصول 68 إلى 70 من المجلة ببيان نظام إثباتهما (38).

## § 1 - السبب المجرد

231 - السبب المجرد هو السبب بمفهومه التقليدي الذي أوضحه DOMAT في القرن السابع عشر المتميز بطابعه الموضوعي الذي يمكن تعريفه بأنه مقابل الأداء الذي يلتزم به كلّ متعاقد نحو المتعاقد الآخر. وخلو الإلتزام من سبب يبرّره يعرضه إلى البطلان<sup>(23)</sup>. والسبب المجرد لا يتغيّر في نوع واحد من العقود ولا يختلف باختلاف مقاصد الأفراد، وإن كان يختلف باختلاف أنواع العقود. ففي العقود الملزمة للجانبين يولد العقد التزامات متبادلة على عاتق الطرفين يتمثل فيها سبب التزام كلّ منهما في التزام معاقده. فسبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بأداء الثمن. وعلى عكس ذلك فإنّ سبب التزام المشتري بأداء الثمن هو التزام البائع بنقل الملكية. أمّا بالنسبة لعقود

(23) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 13936، المؤرخ في 19 جوان 1986، (ق.ت. 1988، عدد 7، ص 75). وتتمثل وقائع القضية في استصدار المعقب أمرا بالذّفق يلزم المعقب ضدها بأن تودّي له مبلغ خمسة آلاف دينار. فاعترضت عليه هذه الأخيرة ثمّ استأنفته متمسكة بأنها ليست مدينة لخصمها بشيء ولم تقتض من ملبها واحدا بل وعلى عكس ادّعاءه فإنّها هي التي دفعت له ذلك المبلغ ليقوم عوضا عنها بخلاص معالم فمرفقة تتعلق بسيارة محلّ مشروع بيع بينهما. واعتبرت محكمة الاستئناف أنّ الكتب الذي ينصّ على المبلغ المالي المذكور مبهم ولا يشير إلى سببه ونقضت على ذلك الأساس الحكم الابتدائي القاضي بتقرير الأمر بالذّفق، ونقضت من جديد بعدم سماع الذّغوى وأبدتها محكمة التعقيب في ذلك بمقولة: «أنّ كلّ التزام لابدّ أن يكون له سبب شرعيّ وإلا اعتبر في حكم المدوم...».

المعاوضة الملزمة لجانب واحد فإنّ سبب التزام المدين يختلف بحسب الحالات. فإذا كان العقد عينيا، أي أنّه من العقود التي لا تتمّ إلاّ بتسليم الشيء المعقود عليه كالوديعة أو عارية الاستعمال، فإنّ سبب التزام المدين بترجيع الشيء هو سابق تسلّمه إيّاه من طرف الدائن. أمّا إذا لم يكن العقد الملزم لجانب واحد عينيا كالتعهد بدفع مبلغ من المال، فإنّ سبب التزام الواعد يتمثل في مقابل خارج عن العقد وسابق له كوجود دين سابق لفائدة الموعود له. ويتمثل سبب الإلتزام بالنسبة لعقود التبرّع في نية التبرّع.

232 - ويشترط في السبب المجرد أن يكون ثابتا (الفصل 68) وصحيحا (الفصلان 69 و70 من م.ا.ع.)<sup>(23-1)</sup>. ويتفق الشّراح على أنّ السبب الخاطيء ليس سوى الغلط في ذات المعقود عليه. ويقدر وجود السبب من عدمه باعتبار وقت إبرام العقد. ولا يترتب على زواله بعد ذلك بطلان العقد.

## § 2 - السبب الجائز

233 - ينصّ الفصل 67 من م.ا.ع. بفقرته الأولى على أنّ الإلتزام «المبني على ... سبب غير جائز لا عمل عليه». والسبب غير الجائز حسب صريح أحكام الفقرة الثانية من هذا النصّ «عبارة عمّا يخالف القانون أو الأخلاق الحميدة أو النظام العمومي». ويفرق الشّراح بين السبب المجرد والسبب الجائز، باعتبار أنّ الأوّل هو الذي لا يتغيّر في النوع الواحد من العقود على خلاف الثاني الذي يختلف من عقد إلى آخر ومن شخص إلى آخر بحسب الدوافع الخاصة بكلّ متعاقد. فهو الدافع الشخصي الذي يحمل المتعاقد على إنشاء العقد. كما يختلف السبب المجرد عن السبب الجائز من ناحية كون الأوّل يعدّ كجزء غير منفصل عن العقد نفسه، أو عنصر موضوعي لا تأثير فيه لنوايا المتعاقد، في حين أنّ الثاني يعدّ على عكس ذلك عنصرا

(23-1) يراجع : Pascal DIENER, "A propos d'une prétendue absence de cause", D., 1994, Chr., p. 347.

(24) يراجع في هذا المعنى المادة 200 من قانون الموجبات اللبّاني. انظر أيضا كتاب الدكتور توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، المذكور أعلاه، عدد 154.

متغيرًا خارجيًا عن العقد، إذ هو عنصر شخصي غير موضوعي يختلف باختلاف التوايا الخاصة للمتعاقد<sup>(24)</sup>.

234 - ويعتبر الفقهاء<sup>(25)</sup> أن اشتراط السبب الجائز يعطي للقاضي صلاحيات هامة في مجال مراقبة مدى تطابق العقد مع قواعد الأخلاق الحميدة والنظام العام، لا لأن الأمر يخضع لسلطته التقديرية المطلقة فحسب، بل وكذلك لأن هاته المراقبة تمكنه، في حالات، من إبطال عقود قد يستحيل إبطالها تأسيسا على نظرية المحل<sup>(26)</sup>. فإذا اشترى شخص شقة بغرض استعمالها لتعاطي الخناء، فإنه لا يجوز إبطال عقد شرائه تأسيسا على قواعد المحل إذ أن محل الإلتزام هنا يتمثل في المبيع وهو الشقة التي يعدّ التعامل في شأنها ممكنا وغير مخالف للأخلاق الحميدة والنظام العام. لذلك لا يمكن الإبطال هنا إلا بالاستناد إلى كون سبب البيع غير جائز<sup>(27)</sup>.

235 - وإذا اتفق الشراخ في هذا الخصوص على أن السبب الجائز لا يتمثل إلا في الباعث الأساسي للملجى للتعاقد، وليس في أي باعث ساهم ولو بصفة ثانوية في حمل أحد الأطراف على التعاقد، فإن الخلاف قائم بينهم حول ما إذا كان يجب أن يكون الباعث داخلا في نطاق العقد. فالبعض يرى أنه يكفي أن يكون الباعث غير مشروع ليطل العقد، ولا يشترط أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الباعث. أما البعض الآخر فيشترط أن لا يسלט البطلان على الطرف المقابل إلا إذا كان على علم بواقع الأمور<sup>(28)</sup>. وما من

(25) يراجع : MALAURIE, Les cours de droit, op. cit., p. 388; LARROUMET, op. cit., n° 491.

(26) يراجع العدد 199 أعلاه.

(27) يراجع قرار مدني تعقيبي عدد 736، مؤرخ في 24 جانفي 1961، ن.م.ت. 1961، ص 18، وقرار تعقيبي عدد 6929، مؤرخ في 10 مارس 1959، ق.ت. 1960، عدد 5، ص 49. ويراجع خاصة القرار التعقيبي المدني عدد 21941 المؤرخ في 5 جانفي 1989 (ق.ت. 1991، عدد 7، ص 63) الذي قضى بأن البيع المراد به إخراج المبيع عن النزاع الاستحقاقى إضرارا بمتحققه الحقيقي بعد التزاما مخالفا من حيث سبب للأخلاق الحميدة ولا عمل عليه حسب اقتضاء الفصل 67 من م.ا.ع.

(28) نـارن : A. WEILL, "Connaissance du motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité", Ét. Marty, 1978, pp. 1165-1180, et MAZEAUD : note, sous civ. 1ère., 4 décembre 1956, J.C.P. 1957, II, 10008.

شك في أن هذا الحل الأخير يراعي مصالح المعاهد حسن النية<sup>(29)</sup>.

### § 3 - إثبات السبب

236 - ينصّ الفصل 68 من م.ا.ع. على أن «كلّ التزام يحمل على سبب ثابت جائز ولو لم يصرّح به». كما ينصّ الفصل 69 على «أنّ السبب المصرّح به يحمل على الحقيقة إلى أن يثبت خلافه». أمّا الفصل 70 فجاء به أنه «إذا تبين أنّ السبب المصرّح به إنما هو في الحقيقة غير موجود أو غير جائز، فعلى من يدّعي أنّ للعقد سببا جائزا غيره أن يثبت ذلك».

237 - ويفهم من مجموع هذه النصوص أن المشرّع وضع لفائدة الدائن قرينة مقتضاها أنه عند عدم ذكر السبب يفترض أنّ للعقد سببا مشروعًا. ولكن هذه القرينة قابلة للدحض بإثبات العكس<sup>(30)</sup>.

238 - وإذا ذكر السبب في العقد فإنّ القانون يفترض أنّ السبب المذكور هو السبب الحقيقي والمشروع إلى أن يثبت العكس، وفي هاته الصورة، أي لما يقيم المدين الحجة على عدم مشروعية السبب، أو على كون السبب المصرّح به

(29) ويبدو أنّ اتجاهه فقهاء القضاء في فرنسا مؤسس حاليًا على التفرقة بين عقود المعاوضة من جهة وعقود التبشيع من جهة أخرى، حيث يشترط لإبطال العقود التنبية للصف الأول من أجل قيامها على سبب غير مشروع علم المعاهد الآخر بذلك. في حين يكفي بالنسبة لعقود الصف الثاني بمجرد قيام عدم مشروعية لإبطال العقد (يراجع في هذا الخصوص : LARROUMET, op. cit., n° 500 à 502).

(30) يراجع القرار التعقيبي عدد 1153، المؤرخ في 20 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 4، ص 47، الذي ورد به أنه لا يكفي الإحتجاج بعدم ذكر سبب نقل ملكية قطعة أرض بالكتب القاضي بذلك ليطل هذا الكتب وعلى من يدّعي انتفاء السبب أو عدم مشروعيته أن يثبت ادعائه. وقد أكدت محكمة التعقيب هذا المبدأ في قضية أخرى تمثل النزاع فيها حول مدى جواز السبب، مبيّنة أنّ مجرد وجود دار مسوّفة بمقابل سنوي معين دون تخصيص لما هي مدّة إليه «في محلة مشبوّهة» لا يمكن اتّخاذها سببا ونتمتع بعدم الجواز طالما أنّ ذلك خارج عن العقد خاصة أنّ الفصل 68 من م.ا.ع. صريح في حمل كلّ التزام على سبب ثابت وجائز ولو لم يصرّح به إلى أن يثبت خلافه (قرار تعقيبي عدد 9123، مؤرخ في نوفمبر 1955، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 154. وانظر أيضا حكم مدني ابتدائي عدد 27، مؤرخ في 6 أبريل 1961، ق.ت. 1961، عدد 4، ص 167 وحكم مدني ابتدائي عدد 836، مؤرخ في 30 جانفي 1961، ق.ت. 1962، عدد 7، ص 75، وحكم مدني ابتدائي عدد 31، مؤرخ في 31 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 8، ص 41).

وانظر أيضا : Jean-Pierre MARGUENAUD, La cause simulée, (note sous Civ. 1ère, 20 : déc. 1988, D. 1990, J. p. 241).

غير موجود، فإنّه يحقّ للطرف الذي له مصلحة في ذلك أن يثبت أنّ للعقد سببا جائزا غير السبب المصرّح به<sup>(31)</sup>.

### العنوان الثالث

## الجزاء على شروط صحة وتكوين العقد نظرية البطلان

(31) تراجع القرار التعقيبي المدنيّ عدد 9990، المؤرخ في 24 جويلية 1973، ن.م.ت. 1973، ص 63، وقد ورد فيه استنادا إلى أحكام الفصلين 69 و70 من م.ا.ع. أنّه إذا أدهى متسوّغ محلّ ردّا على الدّعى المشورة ضامّة في الفسخ لتغيير استعمال المكري أنّ السبب المصرّح به في كتب التسويغ هو غير الحقيقة وأنّه خلافا لما تضمنه هذا الكتاب لم يتسوّغ المحلّ لتعاطي آية حرقة إنّما للسكنى فقط وأنّه لم يستعمله إلا لهذا الغرض بدلم مسوّغه فإنّ قضاة الأصل ملزمون بسماع بيته وإجراء البحث الذي طلبه منهم لإثبات ادّعائه لأنّه من حقّه أن يثبت أنّ السبب المصرّح به (تعاطي حرقة) هو في الحقيقة غير موجود وأنّ له في الحقيقة سببا غيره ثابتا وجائزا (السكنى). تراجع أيضا في هذا المعنى : قرار تعقيبي مدنيّ عدد 3027، مؤرخ في 21 جوان 1938، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 152.

239 - اعنتى المشرع بالبطلان ضمن المقالة السادسة من الكتاب الأول لمجلة الالتزامات والعقود المشتملة على الفصول 325:338 إلى 338:338. والبطلان بأنواعه هو الجزاء على مخالفة شروط صحة وتكوين العقد وذلك بأن لا يترتب على العقد الباطل أي أثر قانوني، بما يصحّ معه القول أنّ البطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير<sup>(1)</sup>، أو أنّه «غير قائم . . . ولم يقم أبدا . . . بسبب اختلال تكوينه»<sup>(2)</sup>.

ويتفق الشراح على ضرورة تطبيق هذه العقوبة المدنية مع مراعاة متطلبات الاستقرار التعاقدية، ولكن بطريقة تمكّنها من أن تؤدي دورها على أحسن وجه بما يجعلها تمحو من جهة، وبصفة رجعية، العقد المخالف لشروط صحته وتكوينه القانونية، وتردع في الوقت ذاته، ومن جهة أخرى، عموم الناس عن مخالفة تلك الشروط في العقود والاتفاقات التي يبرمونها، اعتبارا لجسامة العقوبة التي قد تسلط عليهم في مثل هاته الصور<sup>(3)</sup>.

240 - على أنّ الحصول على هذه النتيجة قد تضمنه بنجاحة معتبرة المراقبة الأولية التي يمكن للإدارة أن تجريها على صحة بعض العقود قبل إتمامها أو نفاذها<sup>(4)</sup>. كأن يرفض الأمور الإدارية التعريف بامضاءات المتعاقدين إذا تبين له أنها تتعلق بعقد مخالف للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. أو كأن ترفض المصلحة الجبائية المختصة تسجيل عقد بيع لأجنبي لا ينصّ على حصول طرفيه على الرخص الإدارية الضرورية لصحته. وإذا يتفق الشراح على أنّ هذا النوع من المراقبة يعني من عناء طلب البطلان باعتباره يمنع من الأساس قيام العقد الباطل، فإنهم يلاحظون إلى جانب ذلك أنّ تدخل الإدارة بهاته الصورة من شأنه أن يؤثر سلبا على حرية المعاملات، الأمر الذي يتجه معه عدم

(1) يراجع السهوري، الوسيط، الجزء الأول، عدد 290.

(2) أنظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد . . . عدد 220.

(3) يراجع في خصوص دور البطلان: PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, les obligations, 2è éd. 1990, n° 547; MALAURIE, Les cours de droit, droit civil, théorie des obligations, 1982/1983, Fasc. 2., p. 410.

(4) يراجع: FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 319; PH. MALAURIE et L. AYNES, : Droit civil, les obligations, op. cit., n° 546.

التشجيع على تعميمه والسعي إلى حصر نطاقه<sup>(5)</sup>. لذلك، وبالرغم من تعدد الحالات التي يعاقب فيها القانون جزائياً على مخالفة شروط صحة العقود<sup>(6)</sup>، فإن البطلان يبقى بدوره المزدوج الزجري- الوقائي المبين أعلاه الجزء الأساسي لشروط تكوين العقد.

وسوف تشتمل دراستنا له على عرض لنظرية البطلان (الفصل الأول)، تليه دراسة نظامه القانوني (الفصل الثاني) والآثار القانونية التي تترتب عليه (الفصل الثالث).

## الفصل الأول

### عرض نظرية البطلان

(5) وكسب FLOUR et AUBERT (المرجع أعلاه) في هذا المعنى ما يلي : "Une vérification préalable supposerait que la conclusion de tout contrat est soumise à une surveillance de l'autorité publique. Ce serait la destruction - et non plus seulement comme aujourd'hui, la limitation- de la liberté".

(6) أنظر مثلاً الفصل 292 من المجلة الجنائية الذي يعاقب بالمقوبات المقررة لجريمة التحيل «بيع أو رهن أو توثيق أو كراء ما لا حقاً لمركب ذلك التصرف فيه»... أو «بيع أو رهن أو كراء ما سبق بيعه أو رهنه أو كراؤه»...

وانظر أيضاً الفصل 36 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار الذي يعاقب بالسجن والخطية ارتكاب الموانع المبينة في الفصلين 5 و6 من هذا القانون، ومنها الإمتناع عن البيع أو البيوعات المشروطة وغيرها من حالات الإستغلال المفرط لوضعية هيمنة. ومن الملاحظ أن العقوبة الجزائية تضاف هنا إلى البطلان المطلق الذي يعرض له بموجب الفصل 7 من هذا القانون «كل التزام أو اتفاق أو شرط تعاقدية يتصل بإحدى الممارسات المحجّرة بمقتضى الفصلين 5 و6» المذكورين. وراجع في خصوص الإلتجاء إلى القانون الجزائي لضمان الإلتزامات المدنية التي تهم المستهلك : "Essai sur la protection du consommateur en Tunisie", mémoire pour l'obtention du D.E.S. de sciences criminelles, op. cit., pp. 13 et s.

بين العقد الباطل من أساسه لفقدانه لركن من أركانه الجوهرية، والعقد الفاسد وهو عقد واجب الفسخ لفقدانه أحد أوصافه القانونية كوصف خلو الرضاء من الإكراه أو من التفرير<sup>(2)</sup>. بقي أن وجه الشبه القائم بين مفهوم الفسخ في المذهب الحنفي والمفهوم الغربي للبطلان النسبي لا يبرر بأي حال استعمال محرري مجلة الالتزامات والعقود - بل مترجموها إلى العربية - لعبارة واحدة (الفسخ) للدلالة على مفهومين قانونيين مختلفين من الأساس : جزاء عدم صحة العقود من جهة، وجزاء عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنها من جهة أخرى. على أن الهفوة المرتكبة لم تسرب إلى فقه القضاء الذي يستعمل في العديد من القرارات والأحكام المصطلح الصحيح متجاهلا كلمة الفسخ إذا لم تكن في محلها<sup>(3)</sup>.

## § 2 - البطلان وعدم النفاذ

244 - عدم النفاذ هو جزء لخلل يعتري العقد دون أن يؤثر على صحته بين طرفيه. ولكنه يجعله عديم الأثر بالنسبة للغير بحيث لا يمكن لأي طرف أن يعارض الغير به أو يحتج به ضده. من ذلك أن تاريخ العقد لا يكون حجة على الغير إذا كان غير ثابت التاريخ (الفصل 450 من م.أ.ع.)، ولكنه يبقى حجة على طرفيه<sup>(4)</sup>. كما أن عدم ترسيم الحق المسلط على عقار مسجل لا يبطله، ولكنه يجعله غير نافذ، ولا يمكن بأي حال معارضة الغير به (الفصل

(3) أنظر مثلا : الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالكاف تحت عدد 395، المؤرخ في 23 جانفي 1962، (ق.ت. 1962، عدد 7، ص 62) والقرارين التعميقيين : عدد 4411، مؤرخ في 13 ديسمبر 1966، (ق.ت. 1967، عدد 4/3، ص 72) وعدد 2950، مؤرخ في 16 جوان 1981، (ن.م.ت. 1981، ج II، ص 185). وتستعمل جميع هاته القرارات وغيرها عبارتي «البطلان» و«العقود القابلة للبطلان» في قضايا تتعلق بموضوعها «بالفسخ» في معناه الوارد بالفصول 330 إلى 338 من م.أ.ع. ولكن هذا لا يعني أن كلمة «الفسخ» غير مستعملة في التطبيق للدلالة على البطلان النسبي. بل كثيرا ما يتردد استعمالها في الأحكام والقرارات، خاصة لما يلتجئ محرروها إلى ذكر صريح عبارة النص القانوني باعتباره سندا لدعوى البطلان النسبي. ونحن لا نعتقد أنه تجوز مواخذتهم من أجل ذلك.

(4) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1990 (Dactyl.), p. 106.

وانظر أيضا العدد 426 أسفله وما بعده.

241 - يستلزم الفهم الصحيح لنظرية البطلان في القانون التونسي (الفرع الثالث) عدم الخلط بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية الخاصة بالعقود (الفرع الأول)، ثم التأمل في مختلف مراحل تطور هذه النظرية في الفقه والقانون المقارن (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية في مادة العقود

242 - ينبغي تمييز البطلان عن الفسخ (1§) وعن عدم النفاذ (2§) وعن العقد الموقوف (3§).

## § 1 - البطلان والفسخ

243 - البطلان كما رأينا هو جزء على عدم استكمال العقد لأركانه أو لشروط صحته عند تكوينه. أما الفسخ، فهو جزء عدم تنفيذ أحد الطرفين لعقد توافرت فيه عند تكوينه الأركان والشروط القانونية المستوجبة لصحته. وهو ما يتضح معه أن البطلان والفسخ يختلفان اختلافا جذريا بالرغم من أنهما يقتربان في أثرهما حيث أنه يترتب على كل منهما، كقاعدة عامة، زوال العقد بصفة رجعية من تاريخ إبرامه<sup>(1)</sup>.

وقد أقر المشرع التونسي استعمال مصطلح الفسخ في المعنى الذي ذكرناه وذلك ضمن الفصول 248 إلى 302 من م.أ.ع. المتعلقة أحكامها بالوفاء بالالتزامات. على أنه أعاد استعمال نفس المصطلح ضمن الفصول 330 إلى 338 للتعبير على مفهوم البطلان النسبي، وكرجمة لكلمة RESCISON. وقد يرجع ذلك إلى تأثير الفقه الإسلامي، حيث أن المذهب الحنفي كان يفرق

(1) يراجع : د. عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 223. وانظر حول صعوبات التفرقة في التّطبيع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 540; J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligations, contrat : formation, op. cit., n° 360 et 726.

(2) يراجع العدد 247 أسفله.



305 من م.ح.ع. (6). ومن حالات عدم النفاذ أيضا «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتب السرية» التي ينص في خصوصها الفصل 26 من م.ح.ع. أنه «لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم ولا يحتج بها على الغير ما لم يعلم بها...» (6).

### § 3 - البطلان وحالة العقد الموقوف (7)

245 - ينتمي مفهوم العقد الموقوف إلى نظرية البطلان في الفقه الإسلامي. وإن لم يستعمل المشرع التونسي هذه العبارة في مجلة الالتزامات والعقود أو في غيرها من المجلات فإن أثرها في القانون المدني التونسي ثابت مع ذلك، بل قد يعسر علينا فهم بعض القواعد القانونية التونسية المستمدة من الفقه الإسلامي دون أن تكون لنا معرفة ولو سطحية بما يسمى العقد الموقوف. وقد يتطلب ذلك أن نضع هذا المفهوم في إطاره العام، وهو نظرية البطلان في الفقه الإسلامي، قبل أن نعرض بإيجاز حكم العقد الموقوف.

إن نظرية البطلان في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا وأكثر تدرجا من نظيرتها في الفقه الغربي. فالعقد في الفقه الإسلامي يتدرج من حيث البطلان والصحة من البطلان إلى الفساد، ثم من الفساد إلى الوقف ثم من الوقف إلى النفاذ، ثم من النفاذ إلى اللزوم.

#### I - العقد الباطل والعقد الفاسد

أ - 246 - **العقد الباطل في الفقه الإسلامي هو عقد لا وجود له إلا من حيث الصورة.** فهو لا ينتج أثرا. وإذا نفذ وجب الرد وإعادة الحال إلى ما

(5) أنظر حول آثار عدم الترسيم فيما بين الأطراف العدد 53 أعلاه، هامش 37.

(6) أنظر كمال شرف الدين، المذكور أعلاه، ص 398، وانظر العدد 474 أسفله وما بعده.

(7) يراجع في خصوص نظرية البطلان في الفقه الإسلامي وأحكام العقد الموقوف: عبد الرزاق السهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، الجزء الرابع، ص 43 إلى 286، وخاصة ص 128 و 173 و 197 و ص 276 إلى 278؛ ود. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد...، ص 507 إلى 519؛ وانظر بالنسبة للفقه التونسي: فتحي الورتاني: العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة لنيل شهادة الدراسات العميقة - كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1990 - 1991، يراجع أيضا: Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op. cit., pp. 311 et s.

كان عليه. وينجر البطلان عن افتقار العقد لأحد العناصر المكوّنة له.

ب - 247 - **أما العقد الفاسد فهو مرتبة من مراتب البطلان لا يعرفها إلا الفقه الحنفي.** أما المذاهب الأخرى فهي لا تميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، فكلاهما باطل. ويفرق الفقه الحنفي بين البطلان والفساد من حيث أنه يعتبر أن استكمال العقد للعناصر المكوّنة له تكفي لانعقاده، ولكنها غير كافية لصحته التي تستلزم أن تضاف إلى هذه العناصر **أوصاف معينة.** وبذلك يتميز العقد الفاسد عن العقد الباطل. فالعقد الباطل هو ما لا يكون مشروعاً بأصله ووصفه، أما العقد الفاسد فهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه. ومن بين الأوصاف التي ينجر عن تخلّفها فساد العقد خلوّ الرضاء من الإكراه وانتفاء الغرر من المحلّ وأن يكون المحلّ خالياً من الشرط الفاسد وأن يكون خالياً من الربا.

والعقد الفاسد في نظر الفقه الحنفي هو عقد له وجود شرعي ولكنه غير صحيح بما يجعله معرضاً للفسخ، بل واجب الفسخ.

#### II - العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم

أ - 248 - **العقد الموقوف هو العقد الذي انعقد صحيحاً لتوافر عناصر الإنعقاد وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ، وهما الملك أو الأهلية.** فإذا صدر العقد عن ناقص الأهلية فإنه يكون موقوفاً على إجازته من طرف الولي. فإذا أجاز نفذ، وإذا تخلّفت الإجازة انعدم. وكذلك تصرف الفضولي في ملك غيره، فنفاذه موقوف على إجازة المالك له. وكذلك البيع الصادر عن المريض في مرض الموت لو ارتث فإنه يعدّ صحيحاً، ولكن نفاذه موقوف على إجازة بقية الورثة.

ولئن لم يستعمل المشرع التونسي كما قلنا عبارة العقد الموقوف بصفة صريحة، فقد أقرها ضمناً في العديد من الحالات نذكر منها على سبيل المثال حالة الفصل 576 م.ح.ع. المتعلق ببيع ملك الغير وحالات الفصول 354 و 355 و 565 و 1481 من م.ح.ع. المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت.

rescision<sup>(10)</sup>. ومنها جاءت عبارة action en rescision وكلمة RESCISION المستعملتان في النسخة الفرنسية لمجلة الالتزامات والعقود للدلالة على مفهومي البطلان النسبي ودعوى البطلان النسبي، كل ذلك مع العلم أن العقود التي يعترها خلل يعرضها للبطلان النسبي تسمى أيضا في تشريعنا العقود القابلة للبطلان. ولا بد من لفت الانتباه إلى أن التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي معمول بها في أغلبية التشريعات العربية<sup>(11)</sup> والأوروبية وكذلك الأمريكية<sup>(12)</sup>. فما هي مبرراتها (1§) وما هي المصلحة القانونية منها (2§).

## § 1 - مبررات التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

### I - أسس التفرقة في النظرية التقليدية للبطلان<sup>(13)</sup>

251 - تقوم النظرية التقليدية للبطلان على فكرة تدرج الجزء المسلط على العقد بحسب خطورة الخلل الذي يعترى انعقاده وصحته. فإذا تمثل الخلل في افتقار العقد إلى أحد أركانه الأساسية التي لا يكون له بدونها وجود، فإن جزء ذلك يكون البطلان المطلق. فيكون إذن وعلى ذلك الأساس معرّضا للبطلان المطلق العقد الذي ينعدم فيه إما الرضى أو السبب أو المحل أو بالنسبة للعقد الشكلية، الشكل الذي يشترطه القانون لصحته.

(10) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 289.

(11) يراجع في هذا الخصوص : الدكتور توفيق حسن فرج : النظرية العامة للإلتزام، مذكور أعلاه، ص 220 وما بعدها.

(12) يراجع : CH. LARROUMET, op. cit., n° 530.

وانظر أيضا : MAURICE A. TANCELIN, Théorie du droit des obligations, Les presses de l'université de LAVAL, Québec 1975, pp. 88 et s.

(13) وقد وضعها الفقهاء الفرنسيون خلال القرن التاسع عشر، ومن أهمهم :

AUBRY et RAU, Ière éd., t. 1, § 37 et t. 4, §§ 332 à 337; BOURGEON, Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques, 1885; HARTEMANN, distinction des actes annulables et des actes inexistantes, 1889; LOYER, Les actes inexistantes, 1908.

وانظر عرض هذه النظرية في الفقه الحديث :

J. GHESTIN, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 732 et s.; FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, L'acte juridique, op. cit., n° 323.

وهي حالات قانونية أخذها المشرع التونسي عن الفقه الإسلامي الذي يصفها بالعقود الموقوفة وهي كما رأينا عقود مستكملة العناصر، صحيحة الأوصاف ولكن نفاذها يتوقف على إجازة الوصي أو المالك أو الورثة بحسب الحالات<sup>(8)</sup>.

ب - 249 - أما العقد النافذ غير اللازم فهو عقد نافذ، انعقد صحيحا منتجا لجميع آثاره، لكنه عقد غير لازم لأن أحد طرفيه يستطيع وحده أن يستقل بفسخه دون توقف على إرادة الطرف الآخر.

## الفرع الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون المقارن

250 - لم يتأثر المشرع التونسي في الواقع إلا في القليل النادر بنظام البطلان في الفقه الإسلامي بالرغم من وسع نطاقه والدقة التي تميزه. ويقوم نظام البطلان عندنا أساسا على التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي التي يرجع أصلها<sup>(9)</sup> إلى القانون الفرنسي القديم الذي كان يفرق بين العقود الباطلة من ناحية، وهي العقود التي تفتقر إلى أحد عناصر صحتها الأساسية، كالأهلية والمحل والسبب والشكل، والعقود القابلة للبطلان من ناحية أخرى، وهي العقود التي يعترها غبن أو عيب من عيوب الرضا.

وإذا كان طلب إبطال العقود المتممة لمجموعة العقود الباطلة ممكنا لأطراف بحكم القانون، لتعلق حالات البطلان المذكورة بالنظام العام، فإن القيام لدى المحاكم لإبطال عقد من مجموعة العقود القابلة للإبطال كان في ذلك العصر غير جائز إلا برخصة للغرض تسلّم للمرشّح لطلب البطلان باسم الملك من السلط العديلية المختصة. وتسمى هاته الرخصة Lettre de

(8) يراجع في خصوص نطاق العقد الموقوف ونظامه القانوني في القانون التونسي محاولة فتحى الورتاني في مذكرته «العقد الموقوف في القانون المدني» المذكورة، ص 23 وما بعدها، و101 وما بعدها.

(9) يراجع في خصوص تاريخ نظرية البطلان : J. GHESTIN, op. cit., n° 734; J. CARBONNIER, 4, op. cit., § 50; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 289; CH. LARROUMET, op. cit., n° 528 et 529.

وليس البطلان المطلق. وتما تتجه ملاحظته في هذا الخصوص شبه إجماع الشراح المعاصرين على انتفاء كل مصلحة قانونية من مفهوم الإنعدام بالإضافة إلى فقدانه لمعيار يميزه بصفة جدية عن البطلان المطلق. بل كثيرا ما تستعمله بعض المحاكم في فرنسا ومنها محكمة التعقيب كمرادف لعبارة البطلان المطلق<sup>(16)</sup>.

## II - الأسس الحديثة للتفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

253 - تعرض الشراح بالنقد العنيف إلى تأسيس التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي على درجة خطورة الخلل الذي يعتري العقد، والتميز على ذلك الأساس بين شروط انعقاد العقد التي ينجر عن فقدان أحدها البطلان المطلق، وشروط صحة العقد التي يترتب على عدم توافر أحدها البطلان النسبي. وقد أعاد أولئك الفقهاء النظر في مسألة البطلان في بداية القرن العشرين<sup>(17)</sup> مبيّنين أنه لا مجال للتمييز بين مختلف الشروط الضرورية من حيث أهمية كل منها طالما أن العقد لا ينبرم في واقع الأمر ولا يكون صحيحا بدون توافر جميع هاته الشروط فيه. ويرى أغلبية هؤلاء الشراح أنه يجب البحث عن المعيار الصحيح لهاته التفرقة في الغرض الذي يرمي إليه المشرع من خلال وضعه لكل شرط من شروط انعقاد العقد أو صحته. فإذا كان المقصود من الشرط حماية النظام العام، فإن عدم احترامه يعرض العقد للبطلان

(16) يراجع في هذا المعنى : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 291; H. L. et J. MAZEAUD, t. 1er, vol. par F. CHABAS, n° 356; RIPERT et BOULANGER, t.1, n° 628 et s.

وقارن مع : PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 545, et J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 741.

(17) ومن أهم الفقهاء الذين قاموا بالنظرية التقليدية JAPIOT في أطروحته الشهيرة Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse, DIJON, 1909.

وكذلك GAUDEMET في كتابه : Théorie générale des obligations, op. cit., p. 146... و DROGOUX في أطروحته : "Essai d'une théorie générale des nullités", AIX, 1902... V° aussi, DURRY, Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, trav. Ass. H. Capitant 1961-1962, t. XIV, pp. 611 et s.; KAYSER, Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1115.

أما إذا تعلق الخلل بافتقار العقد لشرط يكتسي أهمية أقل من الشروط التي سبق ذكرها، فإن الحالة تعتبر ذات خطورة أقل فتجازى بالبطلان النسبي. ومن هاته الحالات نذكر خاصة عيوب الرضا والغبن وحالات الأهلية الناقصة.

ويبرر البعض هذه التفرقة بالتأكيد على أن افتقار العقد إلى أحد أركانه الأساسية يحول تماما دون تكوينه، ويمنعه من الوجود. بحيث يكون من الطبيعي أن ينسحب عليه البطلان المطلق الذي يتمثل في مجرد معاينة القاضي لانعدام العقد، أو بعبارة أخرى لكونه ولد ميتا ثم في التصريح بذلك. أما حالات البطلان النسبي فهي حالات توفرت فيها جميع عناصر انعقاد العقد، بحيث أمكن فيها للعقد أن يتكون وأن يبعث إلى الوجود، ولكنه ولد معاقا غير مستوف لشروط صحته. فهو إذن بمثابة المريض الذي تمكن معالجته فيصبح صحيحا<sup>(14)</sup>. وهو ما يجيزه البطلان النسبي، حيث أن العقد المعروض له لا يعد باطلا إنما معرضا للبطلان. وهذا يعني خاصة أنه يصح في صورة التصديق عليه، وذلك على خلاف العقد الباطل بطلانا مطلقا الذي لا يمكن تدارك أمره.

252 - وقد عقد بعضهم المسألة وذلك باقتراح جزء ثالث يضاف إلى البطلان المطلق والبطلان النسبي وهو الإنعدام<sup>(15)</sup>. وهو جزء يصرح به لما يفتقر العقد إلى ركن لا يمكن بدونه أن تتصور له أي وجود. ومن الأمثلة التي كثيرا ما تذكر هنا حالة الغلط في ذات المعقود عليه، أو في طبيعة العقد. وهي كما رأينا من صنف الغلط المانع الذي ينجر عنه حسب هذه النظرية، الإنعدام

(14) وقد علق J. CARBONNIER على هذه النظرية قائلا :

"La théorie classique des nullités est un peu à base de métaphore : elle conçoit le contrat comme un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit, et la nullité comme une qualité juridique du contrat" (Droit civil, 4, les obligations, op. cit., § 50, p. 197). V° aussi, FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, l'acte juridique, op. cit., n° 323.

(15) يراجع : COHENDY, Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1911, p. 33; LOYER, Des actes inexistantes, thèse, Rennes, 1908; V° aussi, AUBRY et RAU, t.1, 6è éd., § 37, pp. 180 et s.; JOSSERAND, op. cit., t.1, n° 139 et s.

المطلق. أما إذا كان الغرض من ذلك الشرط حماية مصالح خاصة لأحد المتعاقدين، فإن البطلان المنجر عن عدم توافر ذلك الشرط يكون نسبياً.

254 - إن هذا المعيار أرقى بكثير من المعيار التقليدي المؤسس على التمييز الإعتباطي بين مختلف شروط صحة العقد، طالما أن البطلان، مطلقاً كان أو نسبياً، ليس جزءاً اختيارياً، ولا يجوز بالتالي للقاضي أن يتخلى عنه بدعوى عدم خطورة الخلل الذي يعتري العقد. وإذا صرح القاضي ببطلان العقد فإن أثر ذلك يكون في جميع الحالات زوال العقد وانعدامه بصفة رجعية. ويتضح من ذلك أن درجة شدة جزاء البطلان، مهما كان نوعه، لا تتأثر بدرجة خطورة سببه، الأمر الذي يبعث على الاعتقاد أن المعيار التقليدي للتفرقة بين نوعي البطلان لم يكن في طريقه، وذلك على خلاف المعيار الحديث المأخوذ من التفرقة بين الشروط المنتمية للنظام العام والشروط الهادفة لحماية مصالح الأطراف الخاصة.

تأ يؤكد هذا الرأي، التطابق الكامل القائم بين متطلبات النظام العام ونظام البطلان المطلق. فهذا الأخير يساهم بدون شك في المحافظة على النظام العام ويتناسب تماماً مع متطلباته. ويبرز ذلك جلياً في توسيعه لحق القيام لكل من له مصلحة في طلبه، ويتمكين المدعي من أجل طويل للقيام به، وكذلك في منعه لكل تصديق على العقد. أما نظام البطلان النسبي فهو يتماشى بدوره مع خاصيات الشروط الهادفة لحماية المصلحة الخاصة التي تفرض، إضافة إلى حرية الأفراد في التخلي عن الحماية التي يمنحهم إياها القانون، تحديد حمايتها في الزمن، مراعاة للمصلحة العامة المتمثلة هنا في الاستقرار التعاقدية وفي استقرار المعاملات بوجه عام. وهو ما يسعى إليه نظام البطلان النسبي من خلال حصره لحق القيام في أجل قصير لا يتعدى مبدئياً السنة.

على أن تطبيق المعيار المأخوذ من فكرة النظام العام يلاقي صعوبات هامة ومتعددة بحكم تشعب مفهوم النظام العام، وذلك خاصة منذ بروز التمييز بين النظام العام الحمائي والنظام العام العادي<sup>(18)</sup> الذي يفترض أن حماية مصلحة

(18) يراجع في هذا الخصوص : FARJAT, op. cit., pp. 300 à 309 et p. 325 ، وانظر العدد 52 أعلاه وما بعده.

الفرد أصبحت بدورها من النظام العام. وهو ما من شأنه أن يقلص من مصداقية هذا المعيار، خاصة إذا ذكرنا أن الحدود بين النظام العام وبين المصلحة الخاصة ليست ثابتة، ولا تخضع من ناحيتها إلى أي معيار موضوعي يمكن الإعتماد عليه.

فهل يتجه التخلي تماماً عن البحث عن معيار موضوعي للتفرقة بين نوعي البطلان وتحديد نظام البطلان الواجب تطبيقه باعتبار كل حالة على حدة؟ يميل عدد من الشراح المعاصرين إلى مثل هذا الحل<sup>(19)</sup> حيث أن الأهم في نظرهم أصبح اليوم التأكد من الهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية ثم الحرص على نجاعة جزاء مخالفتها<sup>(20)</sup>. الأمر الذي يفهم منه أن تكييف الجزاء بالبطلان المطلق أو بالبطلان النسبي يجب أن يخضع حسب هذا الاعتبار إلى اجتهاد القاضي وليس إلى القانون. وهو حل مردود من الأساس في القانون التونسي لمخالفته لصريح إرادة المشرع<sup>(21)</sup>.

## § 2 - المصلحة القانونية من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي

255 - تكمن المصلحة القانونية للتمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أساساً في تحديد نظام البطلان، حيث أنه يختلف بحسب كونه مطلقاً أو نسبياً. وتتمثل أوجه الاختلاف بالخصوص في الأشخاص الذين يحق لهم القيام بدعوى البطلان، وفي أجل القيام، وفي إمكان التصديق على العقد الباطل وإجازته. وتما تتجه ملاحظته أيضاً إنعدام أية مصلحة من التفريق بين نوعي البطلان من حيث آثارهما وهي واحدة مهما كان هذا النوع.

(19) يراجع في هذا المعنى : PH. SIMLER, note, Sem. jur. 1976, II, 18378, sous com. 25 : mars 1974.

وقارن مع : FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, op. cit., n° 325; CH. LARROUMET, op. cit., n° 531.

(20) يراجع : J. GHESTIN, op. cit., n° 749.

(21) يراجع : العدد 258 أسفله.

## الفرع الثالث : نظرية البطلان في القانون التونسي

256 - بشكل التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي بدون شك أساس نظرية البطلان في القانون التونسي، وهو ما سنحاول التأكد منه من خلال عرض لمختلف حالات البطلان التي تجازي مختلف شروط صحة العقد (2§). لكن لا بدّ من التركيز في البداية على خصوصية التشريع التونسي المتمثلة هنا في تكريسه للنظرية التقليدية للبطلان (1§).

### § 1 - التكريس القانوني للنظرية التقليدية

257 - يتجلى خيار المشرع في هذا الخصوص في اعتماده لقاعدة «لا بطلان بلا نص»<sup>(22)</sup> مع تحديده لحالات البطلان (I). وهو خيار لا يخلو من نقائص (II) بما يعرضه للتقيد.

I - قاعدة «لا بطلان بلا نص» والتحديد القانوني لحالات البطلان

258 - لقد تأثر المشرع التونسي بالنظرية التقليدية، بل كرّسها صراحة لما فرّق عند عرضه لمختلف حالات البطلان بين البطلان النسبي والبطلان المطلق باعتبار درجة الخطورة التي يكتسبها الخلل الذي يعتري العقد. من ذلك أنّ فقدان أهلية الأداء وانعدام الرضاء وغيرهما من أركان العقد كالمحلّ والسبب يجازى عليه بالبطلان المطلق في حين لا يترتب على نقص في الأهلية أو على عيب في الرضاء سوى البطلان النسبي<sup>(23)</sup>.

كما يفهم من أحكام الفصلين 325 و330 من م.ا.ع. أنّ المشرع قد اعتمد بوجه عام قاعدة «لا بطلان بلا نص». حيث أنّ بطلان العقد لا يجوز

(22) إنّ قاعدة «لا بطلان بلا نص» تعني أنّه لا يجوز للقاضي أن يصرّح ببطلان تصرف قانوني أو عمل إجرائي إذا لم ينص القانون على إمكانية البطلان. وهي قاعدة مهجورة في مادة الإجراءات المدنية والجزائية. أمّا بالنسبة للبطلان المدني فإنه لا يؤخذ بها في القانون المقارن إلا بصورة استثنائية (يراجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 555; FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, op. cit., n° 321, note n° 3, p. 241; J. GHESTIN, op. cit., n° 728). (23) يراجع العدد 261 أسفله وما بعده.

### II - نقائص النظام القانوني

259 - يمكن اعتبار اعتماد قاعدة لا بطلان بلا نص، بما تقتضيه من تكفل المشرع بتحديد طبيعة البطلان بالنسبة لكلّ حالة من الحالات التي يسلّط فيها هذا الجزاء، من الضمانات القانونية الناجعة ضدّ مخاطر تجاوزات القاضي أو تعسّفه. ولكنّ مثل هذا النظام ينطوي على نقائص عديدة من أهمّها أنّ الطابع الإلزامي الجامد المميّز له من شأنه أن يحرم القانون الوضعي من الاستفادة بالتطوّرات النظرية الحديثة للبطلان المدني. فلو عدل المشرع عن تحديد كلّ من نطاق البطلان المطلق والبطلان النسبي لأمكن لفقهاء القضاء، إذا رأى في ذلك فائدة، أن يعطي لمعيار المصلحة العامة المكانة التي يستحقّها وبالقدر الذي يراه صالحاً<sup>(24)</sup>. وهو ما يتعدّر مبدئياً على المحاكم القيام به طالما أنّ نظام «لا بطلان بلا نص» يقوم على قرينة «كمال القانون». وهي قرينة تفتقر

(24) القرار عدد 615 المؤرخ في 3 جوان 1926، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 150.

(25) إنّ المعيار المأخوذ من المصلحة العامة يؤول حسب الشراخ إلى توسيع نطاق البطلان النسبي بما يجعله يشمل، بالإضافة إلى حالات نقص الأهلية وعيوب الرضاء، حالتين إندام المحلّ وانعدام السبب، ولربّما أيضاً حالات انعدام أهلية الأداء وذلك باعتبار أنّ هاته الأمور لا تتعلق بالنظام العامّ بقدر ما هي تهمّ المصلحة الشخصية للمتعاقد. فالمحلّ والسبب بهيئتان وجود الأداء وقيمتها. أمّا الأهلية فلا تشرطها هدف حمائي محض. وهكذا قد ينحصر نطاق البطلان المطلق في حالتين التعاقد فيما يمنعه القانون أو لسبب مخالف للأخلاق الحميدة أو النظام العامّ (يراجع: CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 534; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 294, FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 334).

إلى أساس جدّي، من نتائجها الوخيمة أنّها تجعل القاضي عاجزاً، لا عن تطوير القانون فحسب، إنّما أيضاً عن سدّ ثغراته العديدة التي غالباً ما يكشف عنها التطبيق.

ومثل هذه الثغرات موجود في نظام البطلان المدني التونسي. من ذلك مثلاً أنّ المشرّع سهى عن ذكر طبيعة البطلان المنجرّ عن التعاقد فيما يتنافى مع قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة (الفصل 62 م.أ.ع.). فهل يجوز في هاته الصورة تكييفه بالبطلان المطلق والحال أنّ الفصل 325 لا يسمح بهذا الجزاء إلا إذا خلا العقد من ركن من أركانه أو إذا حكم القانون صراحة ببطلانه؟ وإذا كان الجواب بالنفي فكيف اعتبار البطلان نسبياً وحالة الفصل 62 لا تدخل في نطاقه الميّن بالفصل 330<sup>(26)</sup>. وإذا لم يتردّد القضاء، تجاوزاً لهذه الصعوبة، في تسليط عقوبة البطلان كلّم ثبت لديه أنّ التعاقد وقع فيما يخالف النظام العام والأخلاق الحميدة<sup>(27)</sup>، فإنّ في ذلك دليل على فشل قاعدة «لا بطلان بلا نص»<sup>(28)</sup>.

(26) يجازى التعاقد فيما يمنعه القانون في فقه القضاء الفرنسي بالبطلان النسبي إذا تعلق المنع بنظام عام حمائي محض (راجع في هذا الخصوص : WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 247, 294 et 299. V° aussi dans le même sens, RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes GENY, 1934, t. 2, pp. 347 et s.; comparer cependant avec KAYSER, Les nullités d'ordre public, Rev. trim. dr. civ. 1933, p. 1136, et cf. : J. GHESTIN, Traité de Droit civil, les obligations, op. cit., n° 778 et s.).

(27) أنظر مثلاً الحكم الابتدائي المدني عدد 81 مؤرّخ في 3 جويلية 1961 (ق.ت. 1961، عدد 8، ص 57) والمرجع المذكورة بالعدد 201 وما بعده أعلاه التي تؤكد هذا الاتجاه خلافاً لما قد يوحي به القرار المؤرّخ في 3 جوان 1926 المذكور آنفاً.

(28) راجع كذلك القرارات التعقيبية المدنية : عدد 1414، مؤرّخ في 30 أكتوبر 1979، ن.م.ت. 1979، ج 2، ص 74 وعدد 810، مؤرّخ في 9 ماي 1978، ن.م.ت. 1978، ج 1، ص 246؛ وعدد 7748، مؤرّخ في 21 مارس 1983، ق.ت. 1984، عدد 5، ص 79 التي رتبّت البطلان على مخالفة أحكام الفصل 581 م.أ.ع. الذي يشترط أن تتم البيوعات العقارية بكتب ثابت التاريخ. على أنّه تتجّه للملاحظة أنّ الحكم بالبطلان الوارد في هذه القرارات لا يعكس فقه القضاء السائد في هذا المجال كما أنّه مخالف تماماً لمقصد المشرّع، راجع في هذا الخصوص : أحمد بن طالب : تحليل الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1989 - 1990، و«نتيجه الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود في محيط الإصلاح العقاري»، الأحداث القانونية التونسية عدد 9، 1995، ص 43؛ وراجع الفصلين 305 و373 من م.ح.ع. المتّقين والتّصمين بموجب القانون عدد 46 المؤرّخ في 4 ماي 1992، وانظر كذلك العدد 53 أعلاه، والعدد 426 أسفله.

260 - وترتب من ناحية أخرى عن سهو المشرّع على التّصنيف صراحة على البطلان أو عن طبيعته بالنسبة لبعض حالات الحجر ظهور حركة فقهية تنادي بتطبيق نظرية العقد الموقوف استناداً إلى أنّ قواعد الحجر يرجع أصلها إلى التّشريع الإسلامي<sup>(29)</sup>. من ذلك أنّ تصرفات الصّغير الذي تجاوز سنّه الثالثة عشرة إذا لم تكن من قبيل التّع المخص أو الضّرر، وإذا لم يجزها الولي، فإنّها تعدّ في نظر هذا الشقّ من الفقه موقوفة على إجازة الولي وليست باطلة. ويستند هذا التّفسير إلى صريح أحكام الفصل 156 من م.أ.ش. لما ينصّ في خصوص هذه التّصرفات، لا على أنّها قابلة للبطلان، بل أنّه «يتوقّف نفاذها... على إجازة الولي».

إنّ بروز هذا الاتجاه الفقهي ليس في الواقع سوى شاهد على التّفكك الواضح القائم بين القاعدة القانونية من جهة وجزء مخالفتها من جهة أخرى. وهو تفكك ناتج عن تنوع مصادر القانون المدني التونسي، قد يفقد معه نظام البطلان المنصوص عليه بالفصول 325 إلى 338 م.أ.ع. الشمولية التي لا بدّ أن تتوقّر فيه باعتباره جزءاً لا يتجزأ من النظرية العامة للالتزامات والعقود. لذلك فإنّ مراجعة هذا النظام تشريعياً تبدو ضرورية حتّى يقع تطويره على ضوء الإثراء التي أدخلها الفقه والقانون المقارن على نظرية البطلان، وبصورة تزيح الغموض السائد حول مدى شموليته.

## § 2 - عرض لمختلف حالات البطلان<sup>(30)</sup>

(29) راجع : فتحي الورستاني : العقد الموقوف في القانون المدني، مذكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1990 - 1991.

V° aussi : Noureddine GHAZOUANI, "Réflexions sur la vente de la chose d'autrui", Rev. tun. dr. 1987, p. 119.

(30) يخصّ هذا العرض حالات البطلان التي أوردها القانون بوجه عامّ جزءاً لحلّ الالتزام من أحد أركانه (الفصل 325 - أولاً من م.أ.ع.) أو لمعيب اعترى رضاً أحد طرفيه أو لنقص في أهليته (الفصل 330 من م.أ.ع.). ولا يضمّ الحالات الخاصة التي حكم فيها القانون ببطلان الالتزام في صورة معيّنّة (الفصل 325 - ثانياً من م.أ.ع.). ومن أهمّ حالات البطلان التي أوردها القانون في صور معيّنّة الحالات المتعلقة بالعقود المسماة كالتالي (الفصول 566 إلى 569 و571 و574 و575 من م.أ.ع.) والكراء (الفصلان 731 و733 من م.أ.ع.) والإجازة بأنواعها (الفصول 833، 834، 858 و879 من م.أ.ع.) والوديعة (الفصل 1023 من م.أ.ع.) والعمارة (الفصل 1076 من م.أ.ع.) والقرض (الفصل 1085 من م.أ.ع.) والوكالة (الفصلان 1107 و1108 من م.أ.ع.) والقرض (الفصلان 1207 و1218 من م.أ.ع.) والتأمين (الفصول 8 و12

## I - البطلان في حالة انعدام أو نقص الأهلية

## أ - أهلية الأداء

261 - تتعدد حالات الحجر الناتجة عن فقدان الأهلية مطلقا أو عن مجرد تقييدها، ويختلف نظامها القانوني في هذا المجال باختلاف أنواعها.

## 1 - الصغير غير المميز

262 - وهو الذي لم يبلغ عمره ثلاثة عشر عاما . وتكون جميع تصرفاته باطلة مطلقا بدون استثناء وذلك استنادا إلى أحكام الفقرة الأولى من الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية المتطابقة تماما مع أحكام الفصلين 2 و325: من م.أ.ع. التي يستنتج منها أن العقد الذي يبرمه الصغير غير المميز يفترق إلى ركن من أركانه الأساسية وهو الأهلية ويعد بذلك باطلا .

## 2 - الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما ولم يبلغ سن الرشد

263 - يفهم من صريح الفصول 8 و9 و330 من م.أ.ع. أن تعاقد الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما يجعل العقد قابلا للبطلان (بطلانا نسبيا) إلا إذا كان من قبيل النفع المحض، وهي صورة يكون فيها تصرفه نافذا<sup>(32)</sup>. على أن هذا الحل أصبح مخالفا للقانون الوضعي منذ نشر مجلة الأحوال الشخصية التي تنص بالفقرة 2 من الفصل 156 على أن تصرفات الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما صحيحة نافذة إذا كانت من قبيل النفع المحض، وباطلة مطلقا إذا كانت من قبيل الضرر المحض، وقابلة للبطلان

و19 و36 من مجلة التأمين - القانون عدد 92 لسنة 1992). ومن أمثلة حالات البطلان المنصوص عليها بقوانين خاصة، البطلان من أجل مخالفة أحكام الأمر المؤرخ في 4 جوان 1957 وجميع النصوص التي نقّحت وتمت المتعلقة بشكّلة الرخصة الإدارية في العقود الساقطة لحقوق عينية عقارية، والبطلان من أجل تحرير العقود المتعلقة بحقوق خاضعة للتسجيل العقاري ممن ليست له الصفة (الفصل 377: مكرر من م.أ.ع. موضوع القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية والقانون عدد 84 المؤرخ في 6 أوت 1992 المتعلق بتنقيح مجلة الحقوق العينية).

(31) انظر حالة من حالات تطبيق الفصل 8 م.أ.ع. : قرار تعقيبي عدد 7727، مؤرخ في 5 جانفي 1954، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 154، راجع أيضا القرار عدد 5736، المؤرخ في 4 جوان 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 153.

النسبي في غير الصورتين المذكورتين في حالة إبرامها دون إجازة الولي<sup>(32)</sup>.

## 3 - تصرفات المجنون

264 - وهي باطلة مطلقا استنادا إلى صريح أحكام الفصول 163 م.أ.ش.، و2 و325 من م.أ.ع.

## 4 - تصرفات ضعيف العقل والسفيه

265 - إنها قابلة للبطلان إذا لم يجزها الولي وذلك استنادا إلى الفصول 162 و165 م.أ.ش.، و8 و330 م.أ.ع.

## ب - أهلية الوجوب

266 - يتجه التذكير هنا بأن أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات. وهذه الحالة تتصل كما نعلم بالشخصية القانونية ولا تنعدم إلا بانعدامها. على أن المشرع يحد من تلك الأهلية ويقيدها في حالات خاصة ولأغراض قد تختلف من حالة إلى أخرى. فيحرم بعض الأشخاص من التعاقد في بعض الأمور أو مع بعض الأطراف. وتنص مجلة الالتزامات والعقود على العديد من هاته الحالات خاصة في مادة البيع والإسقاط والكفالة والهبة. والفروض مبدئيا أن يكون جزاء تجاوز القانون في هاته الحالات البطلان مطلقا، طالما أن الأمر يتعلق بانتفاء الأهلية في شخص أحد المتعاقدين. وتشكّل الأهلية كما نعلم ركنا من أركان العقد (الفصلان 2 و325 م.أ.ع.). يتجرّ عن عدم توافرها فيه البطلان. على أن التأمل في بعض حالات الحرمان من أهلية الوجوب المنصوص عليها بمجلة الالتزامات والعقود يفيد أن المشرع لم يأخذ بهذا الحل، وخصّ كل حالة بجزء خاص بها. من ذلك أن البيع في مرض الموت من المريض لأحد ورثته يصح بمصادقة جميع الورثة عليه (الفصل 565 م.أ.ع.). بما قد يجعله من قبيل العقود القابلة للإبطال<sup>(33)</sup>، في حين يعدّ باطلا مطلقا البيع المجري لفائدة القضاة وكتاب

(32) يتجاوز هذا العرض طبعاً نظرية العقد الموقوف استناداً إلى كون المشرع لم يأخذ بها صراحة ولم ينظمها.

(33) أنظر نفس الملاحظة بالمرجع أعلاه.

المحاكم والمحامين للأشياء والأموال المتنازع فيها لدى المحاكم (الفصلان 566 و567 م.أ.ع.). أما الأوصياء والمقدمون والمتصرفون في أموال أبنائهم وأمناء التفليس والمصفون، فإن شراءهم لأموال منظوريهم ممنوع ولا يصح إلا في صورة تصديق من وقع في حقه البيع للعملية (الفصل 568 م.أ.ع.).

ويستخلص من هذه الأمثلة أن البطلان الذي ينجر عن التعاقد بدون توفّر أهلية الوجوب يختلف من حيث طبيعته بحسب الغرض الذي يرمي إليه المشرع. فإذا كان لتقييد الأهلية مساس بالنظام العام، فإن البطلان يكون مطلقاً. أما إذا كان الغرض منه حماية حقوق ومصالح الأفراد، فالبطلان يكون نسبياً<sup>(34)</sup>.

## II - البطلان في حالتي انعدام الرضاء وحصول عيب به

### أ - انعدام الرضاء

267 - الرضاء هو ركن من أركان العقد. لذلك فإن انعدامه يوجب البطلان المطلق عملاً بأحكام الفصلين 2 و325 من م.أ.ع. وتجازى إذن على هذا النحو العقود التي يبرمها فاقدوا قدرة التمييز من الرشاء غير المحجورين إذا ثبت إبرامهم للعقد وهم على تلك الحالة.

كما يرى الفقهاء أن الغلط المانع - كالغلط في ذات العقود عليه أو في طبيعة العقد - هو غلط ينتفي معه وجود الرضاء تماماً يبرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. ونحن نعتبر أن هذا الرأي صائب مع التنبه على كونه قد لا يتناسب مع صريح عبارة الفصل 45 م.أ.ع. الذي يذكر الغلط في ذات العقود عليه من ضمن عيوب الرضاء الموجبة للبطلان النسبي<sup>(25)</sup>. ومن الحالات التي ينتفي فيها الرضاء تماماً نضيف حالة التعاقد نتيجة إكراه مادي، وهي حالة تختلف جوهرياً كما سبق أن رأينا عن الإكراه الميعب للرضاء<sup>(36)</sup>.

(34) يراجع في هذا المعنى : FLOUR et AUBERT, Les obligations, op. cit., n° 225. وانظر العدد 84 أعلاه.

(35) أنظر قرار تعقيبي مدني عدد 11251، مؤرخ في 22 أبريل 1985، ن.م.ت. 1985، ج 1، ص 178. والمجلة التونسية للقانون 1988، ص 61، تعليق الأستاذ علي الجلولي (ص 66 وما بعدها).

(36) يراجع العدد 185 أعلاه.

### ب - عيوب الرضاء

268 - يجازى المشرع صراحة بالبطلان النسبي الرضاء الصادر عن غلط أو عن تدليس (أو تغرير) أو عن إكراه (الفصل 43 م.أ.ع.). والأمر يكون بالمثل في حالات الغبن التي يمنعها القانون (الفصول 60 و61 م.أ.ع. و125 و126 م.ح.ع.).

## III - البطلان لانتهاء المحل وافتقاره لأحد أوصافه القانونية

269 - إذا انتفى المحل يبطل العقد بطلاناً مطلقاً استناداً إلى الفصلين 2 و325 من م.أ.ع. كما تنجر نفس العقوبة عن التعاقد في محل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون، وذلك عملاً بصريح أحكام الفصل 64 من م.أ.ع. ويعد أيضاً باطلاً مطلقاً التسليم في ميراث قبل وفاة المورث أو التعاقد عليه عملاً بصريح أحكام الفصل 66 فقرة 2 من م.أ.ع. أما البطلان المنجر عن التعاقد فيما يمنعه القانون أو فيما يتنافى مع قواعد النظام العام والأخلاق الحميدة، فإنه يجازى بالبطلان المطلق<sup>(37)</sup>.

## IV - البطلان لانتهاء السبب أو لسبب غير جائز

270 - يكفي التذكير هنا بمنطوق الفصل 67 من م.أ.ع. الذي مفاده أن الإلتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه. والإلتزام الذي لا عمل عليه هو الإلتزام الباطل مطلقاً (الفصل 325 من م.أ.ع.).

(37) يراجع في هذا الخصوص العدد 200 أعلاه.



الفصل الثاني  
النظام القانوني للبطالان

271 - من هم الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام بالبطلان وما هي الحالات التي ينقرض فيها هذا الحقّ؟

## الفرع الأوّل : الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام بالبطلان

272 - يفيد التأمل في أحكام الفصول 325 وما بعده من م.ا.ع. أن المشرّع لم يهتمّ بتحديد من له حقّ القيام بالبطلان. وهذا ليس بالأمر الغريب طالما اتفقنا أنّ هذه المسألة لا تهمّ القانون المدني بقدر ما هي تهمّ قانون المرافعات المدنية والتجارية. ولئن أجمع الشراح بمساندة فقه القضاء<sup>(1)</sup> على أنّ نظام دعوى البطلان المطلق يختلف من هاته الناحية عن نظام دعوى البطلان، النسبي بالرغم من غياب نصّ صريح في هذا المعنى بمجلة الالتزامات والعقود، فإنّ ذلك راجع إلى أنّ القاعدة الإجرائية الأساسية التي مفادها أنّه «لا قيام بدون مصلحة»<sup>(2)</sup> تحتمّ امتدّاء الجميع إلى هذا الحلّ. وهو ما ستأكد منه من خلال الفقرتين الموالتين.

### § 1 - حالة البطلان المطلق

273 - تبين لنا عند دراسة نظرية البطلان أنّ العقد يكون باطلا مطلقا إذا افتقر لأحد أركانه الأساسية أو إذا حكم القانون ببطلانه في صورة معينة.

ولا شكّ في أنّه يحقّ لكلّ من طرفي هذا العقد أن يطالب بإبطاله. فلكليهما مصلحة قانونية في ذلك، لها صلة وثيقة بسبب البطلان وبتناجه. وبما أنّ «الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على

(1) يراجع القرار التعميميّ المدنيّ عدد 4411، المؤرخ في 13 ديسمبر 1966، ق.ت. عدد 3 و4 لسنة 1967، ص 72. وقد جاء به أنّ الاعتراضات على العقود القابلة للإبطال لا تغيل إلا من الطرف الذي أراد القانون حمايته.

(2) يراجع الفصل 19 من م.م.م.ت. الذي ينصّ على أنّ «حقّ القيام لدى المحاكم يكون لكلّ شخص له سنة وأهلية نخولانه حقّ القيام بطلب ما له من حقّ وأن تكون للقائم مصلحة في القيام».

وانظر في هذا الإتجاه : FLOUR et AUBERT, Les obligations, I, op. cit., n° 335; CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 552; J. GHESTIN, op. cit., n° 765 et s.

ورثتهم...» (الفصل 241 من م.ا.ع.)، فإنّه يحقّ أيضا لهؤلاء أن يقوموا بدعوى البطلان بعد وفاة مورثهم. ولا نزاع أيضا في أنّه يمكن للموليّ القيام بالبطلان في حقّ منظوره المحجور.

274 - ولما كانت المصلحة هي معيار حقّ القيام بالبطلان، فإنّه يجوز مبدئيّا للخلف الخاصّ القيام ببطلان العقد الذي أبرمه سلفه مع شخص آخر إذا كانت له مصلحة في ذلك. مثال ذلك من يشتري شقّة ثمّ يقوم بقضية في بطلان عقد التسويغ الذي يربط متسوّغ الشقّة بمالكها الأصليّ. فمصلحة المشتري واضحة هنا. فهو سيتفّع مباشرة بالبطلان بما يمكنه من استغلال شقّته بفائدة أكثر من ذي قبل (كأن يبيعها شاغرة بثمان أرفع أو يسوّغها بمعيّن كراء أرفع)<sup>(3)</sup>.

275 - كما تقرّ أغلبية الشراح بحقّ الدائنين في طلب بطلان العقود التي يبرمها مدينوهم إذا أقاموا الدليل على مصلحتهم في القيام. وتنحصر هذه المصلحة طبعا في حالة ما إذا نتج عن العقد الباطل إفلاس كليّ أو نسبيّ للمدين<sup>(4)</sup>.

276 - أمّا الغير المطلق الذي لا تربطه صلة بالعقد فإنّ مصلحته في القيام مستبعدة جدّا باعتباره أجنبيّا تماما عن العقد ولا يعترف له إذن بحقّ القيام إلا بصورة استثنائية، وإذا كانت له مصلحة خاصة في ذلك<sup>(5)</sup>. فقد يكون للجار مثلا مصلحة في طلب بطلان عقد تسويغ المنزل المجاور له إذا كان سبب التسويغ استغلال المحلّ للدعارة. وتنحصر المصلحة في القيام هنا في الضّرر الناتج عن مخالفة الأخلاق الحميدة وليس في مجرد هذه المخالفة. ولا يحقّ تبعا لذلك لتاجر أن يطلب بطلان عقد تسويغ مغازة لفائدة تاجر آخر يريد

(3) أنظر : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 335.

(4) يراجع : العدد 487 أسفله؛ وتوفيق فرج حسن : النظرية العامة للإلتزام، في مصادر الإلتزام، الدار الجامعية، بيروت 1988، عدد 169. وانظر أيضا : J. L. AUBERT, Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur, Rev. trim. dr. civ., 1969, p. 701.

(5) يراجع : J. GHESTIN, Traité, les obligations, op. cit., n° 770 et s.; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 562.

يستخلص معه أنّ رقابة صحّة تكوين العقود من خلال القيام بدعاوى البطلان المطلق موكول بالأساس إلى الأطراف والورثة وبدرجة أقلّ إلى الخلف الخاصّ وإلى الدائنين إذا أقنعوا المحكمة بأنّ لهم مصلحة خاصّة ومشروعة في القيام. ولا يمتدّ هذا الحقّ إلى الغير المطلق إلا بصفة استثنائية لصعوبة توقّر شرط المصلحة في هذه الحالة.

278 - بقي أن نبحت هل آتة يجوز لمحكمة الموضوع أن تقضي من تلقاء نفسها، ودون أن يطلب منها ذلك، ببطلان العقد لتعلّق الخلل الذي يعتره بالنظام العامّ أو لمخالفته لقواعد الأخلاق الحميدة؟ إنّ المسألة إجرائية محضّة ولا يمكن حلّها في غير هذا الإطار علما أنّه لا يوجد أي نصّ قانوني خاصّ يخوّل للمحكمة حقّ التمسك من تلقاء نفسها ببطلان العقود التي ثبت لديها أنّها مخالفة لقاعدة تهمّ النظام العامّ. أمّا قواعد الاجراءات فهي مستقرّة على أنّه لا يجوز للمحكمة أن توسّع في الدعاوى وأن تقضي فيما لم يطلبه منها طرفا النزاع. وبما أنّه من الثابت قانونا أنّ المحافظة على النظام العامّ هي من مضمولات تمثّل النيابة العمومية (الفصل 251 فقرة 1 من م.م.م.ت.)، فإنّه «للمحكمة أن تقرّر تمكينه من الإطلاع على القضايا مع طلب إبداء ملحوظاته...» (الفصل 251 فقرة 3 من م.م.م.ت.) كلما تبيّن لها أنّ العقد موضوع النزاع المثار أمامها قد خالف من حيث الشكل أو المحلّ أو السبب متطلبات النظام العامّ. أمّا أن تتعهد من تلقاء نفسها بالموضوع دون علم الأطراف والنيابة العمومية فهذا مخالف لمبادئ الاجراءات<sup>(8)</sup>. على أنّ فقه القضاء<sup>(9)</sup> يبدو متمسكا من هاته

(8) يراجع خاصّة الفصل 175 من م.م.م.ت. الذي يذكر من بين الحالات التي يمكن على أساسها الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية حالة صدور الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه...  
(9) يراجع القرار المدني التعميميّ عدد 6929، المؤرخ في 10 مارس 1959 (ق.ت)، 1960، عدد 5، ص 49. وتمثّل القضية موضوع القرار المذكور في دعوى في الخروج لعدم خلاص معالم الكراء مع أداء التخلف منها بذمة التسوّج وقد لاحظ قضاة الأصل أنّ عقد الكراء الذي تأسس عليه القيام كان مبنيا على سبب غير جائز وقضوا ببطلانه على ذلك الأساس وأيدتهم محكمة التعقيب في ذلك مبيّنة أنّ القاعدة أنّ الحاكم لا يقرّ التزاما باطلا من أصله بل يجب عليه التصريح بإبطاله وطرح أثره. راجع أيضا : قرار تعقبى عدد 8292، مؤرخ في 11 أكتوبر 1955، (ق.ت. 1960 عدد 9 و10، ص 154).

منافسته استنادا إلى فقدان ذلك العقد لأحد أركانها. إنّ الخلل الذي يعترى هذا العقد يعرضه إلى البطلان المطلق، ولكنّه لا يحقّ للتاجر القيام لدى المحاكم للغرض إذا لم تكن له مصلحة مشروعة في القيام. وتقدير توافر شرط المصلحة المشروعة يخضع بدون شكّ إلى اجتهاد القاضي<sup>(6)</sup>، ولكن تبرير القيام بدافع المحافظة على النظام العامّ لا يكفي وحده لتوقّر شرط المصلحة.

277 - أمّا الدفاع عن النظام العامّ وعن المصلحة الاجتماعية فإنّه يبقى من مضمولات النيابة العمومية وحدها. وقد مكّنها المشرّع من ممارسة هذا الحقّ لما نصّ بالفصل 251 من م.م.م.ت. أنّه «لمثّل النيابة العمومية القيام بالقضايا كلما كانت هناك مصلحة شرعية تهمّ النظام العامّ». على أنّ النيابة العمومية لا تمارس في الواقع هذا الحقّ أمام المحاكم المدنية. وذلك من جهة لافتقارها للإمكانات المادية اللازمة للإطلاع على العقود المدنية ولماقتها، ومن جهة أخرى لعلمها المسبق بعدم نجاعة البطلان الصادر بناء على طلبها إذا أصرّ الأطراف على تنفيذ العقد الباطل وعلى إجراء العمل به<sup>(7)</sup>، الأمر الذي

(6) يراجع القرار المدني التعميميّ عدد 575 المؤرخ في 20 أبريل 1976، ن.م.م.ت. 1976، ج 1، ص 207. وما نتجته ملاحظته في هذا الخصوص التطوّر الذي شهده فقه القضاء الحديث بفرنسا الذي يبدو أنّه أصبح غير متشدّد في قبول دعاوى الغير في البطلان المطلق. من ذلك أنّ الدائرة التجارية لمحكمة التعقيب الفرنسية قرّرت في 1 مارس 1983 نقض القرار الاستئنائي القاضي برفض دعوى في بطلان بيع وقع إبرامه دون احترام ترتيب القرض المتعلقة بالنظام العامّ. وتأسس القرار المطعون فيه على انتفاء صفة القيام في شخص المدعيّ باعتبار أنّها لم تكن طرفا في العقد. فأخذته محكمة التعقيب على هذا التعليل بمقولة أنّ الحكم على هذا النحو، والحال أنّ القواعد القانونية المعنية تهمّ النظام العامّ وآتة يحقّ لكلّ ذي مصلحة أن يطالب بتطبيقها، يعدّ مخالفا للقانون (J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 770, p. 916, note n° 29).

(7) وقد ورد بكتاب PH. MALAURIE et L. AYNES المذكور (عدد 562، ص 30+) ما يلي : "En théorie, le ministère public a le droit de demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public. Il ne le fait jamais, car la nullité serait un coup d'épée dans l'eau si les parties veulent vraiment exécuter le contrat". V° dans le même sens, J. GHESTIN, op. cit., n° 771.

على أنّه نتجته الملاحظة أنّ النيابة العمومية تقوم بدورها لدى المحاكم المدنية خاصة لا بتعلّق الأمر بحماية المحجورين أو عندما تنقضي الظروف السهر على المحافظة على النظام العامّ السياسي والاقتصادي (اشتراط رخصة الوالي بموجب أمر 4 جوان 1957 أو تحجير الثغوبت في الأراضي الفلاحية للأجانب بموجب قانون 12 ماي 1964 - أنظر في هذا المعنى : القرارين التعميمين المدنيين عدد 6475، مؤرخ في 31 ديسمبر 1968، ن.م.م.ت. 1968، ص 115، وعدد 6326، مؤرخ في 2 نوفمبر 1982، ن.م.م.ت. 1982، ج 4، ص 262. راجع أيضا القرار التعميميّ المدني عدد 319، المؤرخ في 17 جانفي 1961، ن.م.م.ت. 1961، ص 10).

التأحية بالحلّ المخالف، فهل يكون ذلك تحت تأثير الفقه وفقه القضاء بفرنسا؟<sup>(10)</sup>.

## § 2 - حالة البطلان النسبي<sup>(11)</sup>

279 - البطلان النسبي هو جزء مخالف القواعد التي وضعها المشرع رعاية لمصلحة المتعاقدين كما في حالة عيوب الرضى ونقص الأهلية. ولهذا فلا يكون لغير الطرف المتضرر من العيب الذي يعتري العقد حق المطالبة بإبطال العقد على أساسه<sup>(12)</sup>. وإذا كان هذا الطرف قاصرا فيجوز له القيام بهاته الدعوى بعد رشده<sup>(13)</sup> إن لم يقم بها وليه الشرعي في حقه

(10) لم يكن فقه القضاء بفرنسا يسمح للقاضي بأن يتعمد من تلقاء نفسه بمسألة البطلان إلا في نطاق ضيق ومحدود. وقد ورد عن محكمة التعقيب الفرنسية في 7 ديسمبر 1956 مبدأ مفاده «أنه لا يجوز للقاضي أن يتبرع عناصر النزاع المعروض عليه ولو كان ذلك لتطبيق قاعدة تهم النظام العام طالما أن هاته القاعدة كانت أجنبية عن موضوع الدعوى» (Cass. com. 7 décembre 1954, D. 1955, p. 110 note Crémieux) الأمر الذي استخلص منه الفقهاء آنذاك أنه لا يمكن للقاضي أن يبطل من تلقاء نفسه شرطا مخالفا للنظام العام في صورة اتفاق طرفيه على صحته (راجع: P. RAYNAUD, L'ordre public : économique, cours de doctorat, 1965-1966, p. 325; MALAURIE, note, D. 1956, p. 517; V° aussi sur cette jurisprudence, J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 750 - 1, p. 889).

وقد تغيرت هذه المعطيات حيث أثر فقه القضاء الحديث حق القاضي بل واجبه في إثارة حالات البطلان من تلقاء نفسه استنادا إلى الفصل 12 فقرة أولى من مجلة المرافعات المدنية الجديدة الذي ينص على أن «القاضي يفصل النزاع عملا بالقواعد القانونية المنطبقة عليه». (Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables").

وقد استنتجت محكمة التعقيب الفرنسية من شمولية عبارات هذا النص حق القاضي في أن يثير من تلقاء نفسه جميع حالات البطلان دون فرق في ذلك بين البطلان المطلق والبطلان النسبي. (Cf. Cass. civ. 1ère, 22 mai 1985, Bull. civ. 1ère, n° 159, p. 145, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 149, obs. Ph. Rémy, et Cass. civ. 3è, 20 novembre 1985, Bull. civ. III, p. 116; V° J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 750 - 3).

ويؤكد الشراح في هذا الخصوص على حرص فقه القضاء على تمكين أطراف النزاع من إبداء ملحوظاتهم في مسألة البطلان الذي تعترض المحكمة إثارته من تلقاء نفسها. (راجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, obligations, op. cit., n° 558).

(11) تراجع: FLOUR et AUBERT, Obligations, I, op. cit., n° 337; J. GHESTIN, op. cit., n° 752 et s.

(12) تراجع: قرار تعقيبي مدني عدد 575، مؤرخ في 20 أبريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج 1، ص 207.

(13) تراجع: قرار تعقيبي مدني عدد 11624، مؤرخ في 25 ماي 1976، ن.م.ت. 1976، ج 2، ص 88 وقرار تعقيبي مدني عدد 5736، في 4 جوان 1946، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 153.

(الفصول 10 و331 و392 من م.ا.ع.). كما يجوز لورثة المحجور عليه القيام بدعوى مورثهم بعد موته مع مراعاة مدة التقادم القانونية (الفصلان 331 و333 من م.ا.ع.).

## الفرع الثاني: انقراض حق القيام بالبطلان

280 - ينقراض حق القيام بالبطلان بإمضاء العقد (§1) أو بالتقادم (§2).

### § 1 - إمضاء العقد

281 - تتطلب دراسة هذه المسألة تحديد مفهوم الإمضاء ونطاقه (I) قبل التعرّض لشروطه (II) وآثاره (III).

#### I - مفهوم الإمضاء ونطاقه

282 - إمضاء العقد هو تصرف قانوني يصدر من جانب واحد يتخلى بموجبه شخص عن حقه في طلب البطلان<sup>(14)</sup>. وقد عبر عليه المشرع في مجلة الأحوال الشخصية بالإجازة<sup>(15)</sup> (الفصول 156 - 162 - 165 و179). وهو المصطلح الذي اختاره أيضا المشرع المصري<sup>(16)</sup>. كما تستعمل كلمتا «التأييد» و«الإقرار» في نفس هذا المعنى.

ويختلف اصطلاحياً الإمضاء عن التصديق<sup>(17)</sup>. فالأول يصدر عن أحد طرفي العقد القابل للإبطال وينطوي على التنازل عن حق الإبطال. أمّا الثاني فهو تصرف يصدر عن شخص أجنبي عن العقد يرتضي بمقتضاه أن تجري

(14) تراجع: COUTURIER, La confirmation des actes nuls, thèse, Paris, 1969, L.G.D.J. 1972, préface FLOUR; DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, thèse, TOULOUSE, L.G.D.J., 1972, préface Hébraud.

(15) تراجع: Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, thèse, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1990, p. 291, note 7.

(16) أنظر: عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد...، عدد 232، ص 473.

(17) تراجع عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد...، عدد 232، ص 474، الهامش 1.

أحكامه عليه من وقت انعقاده (الفصول 40 ، 41 و 42 من م.ا.ع.) إلا أن المشرع ينزله من حيث نظامه القانوني منزلة الإمضاء (الفصول 329 ، 337 و 338 من م.ا.ع.).

وينحصر نطاق الإمضاء في البطلان النسبي (الفصلان 337 و 338). ويمنع القانون صراحة في حالات البطلان المطلق (الفصل 329)<sup>(18)</sup>. على أنه يمكن تصحيح عقود سابقة باطلة من أصلها بموجب قانون جديد تنسحب آثاره على الماضي. وهي النتيجة التي أرادها المشرع من خلال القانون عدد 38 المؤرخ في 27 أبريل 1992<sup>(19)</sup> الذي وسّع في نطاق الرسوم عدد 4 المؤرخ في 21 سبتمبر 1977<sup>(20)</sup> القاضي بإعفاء الأشخاص التونسيين، معنويين كانوا أو ماديّين، من رخصة الولاية التي كانت مشترطة لصحة العمليات العقارية الناقلة لحقوق عينية عقارية إلى العمليات المجرة قبل صدوره. فحوّل من العدم والبطلان إلى الصحة والوجود جميع العقود الناقلة لحقوق عينية عقارية المبرمة قبل 30 سبتمبر 1977 بدون رخصة سابقة من الوالي. ولم يستثن قانون 27 أبريل 1992 من هذا التصحيح التشريعي إلا العقود التي صدرت في شأنها «أحكام أحرزت قوة ما اتصل به القضاء»<sup>(20-1)</sup>. كما تتجّه الملاحظة في هذا

(18) لقد أصبح هذا الحلّ غير ثابت في الفقه الفرنسي حيث يلاحظ بعض الفقهاء أن تأييد العقد الباطل من أصله يمكن كما تغيّرت المصلحة العامة وأصبحت لا تقتضي زوال العقد، كان يوضع حدّ بموجب تشريع جديد لتجسير التعاقد في شيء معيّن. ففي هاته الصورة يبدو منطقياً أن تقرّ المحاكم جواز إمضاء العقود الصادرة في ظلّ القانون القديم (راجع : COUTURIER, op. cit., n° 319 et s.). وقد ذهبت فعلا بعض المحاكم الفرنسية في هذا الاتجاه (أنظر تحليل فقه القضاء في كتاب COUTURIER عدد 323) بقي أن الفرق غير واضح هنا بين حالات الإمضاء بأنّ معنى الكلمة وحالات التصحيح الآلي للعقود السابقة بمقتضى القانون الجديد (راجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 346). بحيث يمكن القول وأنّ المبدأ لا زال قائماً في القانون الوضعي الفرنسي : ويقي العقد الباطل من أصله غير قابل للإمضاء (راجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, contrat, formation, op. cit., n° 864 à 866; J. GHESTIN, Traité Droit civil, Les obligations, le contrat, op. cit., n° 840 à 846; CH. LARROUMET, Droit civil, t. 3, Les obligations, I, op. cit., n° 557; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 309).

(19) يراجع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 5 ماي 1992، عدد 27 لسنة 1992، ص 516.  
(20) يراجع الرائد الرسمي للجمهورية التونسية المؤرخ في 30 سبتمبر 1977، عدد 63 لسنة 1977، ص 2077.

(20-1) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 32943 المؤرخ في 28 جوان 1994، ن.م.ت. 1994، ص 167.

السّياق أنّ منع إمضاء العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يحول دون «إصلاحه» بموجب عقد جديد متضمّن لنفس الإلتزامات ولكنه خال من سبب البطلان الذي أفسد العقد الأوّل ومستقلّ عنه تماما<sup>(21)</sup>.

## II - شروط الإمضاء

### أ - شروط الإمضاء من حيث الأصل

283 - لا يمكن إمضاء العقد إلا من قبل المعاهد المتضرّر الذي أراد المشرع حمايته بتمكينه من حقّ طلب إبطال العقد الفاسد<sup>(22)</sup>. ولا يصحّ الإمضاء إلا إذا كان المعاهد على علم بالعيب الذي يعتري العقد وبشروط صدوره في وقت يمكن له فيه إمضاؤه بوجه صحيح (الفصل 338). الأمر الذي يترتب عليه أنّ الإمضاء لا يصحّ في صورة الإكراه إلا من يوم زواله، وفي صورة الغلط والتدليس إلا من وقت الإطلاع عليهما. وبالتسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم، وفيما يتعلّق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر<sup>(23)</sup>. فالعبرة إذن أن يكون الإمضاء بنية تأييد وجود العقد وأن يتمّ ذلك عن علم وبيّنة. وهو ما حرص المشرع على تحقيقه لما نصّ بالفصل 337 من م.ا.ع. على أنّ «إمضاء الإلتزام القابل للفسخ قانونا أو التصديق عليه لا يصحّ إلا إذا تضمّن مضمونه مع بيان السبب الموجب للفسخ والتصريح بقصد جبر النقص الموجب للفسخ».

### ب - شروط الإمضاء من حيث الشكل

284 - رأينا أنّ المهمّ في الإمضاء أن يصدر عن بيّنة من طرف المعاهد. أي أن يكون صادرا بنية تأييد العقد بعد ثبوت العلم بسبب البطلان المتخلّى عنه بموجب<sup>(24)</sup>. ويمكن أن يقع ذلك إمّا صراحة - ويجب في هاته الصورة أن

(21) يراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 792 et 903; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 347, p. 269. V° aussi, Laure MARINO, Peut-on confirmer un contrat caduc? Note sous cass. 1ère civ. 23 janvier 1996, S.J. 1997, II, 22800.

(22) يراجع قرار تعقيبي عدد 8532، مؤرخ في 22 ديسمبر 1953، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 154.

(23) أنظر الفصل 331 م.ا.ع.

(24) يراجع عبد الفتّاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 232، ص 475.

تقتضيه متطلبات المصلحة العامة وخاصة منها الطمأنينة في المعاملات<sup>(26)</sup>. وما من شك في أن قبول المشرع لمبدأ تقادم دعاوي البطلان النسبي يعكس انشغاله بضمان استقرار العقود، وبالتحديد حرصه على أن لا تبقى العقود التي اعترافها عيب عند تكوينها مهددة إلى ما لا نهاية له بالزوال بما قد يضر الأطراف والغير ويقلص عنصر الثقة في التعامل. على أن عددا من الشراح قد ركز في هذا الخصوص على أن أساس التقادم المسقط يكمن هنا في الواقع في التصديق الضمني المفترض على العقد من قبل صاحب حق القيام بالإبطال مبينين أن سكوتهم عن ممارسته لحقه يعني في نظر المشرع أنه أراد تجاوز الخلل الذي يعترى العقد وأنه رغب في تصحيحه<sup>(27)</sup>. وإذ يتأيد هذا التفسير ببعض قواعد التقادم المسقط الواردة بالفصول 330 إلى 335، مثل تلك التي تنظم بدء سريان مدة التقادم (الفصل 331)، فإن بعض القواعد الأخرى يتناقض مع الأساس الخصوصي المقترح هنا. ومثل ذلك القاعدة التي تنص على عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم، والتي لا يمكن معها تحليل التقادم هنا بأنه نوع من أنواع التصديق على العقد طالما أن السكوت لا يفيد في نظر المشرع التصديق. وفي هذا دليل على ضعف هذه النظرية. ويتجه إذن التخلي عنها خاصة أن حرص المشرع على تحديد النظام القانوني للتقادم المسقط لحق القيام بدعوى البطلان النسبي ينزع عمليا كل جدوى عن البحث عن أساس خصوصي للتقادم في هاته الصورة.

## 2 - استثناءه

289 - ينص الفصل 335 من م.ا.ع. على أنه «يجوز لمن طوّل بالوفاء

يتضمن كتب الإمضاء البيانات المنصوص عليها في الفصل 337 من م.ا.ع. المذكور أعلاه، وإلا عدّ باطلا - أو بصورة ضمنية وذلك بأن يقع إجراء العمل به اختيارا في الكل أو البعض ممن علم عيوبه... بعد الوقت الذي أمكن فيه إمضاء العقد أو التصديق عليه» (الفصل 338 من م.ا.ع.).

## III - آثار الإمضاء

285 - يترتب على إمضاء العقد، صريحا كان أو ضمينا، تخلي المعاهد عن جميع الوسائل والإعتراضات التي كان من حقه أن يقوم بها على العقد القابل للإبطال بما يجعل العقد صحيحا نهائيا بعد أن كان مهددا بالزوال. ويعتبر العقد صحيحا من يوم انعقاده لا من تاريخ إمضاءه ولا يستثنى المشرع المفعول الرجعي لإمضاء العقد إلا إذا نتج عنه إضرار بحقوق الغير. ويفهم من أحكام الفصلين 336 و338 أنه لا تجوز معارضة الغير الذي اكتسب حقوقا عن حسن نية بإمضاء العقد من طرف أحد المعاقدين.

## § 2 - التقادم

286 - هل ينقض البطلان بالتقادم وفي أي أجل وحسب أي شروط؟ إن محاولة الجواب عن هذه الأسئلة تستلزم مرة أخرى أن نفرّق بين حالتي البطلان النسبي (I) والبطلان المطلق (II).

## I - البطلان النسبي

287 - تقرّ الفصول 330 إلى 335 من م.ا.ع. مبدأ تقادم دعاوي البطلان النسبي (أ) وتحدّد مدته (ب).

## أ - مبدأ التقادم

### 1 - أساسه

288 - تقوم نظرية التقادم المسقط بوجه عام على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضت عليها مدة من الزمن<sup>(25)</sup> حتى لا تتحوّل ضرورة احترام القوانين وضمان حقوق الأشخاص إلى عامل عدم استقرار مخالف لما

(25) يراجع عبد الرزاق السهوري، الوسيط، الجزء الثالث، عدد 592، ص 996 وما بعدها.

(26) يراجع : WEILL et TERRE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 318.

(27) يراجع في هذا المعنى : MARTY et RAYNAUD, Les obligations, op. cit., n° 230; B. STARCK, Obligations, op. cit., p. 503, n° 1606.

وانظر أيضا : توفيق حسن فرج : النظرية العامة للإلتزام، عدد 177، ص 255 وراجع في الاتجاه المعاكس الذي يرى أن أحكام التقادم في مادة البطلان تخضع في الواقع للمبادئ العامة المتعلقة بالتقادم بوجه عام وليس لها أساس خصوصي يميزها عن بقية حالات التقادم : PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, les obligations, op. cit., n° 565; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 854; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 318; J. GHESTIN, Traité, obligations, op. cit., n° 860.

المذكورة «لا تحسب في صورة الإكراه إلا من يوم زواله وفي صورة الغلط والتدليس إلا من وقت الإطلاع عليه. وبالنسبة لعقود القاصرين إلا من يوم رشدهم<sup>(31)</sup> وفيما يتعلق بالمحجور عليهم وعديمي الأهلية إلا من يوم موتهم أو خروجهم من قيد الحجر». أما في «ما يخص ورثة المحجور عليه الذي مات تحت قيد الحجر والمغبون الرشيد، فمن يوم حوز الشيء المتعاقد عليه» (الفصل 331: فقرة 2 م.أ.ع.). ويتقل طلب البطلان إلى الوارث في المدة التي بقيت لمورثه (الفصل 333 م.أ.ع.). على أن القيام بالبطلان النسبي يسقط في جميع الأحوال، بصرف النظر عن تاريخ بدء سريان المدة، في أجل أقصاه خمسة عشر عاما من تاريخ العقد (الفصل 334 م.أ.ع.).

## II - البطلان المطلق

292 - لم تتعرض الفصول 325 وما بعده من م.أ.ع. لمسألة سقوط دعوى البطلان المطلق بالتقادم. فكيف يمكن حينئذ تفسير سكوت المشرع؟ فهل يعني أن دعوى البطلان تسقط بمرور خمسة عشر عاما وفقا لأحكام الفصل 402 من م.أ.ع.؟ أم أنه يعني أن دعوى البطلان المطلق لا تقبل السقوط بمرور الزمن؟

293 - يعكس الاتجاه الأول الموقف الذي تبناه فقه القضاء بفرنسا منذ سنة 1879<sup>(32)</sup> بالرغم من معارضة الفقه السائد آنذاك<sup>(33)</sup>. ويستند هذا الحل قانونا إلى شمولية عبارات الفصل 2262 من المجلة المدنية الفرنسية التي ورد بها

(31) أنظر قرار تعميبي مدني عدد 16669، مؤرخ في 16 فيفري 1988، ن.م.ت. 1988، ص 301.  
(32) يراجع القرار التعميبي الفرنسي الصادر في 5 ماي 1879، 1، 3، 1879، S. 1879، Req. 5 mai 1879، D. 1880. 1. 165. V° Eugène GAUDEMET, Théorie générale des obligations, publiée par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, SIREY, 1965, p. 178.

(33) إن عدم قابلية دعوى البطلان المطلق للتقادم هي نتيجة لمفهوم الانعدام الذي تصورته دعاة النظرية التقليدية للبطلان الذين يعتبرون على ذلك الأساس أن القاضي يكون ملزما بإقرار انعدام العقد الذي ولد ميتا كلما طلب منه ذلك دون اعتبار لمرور الزمن: يراجع في هذا الخصوص: J. GHESTIN, Traité, Les obligations, op. cit., n° 740 et 857; CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 530 (Spéc. pp. 468 à 470) et 532; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 315; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 849 à 851. V° aussi, M. BANDRAC, La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile, Economica, 1986, préface P. RAYNAUD, p. 152.

بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى. ولا يسقط حقه في ذلك بمرور المدة المعينة...» بالفصول 331 إلى 334 م.أ.ع.<sup>(28)</sup>. ويرجع أصل هذه القاعدة إلى فقه القضاء الفرنسي الذي أقر مبدأ عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم منذ القرن التاسع عشر<sup>(29)</sup>. ويعتبر الشراح اليوم أن الأساس الصحيح لهذه القاعدة هو السعي إلى ضمان استقرار الأوضاع. ففي صورة العقد الباطل الذي لم يتخذ شكل المطالبة بتنفيذه بعد مرور مدة سقوط حق القيام بالبطلان إخلالا بالاستقرار التعاقدية وإضرارا بمصالح الغير أحيانا. وهي أخطار يسمح بتفاديها عدم قابلية الدفع بالبطلان للتقادم<sup>(30)</sup>.

## ب - مدة التقادم

### 1 - أجل السقوط بالتقادم

290 - يسقط حق القيام بدعوى البطلان النسبي بمضي عام إلا إذا صرح القانون بمدة أخرى (الفصل 330 م.أ.ع.).

### 2 - بدء سريان مدة التقادم

291 - ورد بالفصل 331 فقرة أولى من م.أ.ع. أن مدة السقوط

(28) يراجع M. STORCK, L'exception de nullité en droit privé, D. 1987, chr., p. 67.  
(29) أنظر القرار التعميبي الفرنسي المؤرخ في 18 ماي 1886 (D.P. 1887, 1, 121) والقرار التعميبي الفرنسي المؤرخ في 21 جوان 1880 (D.P. 1881, 1, 108). وقد أشار مقرر اللجنة التي أعدت مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية إلى هذين القرارين أسفل الفصل 382 من ذلك المشروع. وقد احتفظ المشرع بالصيغة الأصلية لهذا النص ضمن الفصل 335 من المجلة الحالية، غير أن التنصيص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمن لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع يعكس اتجاها مميزا في القانون المقارن لبعض التشريعات الأجنبية كالقانون الإيطالي (الفصل 1302)، الذي يستد إليه أيضا صانعي قانوننا في مشروعه المذكور، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي (الفصل 227) والمشروع الأوكي لتفكيح القانون المدني الفرنسي (الفصل 27 من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية). راجع في هذا الخصوص: عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد...، عدد 239 ص 484 - الهامش عدد 1.

(30) يراجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 567; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 323; FLOUR et AUBERT, Obligations, I, op. cit., n° 354; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, op. cit., n° 858.

أن «جميع الدعاوي عينية كانت أو شخصية تسقط بمرور ثلاثين سنة...». وقد انضم معظم الفقه الحديث<sup>(34)</sup> إلى هذا الإتجاه خاصة بعد أن تراجع مفهوم الإنعدام الذي كان البعض يلجأ إليه لتبرير عدم قابلية البطلان المطلق للتقادم.

على أن فكرة سقوط دعاوي البطلان المطلق بمرور الزمن المعمول بها بفرنسا ليست شائعة في القانون المقارن<sup>(35)</sup>. ولا يمكن التسليم بتبنيها من قبل المشرع التونسي بالرجوع إلى الفصل 402 من م.ا.ع.<sup>(36)</sup> علما أن هذا النص، الذي يستند إليه البعض لذلك الغرض، يفتقر في الواقع إلى الشمولية المميزة لعبارة الفصل 2262 من القانون المدني الفرنسي حيث أن نطاقه لا يمتد إلى «جميع الدعاوي عينية كانت أو شخصية...» بل ينحصر في «الدعوى الناشئة عن تعميم الذمة» وهي صفة لا تتوفر في دعوى البطلان. فهذه الدعوى تنشأ عن القانون لا عن التزام باطل ضرورة أن الالتزام الباطل هو من قبيل المعلوم الذي لا ينشأ عنه أي حق. فهي ليست إذن من الدعاوي الناشئة عن تعميم الذمة، وبالتالي فإنه لا يصح الاستناد إلى أحكام الفصل 402 من م.ا.ع. لتبرير قابليتها للسقوط بمرور الزمن، الأمر الذي من شأنه أن يدعم الموقف المخالف.

#### 294 - إن الإتجاه الثاني يرفض فكرة سقوط دعاوي البطلان المطلق

(34) يراجع : J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 48, p. 192; WEILL et TERRE, Les obligations, op. cit., n° 315; CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n° 563; MESTRE, obs. in. Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 746; comparer avec B. STARCK, Les obligations, op. cit., n° 1657.

(35) يراجع بالنسبة لتشاريع البلدان العربية التي اعتمدت في معظمها الحل الفرنسي أخذاً عن القانون المصري: د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، المذكور أعلاه، عدد 171، ص 248 هامش 1. وانظر بالنسبة للقانون اللبناني نفس المرجع، حيث ركّز الكاتب على انقسام فقه القضاء اللبناني حول هذه المسألة نتيجة سكوت المشرع في خصوصها.

وانظر أيضاً في خصوص القانون اللبناني : CH. LARROUMET, Les obligations, op. cit., n°530, p. 47. V° aussi pour le Droit comparé européen : Daniel GUGGENHEIM, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, L.G.D.J., Paris, 1970.

(36) وقد جاء بهذا الفصل ما يلي : «كلّ دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضيّ خمس عشرة سنة عدا ما استثنى بعد، وما قرّره القانون في صور مخصوصة».

بمرور الزمن، ويرى أن طبيعة البطلان المطلق لا تتماشى مع فكرة التقادم. فالتقادم هو حاجز يمنع تطبيق الجزاء المتمثل في البطلان ويؤول بالتالي إلى تصحيح العقد. وهذا أمر لا يمكن تصوّره بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا. إنه عقد «لا عمل عليه من الأصل» (الفصل 325 من م.ا.ع.). ولا يمكن للعدم أن ينقلب وجودا بمجرد مرور الزمن<sup>(37)</sup>.

ويجب بالطبع أن لا تنسينا جدية هذا التحليل مخاطر نبذ التقادم وما قد يترتب على هذا الحلّ من عواقب سلبية على الإستقرار التعاقدية. إلا أنه يتجه عدم تهويل هذا الخطر. إذ بين الشراح<sup>(38)</sup> في هذا الخصوص أن الإستقرار التعاقدية لا يكون مهدداً في الواقع إلا متى تعلق الأمر بعقد باطل وقع تنفيذه. وهي حالة لا يقع فيها عادة طلب البطلان إلا بصفة عرضية ضمن دعوى أصلية في «استرداد ما وقع دفعه بغير حق بموجب الإلتزام الباطل»، وهي دعوى قابلة للسقوط بمرور الزمن وفقاً لأحكام الفصول 384 وما بعده من م.ا.ع. ويستتج من ذلك أن سقوط دعوى الاسترداد بمرور الزمن يكفي، بالنسبة للحالات التي وقع فيها تنفيذ العقد، لضمان استقرار الأوضاع، وأنه لا يخشى تبعاً لذلك أي إضرار باستقرار العقود وبطمأنينة المعاملات نتيجة عدم قابلية دعاوي البطلان

(37) يتميّز فقه القضاء حول هذه المسألة بالتردد وعدم الإستقرار فبعد أن أقرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 11113 المؤرخ في 25 ديسمبر 1984 قاعدة عدم التقادم بقوله أن «العقد الباطل لا تسري عليه أحكام الفصل 402 من مجلة الإلتزامات والعقود التي لا تتعلق إلا بالعقود التي انعقدت صحيحة» (ن.م.ت. 1984، ج 2، ص 273) مؤيدة بذلك ما تضمنه قرارها عدد 1637 المؤرخ في 12 ديسمبر 1978 (ق.ت. 1979، ع 4، ص 106) من أن «العقد الباطل لا يزول بطلانه بالتقادم لأنه معدوم والمعدوم لا ينقلب وجودا مهما طال عليه الأمد...» وما دأب عليه الفقه السائد في هذه المادة (يراجع محمد الملقفي، محاضرات في شرح القانون المدني، المذكور أعفا، ص 309، ومحمد كمال شرف الدين، تعليق على حكم صادر عن محكمة الناحية بتونس في 27 مارس 1990 تحت عدد 9132، الأحداث القانونية التونسية، 1 - 1990، عدد 3)، ص 97)، يبنى أحد قراراتها الحديثة عكس هذا الحلّ متمسكا بشمولية أحكام الفصل 402 التي تجعل قاعدة التقادم الواردة به «تسري بالنسبة لكلّ التزام باطل أو صحيح...» مضيفاً «أن قصد المشرع بتقيته لأحكام هذا النص هو ضمان استقرار التعامل وما يتطلبه من وجوب احترام الأوضاع القائمة التي استقرت بالتقادم منذ صدور العقد الصحيح وبذلك فإن سكوت الطاعن مدة طويلة من الزمن تقارب الثلاثين سنة نزول حقه في المطالبة بإبطال عقد البيع موضوع الشداعي المؤرخ في 15 ماي 1958 والمسجل في 29 أوت 1960 (قرار تقييبي مدني عدد 28197 مؤرخ في 26 جانفي 1993، ن.م.ت. 1993، ص 305).

(38) يراجع خاصة : DANIEL GUGGENHEIM, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé, Essai d'une théorie générale, op. cit., pp. 103, 104 et 120.



المطلق للتّقادّم في هاتهِ الصّورة. أمّا إذا تعلّق الأمر بعقد باطل لم ينفذ بعد إبرامهِ بمدة طويلة، فإنّ إبطاله من طرف المحكمة في مثل هذه الظروف يعدّ من باب تكريس الأمر الواقع. فهو لا يخلّ إذن باستقرار الأوضاع بل يدعّمه. ويتّضح بذلك أنّ المخاوف التي يثيرها لدى البعض عدم تقادّم دعاوي البطلان المطلق ليس لها في الواقع ما يبرّرها.

## الفصل الثالث

# الآثار التي تنترّب عن البطلان

295 - لا يترتب شيء على الإلتزام الذي يبطلانه بطلانا مطلقا ما عدا «استرداد ما وقع دفعه بغير حق» (الفصل 325). والأمر يكون بالمثل بالنسبة للإلتزام الباطل بطلانا نسبياً حيث ينصّ الفصل 336 على أنه «إذا فسخ الإلتزام عاد الطرفان إلى ما كانا عليه عند التعاقد، ويجب حينئذ على كلّ منهما أن يردّ لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرّائه...».

ويعبر الفصلان المذكوران في الحقيقة عن قاعدة أساسية في نظرية البطلان مفادها أنّ العقد الباطل تزول آثاره بصفة رجعية، أو بعبارة أخرى أنّ البطلان ينسحب على الماضي. ويترتب على الأثر الرجعي للبطلان إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد عندما يتعلّق الأمر بعقد باطل نقد بفضه أو كله<sup>(1)</sup>.

296 - ولما كان الإنعدام الرجعي للإلتزام من طبيعة البطلان، فمنطقيّ أن لا يتجاوز مفعوله نطاق البطلان. ولكن من الملاحظ في هذا الخصوص أنّ الأصل في القانون التونسيّ هو انسحاب البطلان على كامل الإلتزام لا على بعضه أو على أحد عناصره، وذلك حتّى إذا انحصر سبب البطلان في بعض الإلتزام أو في أحد عناصره، وهو ما يتبيّن من مراجعة الفصل 326 م.أ.ع. الذي ينصّ على أنه «إذا بطل الإلتزام الأصليّ بطل ما التحق به من الإلتزامات...»، وكذلك الفصل 327 الذي ينصّ من ناحيته أيضاً على أنّ «بطلان بعض الإلتزام يبطل جميعه...». هذا بالإضافة إلى شمولية عبارات الفصلين 325 و336 المذكورين<sup>(2)</sup>.

297 - على أنّ قيام قاعدة الأثر الرجعيّ للبطلان وثبوت مبدأ امتداد نطاقه على كامل الإلتزام لا ينفي وجود استثناءات هامة لهاتين القاعدتين.

(1) يراجع في خصوص أثر البطلان وأساس الإلتزام بالردّة المترتب على بطلان العقد : عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد...، عدد 241 و242. وانظر أيضاً : CH. LARROUMET, op. cit., n° 576; و J. GHESTIN, op. cit., n° 918 et s.; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 359 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 874 et s.; WEILL et TERRE, op. cit., n° 329 et s. V° aussi, Joanna SCHMIDT - SZALEWSKY, Les conséquences de l'annulation d'un contrat. J.C.P. 1989, I, 3397.

(2) يراجع في خصوص نطاق البطلان: د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد...، عدد 248. FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 355 à 358; J. GHESTIN, op. cit., n° 899; WEILL et TERRE, op. cit., n° 326 à 328.

بل، ويمكن القول بأنّ المصلحة من دراسة الآثار التي تترتب عن البطلان تكمن أساساً في بيان نطاق هذه الإستثناءات، وذلك بالتركيز من جهة على نسبة الأثر الرجعيّ (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى على تحديد حالات البطلان الجزئيّ (الفرع الثاني)، وذلك مع مراعاة الحالة الخصوصية التي ينظمها الفصل 328 م.أ.ع. وهي حالة تحوّل الإلتزام (الفرع الثالث).

### الفرع الأول : نسبة الأثر الرجعيّ للبطلان

298 - لا تثير إعادة الحال إلى ما كان عليه آية صعوبة في صورة ما إذا لم يتمّ تنفيذ الإلتزام الباطل. أمّا إذا وقع تنفيذه، فإنّ تطبيق قاعدة الرجعية بصفة مطلقة قد يتعدّر في العديد من الحالات وذلك إمّا بسبب استحالة مادّية محضة تعود أساساً إلى نوع الإلتزام الباطل، أو لأنّ القانون قضى صراحة باستثناء الرجعية أو بتحديد مقدار ما يمكن استرداده في حالات معينة. وقد لاحظ أحد الشّراح، J. PIEDELIEVRE<sup>(3)</sup>، أنّ تصوّر استثناءات لقاعدة الرجعية مثلما ذهب إليه الفقه السائد يعني بالضرورة قبول الفكرة التي مفادها أنّ العقد الباطل قادر على إحداث آثار قانونية بالرغم من بطلانه. وهي فكرة خاطئة تماماً في نظره لأنّ المعدوم لا ينتج عنه شيء ولا يمكنه بحكم طبيعته إحداث أيّ أثر قانوني. فالآثار التي يمكن أن تترتب أحياناً على العقد بالرغم من بطلانه لا تردّ إذن إستثناء لقاعدة الرجعية حسب هذا الفقيه، إنّما هي وليدة ما تبقى صحيحاً من ذلك العقد، بل إنّ وجودها هو الدليل على بقاء جزء من العقد صحيحاً. وقد نتج عن هذا التحليل أنّ ما يعتبره الفقه إستثناء للرجعية يعدّ، في منطلق هذه النظرية، حالة بطلان جزئيّ للعقد. من ذلك مثلاً أنّ عقد الكراء الذي يصرّح القاضي ببطلانه بعد مدة زمنية من دخوله حيز التنفيذ لا يمكن أن يبطل إلا جزئياً، وتعتبر هذه النظرية أنّه بقي صحيحاً بالنسبة للمدة التي نفذ فيها دليل عدم قدرة القاضي، وكذلك الأطراف، على محو الآثار

(3) يراجع : J. PIEDELIEVRE, "Des effets produits par les actes nuls", thèse, Paris, 1911, pp. 116 à 137 et 463 à 465; v° une analyse critique de la théorie développée par cet auteur dans sa thèse, in Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, L.G.D.J., Paris, 1969, n° 13, 59 et 60.

التي سبق للعقد أن أحدثها في الماضي. والمصلحة من هذا التحليل تبدو عملية محضة : فهي تمكن القاضي من الاستناد إلى العقد الباطل لتنظيم الآثار القانونية التي يقرّ الجميع بوجودها، والتي يستحيل إخضاعها لمقتضياته في صورة الجزم بزواله التام. فترى هذه النظرية في مثالنا المضروب أنفاً أن ما يلزم التسوّغ بدفعه مقابل تمتعه بالمكروى بموجب العقد الباطل هو معلوم الكراء المتفق عليه، وليس غرامة انتفاع قد يخضع تحديدها إلى محض إرادة القاضي بدون أي تقيّد، كما في صورة وصف الآثار المتبقية للعقد الباطل بكونها مجرد استثناءات لقاعدة الرجعية<sup>(4)</sup>.

299 - ولقد بقيت هذه المحاولة الجريئة منعزلة في الفقه وفي القانون المقارن. ولكنه يجوز مع ذلك التساؤل حول احتمال انحياز المشرع التونسي لها لما نصّ بالفقرة الأولى من الفصل 326 من م.أ.ع. على أنه «إذا بطل الإلتزام الأصلي بطل ما التحق به من الإلتزامات إلا إذا اقتضى نوعها أو القانون ما يخالف ذلك». ومما قد يؤكد مشروعية هذا التساؤل تعلق النصّ المذكور بحالات بطلان جزئيّ يختلف نطاقها عن نطاق البطلان الجزئيّ بمعناه التقليدي الذي أقره المشرع التونسي ضمن الفصل 327 من م.أ.ع. أخذاً عن الفصل 139 من المجلّة المدنية الألمانية<sup>(5)</sup>. ومن الملفت للإنتباه تطابق نطاق الإلتزامات اللاحقة التي تبقى قائمة بعد زوال البطلان الأصليّ، حسبما أورده الفصل 326 فقرة أولى من م.أ.ع.، مع نطاق استثناءات قاعدة الرجعية التي لا يبررها أيضاً، بناء على ما عاينه وأجمع عليه الفقه السائد، إلا «القانون» أو الإستحالات المادّية التي يرجع سببها إلى «نوع الإلتزام». ويستنتج من ذلك أنّ تفسير أحكام الفقرة الأولى من الفصل 326 م.أ.ع. باعتبارها تكريساً لنظرية تاريخياً مع الفترة التي تمّ أثناءها إعداد مجلّة الإلتزامات والعقود. على أنّ

(4) يراجع : A. PIEDELIEVRE, Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum pro ducit effectum", Mélanges VOIRIN, 1967, pp. 638 et s., spéc. pp. 641 et 642.

(5) أنظر العدد 309 أسفله.

المصلحة القانونية التي قد تنجرّ عن تبني المحاكم لهذا الإتجاه قد تنحصر في تمكينها من سند موضوعي يحقّ لها الرجوع إليه لتصفية العلاقات التي انبنت على العقد الباطل. وهي علاقات غالباً ما تكون وراءها مصالح شرعية لا يمكن تجاهلها على أساس مجرد وهم قانوني مخالف للواقع، أو تنظيمها بمعزل تامّ عن العقد الذي كان سبباً في نشأتها.

بقي أنّ النظريات الفقهية، على اختلافها، لا تنازع في أنّ الأمور لا تعود دائماً إلى الحال الذي كانت عليه قبل التعاقد بمفعول البطلان، بما يصحّ معه القول أنّ المفعول الرجعيّ للبطلان لا يعدو أن يكون سوى نسبيّ سواء وقع تفسير ذلك بتعدد استثناءات القاعدة الرجعية، وهو الإتجاه السائد، أو بالإستناد إلى نظرية البطلان الجزئيّ التي سبق عرضها.

ونسبية الأثر الرجعيّ - أي عدم قدرته على محو آثار العقد الباطل بصفة مطلقة -، تقتضيها بالإضافة إلى القانون (1§) ونوع الإلتزام (2§)، المسؤولية المدنية التي يمكن أن تنجرّ عن العقد الباطل (3§)<sup>(6)</sup>.

(6) ومما لا بدّ من لفت الإنتباه إليه حرص المشرع على محو جميع آثار العقود المخالفة للنظام العامّ وللأخلاق الحميدة وذلك بتصحيحه صراحة ضمن الفصل 77 من م.أ.ع. على أنه «يجوز استرداد ما دفع لسبب يخلّ بالقانون أو بالنظام العامّ أو بالأخلاق الحميدة». ويختلف القانون التونسيّ في هذا الخصوص عن القانون الفرنسيّ الذي يبقى على آثار العقود الباطلة بسبب مخالفتها للنظام العامّ والأخلاق الحميدة وذلك من خلال منه لمن كان على علم بالخلل الذي يعتري العقد وقت إبرامه من حقّ المطالبة باسترداد ما دفعه تنفيذاً لهذا العقد الباطل، الأمر الذي يمكن اعتباره استثناء آخر للرجعية. وقد أثار تبني هذه القاعدة من قبل المشرع الفرنسيّ جدلاً لا متناهياً بين الفقهاء. وإذا تأكد تأثر المشرع التونسيّ بالقانون الألمانيّ (الفصلان 817 و819 من المجلّة المدنية الألمانية) عند تبنيه للحلّ المخالف، فإنّ التشريعات المدنية العربية هجرت بدورها هذه القاعدة تحت تأثير القانون المصريّ. يراجع في هذا الخصوص : عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد...، عدد 241، ص 488 و479، هامش عدد 1؛ وتوفيق حسن فرج : النظرية العامة للإلتزام...، عدد 190، ص 278 إلى 280. أمّا بالنسبة للقانون الفرنسيّ والقانون المقارن فيراجع :

WEILL c. TERRE, op. cit., n° 334, et les références auxquelles renvoient ces auteurs; J. GHESTIN, Traité de Droit civil, op. cit., n° 928 et s.; G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 104; CARDAHI, L'exécution des conventions immorales et illicites, étude de la règle "nemo auditur..." d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens, Rev. int. dr. comparé, 1951, p. 385; Pascal DIENER, Chèque de casino et exception de jeu, note sous Civ.ière, 19 mai 1992, D. 1992, J.P. 494.

## § 1 - الحالات التي يقتضي فيها القانون بقاء آثار العقد الباطل

300 - تدخل المشرع في عدة حالات ليحد من آثار البطلان وذلك إما مراعاة لمصالح من تعاقد عن حسن نية (I)، أو لفائدة قاصري الأهلية (II)، أو دفاعا عن الغير الذي تضرر من العقد الباطل (III).

### I - حالة المتعاقد حسن النية

301 - اهتم المشرع في هذه الصورة بوضع «الحائز بشبهة»، وهو الذي حاز مال غيره بموجب عقد باطل (هبة - شراء...) وهو ليس عالما وقت إبرامه بالفساد الذي يعتريه (الفصل 44 فقرة 3 من م.ح.ع.)، فيعفيه القانون من أجل ذلك من رد الغلّة «إلا ما كان موجودا منها وقت القيام عليه من مستحقها وما حصل له منها من ذلك التاريخ» (الفصل 44 فقرة أولى من م.ح.ع.). وفي هذا إستثناء واضح لما تستوجه قواعد الرجعية المطلقة. وقد أراد به المشرع عدم إبطال كاهل من تصرف في الشيء بصفة مالك عن حسن نية<sup>(7)</sup>. ولا يمتد مفعول هذا الإستثناء إلى الغاصب الذي عليه «أن يرد عين ما غصبه مع جميع ما حصل عليه من الغلّة أو ما كان يمكنه أن يحصل عليه لو أدار المغصوب بالوجه المعتاد وذلك منذ وضع يده على الشيء...» (الفصل 42 من م.ح.ع.).

### II - حالة قاصري الأهلية

302 - لا ينسحب المفعول الرجعي للبطلان بصفة مطلقة على قاصر الأهلية إذا تعاقد مع الرشد ثم تحصل على حكم يقضي ببطلان ذلك العقد. وينص الفصل 13 من م.ح.ع. في هذا الخصوص على أن القاصر لا يكون ملزما في هاته الصورة إلا بقدر ما انتفع به من جراء العقد الباطل. والمنفعة المذكورة تعتبر حاصلة إذا أنفق القاصر المال الذي أخذه في مصاريف لازمة أو نافعة أو كان موجودا عنده<sup>(8)</sup>.

(7) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 332.

(8) يراجع في خصوص تطبيق هذه القاعدة في فقه القضاء الفرنسي : WEILL et TERRE, op. cit., n° 333.

## III - حالة الغير المتضرر من العقد الباطل

303 - تنسحب مبدئيا قاعدة الرجعية على كافة الناس. إلا أن المشرع قلص من مخاطرها على مصالح الغير في صورتين. أما الصورة الأولى فهي التي تنص عليها الفقرة الثانية من الفصل 305 من م.ح.ع.<sup>(9)</sup> المتعلقة أحكامه بالعقارات المسجلة. وقد ورد بهذا النص أن إبطال ترسيم الحق بإدارة الملكية العقارية «لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية واعتمادا على الترسيمات الواردة بالسجل». ولا ينسحب هذا الحكم على العقارات غير المسجلة التي تبقى حقوق الغير المتعلقة بها عرضة للسقوط بمجرد بطلان حقوق أسلافهم عليها وذلك نتيجة قساوة قاعدة الرجعية وعملا بالقاعدة القانونية العامة القائلة بأنه «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من حقوق» (الفصل 551 من م.ح.ع.)<sup>(10)</sup>.

وتتعلق الصورة الثانية التي اعتنى فيها المشرع بمراعاة مصالح الغير بتحديدته لآثار البطلان بقانون الشركات إذ يتبين من صريح أحكام الفصلين 62 و 156

(9) في صيغته الجديدة المتخذة بموجب الفصل الأول من القانون عدد 46 المؤرخ في 4 ماي 1992 المتعلق بتبني وإتمام بعض الفصول من مجلة الحقوق العينية (الرأى الرسمي للجمهورية التونسية عدد 29 لسنة 1992، ص 548).

(10) وإذ ينص الفصل 81 من م.ح.ع. على أن «من اتصل بشيء بغير حق جهلا منه ثم باعه وهو على جهل فلا يلزمه إلا رد ما قبضه من الثمن أو إحالة حقوقه التي على المشتري»، فإن نطاقه ينحصر في مادة الإبراء بدون سبب ولا يقصد منه سوى عدم إلزام من اتصل بشيء عن حسن نية وتصرف فيه بالبيع عن جهل بأداء قيمته الحقيقية. ولا يطلب منه في هاته الصورة سوى رد ما قبضه من الثمن. ويعد تبعا لذلك مخالفا لأحكام الفصل 44 من م.ح.ع. و 551 من م.ح.ع. وكذلك لقاعدة رجعية آثار البطلان اعتمادا أحكام الفصل 81 المذكور لضمان ملكية وحوز الغير على الشيء بعد بطلان حقوق سلفه عليه. كل ذلك مع مراعاة الإستثناء الوارد بالفقرة الثانية من الفصل 305 من م.ح.ع. وما قد يترتب على التصادم المكسب للملكية إذا توفرت شروطه بالنسبة للعقارات غير المسجلة (يراجع الفصول 45 إلى 51 من م.ح.ع. وانظر محمّد كمال شرف الدين : دروس في القانون المدني لطيلة السنة الأولى حقوق، الجزء الثاني، الأموال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1991 - 1992، ص 67 إلى 75) واعتبارا إلى ما تقتضيه قرينة الملكية الناتجة عن حوز المغول (يراجع الفصل 53 وما بعده من م.ح.ع. وانظر محمّد كمال شرف الدين، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني، الأموال، المذكور أعلاه، ص 85 إلى 89). وانظر خاصة حول هذه المسألة تحليل : Eugène GAUDEMET, Théorie générale des obligations, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Sirey 1965, (réimpression de l'édition publiée en 1937), pp. 162 et 163; v° aussi, Michèle MULLER, L'acquéreur de bonne foi d'un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé, Rev. trim. dr. civ. 1989, p. 697.

الإلتزامات الملتحقة بالإلتزام الأصليّ الباطل التي يقتضي نوع هذا الإلتزام بقاءها بما يجوز معه اعتبار عقد الشركة قائما في حدود وإلى أن تنتهي أعمال التصفية، وهو الحلّ المعمول به قانونا في صورة حلّ الشركة<sup>(15)</sup>، والذي يمكن اعتماده في صورة بطلانها بالرجوع إلى أحكام الفصل 326: فقرة أولى من م.أ.ع.

### § 3 - المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد

305 - تتنوع الأضرار التي يمكن أن تترتب على بطلان العقد. وتمثّل بالنسبة للمدعي إما في تفويت فرصة إبرام صفقة ماثلة للصفقة الباطلة بشروط أرفق، أو في المصاريف التي قد يكون أقدم عليها بدون جدوى لإعداد الدراسات التي يحتم نوع الصفقة الباطلة القيام بها قبل إبرامها.

ولا يمكن المطالبة بجبر هاته الأضرار إلا إذا ثبت خطأ «المعاقد» المدعي عليه. ويتمثّل هذا الخطأ حسب الفقه السائد في حمل الطرف المتضرر على التعاقد مع سابق العلم بالخلل الذي يعتري صحّة العقد، وتعتبر أغلبية الشراح أن المسؤولية الناجمة عن بطلان العقد تقصيرية وليست عقديّة<sup>(16)</sup>.

### الفرع الثاني : البطلان الجزئي

306 - يعتبر البطلان جزئيا إذا اقتصر على بعض أجزاء العقد دون أن يمتدّ إلى كامله وهي صورة انتقاص العقد (2§). كما يعدّ جزئيا أيضا البطلان الذي يصيب الإلتزام التابع دون أن يمسّ بالإلتزام الأصلي (1§).

من المجلة التجارية أنّه لا يجوز للشركاء - سواء تعلّق الأمر بشركة خفية الاسم أو بشركة محدودة المسؤولية - الإحتجاج ببطلان الشركة على غيرهم.

### § 2 - الحالات التي يقتضي فيها نوع الإلتزام بقاء آثار العقد الباطل

304 - تتعلّق هذه الحالات أساسا بالعقود الزمنية التي تقضي المحاكم ببطلانها بعد تنفيذها على امتداد مدة زمنية طويلة. ويقرّ الجميع<sup>(11)</sup> باستحالة محو ما وقع تنفيذه من هذه العقود أو الرجوع فيه. فبالإضافة إلى عقد الكراء الذي سبقت الإشارة إليه<sup>(12)</sup>، يركّز الشراح في هذا المجال على عقدي الشغل والشركة، ملاحظين بالنسبة للأول أنّه لا بدّ أن ينال الأجير مقابل الخدمات التي أداها لمؤجره وأنّه لا يحقّ لهذا الأخير أن يحتجّ ببطلان عقد الشغل وبقاعدة الرجعية للتفصي من أداء مقابل ما انتفع به. كما لا تعقل الرجعية المطلقة بما افترضه من محو تامّ للماضي بالنسبة لشركة سبق لها أن نشطت وأن تعاملت مع الغير فترة زمنية معينة. فعلاوة على ضرورة مراعاة حقوق الغير التي تكفل المشرع بضمانيها على النحو الذي بيّناه<sup>(13)</sup>، فلا بدّ أيضا من تصفية هاته الشركة ومن توزيع المرباح أو تحديد نسبة الخسائر وقسمتها بين الشركاء. وما من شكّ في أنّ القاضي لن يجد سندا موضوعيا وعادلا لإتمام هذه العملية أحسن من عقد الشركة الباطل. بل لعلّه قد يتعدّر بدون هاته الوثيقة تحديد نسبة الأموال والحقوق الراجعة لكلّ شريك بموجب التصفية. على أنّه يبدو من الممكن للمحاكم أن تعتمد عقد الشركة الباطل في مثل هاته الصورة بدون أيّ حرج إذا ما تبنت نظرية البطلان الجزئي واعتبرت، استنادا إلى أحكام الفصل 326 في فقرته الأولى من م.أ.ع.<sup>(14)</sup>، أنّ أعمال التصفية الضرورية هي من

(11) يراجع مثلا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 331; CH. LARROUMET, op. cit., n° 577; J. GHESTIN, op. cit., n° 922 et s.; FLOUR et AUBERT, par J.L. AUBERT, op. cit., n° 361. V° aussi, Imed ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse dactyl., Grenoble, 1995, p. 231 et s.

(12) يراجع العدد 298 أعلاه.

(13) يراجع العدد 303 أعلاه.

(14) يراجع العدد 299 أعلاه.

(15) الفصول 1332 وما بعده من م.أ.ع.، وخاصة منها الفصل 1334.

(16) يراجع في خصوص التطور النظري الذي مرّت به مسألة طبيعة المسؤولية التي تنجرّ عن البطلان في القانونين الفرنسي والألماني : Eugène GAUDEMET, Théorie générale des obligations, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, op. cit., pp. 194 à 199; v° aussi, WEILL et TERRE, op. cit., n° 340, et Alain PIEDELIEVRE, Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, producit effectum" in Mélanges VOIRIN, pp. 643 et 644; Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, thèse dactyl., Paris I, 1989.

## § 1 - قيام الأصل في صورة بطلان التابع

307 - تنصّ الفقرة الثانية من الفصل 326 من م.أ.ع. على أنّ «بطلان الالتزام التابع لا يترتب عليه بطلان الأصل». والالتزام التابع هو عنصر من عناصر العقد التي لا يكون لوجودها أو عدم وجودها تأثير على صحته<sup>(17)</sup>. من ذلك الشرط الجزائي أو شرط التحكيم أو الشرط الفسخي<sup>(18)</sup>. ويمكن أن نعتبر انطلاقاً من هذا التعريف للالتزام التابع أنّ المشرع أراد من خلال الحكم الوارد بالفقرة 2 من الفصل 326 م.أ.ع. أن يضع قرينة قانونية مفادها أنّ وجود التزام تابع بعقد من العقود ليس حاسماً في انعقاده وبالتالي فإنّ زواله بسبب البطلان يبقى بدون تأثير على صحة ذلك العقد. وهو أمر لا يفترضه القانون بل يبقى واجب الإثبات في صورة انتقاص العقد.

## § 2 - إنتقاص العقد

308 - ينصّ على صورة إنتقاص العقد الفصل 327 من م.أ.ع. الذي ورد به أنّ «بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه إلا إذا أمكنه أن يقوم بدون الجزء الباطل فيستمر بصورة عقد خاص». ويرجع أصل هذه القاعدة إلى الفصل 139 من المجلة الألمانية. ويتطلب فهمها تحديد معنى «بطلان بعض الالتزام» (I) ثمّ بيان شروط قيام العقد منتقاصاً (II).

(17) يراجع في خصوص مفهوم الالتزام التابع : Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, op. cit., n° 34.

(18) ولا بدّ من التنازل في هذا المضمار حول مآل الالتزام التابع في صورة بطلان الالتزام الأصلي. إنّ احترام إرادة الطرفين يفرض مبدئياً تطبيق القاعدة التي تقتضي انحساب البطلان على كامل العقد بجميع شروطه. على أنّ فقه القضاء بفرنسا قضى بعكس ذلك في بعض حالات شاذة تعود إلى خصوصية نوع الالتزام التابع. فأبقى على الالتزام التابع بعد إبطال الالتزام الأصلي. من ذلك عدم إبطاله للشرط التحكيمي المدرج بعقد باطل استناداً إلى ذاتية هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي الباطل، وكذلك التصريح بصحة قرار الرجوع في وصية أولى وقع التخصيص عليه ضمن وصية ثانية باطلة. يراجع في خصوص هذه المسائل : Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, op. cit., n° 59 et 60;

Frédéric-Edouard KLEIN, Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d'arbitrage international, Rev. crit. D.I.P. 1961, p. 579; v° aussi, la chronique de Motulsky au J.C.P. 1954, n° 1194, et cass. fr. civ., 7 mai 1963, D. 1963 p. 545, note Robert; v° égalt., J. GHESTIN, Traité de droit civil, obligations, op. cit., I, n° 893, et les références citées sous ce numéro).

## I - تحليل مفهوم «بطلان بعض الالتزام»

309 - يمكن ضبط مفهوم «بطلان بعض الالتزام» بالرجوع إلى الفقه الألماني، فيرى الفقيه STAUDINGER<sup>(19)</sup> بالخصوص أنّه يجب تحديد هذا المفهوم «من وجهة نظر عملية واقتصادية». ويلاحظ هذا الكاتب أنّ فقه القضاء بألمانيا قد عرفه من هذا المنطلق «بأنه جملة المتقتضيات التي يمكن للالتزام أن يبقى قائماً بعد حذفها منه بوصفه التزاماً مستقلاً»<sup>(20)</sup> بما يجوز معه القول أنّ البطلان يعدّ جزئياً على معنى الفصلين 139 ألماني و327 تونسي كلّما أمكن لجزء الالتزام الذي لم يعتره الخلل الموجب لبطلان بعضه الآخر أن يكون له وجود ذاتي<sup>(21)</sup>.

310 - وقد أعطى هذا المفهوم الموسّع لعبارة «بطلان بعض الالتزام» بعداً كبيراً لأحكام الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية. وترتب عليه تعدّد صور البطلان الجزئي في القانون الوضعي الألماني. فبالإضافة إلى حالة قيام الالتزام الأصلي في صورة بطلان الالتزام التابع التي أفردتها المشرع التونسي كما رأينا بالحكم الوارد بالفقرة 2 من الفصل 326، يشمل نطاق الفصل 139 من القانون المدني الألماني عدّة حالات أخرى نذكر منها حالة العقد المتعدّد الأطراف الذي لا يبطل بصفة كلية إذا بطل في حقّ أحد أطرافه، إنّما يبقى قائماً في حقّ البقية. كما ينسحب البطلان الجزئي على العقود المختلطة التي تجمع بين عدّة عقود يمتزج بعضها ببعض الآخر في كتب واحد<sup>(22)</sup>. وقد استقرّ الفقه وفقه القضاء بألمانيا على أنّ بطلان بعضها لا ينجّر عنه بالضرورة بطلان البقية<sup>(23)</sup>. ويعتبر شقّ هامّ من الفقه ومن القضاء بألمانيا أنّه من الجائز أيضاً الاستناد إلى

(19) يراجع : J. VON STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, § 139, n° 5, cité par Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, Paris, L.G.D.J., 1969, n° 342 et 343.

(20) أنظر المرجع أعلاه.

(21) يراجع : Philippe SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, op. cit., n° 343, p. 419.

(22) يراجع العدد 80 أعلاه.

(23) يراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 344.

أحكام الفصل 139 لتعديل الالتزام المغالى فيه بنسبة مازاد عن قيمته الحقيقية بحيث لا يبطل من الالتزام إلا بعضه كما يسمح به نظام البطلان الجزئي الوارد بالفصل 139<sup>(24)</sup>. إن أحكام الغبن التي تمنع كما رأينا مجازاة الإنعدام الجزئي للسبب ببطلان جزئي للالتزام نحول طبعاً<sup>(25)</sup> دون اعتماد الفصل 327 من م.ا.ع. لتكريس هذا الحلّ العادل في القانون التونسي. على أنه بقطع النظر عن هذه الحالة الخصوصية، فإنه يبقى من الثابت بوجه عام أنّ الفصل 327 من م.ا.ع. لم يجد حظّه في التطبيق. وأمام تأكيد اهتمام الفقه الحديث المقارن بنظرية البطلان الجزئي وخصوصاً بمفهوم انتقاص العقد، فإن الأمر يصير تماماً يؤسف له. وفي ذلك اعتباران. أولهما أنّ الإستقرار التعاقدى يستوجب من وجهة نظر عملية واقتصادية التضييق في تطبيق عقوبة البطلان والتحديد في نطاقها<sup>(26)</sup>، وثانيهما أنّ مراعاة متطلبات النظام العام تقتضي أحياناً، تحقيقاً لغاية المشرع، تسليط عقوبة البطلان على الشرط المخالف لأحكامه مع الإبقاء على بقیة العقد<sup>(27)</sup> ضرورة أنّ انسحاب البطلان على كامل العقد غالباً ما يحمي مصالح الطرف المستفيد من الشرط الباطل ويحرم في الوقت ذاته معاقده من فوائد ذلك العقد.

## II - شروط قيام العقد منتقاصاً

311 - يفهم من صريح أحكام الفصل 327 أنّ قيام العقد منتقاصاً لا يجوز «إلا إذا أمكنه القيام بدون جزئه الباطل». ويتفق الشراح على أنّ تحقق هذه الإمكانية يبقى في جميع الأحوال رهين قابلية العقد للتجزئة.

312 - تتعدّر تجزئة العقد أحياناً لأسباب موضوعية. من ذلك تعلق الخلل الذي يعتره بركن من أركانه الجوهرية<sup>(28)</sup> أو استحالة الفصل المادي لجزئه

السليم عن جزئه الفاسد كالبيع بثمن جمليّ واحد لعدّة أشياء. حيث لا يمكن أن يستمرّ قيام مثل هذا العقد منتقاصاً في صورة بطلان بعضه فيما يتعلّق بأحد الأشياء المباعة نظراً لاستحالة فرز ثمن المبيع الباطل عن ثمن بقیة المبيعات<sup>(29)</sup>. ومن الأسباب الموضوعية التي يتعدّر معها أيضاً قيام العقد منتقاصاً، تنصيب القانون في حالات معينة على ضرورة انسحاب البطلان على كامل العقد<sup>(30)</sup>. من ذلك ما نصّ عليه الفصل 1475 من م.ا.ع. في خصوص بطلان عقد الصلح حيث ورد فيه صراحة أنّ «الصلح لا يقبل التجزئة. فبطلان جزء منه أو فسخه يترتب عليه بطلان جميع الصلح أو فسخه».

313 - وتتعدّر التجزئة من ناحية أخرى لأسباب ذاتية. ويجمع الشراح في هذا الخصوص على أنّ الفصل 139 من المجلة المدنية الألمانية ونظيره الفصل 327 من م.ا.ع. يقومان على قرينة عدم تجزئة العقد<sup>(31)</sup>. فالمتفرض قانوناً أنّ إرادة الطرفين وجهت لتحقيق كامل العقد لا جزءاً منه. لذلك فإنّ «بطلان بعض الالتزام يبطل جميعه». ولا يكون الأمر على خلافه إلا إذا أثبت الطرف الذي يتمسك بالبطلان الجزئي، أي بقيام العقد منتقاصاً، بأنّ معاقده ما كان ليرفض إبرام العقد بدون جزئه الباطل لو علم وقت التعاقد بوجود سبب بطلانه الجزئي. وإذ يركّز الشراح على أنّ الحكم بقيام العقد منتقاصاً من عدمه يخضع في النهاية إلى تقدير القاضي الذي يعتبر في ذلك ظروف الأحوال ومدى حسن نية الطرف الذي يطلب البطلان الجزئي<sup>(32)</sup>، فإنهم يقرّون مع ذلك بالدور الأساسي الذي يلعبه تحليل إرادة الأطراف في الوصول إلى تحديد نطاق البطلان. وتنتج الملاحظة في هذا الخصوص أنّ نظرية البطلان الجزئي تقوم في فرنسا على نفس الأساس<sup>(33)</sup>. بقي أنّه يجب أن لا ننسى أنّ قيام العقد منتقاصاً يهدف في نظر المشرع إلى إنقاذ العقود من البطلان بما يضمن الإستقرار

(29) اراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 884, et PH. SIMLER, op. cit., n° 353.

(30) اراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 354.

(31) اراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 348.

(32) حول اشتراط حسن نية الطرف الذي يتمسك بالبطلان الجزئي اراجع : PH. SIMLER (عدد 358)

الذي يركّز هنا على المصدر الفقهي لهذا الشرط الذي لم يتضمنه الفصل 139 الماني (327 م.ا.ع.).

(33) اراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 885 et 897.

(24) اراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 345 à 347.

(25) اراجع العدد 182 أعلاه.

(26) اراجع : PH. SIMELR, op. cit., n° 348 et 390.

(27) اراجع : PH. SIMLER, op. cit., n° 339; J. GHESTIN, op. cit., n° 895.

(28) اراجع : J. GHESTIN, Traité, op. cit., n° 883.

التعاقدي . كما أنه يعطي لعقوبة البطلان أكثر مرونة بما يوفّر لها المزيد من التّجاعة في حماية النظام العام<sup>(34)</sup> . وهو ما يفسّر اعتمادها في القانون المقارن<sup>(35)</sup> .

### الفرع الثالث : تحوّل الإلتزام

314 - جاء بالفصل 328 من م.ا.ع. أنه «إذا بطل الإلتزام وكانت به من الشّروط ما يصحّ به التّزام آخر جرت عليه القواعد المقرّرة لهذا الإلتزام» .

ويتبيّن من التأمّل في أحكامه أنه يفترض حالة يكون فيها الإلتزام المتفقّ عليه باطلاً بصفته تلك ، ولكنّه صحيح بعنوان التّزام آخر . فبدل أن يسقط ما اتفقّ عليه الطّرفان بسبب بطلان العقد الذي أبرماه للغرض ، يتحوّل إلى عقد آخر ، وهو العقد الذي توافرت عناصره ، متى تبيّن أنّ هذا العقد يرمي إلى نفس الهدف الذي حمل الطّرفين على إبرام العقد الباطل . ومثال ذلك تحوّل الكمبيالة الباطلة بسبب عدم توفّر شروطها الشكلية إلى سند إذنيّ ، أو إلى اعتراف بدين . ويمكن بناء على هذا التعريف وعلى المثال المرافق له أن نعتبر أنّ تحوّل العقد هو عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتّب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وصفه الأصلي<sup>(36)</sup> . وهو التحليل الذي اعتمده محكمة التعقيب<sup>(37)</sup> لما قضت «أنّ البطلان لا يقتضي

(34) يراجع : J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 880 .

(35) يشكّل البطلان الجزئيّ المبدأ في القانون السّويسريّ : يراجع الفصل 20 ، الفقرة الثانية من مجلة الإلتزامات السّويسرية التي تنصّ على ما يلي :

"Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces dernières 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". V° sur le droit suisse, PH. SIMLER, op. cit., n° 361 et s.

(36) يراجع : PH. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., n° 13 ; WEILL et TERRE, *Obligations*, op. cit., n° 328 ; J. GHESTIN, *Traité*, op. cit., n° 873 ; Alain PIEDELIEVRE, *Quelques réflexions sur la maxime "Quod nullum est, nullum producit effectum"* in *Mélanges VOIRIN*, 1967, pp. 639 et s., spéc. pp. 646 et 647 ; J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, *Etudes Ripert*, II, p. 93.

(37) يراجع القرار التعقيبي عدد 6557 ، المؤرّخ في 25 مارس 1955 ، ق.ت. 1960 ، عدد 9 و 10 ، ص

الفسخ الفاصم للعلاقة إذا كانت المحكمة قد تولّت تأويل العقد بما يرجع به إلى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك إلتزاماً غير الذي اقتضاه ظاهر التّحرير . وتجري عليه القواعد المقرّرة لذلك الإلتزام كما اقتضى ذلك الفصل 328 : م.ا.ع. . وقد تبنّى المشرّع التّونسيّ هذه التّظريّة أخذاً عن القوانين الألمانيّة والسّويسرية والإيطالية<sup>(38)</sup> .

(38) أنظر في خصوص هذه التّشاريح : TANDOGAN, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats*, thèse, Lausanne, 1952, pp. 111 et s.



البَابُ الثَّانِي  
أَقَارِ الْعَقْدِ

## العنوان الأول آثار العقد من حيث الموضوع

316 - إذا نشأ العقد صحيحاً تكون له قوة ملزمة لطرفيه تجعله شبيهاً من هاته الناحية بالقانون (الفصل الأول). وحتى تكون لإلزامية العقد جدوى، اهتم المشرع بصور عدم الوفاء بالعقود ونظم جزاءها (الفصل الثاني).

315 - تتمثل آثار العقد في إنشاء التزامات. فإذا تكوّن العقد وتوافرت جميع شروط صحته وجب على المتعاقدين تنفيذ ما تضمنته من التزامات. على أنّ هذه الآثار لا تنسحب مبدئياً على غير المتعاقدين وهو ما يجب البحث فيه وبيان من خلال دراسة آثار العقد من حيث الموضوع (العنوان الأول) ثمّ من حيث الأشخاص (العنوان الثاني).

الفصل الأول  
القوة الملزمة للعقد

317 - ينص على القوة الملزمة للعقد الفصل 242 من م.ا.ع. الذي جاء به أن «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينفذ إلا برضاها أو في الصور المقررة في القانون». وتفيد هذه القاعدة ضرورة الوفاء بالعهد مما يعطيها بعدا أخلاقيا ثابتا. على أن الفقه ينسب لها من ناحية أخرى أساسا إقتصاديا واجتماعيا لا يمكن المنازعة في جديته طالما أن الثقة في التعامل والإتجار تبقى أساس الحياة الإقتصادية والاجتماعية السليمة. ومما يدعم أيضا قاعدة إلزامية العقود ويبررها حسب دعاء النظرية التقليدية، كونها تبدو نتيجة طبيعية ومباشرة لمبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه في اعتقادهم نظرية العقد.

على أن التأمّل في القانون الوضعي سوف يبين لنا أن العوامل الموضوعية التي تفرضها المصلحة الإقتصادية والاجتماعية كثيرا ما تفسح المجال للقانون للتقليل من حدة القوة الملزمة للعقد، بما يضعف دور الإرادة في تحديد آثار العقد من حيث الموضوع خاصة أن للقانون والعرف والإنصاف - فضلا عن الإرادة - دورا هاما في تحديد محتوى العقد الملزم. وهو ما سنحاول بيانه من خلال دراسة مبدأ القوة الملزمة للعقد (الفرع الأول) ثم نطاقها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد

318 - ينسحب مبدأ القوة الملزمة للعقد على الأطراف المتعاقدة (§1)

كما ينسحب على القاضي (§2).

### § 1 - إلزامية العقد فيما بين الأطراف

319 - تخص مقتضيات الفصل 242 م.ا.ع. الأطراف المتعاقدة

بالدرجة الأولى. وتقتضي ضرورة الوفاء بالإلتزام الناشئ عن العقد (I)، كما تعني استحالة نقض العقد دون رضا طرفيه أو ترخيص من القانون (II).

#### I - الوفاء بالإلتزام

320 - الوفاء بالإلتزام واجب قانوني (أ) يشترط من كل متعاقد أن يؤديه

«مع تمام الأمانة» (ب).

### أ - واجب الوفاء

321 - يعني وضع العقد في مقام القانون بالنسبة لطرفيه أن كل طرف

مطالب بالإستجابة إلى العقد الذي يربطه بمعاقده بمثل ما هو ملزم بالإستجابة إلى سلطة القانون<sup>(1)</sup>. وإذا كان لا بد في هذا الخصوص من مراعاة القوانين الأمرة وخاصة منها تلك المتعلقة بالنظام العام التي لا ينازع أحد في تفوقها على مجرد الإلتزامات العقدية، فإن قاعدة الفصل 242 م.ا.ع. تكتسي في غير هاته الحالات طابعا عاما ومطلقا<sup>(2)</sup> يحتم على القاضي المتعهد السهر على أن تنفذ جميع الإلتزامات الناشئة عن العقود مهما كانت شدتها. من ذلك أن الشرط الجزائي التثقيلي - كضرب غرامة يومية عند تأخر المدين عن الوفاء - يلزم هذا الأخير عملا بأحكام الفصل 242 م.ا.ع. دون اعتبار مدى قساوته<sup>(3)</sup> وكذلك الحال بالنسبة للشرط القاضي بفسخ عقد التسويغ في صورة تغيير المكري بدون رخصة كتابية من المالك. وقد أكدت محكمة التعقيب<sup>(4)</sup> على حتمية العمل بهذا الشرط مبيّنة أن مخالفته بعلّة أن التحوير الذي أدخله المكري

(1) براجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1135; WEILL et : TERRE, op. cit., n° 346.

(2) وهو ما أكدته محكمة التعقيب (قرار عدد 3550، مؤرخ في 4 مارس 1941، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 152) بمقولة «أنه على مقتضى الفصل 242 من المجلة المدنية ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين. وأن هاته القاعدة عامة ومطلقة كأن يلتزم المكري بإجراء جميع الإصلاحات التي تلزم المحلّ دون المالك». وانظر في نفس المعنى القرار التعقيبي المدني عدد 17957 المؤرخ في 5 مارس 1991، ن.م.ت. 1991، ص 249.

(3) أنظر : قرار مدني استثنائي، تونس، عدد 57407، مؤرخ في 10 فيفري 1965، ق.ت. 1965، عدد 6، ص 88 والحكم الابتدائي الصادر عن محكمة المهدية في 19 نوفمبر 1962، تحت عدد 232، ق.ت. 1963، عدد 7، ص 74، ولكن راجع حول تطورات فقه القضاء في هذا المجال العدد 387 أسفله، وما بعده.

(4) براجع قرار تعقيبي مدني عدد 9640، مؤرخ في 10 ماي 1984، ن.م.ت. 1984، ج II، ص 339. وانظر أيضا : قرار تعقيبي مدني عدد 133، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 171. وقد قضي فيه أنه في صورة اشتراط الطرفين أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يجرّ عنه فسخ العقد، فإن الفسخ يتحقق بمجرد وقوع مخالفة الشرط. وبراجع أيضا تطبيقا للفصل 242 : قرار تعقيبي مدني عدد 6948، مؤرخ في 17 مارس 1983، ن.م.ت. 1983، ج I، ص 209، وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 10463، المؤرخ في 3 ديسمبر 1984، (ن.م.ت. 1984، ج II، ص 314) الذي ورد به أنه إذا أتضح من تصفح عقد القرض التزام المدين بأداء الدين في تاريخه أصلا وفانصا إلى تمام الوفاء فإن «عدم القضاء من طرف محكمة الحكم المنتقد في شأن الفرع المتعلق بالفائض من فروع الدعوى يعتبر خرقا لا تعاقد عليه الطرفان ووثقا بالكتابة».

323 - وإذ يتبين من مراجعة العديد من أحكام مجلة الالتزامات والعقود وغيرها من بعض القوانين الخاصة الأخرى<sup>(10)</sup> أن مبدأ حسن النية في المعاملات يمكن أيضا اعتباره من الثوابت الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في نظر المشرع بتونس، فإن هذا المبدأ لم يلق مع ذلك البعد الحقيقي الذي يستحقه في التطبيق. وقلّ ما نعثر على قرارات تجازي بالفسخ أو بالغرامة عدم الوفاء بالالتزامات بأمانة وفقا لما يفرضه صريح أحكام الفصل 243 من م.ا.ع. وقد يعزى هذا التقص إلى التصور الذاتي للعقد الذي يسود فقه القضاء ببلادنا<sup>(11)</sup>. وهو تصور ينطلق من مبدأ سلطان الإرادة فيؤدّي إلى تقديس مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك إلى درجة حظر كلّ ما قد يخشى منه أن يعطي للقاضي سلطة تقديرية في تحديد نطاق الإرادة المشتركة للأطراف.

وما من شك في أن هذا الاحتراز قد يبدو في غير طريقه إذا اعتبرنا - وهو الرأي السائد اليوم<sup>(12)</sup> - أن البحث في مدى تنفيذ العقد «مع تمام الأمانة» ليس تحديد نطاقه، سواء كان ذلك بالتوسيع فيه أو التضيق، إنما النظر أساسا في مسألة مجازاة انعدام النزاهة - 1 - وما تفترضه قواعد التعاضد والتعاون - 2 - بين طرفيه أثناء تنفيذه.

### 1 ( واجب النزاهة<sup>(13)</sup>)

324 - يقصد بالنزاهة هنا تنفيذ الالتزام بإخلاص وبصفة تمكّن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد. وهو أمر يفرض تحبّب التّغريير وجميع أنواع

على واجهة المحلّ أملت عليه ضرورة العمل ولا يضرّ بالمكرى يعرض الحكم المطعون فيه للتّقص لعدم مراعاته لأحكام الفصل 242 م.ا.ع.

والأصل في الوفاء بالالتزام أن يتمّ عينا . ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بسبب عدم الوفاء إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا<sup>(5)</sup>. وفي صورة تعذر الوفاء لسبب خارجي مثل القوة القاهرة فإنّ المدين يعفى منه تماما عملا بأحكام الفصل 282 من م.ا.ع.<sup>(6)</sup>

### ب - مبدأ الوفاء بأمانة<sup>(7)</sup>

322 - ينصّ الفصل 243 م.ا.ع. على ضرورة «الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة». وقد أورد القانون الفرنسي نفس القاعدة ضمن الفقرة الأخيرة من الفصل 1134 من المجلة المدنية الفرنسية الناصّة على أنّ «الإتفاقات تنفّد عن حسن نية». على أنّ مبدأ حسن النية يعدّ في الحقيقة من القواعد الكلية المعمول بها في جميع النظم القانونية. وقد سبق لـ SANTIILLANA أن ذكر بأنّ «القانون الإسلامي الذي سوى بين الناس جميعا يرتكز على حسن النية...» مستشهدا خاصة بما ورد عن خليل من أنّه «علينا أن نكون نزهاء مع من وضع ثقته في نزاهتنا وأن لا نخون من خاننا»<sup>(8)</sup>. ولما كان ضمان الثقة في المعاملات من أهمّ الأسس التي يبنى عليها التشريع في مادة العقود بألمانيا، فلا يعدّ أمرا غريبا استناد فقه القضاء بهذه البلاد على مبدأ حسن النية الوارد بالفصلين 157 و242 من المجلة المدنية الألمانية للسّماح بالمراجعة القضائية للعقود في صورة تغيير مفاجيء للظروف الإقتصادية<sup>(9)</sup>.

(5) يراجع العدد 397 أسفله؛ وانظر أيضا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 350.

(6) يراجع العددان 369 و402 أسفله .

(7) يراجع : Robert VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé : français, thèse. Bordeaux 1939; F. GORPHE, Le principe de la bonne foi, thèse. Paris, 1928; G. LYON-CAEN, De l'évolution de la notion de bonne foi, Rev. trim. dr. civ. 1946, pp. 75 et s.; A. CHIREZ, De la confiance en droit contractuel, thèse, NICE, 1977.

(8) يراجع : SANTIILLANA، تقديم المشروع الأول للمجلة المدنية والتجارية التونسية، منشور باللغة العربية ضمن «مجلة الالتزامات والعقود التونسية» معدلة ومعلّقة على فصولها بأحكام القضاء، الطبعة الثانية، تونس 1982، ص 14 (جمع ونشر محمود ابن الشيخ).

(9) يراجع العدد 333 أسفله .

(10) يراجع في هذا الخصوص العددان 329 و334 أسفله. وانظر الفصول 7 و8 و18 من مجلة التأمين.

(11) يراجع العدد 49 أعلاه . ولكن انظر القرار الهامّ والجريء الصّادر عن الدائرة المدنية بحكمة التّعيب في 20 جوان 1994 تحت عدد 31607 (ن.م.ت. 1994، ص 456).

(12) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 355 à 357; PH. MALAURIE et L. AYNES, les obligations, op. cit., n° 614 634; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1140 à 1146.

ولكن يراجع في الاتجاه المعاكس : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 374; MARTY et :

RAYNAUD, II, 1er vol, op. cit., n° 222.

(13) يراجع : Yves PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse. :

Paris, L.G.D.J., 1989, préf. G. COUTURIER.

المقارنة من مبالغة<sup>(20)</sup>. ولكنها مع ذلك تعكس واقعا قانونيا لا يمكن تجاهله. ذلك أن واجب التعاون هو بوجه عام تيسير تنفيذ العقد في الحدود التي تملئها قواعد حسن النية<sup>(21)</sup> على أحد الطرفين أو على كليهما. وقد أقرت هذا الواجب العديد من النصوص القانونية المتعلقة ببعض العقود المسماة في شكل واجب إرشاد وإعلام على كاهل أحد المتعاقدين<sup>(22)</sup>. ومن ذلك ما ورد بالفصل 778 م.أ.ع. في مادة الكراء من أن المستأجر ملزم «بأن يعلم حالاً المؤجر بجميع ما يحدث في العين المأجورة مما يلزم المؤجر مباشرة سواء كان ذلك للزوم ترميمات أكيدة أو لظهور عيب غير متوقع بها أو لوقوع تعدد عليها أو دعوى أقيمت في ملكيتها أو في حق من حقوقها أو لحصول ضرر لها من الغير»، وإلا فإن المستأجر يلزم بالخسارة<sup>(23)</sup>. كما ينص الفصل 1134 م.أ.ع. للغرض نفسه وفي مادة الوكالة أنه «على الوكيل إعلام موكله بجميع ما من شأنه أن يحمل الموكل على تأخيره عن الوكالة أو تغيير شروطها». وفي عقد التأمين يلزم الفصل 7 - 3 من مجلة التأمين الصادرة بموجب القانون عدد 24

(20) وقد أبدى العميد CARBONNIER احترازا واضحا نحو جدية التعاون في تنفيذ العقود نظرا لتباين مصالح الأطراف الذي لا يسمع في اعتقاده إلا «بتعاون مضاد» كامن للنزاع والشقاق. وقد كتب في هذا المعنى قائلا:

"L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu' à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, d'aucuns aient rêvé de transformer tout contrat en mariage... Qu'il puisse y avoir dans le contrat un contenu affectif, c'est ce dont témoignent... de nos jours... tant d'associations qui... vivent d'un élan des cœurs. Mais les contrats dont traite ordinairement le droit civil sont d'une pâte plus médiocre. Ce sont, selon l'expression de la psychologie sociale, des formes de coopération antagoniste..." (Droit civil, 4, Obligations, § 51, pp. 209 et 210).

(21) يراجع في خصوص هذا التعريف: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1144.

(22) يراجع: V. de JUGLART, L'obligation de renseignements dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, pp. 1 et s.; ALISSE, L'obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris, 1975; Raymond VAISSETTES, A propos de l'obligation de renseignements, Rev. loyers, 1989, p. 72; Muriel FABRE-MAGNAN, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse, Paris I, 1991.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 634 à 636.

(23) يراجع: قرار تعقيبي مدني عدد 7945، مؤرخ في 16 مارس 1972، ق.ت. 1973، عدد 5 و6، ص

الغش أثناء تنفيذ العقد<sup>(14)</sup>. ومن الأمثلة التقليدية التي يوردها الشراح في هذا الخصوص ما قضت به المحاكم الفرنسية من أنه يجب على المفاوض إذا تعهد بإيصال أسلاك كهربائية إلى مكان معين أن ينجز هذه العملية من أقصر طريق ممكن<sup>(15)</sup>. أو أنه يجب على ناقل البضائع أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة لصاحبها<sup>(16)</sup>. وقد اعتبرت محكمة التعقيب من جهتها في قرار جريء وشاذ في نوعه<sup>(17)</sup>، أن الأمانة في تنفيذ العقود تعد معدومة من جانب الطرف الذي يطلب تنفيذ حكم يقضي بالوفاء بالتزام ناشئ عن عقد يربطه بخصمه إذا تبين أن التنفيذ سوف يؤول إلى اكتسابه الغنم على حساب هذا الأخير، إضافة إلى أن سبب هذه الوضعية يرجع في الواقع إلى ماطلته في الوفاء بالتزامه<sup>(18)</sup>.

## 2) واجب التعاون

325 - يقول الحقوقي DEMOGUE<sup>(19)</sup> توضيحا منه لمفهوم واجب

التعاون المحمول على الأطراف بموجب العقد: «إن المتعاقدين يشكلون مجتمعا صغيرا يلتزم فيه كل فرد بالعمل لتحقيق هدف المجموعة. ويتمثل هذا الهدف في جملة الأهداف الخاصة التي يرمي إليها كل فرد من أفراد هاته المجموعة. مثلما هو الأمر في الشركة المدنية أو التجارية». لا شك فيما تتسم به هذه

(14) يراجع: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1142; WEILL et TERRE, op. cit., n° 356.

(15) يراجع: قرار تعقيبي فرنسي: Req. 19 janvier 1925, D.H. 1925, p. 77.

(16) يراجع: قرار تعقيبي فرنسي: Civ. 28 novembre 1905, D.P. 1909-1-193, S. 1909-1-269

(17) يراجع: قرار تعقيبي مدني عدد 9221، مؤرخ في 10 ماي 1984، ن.م.ت. 1984، ج 1، ص 355.

(18) يراجع: Ives PICOD, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, J.C.P. 1988.1.3318; J. MESTRE, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, Rev. trim. dr. civ. 1986, p. 109; WEILL et TERRE, op. cit., n° 357; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1144.

(19) يراجع: DEMOGUE, obligations, t.6, n° 3 et s.: "Les contractants forment une sorte de microcosme; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale".

بمقولة «أنّ الاتفاقات تلزم طرفيها كشرعية لهما. ولا يمكن لأحدهما الإقدام بمفرده على إلغاء مقتضياتها والتحلل من التزاماتها فيها طالما لم يقترن ذلك بموافقة معاقده». وفي قرار صادر عن الدوائر المجتمعة في 18 فيفري 1983<sup>(27)</sup> أكدت محكمة التعقيب من جديد على هذا المبدأ بمقولة أن «عقد التسويغ يبقى ساري النفاذ عاملا بين الطرفين منتجا لكل آثاره التعاقدية والقانونية ما لم يطرأ عليه ما ينهي مفعوله أو يفسخه لا بالتراضي ولا بالتقاضي». واعتبرت نتيجة ذلك أن الحكم الاستعجالي القاضي بإخراج التسوغة من المكري لعدم الوفاء بجزء من معين الكراء لا تنفرض به العلاقة التسويغية التي تبقى على نفاذها ضرورة أن القضاء المستعجل لا ينظر في أصل النزاع وليس سوى وسيلة حامية وقتية لا تنال من العلاقة الموضوعية القائمة بين طرفي النزاع<sup>(28)</sup>.

على أن مبدأ استحالة النقص الأحادي للعقد ليس مطلقا إذ يستشف من صريح أحكام الفصل 242 م.1.ع. أن نقض العقد لا يجوز فقط باتفاق طرفيه بل يبقى كذلك ممكنا في الصور المقررة في القانون. الأمر الذي يتجه معه حصر استثناءات استحالة النقص الأحادي (أ) قبل التعرض لمسألة النقص الرضائي (ب).

### أ - إستثناءات استحالة النقص الأحادي

327 - يكون فسخ العقد من جانب واحد ممكنا إما بموجب القانون (2) أو بترخيص مسبق من العقد (1).

### 1 ( الفسخ الأحادي المرخص به عقدياً

328 - تتعرض الاتفاقات أحيانا إلى إمكانية فسخها من جانب واحد في مدة معينة. ولا يعتبر وجود الإلتزام موقوفا في هاته الصورة على مجرد رضا

(27) قرار تعقيبي مدني عدد 775، صادر عن الدوائر المجتمعة في 18 فيفري 1983، ن.م.ت. 1985، ج 1، ص 268.

(28) يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 21229، المؤرخ في 20 جوان 1989، وقد اعتبرت فيه محكمة التعقيب أن التشبه بالخروج لانتهاء المدة لا قيمة له قانونا ولا يمكن أن ينال من علاقة الطرفين إذا صدر عن المسوّغ بعد التجديد الضمني للكراء على النحو المبين بالفصل 793 م.1.ع. لانطوئه في مثل هاته الحالة على إنهاء تلك العلاقة من جانب واحد وبدون أي سبب مشروع (ن.م.ت. 1989، ص 247).

لسنة 1992 المؤمن له «أن يصرّح بالظروف الجديدة التي تطرأ خلال سريان العقد» والتي ينجّر عنها تفاقم في الخطر المؤمن منه. على أن الإلتزام بالتعاون يتجاوز أحيانا واجب الإعلام والإرشاد ليشمل واجب حفظ حقوق التعاقد وصيانة مكاسبه. ومثال ذلك الفصل 1133 من م.1.ع. الذي ينصّ في فقرته الثانية على أنه إذا أسرع الفساد في الأشياء التي تسلّمها الوكيل في حق موكله «قبل أن يتيسر إعلام الموكل بذلك فعلى الوكيل بيعها على يد الحاكم بعد إثبات حالتها وإعلام موكله حالا بكل ما يفعله».

إن أحكام الفصل 243 م.1.ع.، التي تنصّ بوجه عام على ضرورة الوفاء بالإلتزامات مع تمام الأمانة، تتضمن كما سبق عرضه جملة هذه المعاني. لذلك قد يكون من المتجه أن تستند المحاكم إلى هذا النصّ لتثبيت وجود واجب التعاون في تنفيذ العقود في جميع الحالات التي يُفتقر فيها إلى نصّ خاصّ علما أن أداء هذا الواجب يعتبر أمرا حتميا بالنسبة لبعض أنواع العقود الحديثة مثل عقود الإعلامية<sup>(24)</sup>.

### II - إستحالة النقص الأحادي للعقد

326 - لا ينقض العقد حسب صريح أحكام الفصل 242 م.1.ع. إلا برضاء طرفيه أو في الصور المقررة في القانون. وهذه القاعدة هي في الواقع نتيجة مباشرة للمبدأ القاضي بأن العقد هو شريعة الطرفين طالما أن ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة<sup>(25)</sup>. وقد طبقت محكمة التعقيب هذه القاعدة في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1981<sup>(26)</sup> حيث قضت بأنه لا يحقّ للوكيل الذي تعهد بالشراء لموكله أن يتحلل من هذا الإلتزام ويسند العقد لنفسه معللة حكمها

(24) —راجع: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1146; MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 635, note 58.

(25) يراجع: DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Rev. trim. dr. civ. 1907, p. 245; B. HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, thèse Paris, 1973; PH. SIMLER, L'article 1134 du code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, J.C.P. 1971, 1, 2413.

(26) قرار تعقيبي مدني عدد 4252، مؤرخ في 17 نوفمبر 1981، ق.ت. 1982، عدد 7، ص 102.

ب - التّقص الرضائي<sup>(317)</sup>

330 - يتمّ التّقص الرضائي للعقود المشار له بالفصل 242 م.1.ع. بموجب حصول اتفاق جديد بين المتعاقدين يقضي بنقض ما اتفقا عليه سابقا. ولا يترتب على التّقص أي أثر رجعي وتنسحب قاعدة عدم الرجعية على العقود الزمنية. حيث ينجرّ على نقضها مجرد انقراضها قبل الأجل المحددة لها بالعقد ولكن دون أي أثر على الماضي. كما تنسحب عدم الرجعية أيضا على العقود الحينية. من ذلك أنّ التّقص الرضائي لعقد بيع لا يترتب عليه قانونا محو آثار البيع بالنسبة للماضي، كما هو الحال في صورتي الفسخ والبطلان. الأمر الذي يستخلص منه أنّ عقد التّقص لبيع سابق ليس إلا يبيعا جديدا تنتقل بموجبه ملكية المبيع مجددا إلى مالكيها الأصلي اعتبارا من تاريخه. ويترتب على ذلك - من وجهة جباية - ضرورة دفع معلوم نقل جديد. أما بالنسبة للحقوق التي اكتسبها الغير من المشتري على المبيع قبل تاريخ التّقص (كالرهن أو حق الارتفاق أو الكراء)، فإنها تعدّ صحيحة ويحقّ لهم تبعا لذلك أن يعارضوا بها المالك<sup>(318)</sup>.

§ 2 - إلزامية العقد تجاه القاضي<sup>(38-1)</sup>

331 - عندما ينصّ الفصل 242 م.1.ع. على أنّ «ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين...» فإنه ينسحب أيضا على القاضي ويلزمه (I). على أنّ السّؤال يبقى مطروحا حول إمكانية إعفاء القاضي من هذا القيد والسّماح له إمّا بتعديل العقود الزمنية أو بنقضها وذلك كلّما طرأت أحداث استثنائية لم تكن متوقعة ترتب عليها أنّ تنفيذ الالتزام أصبح مرهقا للمدين إلى حدّ يفقد العقد توازنه الاقتصادي بصفة ملحوظة وخطيرة

(37) يراجع : R. VATINET, Le mutus dissensus, Rev. trim. dr. civ. 1987, p. 252 et s.; MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 615.

(38) يراجع : A. RIEG, J. Class. civil, Articles 1134 et 1135, op. cit., n° 20; WEILL et TERRE, op. cit., n° 352.

(38-1) يراجع : Nédhir BEN AMMOU, Thèse précitée, n° 508 à 510.

الملتزم<sup>(29)</sup>. ولا يعدّ حينئذ باطلا على ذلك الأساس (الفصل 121 م.1.ع. وما بعده). لذلك فإنه يمكن مثلا للمتسوّغ أو للمتسوّغ أن يبقيا لنفسيهما حقّ التحلّل من عقد التسويغ بعد مرور مدّة معينة بالعقد وبصفة دورية. كما يجوز للمشتري أن يبقيا لنفسه الخيار في إمضاء العقد أو فسخه في مدّة معينة. ويمكن أن ينصّ مثل هذا الشرط على حقّ البائع في الاحتفاظ بالعربون بعنوان غرامة. على أنّ حقّ الفسخ من جانب واحد لا يجوز في الهبة والإقرار بالدين والإبراء منه (الفصل 121 م.1.ع.). ويلاحظ الشّراح بوجه عام أنّ الفسخ الأحادي المرخص به عقديا ليس استثناء حقيقيا للمبدأ الوارد بالفصل 242 ضرورة أنّه في الواقع ممارسة لحقّ أقرته شريعة الطرفين<sup>(30)</sup>.

## 2 ( الفسخ الأحادي المرخص به قانونيا

329 - تجيز القوانين المنظمة لبعض العقود الخاصة أحيانا لأحد المتعاقدين أو لكليهما أن يستقلّ بنقض تلك العقود. وذلك إمّا لأسباب حمائية<sup>(31)</sup>، مثلما هو الحال بالنسبة للعقود الزمنية التي لم تحدّد لها مدّة، كعقد التأمين<sup>(32)</sup> أو عقد الشغل<sup>(33)</sup>، أو لأسباب ترجع إلى طبيعة العقد وخصائصه، كما هو الشّأن في الوكالة<sup>(34)</sup> والوديعه<sup>(35)</sup>. وينظّم القانون عادة شروط ممارسة هذا الحق<sup>(36)</sup>.

(29) يراجع : A. RIEG, J. Class. civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 16; WEILL et TERRE, op. cit., n° 353, note 7.

(30) انظر المرجعين أعلاه. راجع أيضا : نور الدين بسورور، خواطر حول مسؤولية البنك في غلق الحساب الجاري في القانون التونسي، المجلة القانونية التونسية 1986، ص 11.

(31) وتمثّل هذه الأسباب خاصة في حماية حرية الأطراف وذلك بتكيتها من التحلّل من قيود العقود الطويلة المدى. يراجع : MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 247, MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 747.

(32) يراجع الفصل 5 من مجلة التأمين.

(33) يراجع الفصل 14 ب من مجلة الشغل.

(34) يراجع الفصل 1157 - 3 و 4 من م.1.ع.

(35) يراجع الفصلان 1008 و 1030 من م.1.ع.

(36) يراجع : A. ROBERT, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, et J. GUYENOT, La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, (in la tendance à la stabilité du rapport contractuel : Etudes de droit privé sous la direction de Paul DURAND, Paris, 1960, pp. 37 et s., et 235 et s.).



محكمة التعقيب في تعليلها لهذا القرار القاضي بالنقض إلى أحكام الفصل 254 من م.أ.ع. التي جاءت ناصّة على أنّ ذمّة المدين «لا تبرأ... إلا بتسليمه ما التزم به في العقد قدرا وصفة. ولا يسوغ له أن يلزم الدائن بقبول شيء آخر عوضا عنه ولا بكيفية غير الكيفية المقررة في العقد أو التي جرى بها العرف». ويعتبر هذا النصّ في نظر الفقه<sup>(44)</sup> حلاً تشريعيًا خاصًا مستمدًا من القاعدة العامة الواردة ضمن الفصل 242 المذكور.

## II - نظرية الظروف الطارئة<sup>(45)</sup>

333 - هل يحقّ للقاضي أن يتجاوز القيود التي وضعها الفصل 242 م.أ.ع. فيتنقض العقود ويعدّل التزامات أطرافها بسبب حدوث تغييرات استثنائية في الإقتصاد تخلّ بتكافؤ الإلتزامات ويصبح معها تنفيذ الإلتزام مرهقا

(44) - مراجع : A. RIEG, Juris Classeur civil, Art. 1134 et 1135, contrats et obligations, Fasc. 11, n° 22.

(45) - مراجع : VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports de droit privé, th. Nancy : 1922; E. De GAUDIN DE LAGRANGE, La crise du contrat et le rôle du Juge, thèse Montpellier, 1935; AUVERNY - BENNETOT, La théorie de l'imprévision, th. Paris, 1938; EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Paris, L.G.D.J., 1967, n° 267 et s.; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, op. cit., n° 48 et s.; DELMAS SAINT-HILAIRE, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, in la tendance à la stabilité du rapport contractuel, 1960, pp. 189 et s.; I. DE LAMBERTERIE, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, rapport français, in le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, pp. 217 et s.; R. DAVID, L'imprévision dans les droits européens, Etudes JAUFFRET, L.G.D.J., 1974, pp. 211 et s.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, ouvr. précité, n° 524 à 541; v° aussi, J. CARBONNIER, Droit civil, 4, Les obligations, op. cit., §§ 67 et 69; J. FLOUR et J.L. AUBERT, Les obligations, L'acte juridique, op. cit., 4<sup>e</sup> éd. 1990, n° 401 et s.; A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 377 et s.; B. STARCK, H. ROLLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat, op. cit., n° 1154 et s.; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, II, Les obligations, op. cit., n° 226 et s.; A. RIEG, J. Class. Droit civil, Art. 1134, Fasc. 11, n° 29 à 48; Nédhir BEN AMMOU, thèse précitée, n° 1000.

ويراجع أيضا : عبد الرزاق السّهوري : الوسيط في شرح القانون المدني...، I، ص 629 وما بعدها.

عليه. وهو الحلّ الذي تنادي به نظرية الظروف الطارئة (II).

## I - إلتزام القاضي بقيود الفصل 242 م.أ.ع.

332 - تنسحب آثار مبدأ القوة الملزمة للعقد على القاضي بمثل ما تعني الأطراف المتعاقدة. فعلى القاضي إذن أن يفرض احترام العقود وأن يعتبرها من هاته الناحية بمثابة القانون. وإذا سمح له بتفسيرها<sup>(39)</sup> إذا اعترى بعض فصولها غموض، فإنه لا يمكنه في المقابل أن يعدّل أو أن يغيّر الإلتزامات الناشئة عنها ولو كان ذلك بحجة منافاتها للعدالة. وقد أكدت محكمة التعقيب هذا الحلّ لما قضت أنّه لا يحقّ للمحكمة تأسيسا على أحكام الفصل 242 م.أ.ع. أن تعدّل مقدار الشرط الجزائي<sup>(40)</sup> أو أن تلغي الشرط الفسخي<sup>(41)</sup> أو أن تستجيب لطلب من حلّ أجلّ التزمه ولم يُوف به تمكينه من أجل إضافي طالما «لم يقع في شأنه اتفاق»<sup>(42)</sup>. كما ورد عن محكمة التعقيب أنّه إذا اتضح أنّ طرفي النزاع كانا قد اتفقا على أن يجري أحدهما أشغالا تتمثل في دهن محلّ على ملك الآخر وأن يستعمل في ذلك موادّ أوليّة معينة الكمّ والنوع والثمن، وإذا ثبت من اتفاقهما إلتزام المدين بإعادة الأشغال في صورة عدم مطابقتها لشروط العقد، فإنه لا يحقّ للمحكمة أن تعفيه من الإلتزام بإعادة الأشغال وأن تحصر مقدار الغرامة التعويضية المحمولة عليه في فوارق الأسعار بين الموادّ المتفق على استعمالها بالعقد والموادّ التي استعملت فعلا<sup>(43)</sup>. وتما يلفت الإلتباه في هذه القضية استناد

(39) يراجع العدد 59 أعلاه وما يليه.

(40) يراجع : قرار تعقيبي مدني صادر عن الدوائر المجتمعة في 28 أفريل 1975، تحت عدد 7919، ن.م.ت. 1975، ص 224 وانظر تعليق الأستاذة التمشي على هذا القرار بالمجلة التونسية للقانون لسنة 1976، ص 166 (باللغة الفرنسية)؛ قرار تعقيبي مدني عدد 5820، مؤرخ في 20 جوان 1968، ن.م.ت. 1968، ص 52. ولكن انظر في الإتجاه المعاكس قرار عدد 10149، في 17 جويلية 1956، ق، ت، 1960، عدد 9 و 10، ص 139. وراجع خاصة القرار عدد 42624 المؤرخ في 28 أفريل 1994، مذكور مرجع سابق، وانظر العدد 387 أسفله وما بعده.

(41) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 133، مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، ن.م.ت. 1976، ج III، ص 171.

(42) انظر قرار استئنافي مدني، تونس، عدد 57407، مؤرخ في 10 فيفري 1965، ق.ت. 1965، عدد 6، ص 88.

(43) قرار تعقيبي مدني عدد 52، مؤرخ في 13 أفريل 1976، ن.م.ت. 1976، ج I، ص 184. يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 20128، المؤرخ في 17 جانفي 1989، ق.ت. 1991، عدد 6، ص 57.

للمدين، ملحقاً به خسارة فادحة من شأنها أن تعرّضه للإفلاس؟ إن نظرية الظروف الطارئة تتضمن رداً إيجابياً على هذا السؤال. ولكنها مع ذلك غير مقبولة في القانون التونسي. وحتى نتبين هل أنه من واجب فقه القضاء أن يسعى إلى سدّ هذه الثغرة، وهل أنه من المتّجه في مرحلة ثانية تكريس هذه النظرية بنصّ تشريعي، يتعين علينا استعراض التطور التاريخي الذي شهدته مما قد يساعدنا على وضع المشكل في إطاره الصحيح (أ) ويقنعنا بالتالي أن موقع الصعوبة هنا ليس قانونياً (ب) بقدر ما هو اجتماعي واقتصادي (ج).

### أ - التطور التاريخي وطرح المشكل

334 - يبدو تمكين القاضي من مراجعة أو نقض العقود التي يختل توازنها بسبب تغيير الظروف الاقتصادية أمراً مطابقاً للعدالة وللأخلاق. ولا غرابة إذن في أن يكرّس القانون الكنسي في القرون الوسطى هذا الحل<sup>(46)</sup>. وقد كان ذلك على أساس «قاعدة تغيير الظروف» التي تفترض في كلّ عقد شرطاً ضمنياً وهو عدم تغيير الظروف الاقتصادية التي تمّ في ظلّها التعاقد. أما إذا تغيرت بصورة يصبح معها تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، فإنه يجب تعديل العقد حتى يزول الحيف الناشئ عن هذا التغيير الذي لم يسبق توقّعه. وقد تولّى الفقه الألماني في القرن الثامن عشر تطوير نظرية الشرط الضمني المتعلق بتغيير الظروف والتعمق فيها إلى حين تكريسها تشريعياً في مقاطعة بروسيا<sup>(47)</sup>. ولكن سرعان ما وقع التخلي عنها اعتباراً لخطورتها على استقرار المعاملات. ويتفق الشراح اليوم على أنّ عدم اعتمادها من طرف المشرع الفرنسي لسنة 1804 والمشرع الألماني لسنة 1896 كان عن قصد وبيّنة، وأنّ ذلك يرجع أساساً إلى حرص المشرع في كلا البلدين على ضمان استقرار

(46) يراجع في خصوص هذه النقطة: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، I، ص 633، عدد 416. وانظر... J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 406; A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 529.

(47) يراجع: A. RIEG, Le rôle de la volonté... op. cit., n° 52 : J. CARBONNIER, Droit civil, 4, op. cit., § 69. وقارن مع:

العقود حفاظاً على مصداقية المعاملات وعلى نجاحاتها<sup>(48)</sup>. ويبدو أنّ هذا الاتجاه قد أثر على محرري مجلة الالتزامات والعقود. لذلك، وبالرغم من وجود أثر ملحوظ لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي<sup>(49)</sup>، فإن القانون المدني التونسي يفتقر بدوره إلى قاعدة عامّة تكرّس مثل هذه النظرية.

على أنّ بعض الأحكام القانونية المتفرقة تدلّ على أنّ المشرع في تونس لا ينبذ المراجعة القضائية للعقود بصورة مطلقة. من ذلك أنّ الفصل 805 م.أ.ع. يسمح لمكتري أرض فلاحية أن يطلب من القاضي إسقاط الكراء أو الحطّ منه إذا أجيح زرعها كلّ أو أكثر من نصفه بأمر طارئ أو قوة قاهرة وبلا تقصير منه. كما ينصّ الفصل 1088 م.أ.ع. على نفس ذلك الأساس أنّه «للمقترض أن يحبس القرض إذا أعسر المقترض بعد العقد حيث يتوقّع ضياع كلّ القرض أو بعضه على المقترض. وله الحبس أيضاً إذا كان عسر المقترض قبل العقد ولم يطلع عليه المقترض إلاّ بعده». وينصّ الفصل 276 م.أ.ع. من ناحية أخرى في مادة الرهن الاتفاقي على أنّه من حقّ الدائن طلب الوفاء بالدين «إذا هلكت العقارات المرهونة أو تعطب بحيث أصبحت غير كافية لضمان الدين...» (فقرة 1). ولكنّه يجوز للمدين عملاً بالفقرة الأخيرة من هذا النصّ إذا كان الهلاك أو العطب بغير فعله «أن يعرض لدينه رهناً عقارياً إضافياً».

335 - وتشكّل هذه الأحكام بدون منازع استثناءات قانونية معتبرة لمبدأ إلزامية العقود الوارد بالفصل 242 م.أ.ع. ولكنها مع ذلك لا تعدو أن تكون سوى حلول خصوصية لا يمكن اعتمادها لمجابهة الأحداث والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي يمرّ بها العالم منذ الحرب العالمية الأولى وما نتج عنها من فوضى في التجارة العالمية واضطراب في التنظيم المالي الدولي، حيث أثرت هذه الظروف الجديدة سلبيّاً على مبدأ القوة الملزمة للعقود إلى درجة صار معها القضاة والفقهاء يتساءلون حول سبل التوفيق بين هذا المبدأ وبين متطلبات

(48) يراجع في هذا المعنى: A. WEILL et F. TERRE, J. CARBONNIER, op. cit., § 69; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 377 et 378.

(49) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، I، ص 633، عدد 416.

معظم الشراح اليوم أنّ العائق دون تكريس هذه النظرية من قبل فقه القضاء ليس قانونياً بقدر ما هو إقتصادي واجتماعي.

### ب - نظرية الظروف الطارئة والعوامل القانونية

336 - ورد ضمن التحليل أعلاه أنّ المشرع التونسي عدل تحت تأثير القانونين الفرنسي والألماني عن قبول نظرية الظروف الطارئة. كما ذكرنا أنّ ذلك كان عن قصد وبيّنة. لذلك فإنّه لا يمكن قبول البحث عن سند قانوني لهذه النظرية في بعض الأحكام القانونية الصريحة أو في المبادئ العامة التي تتضمنها مجلة الالتزامات والعقود إلا إذا كان ذلك من باب الكشف عن حيلة قانونية مشروعة من شأنها أن تساعد القاضي في حالة الضرورة على سدّ ثغرة في القانون. وهو ما وقع في ألمانيا لما أقرّ فقه القضاء نظرية الظروف الطارئة استناداً إلى مبدأ حسن النية في المعاملات. أمّا الفقه الفرنسي فقد قام للغرض نفسه بمحاولات عديدة أخرى سوف نذكر أهمّها (1) قبل التعرّض إلى السند المأخوذ من مبدأ حسن النية (2).

#### 1 (المحاولات الفقهية بفرنسا

337 - تُستمدّد، من وجهة نظر أولى، شرعية ضرورة تعديل العقد أو نقضه في صورة تغيير مفاجئ للظروف الاقتصادية بصفة تجعل تنفيذه مرهقا للمدين، من إرادة الأطراف التي يتجه تفسيرها انطلاقاً من الظروف الاقتصادية القائمة في الوقت الذي تمّ فيه التعاقد. أمّا إذا تغيرت الأوضاع تماماً من هذه الناحية، وبصورة لم تكن متوقعة وقت التعاقد، فإنّ الأطراف محمولون على كونهم ما كانوا ليتعاقدوا أصلاً ولا أن يقبلوا التعاقد بنفس الشروط لو علموا باحتمال حصول تلك التغييرات. فمن حقّ المدين إذن أن يطلب إمّا إعفاءه من التزام مرهق مخالف لإرادته الحقيقية، أو تعديل ذلك الإلتزام. ويردّ خصوم النظرية على هذا السند بكون الشرط الضمني المفترض هنا يعكس في الحقيقة إرادة المدين وحده في حين أنّ المطلوب هو التأكّد من إمكانية نسبه إلى الإرادة المشتركة للطرفين في العقد. وهو أمر مستبعد جداً في صورة الحال نظراً لتباين

العدالة العقدية. ممّا أعطى نفساً جديداً لنظرية الظروف الطارئة<sup>(50)</sup>. وبالفعل، بالإضافة إلى حالات الحصار الحربي التي قد تنتج عنها صعوبة كبيرة في تنفيذ عقود التوريد، فإنّه قد يترتب على التضخّم المالي الذي أصبح يهدّد اقتصاد البلدان منذ الحرب العالمية الأولى ارتفاعاً فاحشاً في الأسعار كثيراً ما يصبح معه تنفيذ المدين لعقد التوريد عملية خطيرة قد تعرّضه إلى الإفلاس أو على الأقلّ إلى خسارة فادحة غير مألوفة في التجارة. كما تخشى نفس العواقب من خطر الصرّف<sup>(51)</sup> وعدم استقرار أسعار الموادّ الأولية وخاصة منها أسعار الطاقة. فهل من المعقول مثلاً أن يجبر المدين على مواصلة مدّ معاقده بسلعة تضاعف ثمنها أكثر من مائة مرة منذ تاريخ إبرام العقد دون أن تتغيّر التزامات الطرف المقابل؟<sup>(52)</sup>

لقد رفض القضاء الألماني هذه الحتمية وسارع منذ سنة 1920<sup>(53)</sup> إلى قبول مبدأ تعديل العقود أو نقضها بسبب حدوث ظروف طارئة. وقد مهّد هذا الموقف إلى تكريس هذه النظرية تشريعياً في عدّة بلدان منها مصر (المادة 147 من القانون المدني الجديد لسنة 1942) وإيطاليا (الفصول 1467 إلى 1469 من المجلة المدنية لسنة 1942) والجزائر (الفصل 107 من المجلة المدنية) والعراق (المادة 2/146 من القانون المدني) والأردن (المادة 250 من القانون المدني). أمّا القضاء التونسي فإنّه لا يزال متمسكاً بمبدأ إلزامية العقود، شأنه في ذلك شأن القضاء الفرنسي الذي بقي أيضاً على رفضه لنظرية الظروف الطارئة<sup>(54)</sup>. ويرى

(50) يراجع : G. MARTY et P. RAYNAUD, II, op. cit., n° 226.

(51) يراجع : عماد تيمش : البنود التقديّة في العقود الداخليّة، رسالة للحصول على شهادة الدروس العميقة في القانون الخاصّ، كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس، 1991.

(52) يراجع في خصوص هذا المشال : A. RIEG, Le rôle de la volonté..., op. cit., n° 530.

(53) يراجع في خصوص فقه القضاء الألماني : A. RIEG, Le rôle de la volonté..., op. cit., n° 531 et s.

(54) وقد استقرّ فقه القضاء الفرنسي في هذا الخصوص منذ القرار الشهير Canal de Craponne الصادر عن الدائرة المدنية بحكمة التعقيب بتاريخ 6 مارس 1876 (1876, I. 193, S. 1876, I. 161). ولئن أقرّ القضاء الإداري سنة 1916 نظرية الظروف الطارئة، فإنّ مجلس الدولة الفرنسي علل قراراته بضرورة ضمان الصالح العامّ (يراجع : Arrêt Gaz de Bordeaux, C.E. 30 mars 1916, D. 1916. 3. 25; S. 1916. 3. 17, note Hauriou).

مصالح الدائن ومصالح المدين في هذا الخصوص<sup>(55)</sup>.

أما من حيث وجهة النظر الثانية فقد حاول بعض الشراح تأسيس نظرية الظروف الطارئة على مبدأ قانوني عام يمكن استنتاج وجوده في نظرهم من الأحكام القانونية التي تسمح بمراجعة بعض العقود الخاصة أو بنقضها<sup>(56)</sup>. وهو رأي مردود أيضا اعتبارا إلى أن الطابع الاستثنائي الخصوصي المميز لهاته الأحكام يحول كما رأينا دون تعميم حق المراجعة القضائية للعقود على أساسها<sup>(57)</sup>.

ويرى بعضهم، من وجهة نظر ثالثة، أنه يجب البحث عن السند الصحيح لمبدأ مراجعة العقود بسبب حدوث ظروف طارئة في نظرية السبب. ذلك أن التزام المدين يصبح فاقدا لسبب كامل ويجب إنقاظه متى وصل إلى حد الإرهاق<sup>(58)</sup>. ولكن هذه النظرية لا تأخذ بعين الاعتبار أن قيام التعادل بين الإلتزامات ليس شرطا ضروريا لتوفر السبب بدليل عدم مجازاة المشرع للغبن في العقود. كما أنها لا تراعي أن اشتراط السبب بهم تكوين العقود في حين أن مسألة تغيير الظروف تتعلق بصعوبة تنفيذها.

ومن بين الآراء الفقهية الهامة في هذا المجال، نذكر أخيرا بالرأي الذي يسند نظرية الظروف الطارئة إلى مبدأ **التعسف في استعمال الحق**<sup>(59)</sup> باعتبار أن الدائن الذي يطالب بتنفيذ التزام مرهق للمدين يتعسف في استعمال حقه. غير أن العديد من الشراح في فرنسا يرون أن الاحتجاج بهذا المبدأ يبقى مردودا طالما لم تثبت نية الدائن في الإضرار بمدينه علما أن التمسك بحق مهما كان مصدره يبقى أمرا مشروعاً في غياب هذا الشرط.

(55) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 381.

(56) يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté.... op. cit., n° 526, et A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 382.

(57) يراجع العدد 335 أعلاه.

(58) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 69, p. 270; A. RIEG, Le rôle de la volonté.... op. cit., n° 526; و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ...، 1، ص 635.

(59) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1163.

2 ( سند نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء بألمانيا : مبدأ حسن النية

338 - تمسك فقه القضاء الألماني ، وذلك خاصة منذ قرار صادر عن المحكمة العليا في 8 جويلية 1920 ، بأن واجب الوفاء بالإلتزام يزول إذا تعلق الأمر بتنفيذ عقد في ظروف لا تتناسب مع ما أراده الأطراف بحق. ويكون التنفيذ الجبري في هاته الصورة متافيا تماما مع ما يفترضه احترام مبدأ حسن النية والعرف في المعاملات كما تقتضيه أحكام الفصلين 157 و 242 من المجلة المدنية<sup>(60)</sup>.

ويعتبر الإصرار على تنفيذ الإلتزام مخالفا لواجب حسن النية حسب الفقه السائد<sup>(61)</sup> إذا ترتب على الظروف الطارئة زوال العناصر الموضوعية التي تمثل في نظر الأطراف أساس العلاقة بينهم بحيث ما كانوا ليتعاقدوا لولا تقررها. من ذلك أن «أساس التعاقد» في العقود الملزمة للجانبين يكمن في تكافؤ التزامات الأطراف. فالتمن في هذه النظرية هو أساس العقد بالنسبة للتاجر البائع. فإذا تضاعفت تكلفة السلعة التي تعهد ببيعها عشرات المرات منذ تاريخ إبرام العقد، فإن هذا العقد يصبح بلا معنى معقول بالنسبة له، فاقدا تماما لأساسه. ويعدّ جبر التاجر على تنفيذه والحالة تلك أمرا ممنوعا لمخالفته لمبدأ حسن النية.

على أنه لا يجوز الإحتجاج بزوال أساس التعاقد في فقه القضاء بألمانيا إلا إذا توفرت شروط ثلاثة وهي : 1 ( أن يكون تغيير الظروف قد أحدث **فارقا مشطاً** وواضحاً بين التزامات الأطراف، 2 ( أن يكون **غير متوقع** ولم يتسبب فيه المدين بخبطه، 3 ( وأخيرا أن **يصبح معه تنفيذ الإلتزام مرهقا** لا طاقة للمدين به.

(60) يراجع : A. RIEG, Le rôle de la volonté ...., op. cit., n° 533.

(61) يراجع : Paul OERTMANN : "Die Geschäftsgrundlage. Ein Neuer Rechtsbegriff" Leipzig-Erlangen 1921; Bernhard WINDSCHEID : "Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung", Dusseldorf 1850.

ويراجع أيضا عرضا لهذا الفقه في : J. CARBONNIER, op. cit., § 69, et A. RIEG, Le rôle de la volonté...., op. cit., n° 534 à 540.

لاشكّ في أنّ الأساس القانوني الذي اعتمده الفقه وفقه القضاء بألمانيا لتبرير المراجعة القضائية للعقود في صورة تغيير الظروف الاقتصادية قد يصحّ أيضا بالنسبة للقانونين التونسي والفرنسي. حيث أنّ احترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود تفرضه صراحة أحكام الفصلين 243 و 244 مدني تونسي و 1134 فقرة ثالثة مدني فرنسي. وقد سبق للفقه أن تمسكوا به في فرنسا بدون جدوى<sup>(62)</sup>. ومما يلفت الانتباه أيضا وجه الشبه الكبير القائم بين النظرية الألمانية القائلة بضرورة تعليق إمكانية الاحتجاج بمبدأ حسن النية على إثبات المدين زوال أساس التعاقد، وبين السند الذي اقترحه الفقه الفرنسي والمأخوذ من ضرورة الحفاظ على تكافؤ الالتزامات طيلة دوام العقد بناء على نظرية السبب وتتمّة لها. ويستخلص من ذلك أنّ الصعوبات التي منعت أو تمنع تكريس نظرية الظروف الطارئة ليست قانونية، وأنّ العائق الحقيقي الذي يفسر الاحتراز الكبير الذي يبديه جانب هامّ من الفقه الحديث نحو هذه النظرية ومواصلة فقه القضاء في رفضه لها يرجع إلى عوامل اقتصادية.

### ج - نظرية الظروف الطارئة والعوامل الاقتصادية

339 - إنّ المشكل الذي تثيره مسألة مراجعة العقود إقتصادي من الأساس. وتبدو عناصر تقديره من هاته الناحية متشعبة لاختلاف جوانبها<sup>(63)</sup>.

فهناك من يعتبر أنّ التمسك بقداسة العقود دون اعتبار التغييرات الفجائية في الظروف الاقتصادية - كالارتفاع الفاحش والمهول في الأسعار - يؤول في الواقع إلى انهيار مالي كلي للمدينين، وبالتالي إلى حالة اضطراب وعدم استقرار قد يكون من الأفضل تفاديها بتعديل العقود، وأنّ في ذلك ضمانا لسلامة المعاملات ولصداقيتها. فعدم الاستقرار لا ينجّر عن التعديل بقدر ما هو راجع إلى الأزمات الاقتصادية غير المتوقعة التي قد تفرض على القاضي مراجعة العقد باعتبارها أخفّ الضررين. وقد لاحظ العميد

(62) اراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 378, p. 382.

(63) اراجع في هذا المعنى : J. FLOUR et J. L. AUBERT, Les obligations, L'acte : juridique, op. cit., n° 406.

CARBONNIER في هذا الشأن أنّ تعديل العقد غالبا ما يكون الضامن الوحيد لتنفيذه<sup>(64)</sup>.

على أنّ عددا من الشّراح يرون من ناحيتهم أنّ في المس من مبدأ القوة الملزمة للعقد خطرا جسيما على الاقتصاد ككلّ وذلك من حيث أنّ «المراجعة تفتح الطريق لمراجعة أخرى»<sup>(65)</sup>. فإذا قبل القاضي تعديل العقد بالخط من التزام المدين، فلربما تنجرّ عن هذه العملية صعوبات للدائن تجعله بدوره غير قادر على تنفيذ الإلتزامات المحمولة عليه بموجب عقود أخرى، ممّا يمكن أن يتطلب مراجعة ثانية... ثمّ ثالثة وهكذا دواليك دون أن يستطيع القاضي توقيف التّيار أو التّحكّم فيه. وقد يخشى من تسلسل المراجعات القضائية للعقود تضخّم ماليّ مضرّ بالاقتصاد. ويرى الأستاذ FLOUR<sup>(66)</sup> أنّ السبب الرئيسي لإصرار فقه القضاء بفرنسا على عدم قبول نظرية الظروف الطارئة ليس سوى الخوف من انعكاساتها الوخيمة على الاقتصاد. وقد تمسكّ جانب هامّ من الفقه الحديث بهذا الموقف السلبي ميّنا أنّ مشكل الظروف الطارئة سائر بطبعه نحو الحلّ حيث أنّ العقود الطويلة المدى غالبا ما تتضمن بنودا تنظّم شروط مراجعتها<sup>(67)</sup> فضلا عن أنّ المشرّع لا يتردّد في التّدخل للسّماح عند الإقتضاء بنقض العقود أو بتعديلها كلّما جدت أزمة اقتصادية خطيرة تؤثر على

(64) اراجع : J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 69.

(65) اراجع : J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 407.

(66) اراجع : J. FLOUR, Note, D.C. 1943-II-135; v° aussi, J. FLOUR et J.L. AUBERT, op. cit., n° 407, p. 333; et J. CARBONNIER : "Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois", in Recht als instrument van behoud en verandering.

(67) اراجع : CH. JARROSSON, Les clauses de rnegociation, de conciliation et de médiation, colloque d'Aix-en-Provence, mai 1990; PH. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, Rev. Arb. 1979, p. 67; P. VAN OMMESLEGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, Rev. dr. intern. et dr. comp. (belge), 1980-7-59; P. Y. GAUTIER, Le contrat bouleversé : de l'imprévisibilité en droit des propriétés artistiques, D. 1990, chr., p. 130; FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 1 et s.

حسن تنفيذ المعاملات<sup>(68)</sup>.

بقي أنّ الموقف بالنسبة إلى القانون التونسي لا يمكن أن يتحدّد في نظرنا إلا بعد تقييم جدّي للتجارب التي عاشتها البلدان التي أقرت تشاريها الحديثة نظرية الظروف الطارئة. وإذا ما تبين - مثلما هو متوقّع - أنّ التّخوفات على الإقتصاد التي نبه إليها بعض الفقهاء لم تثبت جدّيتها في الواقع، فإنّه قد يكون من المفيد أن يسمح المشرّع بمراجعة العقود، على أن يقع حصر نطاق المراجعة وشروطها تفاديا لكلّ أنواع التّجاوزات المحتملة.

## الفرع الثاني : نطاق القوة الملزمة للعقد

340 - قد يبدو التساؤل حول محتوى العقد الملزم غير ذي موضوع في نظر من يتبنّى نظرية سلطان الإرادة التي تقول بحرية الأطراف المطلقة في التعاقد أو في عدم التعاقد ثمّ في تحديد الحقوق والالتزامات التي ارتضتها لنفسها بموجب العقد. ولكنّ مثل هذا التّصور للعقد يبدو مخالفا للواقع القانوني كما يتجلّى لنا خاصّة من خلال أحكام الفصل 243 م. 1. ع. التي نصّ صراحة على أنّ العقد «لا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كلّ ما ترتّب على الإلتزام من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته». ويفهم من هذا النصّ أنّ العقد يتضمّن إلى جانب الإلتزامات المصرّح بها التابعة عن الإرادة المشتركة لطرفيه، إلتزامات أخرى ضمنيّة<sup>(69)</sup> يفرضها على الأطراف إمّا

(68) يراجع في هذا المعنى : WEILL et TERRE, op. cit., n° 377, 383 et 384; J. FLOUR et J. L. AUBERT, op. cit., n° 408; PH. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, op. cit., n° 620 à 622.

(69) وقد كتب العميد CARBONNIER في هذا المعنى ما يلي : "...Sur ce schéma juridique : voulu par moi - un contrat de vente - la loi, la coutume, le juge dessineront ensuite, au besoin, tout un tissu d'obligations, que je n'ai pas directement voulues, peut être même pas soupçonnées. Le mécanisme est décrit dans l'article 1135 : Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Ainsi, il n'y a qu'une fraction du contrat (peut-être très réduite), qui entre sous le faisceau lumineux de la volonté; le reste, qui demeure dans l'ombre, n'en est pas moins tenu pour consenti, tacitement consenti..." (Obligations, op. cit., § 13).

القانون (1§) أو العرف (2§) أو الإنصاف (3§).

## § 1 - القانون

341 - يتحدّد تأثير القانون على محتوى العقد انطلاقا من التفرقة بين القوانين المكتملة (I) والقوانين الآمرة (II).

### I - القوانين المكتملة

342 - إذا لازم طرفا العقد السكوت في خصوص شروط الإنفاق الحاصل بينهما، فإنّ علاقتهما تتحدّد بالإعتماد على القواعد القانونية المكتملة التي وضعها المشرّع لما نظّم العقود المسماة لتحلّ محلّ إرادة الأطراف وذلك كلّما أغفل هؤلاء بيان شروط العلاقة الرابطة بينهم. والهدف من هذه القوانين في نظر البعض<sup>(70)</sup> ليس سوى إعفاء الأطراف من عناء التّفكير في كلّ جزئيات العقد. من ذلك مثلا أنّ البيع يصحّ بمجرد اتّفاق الطرفين على الثمن والمثمن دون حاجة إلى المزيد من البيانات المتّمة لشروط العقد، إذ يكفي في هذا الخصوص تطبيق الفصول 565 وما بعده من م. 1. ع. والأمر بالمثل بالنسبة لعقد الشركة الذي يجوز إعداده بالإقتصار على ذكر البيانات الأساسية المشخّصة للذات المعنوية المراد إنشاؤها والإعتماد فيما زاد على ذلك على الأحكام القانونية المتعلقة بنوع الشركة المحدثة.

### II - القوانين الآمرة

343 - تتدخل القوانين الآمرة أحيانا وخاصّة منها تلك التي لها مساس بالنظام العامّ لضبط نطاق العقد دون اعتبار لإرادة الأطراف. ويتجلّى ذلك خاصّة من خلال حالات تطبيق قوانين جديدة عوضا عن قانون العقد (أ)، والتحديد التشريعي لمدة العقود أحيانا (ب)، ولكيفية تنفيذها أحيانا أخرى (ج).

(70) يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1137; J. CARBONNIER, op. cit., § 13.

الأكبرية التجارية من حيث مدتها وكيفية تجديدها إلى أحكام قانونية أمره لا قدرة للأطراف على تغييرها<sup>(77)</sup>. كما يجوز القول أن مدة عقود التأمين تخضع من ناحيتها وإلى حد بعيد إلى سلطة القانون وذلك إذا اعتبرنا أن المشرع منح لكل من الطرفين في هذا العقد إمكانية التحلل من روابطه في موفى كل سنة مما قد يحول دون دوام إلزامية العقود الطويلة المدى السالبة لحرية المؤمن له في التعاقد مع مؤمن آخر<sup>(78)</sup>.

### ج - التحديد التشريعي لكيفية تنفيذ العقود

346 - تخضع بعض العقود فيما يتعلق بكيفية تنفيذها إلى أحكام قانونية أمره. من ذلك مثلا أن ضبط معلوم الكراء بالنسبة لأراضي الزراعات الكبرى يتم حسب الفصل 5 من قانون 12 جوان 1987 المذكور «بالرجوع إلى قيمة الكراء الفلاحي التي تضبط كل سنة بالأمر المتعلق بتعيين سعر الحبوب وبكيفية دفع أثمانها وخزنها وإحالتها»<sup>(79)</sup>. كما أن الأكبرية التجارية تخضع فيما يخص مراجعة معينات الكراء فيها إلى معايير وإجراءات تحددها الفصول 22 وما بعده من القانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم كراء المحلات التجارية. وإذا لا يمكن المشرع القاضي بوجه عام من إهمال المدين على وجه الفضل أو أن يضرب له أجلا إضافيا، فإنه احتفظ لنفسه بهذه الإمكانية (الفصل 137 من م.ع.ا.).

### § 2 - العرف<sup>(80)</sup>

347 - يُعدّ العرف من عوامل تحديد محتوى العقد ويجري مجرى القانون خاصة في المسائل التجارية والعاملات البحرية<sup>(81)</sup>. وتعتبر من قبيل

(77) يراجع القانون عدد 37، المؤرخ في 25 ماي 1977، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38 لسنة 1977، ص 1549.

(78) يراجع الفصل 5 من مجلة التأمين.

(79) يراجع: سامية البوغنامي: الكراء الفلاحي، المذكور أعلاه، ص 37 و 38.

(80) يراجع: محمد الشرفي: مدخل لدراسة القانون، المذكور أعلاه، عدد 356 وما بعده.

(81) يراجع: René RODIERE et Emmanuel du PONTAVICE, Droit maritime, Précis: Dalloz, 11è éd., 1991, n° 9 et 18.

### أ - القانون الجديد وتأثيره على الأوضاع التعاقدية الجارية

344 - تخضع الأوضاع التعاقدية مبدئيا للقانون النافذ في تاريخ إبرامها. على أنه من المتفق عليه فقها وقضاء<sup>(71)</sup> أن قانون العقد يستبعد تطبيقه في صورة صدور قانون جديد تتعلق أحكامه بالنظام العام. وقد قضت محكمة التعقيب على ذلك الأساس أن أحكام الفصل 3 من القانون عدد 30 المؤرخ في 12 جوان 1987 المتعلقة بالكراء الفلاحي، الناصّة على أن مدة كراء العقارات الفلاحية «لا يمكن أن تقلّ . . . عن ثلاث سنوات قابلة للتجديد»، تنسحب على العقود الجارية التي تعتبر بذلك محررة لثلاثة أعوام من تاريخ عقد الكراء لتعلق أحكام القانون الجديد بالنظام العام<sup>(72)</sup>. كما ذهبت محكمة التعقيب أيضا إلى قبول سريان قانون 1978<sup>(73)</sup> على حوادث الشغل الواقعة قبل صدوره اعتمادا على أن «الحقوق الوارد بها القانون المذكور تهمّ النظام العام لتعلقها بمستحقّات العمال لأجورهم القانونية»<sup>(74)</sup>.

### ب - التحديد التشريعي لمدة العقود

345 - لا يكون الأطراف أحرارا في تحديد مدة بعض العقود. فبالإضافة إلى الكراء الفلاحي الذي لا يمكن أن تقلّ مدته كما رأينا عن الثلاث سنوات، فإن المشرع منح المكثرين للمحلات المعدة للسكنى أو الحرفة أو الإدارة العمومية الميئنة بالقانون<sup>(75)</sup> حقّ البقاء بها إلى أجل مسمّى وقع التمديد فيه دوريا بقوانين إضافية «وذلك بدون اعتبار لكل شرط وارد بالعقد . . .»<sup>(76)</sup>. كما تخضع

(71) يراجع: علي الجلولي: مجال سريان القواعد القانونية في الزمان، أطروحة، تونس 1991، مرقونة، ص 228 إلى 233؛ سامية البوغنامي: الكراء الفلاحي في التشريع الجديد، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس 1992، ص 30 و 31.

(72) قرار تعقيبي مدني عدد 23317، مؤرخ في 25 ماي 1989، غير منشور، قاض بالتقضى بدون إحالة للقرار الاستثنائي الاستعجالي القاضي بعدم تمديد العقد من سنتين إلى ثلاث سنوات وبالخروج لانتهاء المدة (راجع أطروحة الأستاذ على الجلولي المشار إليها أعلاه، ص 229، هامش عدد 3).

(73) يراجع القانون عدد 36، المؤرخ في 25 ماي 1978، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 40 لسنة 1978، ص 1725.

(74) قرار تعقيبي مدني عدد 3842، مؤرخ في 16 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، ج 3، ص 221.

(75) يراجع القانون عدد 35، المؤرخ في 18 فيفري 1976، الفصل الأول.

(76) يراجع الفصل 2 من القانون عدد 35 المشار له أعلاه.

العنصر في القضاء بوجه عام. ويعتقد العديد من الشراح أن الإلتزام بالسلامة الذي يحمله فقه القضاء التونسي على الطبيب لفائدة المريض، وعلى صاحب الفندق لفائدة حريفه لا يمكن تفسيره، في غياب اتفاق الطرفين عليه، واعتبارا لسكوت القانون<sup>(85)</sup>، وانعدام عرف في خصوصه، إلا بحرص القاضي على ضمان مصالح الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود وتحقيق العدالة فيها<sup>(86)</sup>.

العرف الشروط المألوفة<sup>(82)</sup>. وهي الشروط التي جرت العادة بإدراجها في عقد معين فيطالب المتعاقدون بتنفيذها ولو لم تذكر صراحة بالعقد لأنها أصبحت عرفا خاصا بهذا العقد. من ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من إضافة نسبة مائوية على الثمن لفائدة العملة.

وإذ يجوز للمتعاقدين بوجه عام الإحتجاج بالعرف لتحديد محتوى العقد بحسب طبيعته، فإن التصوص القانونية أحالت صراحة الأطراف على العرف لضبط مدى التزاماتهم التعاقدية أو لإتمامها. من ذلك الفصل 1114 من م.إ.ع. الذي يستثني من قاعدة مجانية التوكيل الحالات التي جرت فيها العادة بخلاف ذلك. والفصل 1004 من م.إ.ع. الذي ورد به نفس الاستثناء بالنسبة لعقد الوديعة، والفصل 1211 م.إ.ع. الذي ينص في خصوص عقد القراض على أنه إذا لم يعين العقد نسبة الربح التي يستحقها العامل «يحمل على عرف المكان». والفصل 799 من م.إ.ع. الذي جاء به أنه «إذا لم يكن في الكراء كتب ثابت التاريخ جاز للمالك الجديد أن يخرج المكتري من المحل بعد أن يضرب له أجلا حسب العرف». ومن بين أحكام المجلة التجارية التي تحيل إلى العرف نذكر الفصلين 637 و674 المتعلقين بتنظيم الحساب الجاري.

### § 3 - الإنصاف<sup>(83)</sup>

348 - هل تعتمد المحاكم الإنصاف لتحديد محتوى بعض العقود كما تشير عليها بذلك أحكام الفصل 243 من م.إ.ع. ؟ تكاد الأحكام التي تقر بذلك صراحة أن تكون معدومة<sup>(84)</sup> ولكن الرأي السائد يقول بأهمية هذا

(82) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 101. MALAURIE et AYNES, op. cit., n° 630 et 739; LECOMTE, La clause de style, Rev. trim. dr. civ. 1935, p. 305 et s.; ZUCHETTA, La clause de style dans les actes notariés, th., AIX, 1943.

(83) يراجع : J. CARBONNIER, op. cit., §§ 13 et 113; A. RIEG, J. Class. civil, Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 58 à 63; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1141, note 146.

(84) يراجع : Slaheddine MELLOULI, Le juge et l'équité, Rev. tun. dr. 1983, pp. 507 et s., v° spéc. pp. 512 et 513.

(85) على أن المشرع التونسي نص على الإلتزام بالسلامة في عقد النقل (الفصول 653 وما بعده من المجلة التجارية).

(86) يراجع العدد 363 أسفله .



الفصل الثاني  
جزاء عدم الوفاء بالعقود

الأمر في حالة طلب الفسخ<sup>(6)</sup>. بل هو حق يتوقّر للدائن بمجرد ثبوت «عدم الوفاء أو المماثلة فيه» (الفصل 277 من م.أ.ع.).

351 - وكثيرا ما يكون الخيار بين التنفيذ بمقابل والتنفيذ العيني وهما بالنسبة للدائن. فإذا أصبح الوفاء غير ممكن لأسباب مادية كتلف الشيء موضوع الإلتزام، فإنه لا يبقى عندئذ للدائن من حلّ سوى طلب التعويض. وقد يكون الأمر بالمثل إذا قام المدين بعمل مُخلّ بالتزام بامتناع عن عمل (الفصل 276 من م.أ.ع.)، كالفنان الذي يقدم عروضه في عدة مسارح في حين أنه تعهد بأن يفردها مسرّحا معينًا بالذات. فالتنفيذ العيني يصبح مستحيلا هنا بالنسبة لمعاقد الفنان المدين بمجرد إخلال هذا الأخير بالتزامه<sup>(7)</sup>.

وقد يتعدّر التنفيذ العيني أحيانا أخرى لأسباب قانونية. وذلك هو شأن صنف الإلتزامات بعمل كلما توقّف تنفيذها على جبر بدنيّ يسلط للغرض على شخص المدين. فبما أنّ تنفيذ الإلتزامات المدنية بهاته الطريقة غير جائز في القانون التونسي<sup>(8)</sup> فإنّ التنفيذ لا يمكن حينئذ في مثل هذه الحالات إلا بمقابل (الفصل 275 من م.أ.ع.).

352 - ولما كان التنفيذ بمقابل يرمي إلى تمكين الدائن من الحصول على مبلغ ماليّ - الغرم - تعويضا عن الخسارة التاجمة عن مخالفة المدين للعقد الذي يربطه بذلك الدائن، فإنّ المقومات الأساسية للمسؤولية المدنية تبدو متوقّرة فيه بما يجعل منه في نظر الإتجاه السائد فقها وقضاء<sup>(9)</sup> حالة مسؤولية

(6) يراجع العدد 397 أسفله.

(7) يراجع عبد الرزّاق السّهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، II، عدد 439، ولكن راجع احترازا عن الأستاذ محمد النصف الشافعيّ في خصوص شمولية القاعدة التي تقول بأنّ عدم الوفاء بالتزام بامتناع عن عمل لا يتجرّ عنه سوى تعويض الخسارة. ويبيّن هذا الكاتب بأطروحة المذكورة أعلاه (La demeure du débiteur...) الحالات التي يمكن فيها غضب المدين بالتزام بامتناع عن عمل على تنفيذه (أنظر ص 158 إلى 163).

(8) يراجع في خصوص مفهوم القاعدة التي أوردها الفصل 275 م.أ.ع. وحول استثناءاتها أطروحة الأستاذ محمد النصف الشافعيّ، المذكورة أعلاه، ص 232 وما بعدها.

(9) يراجع في خصوص طبيعة ودور المسؤولية العقدية: CH. LARROUMET, op. cit., n° 599 et 600; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 810 et 813; J. HUET, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, thèse, Paris II, 1978, ronéo; G. VINEY, La responsabilité: conditions, op. cit., n° 232 et s.

349 - يجازى عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقود عادة حسب قواعد المسؤولية العقدية (الفرع الأول). ولئن كانت هذه القواعد منطبقة على كافة العقود مهما اختلفت أنواعها، فإنّ المشرّع ميّز حالات عدم الوفاء بالعقود الملزمة لجانبين بقواعد إضافية خاصة بها (الفرع الثاني) جديرة بالدراس والتحليل إعتبارا لأهميتها الكبيرة من الوجهتين النظرية والعملية.

### الفرع الأول: المسؤولية العقدية<sup>(1)</sup>

350 - يعتبر عدم تنفيذ المدين للإلتزام ناشئ عن عقد صحيح عملا مخالفا للقانون<sup>(2)</sup>. لذلك يحقّ للدائن مطالبة بالتنفيذ. بل جبره على الوفاء<sup>(3)</sup>. ذلك أنّ الأصل في تنفيذ الإلتزام أن يكون<sup>(4)</sup> عينا أي أن يتمّ بأداء نفس موضوعه وبالطريقة المحددة بمقتضى سنده إتفاقا كان أو قانونا (الفصلان 254 و 340 من م.أ.ع.).

على أنّ الدائن غير ملزم في صورة عدم الوفاء أو المماثلة فيه بغضب مدينه على التنفيذ العيني، بل يحقّ له في مثل هاته الحالة أن يختار بين التنفيذ الجبري - إذا كان ممكنا - والتنفيذ بمقابل، أي بطريق التعويض<sup>(5)</sup>. وهذا يعني بعبارة أخرى أنّ القيام بالخسارة لا يشترط فيه تعدّر التنفيذ العيني مثلما هو

(1) يراجع: R. RODIERE, Responsabilité contractuelle, Rep. Dr. civ. Dalloz; G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., II, n° 465 à 476, et 536 à 545; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1371 à 1568; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 810 à 883; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 386 à 462; CH. LARROUMET, op. cit., n° 598 à 694; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 70 à 79; Philippe le TOURNEAU et Loïc CADIET, Droit de la responsabilité civile, Dalloz, 1996.

(2) يراجع: J. CARBONNIER, op. cit., § 70, p. 273.

(3) يراجع في هذا الخصوص: محمد بن عليّ القيسي: التنفيذ الجبري للإلتزام بعمل، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1989؛ عبد اللطيف الحمروني، الجبر بالمال، ق.ت. 1957، عدد 7، ص 46.

(4) يراجع: Mohamed Moncef CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution: du contrat en droit civil, thèse, dactyl., Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Tunis, 1984, pp. 231 et s., spéc. p. 276.

وانظر أيضا: A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 829 et s.

(5) يراجع: CH. LARROUMET, op. cit., n° 598, p. 542.

مدنية خصوصية وهي المسؤولية العقدية الناجمة عن عدم الوفاء بالالتزامات العقدية. فما هي أركان المسؤولية العقدية (18)؟ وكيف تتحقق آثارها المتمثلة في تعويض الخسارة (28).

## § 1 - أركان المسؤولية العقدية

353 - أركان المسؤولية العقدية ثلاثة. وتتمثل في الخطأ (I) والضّرر (II) والعلاقة السببية بينهما (III). على أن توافر أركان المسؤولية الثلاثة لا يمنع من التخلص من عواقبها إذا توافر سبب من أسباب الإغفاء منها (IV).

### I - الخطأ<sup>(10)</sup>

354 - يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد. فمن يمتنع عن الوفاء أو يماطل فيه يرتكب بالضرورة خطأ طالما اعتبرنا أن الخطأ في تعريفه العادي العام هو عدم الوفاء أو التقصير في الوفاء بالتزام<sup>(11)</sup>. لذلك فإن جمهور الشراح<sup>(12)</sup> يرى أن الفصل 277 من م.أ.ع.، عندما ينص على أن «عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يوجبان القيام بالخسارة...»، فإنه يشترط ضمناً توفّر ركن الخطأ رغم عدم إشارته له بصفة صريحة. ومما يؤيد هذا التفسير تعرّض المشرع عند تنظيمه للعديد من العقود المسماة إلى مفهوم الخطأ العقدي وخاصة إلى الأفعال المكوّنة له والتي قد ينجّر عنها إلزام المدين بضمان الخسارة. من ذلك تنصيب الفصل 782 من م.أ.ع. على مسؤولية المكتري عمّا «يقع فيما اكتراه من الفساد بفعله أو بتفريطه أو بسوء استعماله...»، وكذلك ما ورد ضمن الفصل 809 من م.أ.ع. في

(10) إراجع : L. SEGUR, La notion de faute contractuelle en droit français, thèse, : Bordeaux, 1954; D. NGUYEN-THAN-BOURGEAIS, Contribution à l'étude de la faute contractuelle, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 496.

(11) إراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 71, p. 280.  
(12) إراجع مثلا : A. : R. ROBERT, Responsabilité contractuelle, ét. précisée, n° 53 et s.; WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 395; MARTY et RAYNAUD, II, op. cit., n° 467; J. CARBONNIER, op. cit., § 71; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., p. 437. ولكن راجع المواقف الفاضلة والتفدية لبعض الشراح مثل : B. STARCK, H. ROLAND, et L. : BOYER, op. cit., n° 1389 à 1391; CH. LARROUMET, op. cit., n° 604 à 607.

خصوص التزامات المستأجر لأرض فلاحية. فالقانون يوجب عليه بالخصوص أن يتصرّف فيها بما لا يضرّ المالك وأن يمتنع عن تغيير كيفية الخدمة بما يؤثر في الأرض تأثيراً مضرّاً... أما فيما يتعلق بعقد الإجارة فقد جاء أن «أجبر الخدمة أو العمل يضمن ما ينشأ عن فعله أو تفريطه أو قصوره...» (الفصل 843) وأنه «... مسؤول بعواقب مخالفته لإذن المؤجر...» (الفصل 844). كما تضمّنت مجلة الالتزامات والعقود وصف أخطاء عقدية أخرى مثل حالتي الفصل 1075 الخاصّ بالإفراط في استعمال العارية، والفصل 1131 المتعلّق بمسؤولية الوكيل في صورة تقصيره، الأمر الذي يتبيّن معه أن الخطأ العقدي في نظر المشرع التونسي هو ركن ضروري وهامّ من بين أركان المسؤولية الثلاثة<sup>(13)</sup>، وأنه يتمثل كما سبقت الإشارة إليه في عدم قيام المدين بما التزم به نحو الدائن. ويتأثر قيام المسؤولية بدرجة صعوبة إثبات الخطأ من ناحية (أ)، وبدرجة خطورته من ناحية أخرى (ب).

### أ - إثبات الخطأ

355 - ورد بالفصلين 277 و282 من م.أ.ع. أن عدم الوفاء بالعقد أو المماطلة فيه يلزمان المدين بتعويض الخسارة (الفصل 277) إلا إذا أثبت سببا غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومماطلة الدائن (الفصل 282). ويفهم من هذه الأحكام أن مؤاخذه المدين بمكّنة مدنياً - عدا حالة السبب الأجنبي - بمجرد إثبات خطئه المتمثل في عدم وفائه بما التزم به عقدياً نحو الدائن.

356 - ولكن كيف ومتى يمكن الجزم بشبوت عدم الوفاء؟ يختلف

الجواب عن هذا السؤال من عقد إلى آخر. وقد لاحظ الفقيه René DEMOGUE في هذا الخصوص، منذ سنة 1925<sup>(14)</sup>، أن الالتزامات العقدية

(13) وما من شك في أن الفصل 278 م.أ.ع. المتعلق بتحديد الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء وبكيفية تقديرها يكشف صراحة عن اتجاه المشرع في هذا الخصوص وذلك بتنصيبه على أنه على المجلس أن «يقدر الخسارة ويحمل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تديسه».

(14) إراجع : René DEMOGUE, Traité des obligations en général, Paris 1925, t. 5, n° : 1237, pp. 536 à 544.

العناية. فإذا بذل المدين الجهد المطلوب منه يكون قد نفذ التزامه. وعلى الدائن الذي يدعي عدم الوفاء أن يثبت قلة العناية والتقصير أو الإهمال من جانب المدين في بذله للجهد المطلوب منه بموجب العقد. وما من شك في أن مهمة الدائن قد تكون صعبة في هذه الصورة نظرا إلى أن إثبات تقصير المدين يفترض تقييم سلوكه وطريقة تصرفه وقت التنفيذ، وبيان ما تميّزت به من إهمال ولا مبالاة أو نقص في الكفاءة اللازمة. وهذه مسائل تقديرية تخضع لسלטان القاضي الذي يقضي فيها حسب مطلق وجدانه، مما يؤكد دقة موقف الدائن الذي يدعي عدم الوفاء بالتزام بعناية.

ويقدر القاضي مدى توفّر الخطأ من عدمه بالرجوع إلى سلوك الرجل العاقل العادي - رب الأسرة المعتني بأموره<sup>(18)</sup>. ولكنه يعتبر في ذلك أيضا مقدار الجهد المطلوب من المدين بموجب القانون والعقد أو بحسب طبيعة الالتزام. من ذلك أن التزام الطبيب نحو مريضه<sup>(18-1)</sup>، وهو التزام بعناية يتمثل أساسا في معالجة المريض بعد تشخيص ملائم لمرضه، يحدّد بالنظر إلى ما يوفّره تطوّر علوم الطبّ من وسائل تشخيص ومعالجة. فإذا أحسن الطبيب استعمال جميع هاته الوسائل أثناء مباشرته للمريض، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه نحوه كما يجب. ولا تجوز عندئذ مؤاخذته من أجل عدم تحقّق الشفاء لخروج هذا الهدف عن نطاق التزامه. أمّا إذا تبين إهمال الطبيب أو تقصيره من هاته الناحية وثبت ابتعاده عن أساليب العمل العلميّة، فإنه يعدّ مخطئا بما يعرضه لتعويض الخسارة التي قد تكون لحقت المريض نتيجة خطأ ذلك الطبيب.

#### 2.1 - الالتزام بنتيجة

358 - الالتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية هو الالتزام الذي لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة هي محلّ الالتزام<sup>(19)</sup>. فمن تعهد بنقل شخص من مكان

(18) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 398.

(18-1) يراجع : محمد صالح بن حسين، المسؤولية الطبية في القانون التونسي، ق.ت. 1996، عدد 2، ص 7.

(19) يراجع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط . . . . . I ، عدد 428 .

تنقسم من هذه الناحية إلى نوعين : **إلتزامات بنتيجة والتزامات ببذل عناية** مبيّنا أنّ مدى صعوبة إثبات عدم الوفاء تتغير بحسب نوع الإلتزام. وقد لقيت هذه النظريّة في فرنسا<sup>(15)</sup>، وفي عدد من البلدان الأخرى<sup>(16)</sup>، نجاحا فقهيّا وقضائيا كبيرا. وقد تبنتها المحاكم التونسيّة في العديد من أحكامها وقراراتها<sup>(17)</sup> بالرغم من عدم تعرّض المشرّع لها. وفي ذلك ما يفرض عرض مبدأ التفرقة الذي تقوم عليه نظريّة DEMOGUE (1)، ثمّ البحث في مسألة معيارها (2)، قبل التعرّض إلى الإلتزام بضمان السّلامة الذي يعدّ من أهمّ حالات تطبيقها (3).

#### 1 ( ) مبدأ التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية

##### 1.1 - الإلتزام ببذل عناية

357 - الإلتزام ببذل عناية هو الإلتزام الذي يتعهد بموجبه المدين ببذل جهد سعيّا للوصول إلى غرض معين. ويستوي في ذلك أن يتحقّق الغرض أو أن لا يتحقّق. فالهمّ فيه إذن، ليس بتحقيق نتيجة، إنّما بذل مقدار معين من

(15) يراجع : J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, th., LYON, L.G.D.J., 1965, préf. R. NERSON; ESMEIN, Remarques sur de nouvelles classifications des obligations, Mélanges CAPITANT, p. 235; ESMEIN, Obligation et responsabilité contractuelle, Mélanges RIPERT, t. 2, p. 101; MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyen, Rev. trim. dr. civ. 1935, p. 499; A. TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P. 1945 - I - 449; RODIERE, Une notion menacée, la faute ordinaire dans les contrats, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 201; MAZEAUD, L'obligation générale de prudence et de diligence et les obligations déterminées, Rev. trim. dr. civ. 1936, p. 1; PLANCQUEEL, Obligations de moyen, obligations de résultat, Rev. trim. dr. civ. 1972, p. 334.

(16) يراجع بالنسبة للقانون المصري : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، II ، عدد 424 وما بعده. وانظر بالنسبة لقانون مقاطعة الكيبك بالكندا : MAURICE A. TANCELIN, Théorie du droit des obligations, Les presses de l'université de Laval, QUEBEC, 1975, n° 375.

(17) يراجع مثلا : قرار تعقيبيّ مدنيّ عدد 10624 ، مؤرّخ في 17 جانفي 1985 ، ن.م.ت. 1985 ، ج I ، ص 190 ، وق.ت. 1986 ، عدد 5 ، ص 43. وحكم مدنيّ عدد 212 ، مؤرّخ في 29 أكتوبر 1962 ، (محكمة المهديّة الابتدائيّة)، ق.ت. 1963 ، عدد 7 ، ص 63.

إلى آخر في وقت معين يكون قد التزم بتحقيق نتيجة. فإذا لم يحقق تلك النتيجة يبقى الإلتزام المتعهد به غير منقذ، الشيء الذي يتكوّن منه الخطأ طالما أنّ الخطأ العقديّ يتمثّل كما رأينا في مجرد عدم الوفاء. ويتبيّن من هذا أنّ مهمة الدائن الذي يعتزم القيام بالخسارة سهلة جداً في صورة الإلتزام بنتيجة. فهو معفى من كلفة إثبات الخطأ إذ أنّ الخطأ مفروض هنا من مجرد عدم حصول النتيجة المتعهد بها. أمّا المدين بهذا النوع من الإلتزام فإنّ إعفاءه من تعويض الخسارة يبقى رهين إثباته للسبب الخارجي (الفصل 282 م. 1. ع.).

## 2) معيار التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية

359 - يمكن تحديد ما إذا كان الإلتزام المتفق عليه إلتزاماً بنتيجة أو إلتزاماً ببذل عناية بالرجوع إلى إرادة الأطراف المتعاقدين، حيث أنّ الأمر يتعلق في الواقع بمعرفة محتوى الإلتزام الناشئ عن العقد الرابط بينهم. غير أنّ العقود لا تتضمن عادة بيانات صريحة في هذا الخصوص. والسبب في ذلك راجع أساساً إلى أنّ محتوى الإلتزام يحدّد غالباً إمّا بحكم القانون (2-1) أو بحسب طبيعته (2-2). على أنّ ذلك قد لا يعفي من البحث عن معيار تفرقة موضوعي وذلك بالنسبة للإلتزامات التي يتعدّر تصنيفها بالرجوع إلى طبيعتها أو إلى القانون، وهو ما سعى إليه الفقه الفرنسيّ الحديث (2-3).

## 1.2) - تحديد محتوى الإلتزام بحكم القانون

360 - الإلتزامات التي يحدّد محتواها القانون هي طبعاً تلك التي تنشأ عن العقود المسماة. ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال ما جاء بالفصل 782 م. 1. ع. من أنّه «على المكتري ضمان ما يقع فيما اكتراه من الفساد بفعله أو بتفريطه أو بسوء استعماله». ويفهم من هذا النصّ أنّ التزم المكتري بالمحافظة على المكري هو التزم ببذل عناية. وكذلك الشأن بالنسبة للإلتزام الوكيل حيث جاء بالفصل 1131 أنّه «على الوكيل القيام بما وكلّ عليه بغاية من الإعتناء والتنبّه وهو مسؤول بالخسارة الناشئة لموكله عن تقصيره...». ومن حالات الإلتزام بتحقيق غاية التي ينصّ عليها القانون، إلتزام أصحاب الفنادق بضمان ما تلف أو سرق من متاع حرفائهم، حيث يتبيّن من الفصلين 849 و 850 من

م. 1. ع. أنّه لا يمكن إعفاؤهم من ذلك الضمان إلا إذا أثبتوا أنّ التلف أو التعيب نتج عن سبب خارجي مثل القوة القاهرة أو خطأ المتضرر. كما تتجه الإشارة في هذا المضمار إلى أحكام الفصل 640 من المجلة التجارية الذي يحمل ناقل الأشياء التزمًا بتحقيق غاية منصوصاً عليه كما يلي: «يضمن الناقل من وقت تسلّمه الأشياء المراد نقلها ضياعها كلاً أو بعضها أو تعييبها أو التأخير في تسلّمها». أمّا ناقل الأشخاص فهو ملزم بضمان سلامة المسافرين بموجب التزم بتحقيق غاية ينصّ عليه الفصل 653 من المجلة التجارية على النحو الآتي: «يجب على ناقل الأشخاص أن يوصل المسافر إلى وجهته المقصودة سالماً وفي حدود الوقت المعين». ويضيف الفصل 654 أنّ الإعفاء من هذا الضمان لا يجوز إلا بثبوت القوة القاهرة أو خطأ ينسب للمسافر<sup>(20)</sup>.

## 2.2) - تحديد محتوى الإلتزام بحسب طبيعته

361 - تشكّل طبيعة الإلتزام في بعض الأحيان الدليل القاطع على مضمونه. ويتفق الشراح<sup>(21)</sup> على أنّ الإلتزامات بإعطاء والإلتزامات بامتناع عن عمل تنتمي حتماً إلى صنف الإلتزامات بتحقيق غاية. فمن يبيع شيئاً على ملكه يلتزم نحو المشتري بنتيجة تتمثّل في نقل الملكية. فإذا لم تتحقّق النتيجة المتعهد بها فإنّ البائع يكون ملزماً بتعويض الخسارة، ولا يمكن له إذن أن يؤسّس دفاعه على كونه سعى بكلّ ما له من جهد إلى تحقيق تلك النتيجة. والأمر يكون بالمثل بالنسبة لمن يلتزم بعدم منافسة غيره في تجارة معينة - وهو التزم بامتناع عن عمل لا يعقل أن يكون التزمًا ببذل عناية. أمّا الإلتزامات بعمل فإنّ محتواها يختلف باختلاف العقود المنشئة لها. فبعضها يدخل في صنف الإلتزامات بتحقيق غاية في حين يعدّ البعض الآخر من قبيل الإلتزامات ببذل عناية، لذلك يجب البحث عن معيار تفرقة بينهما.

(20) يراجع: محمد الصالح بن حسين: «مسؤولية ناقل الأشخاص»، ق. ت. 1987، عدد 6، ص 7.

(21) يراجع: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 985 et s.; CH. LARROUMET, op. cit., n° 628 à 630; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 399.

## 3.2 - مسألة معيار التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بنتيجة

362 - حاول عدد من الشراح وضع معيار موضوعي للتفرقة بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بنتيجة. وقد اقترح بعضهم للغرض اعتماد معيار الإحتمال<sup>(22)</sup> المتمثل في أن يقع تحميل المدين التزاما ببذل عناية كلما كان تحقيق الغاية التي تعاقد من أجلها الدائن أمرا غير محقق بل مجرد احتمال لا تكفي عناية المدين وحدها لتحقيقه. وذلك حال الطبيب في علاقته مع مريضه. فالتزامه نحوه ينحصر مبدئيا في استعمال جميع الوسائل العلمية لاكتشاف نوع المرض ولمقاومته وليس بشفاءه. ذلك أن الشفاء غالبا ما يبقى رهين عوامل مختلفة لا يخضع جميعها لإرادة الطبيب بحيث لا تكفي في كل الأحوال العناية التي يبذلها هذا الأخير أثناء معالجته للمريض لتحقيق الشفاء. وإذ يبدو هذا المعيار جديا فلأنه ينطلق في الواقع من الإرادة المفترضة لطرفي العقد. ويوجد معيار فقهي ثان مأخوذ من دور الدائن في تنفيذ الإلتزام<sup>(23)</sup>. فإذا كان هذا الدور سلبيا - كالمفرج في الملعب - فإن الإلتزام يكون بنتيجة. أما إذا كان دور الدائن فعالا - كاللاعب في مقابلة رياضية - فإن التزام المدين يكون ببذل عناية اعتبارا إلى أن حسن تنفيذ الإلتزام يبقى في الحالة الثانية هذه - وإلى حد ما - رهين سلوك الدائن نفسه.

والملاحظ أن فقه القضاء بفرنسا لم يتقيد بصفة مطلقة بأي من المعيارين المذكورين. بل إنه يعتمد في تحديده لمحتوى الإلتزام شتى الإعتبارات الأخرى. من ذلك أن المحاكم تميل إلى إلزام المدين بنتيجة معينة إذا كان هذا الأخير مؤمنا على مسؤوليته من أجل الأضرار التي ألحقها بمعاقده أو إذا كان موضوع الإلتزام

متعلقا بسلامة الدائن الجسدية أو بحياته. ولكنها لا تذهب إلى إنقال كاهل المدين إذا كان التزامه بدون عوض ولا تحمله في هاته الصورة سوى إلتزام ببذل عناية<sup>(24)</sup>.

## 3 ( الإلتزام بضمان السلامة

363 - لا تنحصر الإلتزامات التي يجب على المدين تنفيذها والتي قد ينجر عن مخالفتها إلتزامه بتعويض الخسارة في تلك التي صرح بها الأطراف، بل تنضاف إليها جميع الإلتزامات التي تتبعها أو تترتب عليها بحكم «القانون أو العرف أو الإنصاف». ويستنتج من هذه القاعدة التي أوردها كما سبق بيانه<sup>(25)</sup> الفصل 243 من م.أ.ع.، أنه يحق للقاضي إذا لم يصرح الأطراف أو القانون عن الإلتزامات التي تتبع حتما بعض العقود اعتبارا لطبيعتها، أن يقرر إجراء العمل بها وأن يحكم على المدين بالتعويض من أجل مخالفتها<sup>(26)</sup>.

وقد قضت المحاكم الفرنسية على ذلك الأساس منذ سنة 1911 بأن عقد النقل لا يلزم الناقل بنقل المسافر من مكان إلى آخر فحسب، بل يلزمه أيضا بإتمام ذلك مع ضمان سلامته البدنية. ويترب على ذلك إلتزام الناقل بالتعويض في صورة حصول أضرار بدنية للمسافر نتيجة حادث جد أثناء النقل<sup>(27)</sup>. وقد لقيت هذه القرارات صدى كبيرا في التطبيق حيث امتد نطاق الإلتزام بضمان السلامة شيئا فشيئا إلى جميع أنواع العقود التي تكون فيها

(24) يراجع في خصوص مختلف هذه الإعتبارات : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 980 à 983; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 823.

(25) يراجع العدد 348 أعلاه.

(26) يراجع في هذا المعنى : R. RODIERE, Responsabilité contractuelle, Rep. Dr. civ., Dalloz, n° 13 et suiv. V. aussi, Patrice JOURDAIN, Nouveaux développements de l'obligation de sécurité extra-contractuelle et responsabilité contractuelle du fait des choses, note sous cass. 1er Civ. 17 janvier 1995, D. 1995, p. 350; Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Fondement et régime de l'obligation de sécurité, D. 1994, Chr., p. 81.

(27) قرار تعقيبي مدني فرنسي مؤرخ في 11 نوفمبر 1911 (D. P. 1913 - I - p. 249, note SARRUT).

(22) يراجع : TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, J.C.P. 1945 - I - 449; WEILL, note J.C.P. 1952 - II - 6909; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 978 et 979; A. BENABENT, note J.C.P. 1980 - II - 19402.

(23) يراجع : CH. LARROUMET, op. cit., n° 630, p. 590; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 982; J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et de résultats, thèse, LYON, L.G.D.J., 1965, n° 232.

من التعويض في صورة إصابة مسافر بأضرار بدنية أثناء النقل إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا ينسب إلى المسافر (الفصلان 654 و655 ق.ت.). أما صاحب النقل فإن التزامه بضمان سلامة حرفائه يعتبر في نظر محكمة التعقيب التزاما يبذل عناية يتمثل أساسا في السهر على سلامة حرفائه من جميع التواحي وتوفير جميع المرافق للغرض. وقد عاب القرار المؤرخ في 7 نوفمبر 1974 المذكور أعلاه على صاحب النقل تقصيره في تجهيز الغرف التي يقيم بها حرفاؤه بالمرافق الصحية اللازمة. وقد ترتب على هذا الخطأ تسرب الغاز مما عرض حياة حريفيين للهلاك.

#### ب - تدرج الخطأ<sup>(31)</sup>

365 - ترجع فكرة تدرج الخطأ إلى نظرية تدمية استنبطها القانون الفرنسي القديم. وهي تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة: خطأ جسيم (Faute lourde)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو أقرب ما يكون إلى الخطأ العمد ويلحق به من حيث نظامه القانوني. وخطأ يسير (Faute légère)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص عادي. وخطأ تافه (Faute très légère)، وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم يقظ.

وتقسم هذه النظرية العقود من جهتها إلى أنواع ثلاثة: عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة، ولا يسأل فيه المدين إلا عن الخطأ الجسيم، وعقد لمنفعة المتعاقدين معا كالإيجار ويسأل فيه المدين عن الخطأ اليسير، وعقد لمنفعة المدين وحده، ويسأل فيه المدين حتى عن الخطأ التافه<sup>(32)</sup>.

(31) يراجع: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط... I، عدد 430، PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 826; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 403 et s.; v° aussi, D. NGUYEN THANH-BOURGEOIS: Contribution à l'étude de la faute contractuelle: la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes, Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 414; G. VINEY, Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde, D. 1975, chr., p. 263; Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance op. cit., n°104 et s.

(32) يراجع: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط... I، عدد 430.

السلامة البدنية لأحد المتعاقدين عرضة للخطر وقت تنفيذها<sup>(28)</sup>. وإذا جعل المشرع التونسي من الإلتزام بضمان السلامة التزاما قانونيا بالنسبة لعقد النقل (الفصول 653 وما بعده من م.ت.)، فإن فقه قضاء محكمة التعقيب تبنى من ناحيته أيضا فكرة إلتزام المدين بضمان سلامة الدائن في العقود التي يكون فيها شخص هذا الأخير عرضة للخطر. على أن القرارات المنشورة التي صدرت في هذا الخصوص قليلة العدد، ولعل أهمها يبقى القرار ذا العدد 10578 المؤرخ في 7 نوفمبر 1974 الذي وضع على كاهل صاحب نزل إلتزاما بضمان سلامة حرفائه المقيمين، مجبرا إياه على ذلك الأساس بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هلاك حريفيين بسبب تسرب الغاز الطبيعي إلى الغرفة التي كان الهالكان يقيمان بها<sup>(29)</sup>.

364 - على أنه لا يكفي التصريح بوجود التزام بضمان السلامة. وعلى القاضي أن يحدد أبعاده وأن يبين هل أنه إلتزام ببذل عناية أم أنه إلتزام بنتيجة. وما من شك في أن وصف الإلتزام بضمان السلامة يكتسي من هذه الناحية أهمية بالغة بالنسبة للطرفين المتعاقدين، حيث أن تكيفه بالتزام بنتيجة يعني إعفاء الدائن المتضرر من عناء إثبات خطأ المدين بما يتحمل كاهل هذا الأخير الذي لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المتضرر. أما إذا اعتبرت المحكمة أن ضمان السلامة المحمول على أحد المتعاقدين هو التزام ببذل عناية لا يثبت عدم الوفاء به إلا بثبوت تقصير المدين أو إهماله، فإن مهمة الطرف المتضرر تكون أصعب بكثير<sup>(30)</sup>. ومن الملاحظ أن ضمان سلامة المسافرين في القانون التونسي هو التزام بنتيجة إذ لا يعفى الناقل

(28) يراجع في هذا الخصوص: L. JOSSERAND, La personne humaine dans le commerce juridique, D.H. 1932, Chr., p. 1; H. LALOU, Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf, D.H. 1931, chr., p. 37; M. MIOCO, La sécurité de la personne physique et la responsabilité contractuelle, thèse, Paris 1938; J. BEQUE, La protection de la victime d'un accident corporel et de ses proches dans le cadre contractuel, thèse, Montpellier, 1943.

(29) قرار تعقيبي مدني عدد 10578 مؤرخ في 7 نوفمبر 1974، ن.م.ت. 1974، ج II، ص 118.

(30) يراجع في هذا الخصوص: B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1010 à 1043, spéc. n° 1026 et suiv.

ويبدو من جهة أخرى أنّ الضرر المستوجب التعويض يمكن أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً بالرغم من عدم تعرّض المشرع صراحة إلى هذا الصنف الأخير من الضرر. ذلك أنّ قواعد المسؤولية المدنية بوجه عام - عقدية كانت أو تقصيرية - تفترض التعويض التام عن الضرر الحاصل مهما كان نوعه<sup>(36)</sup>. ولا شك في أنّ فقه القضاء في بلادنا قد تبنى هذا المبدأ بالنسبة للمسؤولية العقدية. ويمكن استنتاج ذلك من الأحكام والقرارات العديدة التي تلزم الناقلين ومؤمنهم بجبر كامل الأضرار التي تلحق حرقاءهم المسافرين، بما فيها الأضرار الأدبية، لما يتعرّضون إلى حادث مرور أثناء تنفيذ عقد النقل<sup>(37)</sup>. وتنتج الملاحظة في هذا الشأن أنّ فقه القضاء بفرنسا أقرّ منذ أوائل القرن العشرين مبدأ تعويض الضرر المعنوي في إطار المسؤولية العقدية<sup>(38)</sup>.

### III - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

367 - لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر لقيام المسؤولية. بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في حصول الضرر أي أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر. وهو الشرط الذي يشير إليه المشرع لما ينصّ بالفصل 278 من م.أ.ع. على أنّ «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن وعمّا فاته من الربح من جرّاء عدم الوفاء...». فالخسارة لا توجب التعويض إذن إلا إذا كانت النتيجة المباشرة للخطأ العقدي المتمثل في عدم الوفاء. ويتعيّن على الدائن أن يثبت ذلك. على أنّه غالباً ما يتعذّر مادياً الكشف عن السبب الأصلي لضرر معين. فالضرر الذي يحصل يعزى دائماً وبوجه عام إلى سلسلة لا متناهية من الأسباب يتولد كلّ سبب منها عن الآخر ويكون له دور في إحداث ذلك الضرر. لذلك فإنّ السبب المطلوب توفّره ليس السبب الحقيقي بقدر ما هو

(36) يراجع PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 836... وانظر بخصوص مبدأ التعويض الكامل، محمد اللّجمي: التعويض عن الضرر البدني في القانون التونسي والقانون المقارن، مطبعة بايريس - تونس 1997، الجزء الأول، ص 75 وما بعدها.

(37) أنظر مثلاً القرار التعميمي المدني عدد 7793، المؤرخ في 29 أبريل 1971، ن.م.ت. 1971، ص 64، وق.ت. 1971، عدد 3، ص 41، والقرار عدد 16957، المؤرخ في 25 أبريل 1989، ن.م.ت. 1989، ص 149.

(38) أنظر في هذا المعنى: Tb. com. Seine, 20 février 1932, Gaz. Pal. 1932-1-895, et Tb. civ. Seine, 20 Décembre 1932, S. 1932 - 2 - 144.

وقد تخلى القانون الفرنسي عن هذه النظرية منذ أواخر القرن التاسع عشر وذلك خاصة تحت تأثير PLANIOL الذي لاحظ أنّ كلّ مخالفة للالتزام، قانونياً كان أم تعاقدياً، تعدّ خطأ، وأنّ توافر هذا الركن من عدمه يبقى رهين محتوى وأهميّة الإلتزام المحمول على المدين، بحيث أنّ إثارة مسألة خطورة الخطأ تكون في جميع الأحوال غير ذات معنى طالما أنّ المهمّ هنا هو التأكّد من مدى التزام المدين. فإذا تبين أنّه لم يف به على النحو وبالقدر المتفق عليه، فإنّ الخطأ يثبت ضده ويمكن مطالبته بتعويض الخسارة على أساسه<sup>(33)</sup>. ويستتج من هذا التحليل أنّه يجوز مؤاخذه المدين من أجل كلّ مخالفة من جانبه للإلتزام الذي تعهد به بصرف النظر عن درجة خطورتها. وما من شك في أنّ مجلة الإلتزامات والعقود قد تبنت هذا الإتجاه وذلك بالرغم من كون بعض أحكامها، وخاصة منها الأحكام المتعلقة بتحديد التزامات المدين في عقدي الوديعة (الفصول 1005 و1020 و1021) والوكالة (1114 و1131 و1132) تتضمن بعض آثار نظرية تدرج الخطأ المهجورة حيث أنّ تقدير خطأ المدين في العقدين المذكورين يختلف من حيث شدته بحسب ما إذا كان التزمه بأجر أو بدون أجر.

### II - الضرر

366 - الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية. والدائن الذي يدعيه مطالب بإثباته. وهو لا يفترض من مجرد عدم الوفاء<sup>(34)</sup>. فقد لا يتقدّم المدين التزمه دون أن يترتب للدائن أي ضرر من ذلك<sup>(35)</sup>. ولا يعفى الدائن من عبء إثبات الخسارة إلا في الإلتزامات الخاصة بأداء مقدار ماليّ (الفقرة 3 من الفصل 278 من م.أ.ع.). والضرر الذي يترتب عليه التعويض - بشرط الإثبات طبعا - يتمثل إما في عدم الوفاء الكليّ أو الجزئيّ بالإلتزام، أو في المماثلة فيه (الفصل 277 من م.أ.ع.).

(33) يراجع: PLANIOL, Rev. cr., 1905, p. 283.

(34) يراجع عبد الرزاق السهوري، الوسيط... I، عدد 442.

(35) يراجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 836; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 388.



سبب قانوني. وقد حاول الشراح تحديده ووضعوا للغرض عدة نظريات مختلفة سوف نتعرض إلى أهمها : نظرية تكافؤ الأسباب<sup>(39)</sup> ونظرية السبب المنتج<sup>(40)</sup>.

أما النظرية الأولى فمؤداها أن كل سبب تبين أنه كان له دور في إحداث الضرر يجب اعتباره - مهما كان بعيدا - من الأسباب التي أحدثت الضرر. ذلك أن كل الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تعد متكافئة في هذه النظرية. وبالتالي فإن كل واحد منها يعتبر سببا في إحداثه. ويؤدي هذا التصور طبعاً إلى البحث عن الأسباب البعيدة للمسؤولية وله جانب فلسفي ما ورائي قد يؤول إلى اعتبار كل فرد من أفراد المجتمع مسؤولاً عن المصائب التي تحدث له. كما يترتب حتماً على هذه النظرية التوسيع في نطاق الضرر الواجب التعويض بما يجعله يشمل على حد السوى الأضرار المباشرة والأضرار غير المباشرة. وهو أمر مخالف لصريح أحكام الفصل 278 م.أ.ع.

وتعد النظرية الثانية، وهي نظرية السبب المنتج، أكثر تطابقاً من هذه الناحية مع إرادة المشرع حيث أنها تميز بين الأسباب العارضة والأسباب المنتجة. ولا تأخذ إلا بهذه الأخيرة. والسبب العارض الذي لا يمكن اعتماده هو السبب غير المألوف الذي لا يترتب عليه عادة نوع الضرر المطلوب التعويض عنه. أما السبب المنتج فهو، على خلاف ذلك، السبب المألوف الذي يتوقع منه إحداث ذلك الضرر. فهو بعبارة أخرى الخطأ الذي ينتج عنه في تقديرات كل شخص عاقل الضرر موضوع طلب التعويض. ولا يمكن الحصول على أساسه على جبر غير ذلك الضرر.

وإذ يمكن على مقتضى ذلك لمن ابتاع مثلاً<sup>(41)</sup> دابة مريضة أن يطالب باسترداد ثمنها وثمان الدواب الأخرى التي هلكت نتيجة العدوى، فإنه لا يحق له أن يطلب أيضاً التعويض استناداً إلى كون موت الدواب حرمه من فرصة

(39) يراجع في خصوص نظرية الأسباب المكافئة : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... 1، عدد 605.

(40) ويراجع بالنسبة لنظرية السبب المنتج : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط... 1، عدد 606.

(41) ويرجع المثال المذكور إلى الكاتب الفرنسي القديم POTHIER.

زرع أرضه وقلص دخله. ذلك أن هلاك الدواب - بل شراء دابة مريضة - يعد من الأسباب العارضة لحرقان الفلاح من زرع أرضه ولتقلص دخله ضرورة أن تعذر زرع الأرض قد يرجع إلى أسباب متعددة أخرى وليس من المألوف أن ينتج عن شراء دابة مريضة. فهو إذن سبب غير منتج وغير مباشر على معنى الفصل 278 م.أ.ع.

على أن أحكام هذا النص قد تسمح للقاضي بأن يحكم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة في صورة تعمد المدين عدم الوفاء. وقد حوّل المشرع للمجلس في هذا المجال سلطة تقديرية مركزاً خاصة على أن يجعل في تقديره للغمرة «تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تديسه» (الفصل 278 فقرة أولى).

#### IV - أسباب الإغفاء من المسؤولية العقدية

368 - جاء بالفصل 282 من م.أ.ع. أن المدين «لا يلزم... بتعويض الخسارة إذا أثبت سبباً غير منسوب إليه منعه من الوفاء أو أخره عنه كالقوة القاهرة والأمر الطارئ ومماثلة الدائن». وإذ لم ترد أحكام هذا النص على سبيل الحصر، فإن ذلك يرجع بدون شك إلى أنه يوجد إلى جانب القوة القاهرة والأمر الطارئ (أ) ومطل الدائن (ب) أسباب أخرى تعفي المدين من المسؤولية تتمثل أساساً في فعل الغير وفعل الدائن (ج).

#### أ - القوة القاهرة والأمر الطارئ<sup>(42)</sup>

369 - إن القوة القاهرة والأمر الطارئ لفظان لا يختلفان من حيث مفهومهما وآثارهما. وقد لاحظ أحد الشراح<sup>(43)</sup> أن المشرع تعرض لحادثتي القوة القاهرة والأمر الطارئ في قرابة ثلاثين فصلاً من مجلة الالتزامات والعقود. وفي كل هاته النصوص القانونية لا نجد مميّز صراحة ولا ضمناً

(42) يراجع : Paul-Henri ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, thèse, Montpellier, 1992 ; ومحمد الحبيب الشريف : «حول الدق بالقوة القاهرة في قضايا حوادث المرور»، ق.ت، 1992، عدد 5، ص 20 وما بعدها.

(43) محمد الحبيب الشريف : «هل يجوز التمييز بين القوة القاهرة والأمر الطارئ؟»، ق.ت، 1987، عدد 7، ص 25 وما بعدها.

عدمه يعتبر من المسائل الواقعية التي تخضع لاجتهاد القاضي، فإنهم يختلفون في خصوص نطاق استحالة التوقع. ففي حين يشترط بعضهم<sup>(48)</sup> أن يكون عدم إمكان التوقع مطلقاً وأن يقع تقديره لا من جانب المدين فحسب، «بل من جانب أشد الناس يقظة وبصر بالأمور»<sup>(49)</sup>، نلاحظ أن أهم الفقهاء المعاصرين<sup>(50)</sup> يؤكدون على أن عدم إمكان التوقع لا يكون إلا نسبيًا وأنه يتجه تقديره إما بالرجوع إلى معيار «الأب الصالح» أو باعتبار حالة كل مدين على حدة. وهو اتجاه يبدو مطابقاً لفقهاء قضاء محكمة التعقيب<sup>(51)</sup>.

## 2.1 - استحالة الدفع

372 - يجب أن تكون الحادثة غير المتوقعة مستحيلة الدفع لكي تتكون منها حالة قوة قاهرة (الفصل 283 م.أ.ع.). أما إذا أمكن دفع الحائل فلا يجوز اعتباره قوة قاهرة حتى إذا ثبتت استحالة توقيعه<sup>(52)</sup>.

(48) يراجع: عبد الرزاق السهوري: الوسيط...، 1، عدد 588.

(49) عبد الرزاق السهوري، المرجع أعلاه.

(50) يراجع: J. CARBONNIER, op. cit., § 75; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 827; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 413; F. CHABAS, Force majeure, ét. précitée, n° 10 et suiv.

(51) ومن أمثلة ذلك تأييد محكمة التعقيب للقرار الاستثنائي الذي قضى بأن «رداءة الأحوال الجوية في الرحلات البحرية لا ينظر إليه كقوة قاهرة لأنها لا تخفى عادة على ممارسي هذه الرحلات وأن ريان السفينة لم يأخذ بنشرة الرصد الجوي التي أفادت بتوقع الزوبعة التي تعرضت لها السفينة الحاملة لتلك البضاعة» (قرار تعقيبي مدني عدد 12710، مؤرخ في 6 مارس 1986، ن.م.ت. 1986، ج 1، ص 209). وكذلك ما ذهب إليه من أن انفلاق عجلة السيارة أو العربة بوجه عام من الحوادث التي تحصل بكثرة ويمكن معرفة أسبابها سلفاً، ولهذا فهو أمر متوقع وبالتالي لا يعد من قبيل القوة القاهرة ولو استحاله على السائق دفعه (قرار تعقيبي مدني عدد 16957، مؤرخ في 25 أبريل 1989، ن.م.ت. 1989، ص 149؛ ولكن أنظر في الإنجاء المعاكس القرار التعقيبي المدني عدد 7793، المؤرخ في 29 أبريل 1971، ق.ت. 1972، عدد 3، ص 41).

(52) يجب التركيز هنا على ضرورة جمع شرطي عدم إمكان التوقع وعدم إمكان الدفع في حادثة معينة حتى تتكون منها حالة قوة قاهرة وهو ما عبر عليه القرار عدد 16957، المؤرخ في 25 أبريل 1989 المذكور أعلاه بمقولة «... أن القوة القاهرة... هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه. فإذا أمكن توقعه ولو استحاله دفعه لم يكن قوة قاهرة ولا أمراً طارئاً، وإن أمكن دفعه ولو استحاله توقعه لم يكن قوة قاهرة ولا أمراً

بين الحادثتين المذكورتين. وقد أثبتت مسألة التمييز بين القوة القاهرة والأمير الطارئ أمام محكمة التعقيب فأجابت بأن «... كلاهما ينتج نتائج قانونية واحدة بدون ميز أو تفرقة...»<sup>(44)</sup>. وهذا هو أيضا الرأي السائد فقها وقضاء بفرنسا<sup>(45)</sup>.

فما هي العناصر المكوّنة للقوة القاهرة والأمير الطارئ (1) وما هي آثارهما؟ (2).

## 1) عناصر القوة القاهرة والأمير الطارئ

370 - القوة القاهرة<sup>(46)</sup> هي حادث غير ممكن التوقع (1.1)، مستحيل الدفع (2.1) يصبح معه الوفاء بالإلتزام مستحيلاً.

### 1.1 - عدم إمكان التوقع

371 - لا يعتبر الحائل دون تنفيذ الإلتزام قوة قاهرة إلا إذا كان غير ممكن التوقع زمن التعاقد. ويبدو اشتراط عدم إمكان توقع الحادثة الحائلة دون الوفاء أمراً طبيعياً ومعقولاً. ذلك أنه إذا كان في استطاعة المدين توقع الحادثة ولم يسع لتدارك عواقبها في الإبان، فإن وقوعها لا يشكل عذراً له باعتباره تعهد بالوفاء وهو على بينة من واقع الأمور وعلى علم تام بالمخاطر التي قد يتعرض إليها تنفيذ العقد. وإذ يتفق الشراح<sup>(47)</sup> على أن تقدير توقّر هذا العنصر من (44) قرار تعقيبي عدد 7793، مؤرخ في 29 أبريل 1971، ن.م.ت. 1971، ص 64، وق.ت. 1971، عدد 3، ص 41.

(44) يراجع: J. CARBONNIER, op. cit., § 75; F. CHABAS, Force majeure, Rep. Dr. civ. Dalloz.

(46) وتقصدها أيضا الأمر الطارئ. إذ لا يوجد فرق بين المفهومين في القانون التونسي كما سبق بيانه.

(47) يراجع في هذا الخصوص: F. CHABAS, Force majeure, ét. précitée, n° 82 et s. ويلاحظ هذا الكاتب أن محكمة التعقيب الفرنسية تحفظ لنفسها بحق وصف الوقائع وتعتبر أن مفهوم استحالة التوقع واستحالة الدفع من المسائل القانونية مما يخول لها حق مراقبة تكييف الوقائع بها من قبل قضاء الموضوع. أما تقدير الواقعة في ذاتها فهو يخضع لمطلق اجتهاد محاكم الموضوع ولا رقابة عليهم في ذلك من قبل محكمة التعقيب. وهو الإنجاء الذي نبتهه محكمة التعقيب التونسية لما خولت لنفسها حق مراقبة قضاء الأصل حين قضوا بأن حادثة انفلاق عجلة السيارة تعدّ من قبيل القوة القاهرة وحكمت بالتعويض بناء على عدم توقّر عنصر استحالة التوقع في مثل هذه الحادثة (يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 16957، مؤرخ في 25 أبريل 1989، ن.م.ت. 1989، ص 149). وانظر أيضا في خصوص حق مراقبة محكمة التعقيب في هذا المجال: قرار مدني تعقيبي عدد 7753، مؤرخ في 8 أبريل 1971، ق.ت. 1972، عدد 6، ص 43 وقارن خاصة مع القرار التعقيبي المدني عدد 6728، المؤرخ في 3 جانفي 1983، ن.م.ت. 1983، ج 1، ص 256) الذي يبدو فيه أن محكمة التعقيب رفضت مراقبة مسألة استحالة التوقع واعتبرتها من المسائل الموضوعية.

العام وأن الاتفاق على خلافها جائز<sup>(56)</sup>. على أن المشرع يستثني من هذه القاعدة المدين الماطل الذي يبقى ملزماً بتعويض الخسارة «إذا تلف الشيء الملتزم به أو تعيب بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة» (الفصل 280 م.أ.ع.). ويبدو هذا الحل في نظر الشراح مطابقاً للقواعد العامة. ويلاحظ أحدهم<sup>(57)</sup> في هذا الخصوص أن المدين الماطل هو مدين مخطيء، والخطأ المتقدم عن القوة القاهرة يفقدها مفعولها الإعفائي عملاً بالقاعدة المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة من الفصل 283 م.أ.ع. بما يكفي لتفسير الحل الوارد بالفصل 280 أعلاه.

ويرى فريق من الشراح الحديثين<sup>(58)</sup> أن استحالة التنفيذ لا ينجر عنها حتماً إنقراض الإلتزام إذا كانت مجرد استحالة وقتية. ولا يترتب عليها في هاته الصورة إعفاء المدين من التزامه إنما فقط تعليق العقد الذي يربطه بالذاتن إلى حين زوال سبب الاستحالة. وتعدّ هذه النظرية جديدة نسبياً. وينحصر نطاق تطبيقها في العقود الزمنية التي لا يكتسي تاريخ تنفيذها أهمية جوهرية بالنسبة للذاتن. وهي ترمي في الواقع إلى تعميم الحلول التي سبق أن أقرها المشرع بمجلة الشغل لفائدة الأجراء الذين تجبرهم أسباب قاهرة كأداء الواجب العسكري (الفصل 19 من م.ش.) أو الولادة (الفصلان 20 و 64 من م.ش.) على الإنقطاع مؤقتاً عن العمل. وقد أخذ فقه القضاء بفرنسا بهذه النظرية في بعض الحالات النادرة<sup>(59)</sup>. كما سبق أن تبناها في تونس الفقيه محمد المالقي

(56) تراجع في هذا المعنى : محمد المالقي، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 268 ؛ وانظر PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 828.

(57) تراجع : Mohamed Moncef CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution : du contrat en droit civil, thèse précitée, p. 348.

(58) تراجع : J. F. ARTZ, La suspension du contrat à exécution successive, D. 1979, chr., p. 95; J.M. BERRAUD, La suspension du contrat de travail, thèse, LYON, 1980; v° aussi, Marie-Louise CROS, Les contrats à exécution échelonnée, D. 1989, chr., p. 49; PH. LANGLOIS, Contre la suspension du contrat de travail, D. 1992, chr. p. 141.

(59) تراجع في هذا الخصوص : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 835.

وإمكان الدفع يعني إما إمكانية التغلب على الوضع الراهن أو إمكانية اجتنابه. وتنص الفقرة الثانية من الفصل 283 م.أ.ع. على أنه «لا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين كل الحزم في درئه»<sup>(60)</sup>. كما لا يعتبر قوة قاهرة حسب الفقرة الثالثة من الفصل المذكور «السبب الناتج عن خطأ متقدم من المدين»<sup>(61)</sup>. ولا غرابة في مثل هذا الحل طالما أن استحالة الدفع تنتفي بوجود الخطأ المتقدم، علاوة على كون الخطأ المتقدم يستغرق أحيانا كامل أسباب الضرر فيزيل بذلك عن القوة القاهرة أثرها الإعفائي.

وتقدّر استحالة الدفع على خلاف استحالة التوقع وقت تنفيذ العقد لا زمن إبرامه. ولا بد أن يترتب عليها استحالة تنفيذ العقد التي تعتبر في نظر الكافة العنصر الأساسي المبرر للقدرة الإعفائية التي تحضى بها القوة القاهرة. ويجب أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة لا نسبية. فإذا كان التنفيذ أصعب أو بكلفة أكبر نتيجة حدوث أمر غير متوقع قد تعذر دفعه، فإن شروط القوة القاهرة لا تعدّ متوفرة فيه ولا ينجر عنه إعفاء المدين من المسؤولية<sup>(62)</sup>.

## ( 2 ) آثار القوة القاهرة والأمر الطارئ.

373 - تتمثل النتيجة الأساسية للقوة القاهرة في انقراض التزام المدين وإعفائه من تعويض الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء المتأخر وذلك طالما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، علماً أن أحكام القوة القاهرة لا تتعلق بالنظام

طارنا... ٤٠٠. تراجع أيضاً القرار التعقيبي المدني عدد 16976، المؤرخ في 16 جانفي 1989 (ق.ت. 1991، عدد 4، ص 35) والقاضي بأن إخراج المدّعي من المحل الذي كانت تباشر فيه نشاطها بموجب الحكم الاستعجالي لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة إذ كان في إمكانها توقعه وتفاديه بالطعن في التبيه المرجّه إليها في الأجل القانوني أو البحث عن محلّ جديد تنقل إليه نشاطها.

(53) تراجع القرار التعقيبي المدني عدد 14549، المؤرخ في 20 فيفري 1986، ن.م.ت. 1986، ج 1، ص 256.

(54) أنظر القرار التعقيبي المدني عدد 3591، المؤرخ في 7 جوان 1982، ن.م.ت. 1982، ج III، ص 247. تراجع أيضاً القرار التعقيبي المدني عدد 2544، المؤرخ في 25 ديسمبر 1980، ن.م.ت. 1980، ج II، ص 233. وقد ورد به أن وجود المدين بالسجن لا يعتبر حالة قوة قاهرة تعفيه من أداء التزامه. ويبدو هذا الحكم في طريقة إذا اعتبرنا أن وجود شخص بالسجن يرجع مبدئياً وباستثناء حالات الإيقاف التحفظي والإحتفاظ إلى خطأ متقدم منه. وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 34611 المؤرخ في 16 مارس 1994 (ن.م.ت. 1994، ص 365) المكرس لنفس الاتجاه.

(55) تراجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 75.

به أنه «يجوز إعفاء الناقل من الضمان الكلي أو الجزئي من أجل عدم الوفاء بتعهداته أو الإخلال بها أو التأخير فيها بشرط أن يثبت أن ذلك ناشئ عن قوة قاهرة أو خطأ ينسب للمسافر».

## § 2 - آثار المسؤولية العقدية، تعويض الخسارة

377 - لا يصح طلب تعويض الخسارة الناجمة عن المسؤولية العقدية لدى المحاكم إلا ضدّ المدین المماطل، كما أن تحديد الخسارة واحتسابها لا يمكن إلا اعتباراً من تاريخ بداية المماطلة. فمن المهم جداً أن نبيّن إذن كيف يصبح المدین مامطلا (I)، قبل أن نتعرّض إلى مسألة كيفية تقدير التعويضات المستحقة (II) وإلى مختلف الإتفاقات التي يبرمها الأطراف مسبقاً في خصوصها ومدى سلامتها (III).

### I - مطل المدین<sup>(64)</sup>

378 - إن المماطلة هي التأخير عن الوفاء في الكلّ أو في البعض لسبب غير صحيح (الفصل 268 م.أ.ع.)<sup>(65)</sup> وتختلف الكيفية التي يصبح بها المدین مامطلا بحسب ما إذا كان الإلتزام بأجل معيّن (أ) أو بدون أجل (ب).

### أ - حالة الإلتزام بأجل معيّن

379 - يعدّ المدین مامطلا في هاته الصّورة «بمضيّ الأجل المعيّن في العقد...» (الفصل 269)<sup>(66)</sup>، دون حاجة لسؤاله أو التّشبيه عليه من أجل

(64) يراجع : محمّد الملقى : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 262. وانظر خاصة أطروحة محمّد المنصف الشافعي، المذكورة أعلاه، La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil.

(65) ولا يعدّ على ذلك الأساس مامطلا في نظر محكمة التّعقيب المتوسّغ الذي لم ينقطع عن دفع الكراء خلال المدة المتنازع في شأنها - والتي تزيد عن الأربعة أعوام - وقد انحصر الخلاف بينه وبين معاقده في مقدار قليل الأهمية لم يتحدّد إلا عن طريق الإختبار (قرار تعقيبي مدني عدد 9928، مؤرّخ في 10 ماي 1973، ن.م.ت. 1973، ص 47. وانظر في هذا المعنى أيضا : قرار تعقيبي مدني عدد 5649، مؤرّخ في 17 مارس 1982، ن.م.ت. 1982، ج II، ص 348).

(66) راجع تطبيقاً لهذا النّص : قرار استئنافي مدني (صفاقس) عدد 1316، مؤرّخ في 5 فيفري 1960، ق.ت. 1960، ص 395، وقرار استئنافي مدني (تونس) عدد 57407، مؤرّخ في 10 فيفري 1965، ق.ت. 1965، ص 426.

حين اعتبر بوجه عامّ أنّ القوة القاهرة لا تتكوّن من تعذّر وقتيّ للتّنفيذ<sup>(60)</sup>. وهو اتّجاه يبدو مطابقاً أيضاً لفقّه قضاء محكمة التّعقيب<sup>(61)</sup>.

### ب - مامطلة الدائن

374 - «يعدّ الدائن مامطلا إذا امتنع بلا وجه من قبول الأداء من المدین أو من نائبه إذا عرضاً إتمام ذلك على الوجه المقرّر بالعقد أو الذي تقتضيه طبيعة الإلتزام» (الفصل 284 فقرة أولى م.أ.ع.)، ولا تكفي مامطلة الدائن لبراءة المدین (الفصل 289 فقرة أولى م.أ.ع.). غير أنّها تعفيه ابتداءً من تاريخ قيامها من تعويض الخسارة الناجمة عن تلف أو تعييب الشّيء الملتزم به. إلا ما تسبّب فيه بتدليس أو تقصيره الفاحش (الفصل 287 م.أ.ع.)<sup>(62)</sup>.

### ج - فعل الغير وفعل الدائن

#### 1 ( فعل الغير

375 - لا يكفي فعل الغير أو خطؤه لإعفاء المدین من التزامه لأنّه يعتبر حالة من حالات القوة القاهرة ولا ينقض به التزام المدین إلا إذا توفّرت فيه شروطها.

#### 2 ( فعل الدائن

376 - إذا كان فعل الدائن مخطئاً وثبت أنّه استغرق كامل أسباب الضّرر وأنّه لا يمكن نسبة عدم الوفاء إلى سواه، فإنّ المدین يعفى من تعويض الخسارة<sup>(63)</sup>. وقد أقرّ المشرّع هذا الحلّ ضمن الفصل 654 من م.ت. الذي ورد

(60) أنظر كتابه : «محاضرات في شرح القانون المدني التونسي»، المذكور أعلاه، ص 268.

(61) ويتبيّن ذلك من القرار التعقيبي المدني عدد 16857، المؤرّخ في 25 أفريل 1989، المذكور أعلاه، حيث جاء به أنّه يترتّب على القوة القاهرة «إعفاء المدین من تنفيذ الإلتزام أو وقفه حسب الأحوال...».

(62) يراجع : قرار تعقيبي مدني عدد 434، مؤرّخ في 8 جانفي 1976، ن.م.ت. 1976، ج I، ص 22 وانظر أيضا : Mohamed Moncef CHAFFAI, th. précitée, p. 7.

(63) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 12042، المؤرّخ في 31 أكتوبر 1985، ن.م.ت. 1985، ج II، ص 343 وق.ت. 1987، عدد 8، ص 81. وقد اعتبرت فيه محكمة التّعقيب أنّ خطأ الدائن، المتمثّل في عدم تأييده لآلة الحصاد خلافاً لما تعهّد به، يعدّ عذراً كافياً لعدم إنجاز المدین لالتزامه - المتمثّل في سبّاقة تلك الآلة وتوليّي العمل عليها لمدة شهرين - من شأنه أن يعفيه من تعويض الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء. لذلك يعدّ قاصر التعليل موجباً لنقض الحكم الذي لم يناقش دفعات المدین المتعلقة بأسباب امتناعه عن الوفاء.

التأخر في الوفاء بها إلا إعتبارا من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين وذلك عملا بأحكام الفصل 278 فقرة رابعة.

### ب - حالة الإلتزام بدون أجل

383 - إذا لم يعين أجل للوفاء، فلا يعدّ المدين ماطلا حسب الفصل 269 م.أ.ع. إلا بعد أن يسأله الدائن بوجه صريح خلاص ما عليه «ويذكر في السؤال ما يأتي : أولا - أن يطلب من المدين الوفاء بما التزم به في مدة معقولة. ثانيا - أنه إذا مضى هذا الأجل فإنّ الدائن يعدّ نفسه بريئا مما تعهد به». «ويجب أن يكون السؤال كتابة وقد يكون برسالة تلغرافية أو بملف موصى به أو بطلب المدين للحضور لدى الحاكم ولو كان نظر الحاكم لا يشمل تلك التازلة».

ويشير هذا النصّ مسألة في غاية من الأهمية بالنسبة لتحديد نطاق مسؤولية المدين إذ هي تخصّ تاريخ بداية مطل المدين. فهل يبتدىء المطل من يوم الإنذار الموجّه للمدين أم هو يبتدىء بنهاية المدّة المعقولة التي على الدائن أن يمنحها له لتمكينه من الوفاء عملا بأحكام الفصل 269 فقرة 2 - أولا، المبيّنة أعلاه؟ يبدو الجواب على هذا السؤال بسيطا إذ يمكن استنباطه من صريح أحكام الفصل 269 م.أ.ع. التي بتحديدتها لمضمون السؤال الواجب توجيهه إلى المدين على النحو الذي سبق عرضه («ويذكر في السؤال ما يأتي . . .»)، تجعل منه إجراء قانونيا يهدف إلى تعيين أجل للإلتزام كان في الأصل بدون أجل. فلا يمكن إذن تصوّر أيّ تأخر أو ماطلة في الوفاء إلا بعد مضي ذلك الأجل. ويبدو هذا الحلّ المنطقيّ متناقضا في ظاهره مع أحكام الفصل 136 من م.أ.ع. الذي جاء به أنه «إذا كان الإلتزام غير مقيد بأجل أجري حالا . . .» حيث يمكن أن يفهم منه أنّ الغرض من سؤال المدين ليس تحديد أجل للإلتزام، إنّما فقط إشعار المدين بماطلته، طالما أنّ الإلتزام بدون أجل ينفذ حال تكويته حسب صريح عبارة الفصل 136 م.أ.ع. ومما قد يؤكّد جدية هذا التحليل تمسك جانب من الشراح به. إلا أنّ الرأى السائد فقها<sup>(69)</sup> وقضاء<sup>(70)</sup> هو أنّ الفصل

(69) أنظر الشافعي، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.

(70) قرار تعقيبي مدني عدد 5934، مؤرخ في 1 جويلية 1959، ق، ت، 1960، ص 277.

ذلك. ويتميّز القانون التونسي في هذا المجال بتوافقه من جهة مع معظم التشريعات الأجنبية كالقانونين الألماني والسويسري اللذين تأثر بهما مباشرة، أو غيرهما كالقانون النمساوي والبرازيلي والياباني، وباختلافه من جهة أخرى عن القانون الفرنسي الذي يعتبر، على عكس ما درج عليه القانون المقارن، أنّ المدين لا يصبح ماطلا إلا بعد سؤاله من طرف الدائن<sup>(67)</sup>. على أنّ القاعدة التي أقرها المشرع في بلادنا لا تهتمّ النظام العام بما يصحّ معه اتفاق الأطراف على خلافها<sup>(68)</sup>. ويستثنى المشرع تطبيقها في حالات ثلاث.

### 380 - أما الحالة الأولى فتحدث عند وفاة المدين وينصّ عليها الفصل

271 م.أ.ع. كما يلي : «إذا حلّ أجل الإلتزام بعد وفاة المدين فلا يعتبر ورثته أنّهم ماطلون إلا بعد أن يندرهم الدائن أو من ناب عنه بالوفاء إنذارا صريحا. فإن كان فيهم قاصر أو صغير وجب إنذار الولي بالوفاء».

### 381 - وتمثّل الحالة الثانية في تأخر المستأجر عن تسلّمه المصنوع

في نطاق عقد الإجارة على الصنع حيث تنصّ الفقرة 2 من الفصل 881 من م.أ.ع. في هذا الخصوص على ما يلي : «فإنّ تراخي المستأجر في تسلّمه ولم يكن في ذلك تقصير من الأجير كان التلّف أو التعيب عليه من وقت ابتداء ماطلته المثبتة بإنذاره كما يجب». ويرى الأستاذ الشافعي أنّه لا مبرر لهذا الاستثناء المتضمن لحماية مميزة للمستأجر، ولا يمكن تفسيره إلا بكون الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار على الصنع مأخوذة عن القانون الفرنسي وهي بالتالي غير مطابقة للأحكام العامة التي وردت في خصوص مطل المدين المختلفة عنها كما رأينا من حيث المصدر.

### 382 - أما الاستثناء الثالث والأخير فيتعلّق بالإلتزامات الخاصة

بأداء مقدار مالي معيّن. وهي إلتزامات لا ينجّر غم الضرر الناجم عن

(67) يراجع في هذا الخصوص الأستاذ النصف الشافعي الذي يحلّل بأطروحته المذكورة (ص 30 إلى 40) مزايا الحلّ الفرنسيّ وسلبياته معتبرا في النهاية أنّ الحلّ الذي أقره المشرع التونسي - وهو السائد في القانون المقارن - أرقى بكثير مما ذهب إليه القانون الفرنسيّ في هذا المجال.

(68) يراجع في هذا المعنى : قرار تعقيبي مدني عدد 11495، مؤرخ في 4 سبتمبر 1974، ن.م.ت. 1974، ج III، ص 102. أنظر كذلك الشافعي، المرجع السابق، ص 20، ملاحظة عدد 1.

( 1 ) أن غرم الضّرر لا يكون بالنسبة لهاته الإلتزامات إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون ونسبته سبعة بالمائة في المادة المدنية. أما في المادة التجارية فنسبته تفوق بنصف نقطة النسبة القصوى المحددة من طرف البنك المركزي لفوائض الكشوف البنكية<sup>(73)</sup>.

( 2 ) يحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أية خسارة. فالخسارة هنا مفترضة قانونا من الماطلة وتقدر بحسب مدتها. ولا يصبح المدين في هاته الصورة ماطلا حسب الفقرة الرابعة من الفصل 278 م. ا. ع. - كما سبق أن رأينا - إلا بعد إنذاره من طرف الدائن.

( 3 ) إذا تسبب المدين لدائته في ضرر مستقل عن الماطلة في الوفاء<sup>(74)</sup> فإنه تجوز المطالبة بتعويض الخسارة بشرط إثبات سوء نية المدين<sup>(75)</sup>.

### III - الإتفاقات المتعلقة بالتعويض

#### أ - الإتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها<sup>(76)</sup>

386 - يعتبر الإتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها جائزا بحكم مبدأ حرية التعاقد. ولا يمنع القانون سوى اشتراط العاقد عدم

(73) الفصل 1100 من م. ا. ع. المنقح بموجب القانون عدد 14 - 83 المؤرخ في 15 فيفري 1983.

(74) يراجع في خصوص هذا المفهوم : محمّد المنصف الشافعي، الأطروحة المذكورة، ص 315 إلى 321، وانظر أيضا : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 845.

(75) يراجع أطروحة محمّد المنصف الشافعي، ص 321 إلى 329، وانظر : قرار تعقيبي مدني عدد 9245 مؤرخ في 12 نوفمبر 1973، ن. م. ت. 1973، ص 184؛ قرار تعقيبي مدني عدد 2460 مؤرخ في 13 ماي 1963، ن. م. ت. 1963، ص 79، وق. ت. 1964، عدد 1، ص 150؛ وقرار تعقيبي مدني عدد 1877 مؤرخ في 18 جوان 1962، ن. م. ت. 1962، ص 35.

(76) يراجع : مندر الشارني : التحديد الإتفاقي للمسؤولية العقدية، رسالة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 1992، P. DURAND, Des conventions d'irresponsabilité, th. Paris 1931; PH. DELEBECQUE, Les clauses allégeant les obligations dans les contrats, thèse, Ronéo, Aix, 1981; MUZUAGHI, Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau, L.G.D.J., 1981, préface BONASSIES; MALINVEAUD, Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente; v° aussi, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1479 à 1486; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 854 à 863; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 445 à 455.

136 م. ا. ع. عندما يقضي بأن الإلتزام بدون أجل ينقذ حالا، فهو يقصد بذلك إمكانية التنفيذ حالما يطالب به الدائن مدينه. فالمدين بالتزام بدون أجل لا يلتزم بالوفاء من تاريخ وجود الإلتزام، إنمّا فقط عندما يطالبه الدائن بالوفاء. بذلك يمكن التوفيق بين الفصلين 269 و136 : فسؤال المدين من قبل الدائن ليس إذن سوى مطالبته بالوفاء في أجل معيّن يصبح المدين بعد مروره ماطلا<sup>(70-1)</sup>.

على أن سؤال المدين ليس واجبا حسب صريح أحكام الفصل 270 م. ا. ع. في حالتين، أولهما إذا امتنع المدين من الوفاء امتناعا صريحا (بشرط الإثبات طبعا) وثانيهما إذا صار الوفاء غير ممكن.

### II - تعويض الخسارة<sup>(70-2)</sup>

384 - تستحق الخسارة الناجمة عن عدم الوفاء بالعقد أو الماطلة فيه التعويض الكامل حسبما يفهم من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 278 التي تقرّ هذا المبدأ بمقولة أن «الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة وعمّا فاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد». ولئن حوّل المشرع للقاضي حقّ تقدير التعويضات بحسب خطأ المدين أو تدليسه (آخر الفقرة الأولى للفصل 278) فإنّ القرارات الصادرة في هذا المعنى تبقى نادرة<sup>(71)</sup>.

385 - هذا، ولا بدّ من الإشارة كذلك إلى أن الإلتزامات الخاصة بأداء مقدار ماليّ معيّن تخضع إلى نظام خاص<sup>(72)</sup> منصوص عليه بالفقرات 2 و3 و4 و5 من الفصل 278 م. ا. ع. ويتميّز هذا النظام بما يلي :

(70 - 1) يراجع في هذا المعنى : قرار تعقيبي مدني عدد 32639 مؤرخ في 20 فيفري 1992، ن. م. ت. 1992، ص 525.

(70 - 2) يراجع : Alain BENABENT, La notion de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de faire, D. 1994, p. 454.

(71) ولكن يراجع القرار تعقيبيّ المدني عدد 9245، المؤرخ في 12 نوفمبر 1973، ن. م. ت. 1973، ص 184.

(72) يراجع : PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 843 à 847; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., §§ 76 et 77; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1443 à 1477.

وقد اعتمد القرار المبدئي الصادر عن الدوائر المجتمعة بتاريخ 29 أبريل 1975 لتبرير صحة الشرط التفريري على مبدأ الحرية التعاقدية من ناحية، وعلى مبدأ القوة الملزمة للعقد من ناحية أخرى، عارضا على ذلك الأساس أنه «جرى عمل المتعاقدين في نطاق حرية الإتفاقات<sup>(79-2)</sup> أن يضبطوا علاقتهم فيما يتوقعونه من ضرر عند عدم الوفاء بالإلتزام أو تأخير الوفاء به ويعينوا له مقدارا مالياً مسبقاً يتفقون عليه صراحة بالعقد، وأن مثل هذا الإتفاق يُسمى شرطا تفريرياً ولم ينصّ عليه القانون صراحة، ففي مثل هذه الصورة ينظر إليه على أساس القواعد العامة المتعلقة بالإلتزامات وما يترتب عليها مطلقاً حسبما نصّ عليه الفصل 242 م.أ.ع. . . .»<sup>(79-3)</sup>.

1.387 - والأغلب إلى الظنّ أنّ الشرط التفريري الجائز في نظر الدوائر المجتمعة هو الشرط ذو الطابع التعويضي دون الشرط الجزائي العقابي الذي يشترطه الأطراف لتأمين الوفاء بالعقد. ولا يسعنا إلا أن نؤيد هذا الموقف اعتقاداً منا أنّ العقوبات الخاصة لا تجوز إلا بترخيص من القانون، وأنّه ينبغي على المشرّع أن يحرص في مثل هذه الحالة على تنظيم ممارستها من قبل المتعاقدين، وأن يسهر على ضمان حقوقهم ضدّ التجاوزات المحتملة وضدّ كلّ أنواع التعسف<sup>(80)</sup>. وبما أنّ القانون التونسي يفترق إلى نصّ قانوني ينظم الشرط الجزائي بوجه عامّ، فإنّ إقرار صحة الشروط الجزائية العقابية يعدّ في نظرنا مخالفاً للقانون وموجباً للبطلان عملاً بأحكام الفصل 64 من م.أ.ع. الذي ينصّ على

(79 - 2) إلا أنّ الإتفاق على الشرط التفريري لا يعني تنازل الدائن عن حقه في طلب الفسخ من أجل عدم الوفاء (دوائر مجتمعة عدد 11637 في 16 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989، ص 397).  
(79 - 3) قرار تعقيبي مدني عدد 7919، الدوائر المجتمعة، مؤرّخ في 28 أبريل 1975، Rev. tun. dr. 1976, II, p. 166، تعليق فيحة التمشي. وراجع كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 5820، المؤرّخ في 20 جوان 1968، ن.م.ت. 1968، ص 52، والقرار التعقيبي المدني عدد 10149، المؤرّخ في 17 جويلية 1956، ق.ت. 1960، عدد 11 - 12، ص 139، والحكم الاستثنائي المدني عدد 57407، المؤرّخ في 10 فيفري 1965، ق.ت. 1965، عدد 6، ص 88.

(80) يراجع في هذا الخصوص : Suzanne CARVAL, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, L.G.D.J., Paris 1995, préface Geneviève VINEY, n° 200 à 214.

قارن مع نذير بن عمّو : الشرط الجزائي بعد ثلاثين سنة : صحوة البركان، تعليق على قرار تعقيبي عدد 42624 مؤرّخ في 28 أبريل 1994، المجلة القانونية التونسية لسنة 1996، ص 245 إلى 248.

إلزامه بما ينتج عن غشه أو خطئه الفاحش (الفصل 244 م.أ.ع.). كما تتّجه الملاحظة في هذا الصدد أنّ شروط الإعفاء الكلي من المسؤولية تعدّ باطلة بالنسبة لبعض العقود الخاصة مثل عقود النقل (راجع الفصل 644 من المجلة التجارية والفصل 107 من الأمر المؤرّخ في 4 جويلية 1959 المتعلق بتنظيم الملاحة الجوية) - كما يعتبر بعض الشراح أنّ شرط الإعفاء من المسؤولية يكون باطلاً في العقود الطيبة لأنّ مثل هذا الشرط يعدّ في نظرهم مخالفاً للنظام العامّ لتعلّقه بالسّلامة الجسدية للإنسان<sup>(77)</sup>.

### ب - الشرط التفريري - أو الجزائي<sup>(78)</sup>

387 - هو عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان وقت إبرام العقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة من جرّاء عدم الوفاء أو من تأخيره. ولئن تخلّى المشرّع التونسي في الصيغة النهائية لمجلة الإلتزامات والعقود عن تنظيم الشرط التفريري لأسباب راجعة بالأساس إلى أنّه مخالف على ما يبدو «لروح الفقه الإسلامي» لما يتضمّنه من «إمكانية ربح غير مسبّب»<sup>(79)</sup>، إلا أنّ فقه القضاء أقرّ صراحة صحته ومبدأ ثبوته<sup>(79-1)</sup>.

(77) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 450; SAVATIER, Le dommage et : la personne, D. 1955, Chr., p. 5; P. ESMEIN, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage causé à la personne, Mélanges SAVATIER, p. 271.

(78) يراجع : D. MAZEAUD, La notion de clause pénale, th. Paris XII, ronéo, Paris : 1990, La suppression de la clause pénale manifestation excessive : un excès de logique indemnitaire, note sous cass. com. 16 juillet 1991, D. 1992, p. 365; J. THILMANY, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, R.I.D.C. 1980, p. 17; J.Y. CHEVALIER, Clause pénale, Rep. civ. Dalloz. V° aussi, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1487 à 1527; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 864 à 869; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 456 à 462; J. HUET, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection du consommateur), S.J. 1992, I. 3592; Gilles PAISANT, Clauses pénales et clauses abusives, Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat, S.J. 1994, I, 3790.  
(79) يراجع هامش الفصل 333 من اللوائح الابتدائية في تنظيم قانون مدني وتجاري للمملكة التونسية (مشروع صانيلان)، طبع مطبعة الدولة التونسية الرسمية سنة 1316 و1899، ص 85 وما بعدها.  
(79 - 1) يراجع في هذا المعنى، محمّد المالقي، المذكور أعلاه، ص 267.

أنّ «العقد يبطل إذا كان على شيء أو عمل غير ممكن من حيث طبيعته أو من حيث القانون»<sup>(80-1)</sup>.

2.387 - وما من شك في أنّ الفراغ التشريعي الذي تشكوه هذه المادة هو الذي يفسّر الصعوبات التي اعترضت سبيل المحاكم في مقاومة الشروط التفرغية المجحفة. فبعد أن كان معظمها لا يتردد - استنادا إلى أحكام الفصل 242 من م.أ.ع. - في إلزام المدين بتنفيذ الشرط التفرغي الذي تعهد به مهما تجاوزت الغرامة الإتفاقية الجمالية حقيقة الضرر الحاصل للدائن، أصبح بعضها اليوم يخوّل لنفسه الحق في ممارسة رقابته على الشرط التفرغي. وقد زكّت محكمة التعقيب هذا الإتجاه الجديد، المغاير تماما لموقف الدوائر المجتمعة لسنة 1975، في قرار هام صدر بتاريخ 28 أبريل 1994 تحت عدد 42624<sup>(81)</sup>. وجاء في حيثية مبدئية لهذا القرار أنّه «ولئن كان الشرط الجزائي خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية الإتفاقات تنفيذا لمقتضيات الفصل 242 م.أ.ع.، إلا أنّ هذا لا يمنع محكمة الموضوع من إجراء ما لها من حقّ المراقبة على ذلك الشرط بالزيادة أو التقيص فيه أو الإبقاء عليه أو إلغائه عند الإقتضاء بحسب أحوال كلّ قضية على معنى الفصل 278 من نفس المجلة تحقيقا لمبادئ العدل والإنصاف بشرط التعليل».

إنّ أهميّة هذا القرار تتجاوز في نظرنا مسألة مراقبة الشرط التفرغي لتشمل موضوعا أعمّ يخصّ حقّ القاضي في مراجعة العقود. فالفصل 242 من م.أ.ع. الذي كان يشكل حاجزا يحول دون تدخّله في هذا المجال<sup>(81-1)</sup>، قد فقد من قدسيّته لتعطى الأوليّة لمبادئ العدل والإنصاف! وفي ذلك خطر جسيم على استقرار المعاملات طالما لم تتكفل محكمة التعقيب بوضع قيود وضوابط لتدخّل قضاة الموضوع في العقود قصد تعديلها أو مراجعتها. بل لعلّه من الأجدى أن يتدخّل المشرّع في هذه المادة لينظّمها على

(80 - 1) يراجع التحليل الوارد بخصوص هذا النصّ بالعدد 211 وما بعده أعلاه.

(81) المذكور بمرجع سابق.

(81 - 1) يراجع العدد 331 وما بعده.

النحو المعمول به في القانون المقارن<sup>(82)</sup>. ونحن نعلم أنّ القانون التونسي لم يهتد إلى مثل هذا الحلّ مما جعل المحاكم التونسيّة ترفض، قبل تحوّل عام 1994، الحكم ببطلانها أو بالتخفيض منها عملا بأحكام الفصل 242 من م.أ.ع.

## الفرع الثاني : النظام الإضافي الخاصّ بالعقود الملزمة للجانبين

388 - تعدّ العقود الملزمة للجانبين من أهمّ أنواع العقود وهي أكثرها عددا. وميزتها الأساسية هي كما نعلم<sup>(83)</sup> إنشاء التزامات مرتبطة للطرفين المتعاقدين بحيث يكون التزام كلّ جانب مرتبطا بالتزام الجانب الآخر. ومن شأن هذا الارتباط أن يعطي نجاعة متميّزة لهاته العقود. ذلك أنّه من طبع الإلتزامات المتقابلة أن تنفّذ في وقت واحد. ولا يجوز جبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الإلتزام المقابل (الفصل 246 من م.أ.ع.)<sup>(84)</sup>. وهذا ما يحمل طبعاً كلّ طرف على الإسراع في الوفاء بالتزامه إذا ما أراد أن يوفي معاقده بما التزم به نحوه. ويسمح القانون التونسي صراحة لكلّ طرف بأن يضغط على الطرف المقابل ليحمله على الوفاء بالتزامه، وذلك من خلال تنظيمه ضمن الفصل 247 من م.أ.ع. للدفع بعدم التنفيذ. وهو، كما ستأكد منه في الفقرة الأولى من هذا الفرع، وسيلة ضغط وقتية تؤول فقط

(82) يراجع في هذا الخصوص : E. M. BEY, De la réforme de la clause pénale, J.C.P. : 1975, éd. C.I., 11882; B. BOCCARA, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, J.C.P. 1975. 1. 2742; F. CHABAS, La réforme de la clause pénale, D. 1976, chr., p. 229; S. SANZ, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 268 et suiv.; G. PAISANT, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, Rev. trim. dr. civ. 1985, pp. 372 et suiv., et les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1988, chr., p. 253; Denis MAZEAUD, La suppression de la clause pénale manifestement excessive : un excès de logique indemnitaire, note sous Com. 16 juillet 1991, J., p. 365.

(83) يراجع العدد 68 أعلاه.

(84) راجع تطبيقاً لهذا النصّ : قرار تعقيبي مدنيّ عدد 16910، مؤرّخ في 28 مارس 1989، ق.ت.

1991، عدد 2، ص 69.



وذلك على خلاف التشريعين الألماني (الفصل 320) والسويسري (الفصل 82) اللذين أخذ عنهما المشرع التونسي النص الذي أوردناه<sup>(87)</sup>.

ولما كان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة ضغط على الطرف الذي لم يَف بالتزامه، فإنّه من المهم جداً أن تُشير إلى كونه شبيهاً من هاته الناحية بحق حبس المال<sup>(88)</sup> موضوع الفصول 309 إلى 324 م.أ.ع. ذلك أن «حق الحبس هو - حسب التعريف الوارد بالفصل 309 - الحق في حوز الشيء الذي يملكه المدين حتى يؤدي ما عليه للدائن...»، فهو إذن وسيلة قانونية يمكن بمقتضاها للدائن أن يضغط على مدينه حتى يؤدي له ما عليه، شأنه في ذلك شأن الدفع بعدم التنفيذ. على أن وجه الشبه القائم بين المفهومين لا يبرر بالرغم من أهميته، الخلط بينهما<sup>(89)</sup>. فهما يختلفان من حيث الطبيعة القانونية (I) ونطاق التطبيق (II) والآثار (III).

### I - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الطبيعة القانونية

390 - الدفع بعدم التنفيذ هو حق شخصي يكسبه المتعاقد ضدّ معاقده بحكم القانون ويتمثل في حق الإمتناع مؤقتاً عن الوفاء بالتزامه نحوه إلى أن يؤدي الطرف الآخر لإتزامه المقابل. فهو إذن استثناء للقوة الملزمة للعقد المنصوص عليها بالفصل 242 م.أ.ع. والتنصيص عليه من قبل المشرع في هذا الموقع من المجلة - أي بعد الفصل 242 - ليس طبعاً من باب الصدفة.

أما حق الحبس فهو حق عيني أعطاه القانون (الفصل 193 م.أ.ع.)

(87) يراجع في خصوص الدفع بعدم التنفيذ في القانون المقارن : CH. LARROUMET, op. cit., n° 698.

(88) يراجع : BEL HAJ HAMOUDA Ajmi, Le droit de rétention dans le code des obligations et des contrats, Rev. tun. dr. 1976, II, p. 45 et suiv.; v° aussi, N. CATALA, De la nature juridique du droit de rétention, J.C.P. 1976, I, 2760; Disparition et renaissance du droit de rétention, D. 1972, chr., p. 19; CH. SCAPEL, Le droit de rétention en droit positif, Rev. trim. dr. civ. 1981, p. 539 et s.

(89) ولكن أنظر القرار التقييبي المدني عدد 11947، المؤرخ في 16 أكتوبر 1984 (ن.م.ت. 1984، ج II، ص 318) الذي ورد فيه خطأ أن الفصل 247 م.أ.ع. يمكن الدائن من استعمال حق الحبس ضدّ مدينه.

إلى إيقاف العقد بما يجعل نجاعتها محدودة. فإذا لم تأت بنتيجة فإنّه يجوز للمتعاقد أن يطلب إعفاءه نهائياً من التزامه تبعاً لعدم وفاء المعاهد الآخر بالتزامه المقابل. ويتم له ذلك عن طريق فسخ العقد الذي ستشكل دراسته موضوع الفقرة الثانية من هذا الفرع. ولكن هل يجوز إعفاء المعاهد نهائياً من التزامه إذا تعذر الوفاء بالإلتزام المقابل بسبب استحالة تنفيذه. فعلى أي من الطرفين تحمل مخاطر استحالة تنفيذ أحد الإلتزامين؟ يشير هذا السؤال مسألة تحمّل التبعة التي تتجه دراستها في الفقرة الثالثة والأخيرة من هذا الفرع.

### § 1 - الدفع بعدم التنفيذ<sup>(85)</sup>

389 - ينص الفصل 247 م.أ.ع. على ما يأتي :

«إذا كان الإلتزام من الطرفين فأحدهما أن يمتنع من إتمام ما عليه حتى يتم الآخر ما يقابل ذلك من العقد إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه». «وإذا كان على أحد أن يوفي بما عليه لعدة أشخاص فله أن يمتنع من أداء ما عليه لأحدهم حتى يتموا جميعاً ما وجب عليهم». وتقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي ينظمها هذا الفصل على مبدأ «المعاملة بالمثل» الذي يسمح الإرتباط بين الإلتزامات بتطبيقه بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين وذلك بأن يمتنع طرف من تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما عليه. ويرجع أصل هاته القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم. وتعرف إلى هذا اليوم بمصطلح لاتيني تم وضعه في العصور الوسطى (Exceptio non adimpleti contractus)<sup>(86)</sup>. على أن المشرع الفرنسي لم ينظم الدفع بعدم التنفيذ بنص

(85) يراجع : J. F. PILLEBOUT, Recherches sur l'exception d'inexécution, thèse, Paris, L.G.D.J. 1971, préface P. RAYNAUD; CASSIN, De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, thèse, Paris 1914; A. HUET, Exceptio non adimpleti contractus ou exception d'inexécution, in Juris-classeur civil, app. art. 1184; Michel STORCK, L'application de l'exception d'inexécution en matière de bail, note sous cass. 3è civ., 15 décembre 1993, D. 1994, p. 462; Janick ROCHE-DAHAN, L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique, D. 1994, Chr., p. 255.

(86) أنظر في خصوص تاريخ الدفع بعدم التنفيذ : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 469; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 722; J. CARBONNIER, op. cit., § 84.

بفسخ العقد. أما الحبس، فقد سبق أن رأينا أنه في الواقع وسيلة ضغط في مقدور صاحبها أن يحولها إلى وسيلة تنفيذ.

## § 2 - الفسخ<sup>(90)</sup>

393 - الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه الناشئ عن عقد ملزم للجانبين، ينحلّ بوجبه ذلك العقد ويزول بصفة رجعية بحكم من المحكمة أو عملاً بشرط فسخي في العقد.

394 - ويرجع أصله إلى القانون الفرنسي القديم وإلى الكنسيين بالذات. فقد جعل منه هؤلاء تمةً لنظرية السبب التي ساهموا في إرسائها بصفة أساسية<sup>(91)</sup> بهدف ضمان عدالة العقد من خلال تكافؤ الإلتزامات الرابطة بين طرفيه<sup>(92)</sup>. ذلك أن العدالة الحقيقية تقتضي في نظرهم أن يعفى أحد الطرفين نهائياً من التزامه، أو أن يسترجع ما دفعه لو سبق له تنفيذه لذلك الإلتزام إذا لم يف الطرف الآخر بما تعهد به نحوه. ولو لم يكن الأمر كذلك لكان اشتراط السبب عند تكوين العقد فاقداً تماماً لجذواه. وقد حملت جدية

(90) - تراجع : CONSTANTINESCO, La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand, thèse, Paris, 1940; LEPELTIER, La résolution des contrats pour inexécution des obligations, thèse, Caen, 1934; CASSIN, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, Rev. trim. dr. civ. 1945, p. 149; M. PICARDD et PRUDHOMME, La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, Rev. trim. dr. civ. 1912, p. 61; V. LARRIBAU-TERNEYRE, Le domaine de l'action résolutoire : recherches sur le contrat synallagmatique, thèse dactyl., Pau, déc. 1988; Imed ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse dactyl., Grenoble 1995. V. aussi PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 735 et suiv.; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 80 et 81; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 478 et s.; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 296 et suiv.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1572 et suiv.

ويراجع بالنسبة للقانون التونسي : Mohamed Moncef CHAFFAI, thèse, op. cit., p. 178 à 213.

(91) - تراجع العدد 211 أعلاه .

(92) - أنظر في خصوص تاريخ الفسخ : G. BOYER, Recherches historiques sur la résolution des contrats, thèse, TOULOUSE, 1924; A. WEILL et F. TERRE, n° 84; PH. MALAURIE et L. AYNES, n° 738; J. CARBONNIER, § 81.

يراجع أيضاً : عبد الرزاق السهري : الوسيط . . . ، I ، عدد 463 .

للدائن لضمان استخلاص الدين من مدينه. ويتمثل هذا الحق في حوز الشيء الموجود بين يدي الدائن بغرض بيعه لاستخلاص دينه من ثمنه قبل غيره من الدائنين إذا لم يقع الوفاء بعد الإنذار (الفصل 323 م.أ.ع.). فهو إذن وبالتحديد تأمين عيني بمشابه الرهن المنقول، الذي يختلف عنه من حيث المصدر، باعتبار أن الحبس ينشأ عن القانون في حين أن رهن المنقول ينشأ عن العقد (الفصل 201 م.أ.ع.)، ولكنه يخضع لأحكامه في خصوص نظامه القانوني (يراجع الفصول 320 إلى 322 من م.أ.ع.).

بهذا يبرز الفارق الجوهرى بين المفهومين في القانون التونسي. فالحبس ليس إذن مجرد وسيلة دفاعية وقتية مثل الدفع بعدم التنفيذ، إنما هو وسيلة تنفيذ ثابتة وناجعة.

## II - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث نطاق التطبيق

391 - يمتد ميدان تطبيق الدفع بعدم التنفيذ إلى جميع الإلتزامات المرتبطة التي تنشأ عن العقود التبادلية. ولا يستثنى هذا الحق إلا إذا اقتضى العقد أو العرف تعجيل أحد الطرفين بما عليه (الفصل 247 - آخر الفقرة الأولى). أما حق الحبس «فلا يجري العمل به إلا في الأحوال التي خصصها القانون» (الفصل 309 م.أ.ع.) وهي حالات تشمل أساساً من حاز شيئاً عن حسن نية وهو ليس على ملكه فيحق له حبسه إلى أن يؤدي له مالكة مقابل ما أنفقه لحفظه وصيانتة (يراجع الفصول 310 و311 و312 من م.أ.ع. و36 من م.أ.ع.). ويشترط الفصل 314 من م.أ.ع. بوجه عام لإجراء الحبس أن يكون الدين ناشئاً من معاملات بين الدائن والمدين أو تولد من الشيء المراد حبسه.

## III - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الآثار

392 - إن آثار الدفع بعدم التنفيذ دفاعية محضة حيث لا يترتب عليه إلا توقيف الإلتزام إلى أن ينقذ الطرف المقابل التزامه. ولا يزول الإلتزام إلا

ب - شرط استحالة التنفيذ<sup>(96)</sup>

397 - جاء بالفصل 273 فقرة أولى من م.أ.ع. أنه «إذا حلّ الأجل وتأخر المدين عن الوفاء، فللدائن الحقّ أن يغصب المدين على الوفاء إن كان ممكناً وإلا فسخ العقد...».

وإذ يفهم مبدئياً من هذا النصّ أنّ استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ ومعياره في القانون التونسي (1)، وأنّ مطل المدين لا يجيز بالتالي وحده تسليط هذا الجزاء على المدين (2)، فإنّ هاتين القاعدتين اللتين استقرّ عليهما رأي المحاكم منذ عقود عديدة، قد وقع الرجوع فيهما مؤخراً من قبل محكمة التعقيب بموجب القرار الصادر عن دوائرها الجمعية تحت عدد 35350 بتاريخ 29 فيفري 1996<sup>(1-96)</sup> (3).

398 - 1) إنّ مجرد ثبوت عدم الوفاء لا يكفي، حسب المفهوم السائد للفسخ قبل صدور قرار الدوائر الجمعية المشار له أعلاه، لكي يكتسب الدائن حقّ المطالبة به، بل يجب عليه أن يثبت إلى جانب ذلك أنّ تنفيذ الإلتزام أصبح مستحيلاً. أمّا إذا كان الوفاء ممكناً فليس للدائن إلا أن يغصب مدينه على الوفاء. وقد اعتمدت محكمة التعقيب هذه القاعدة، التي تستند في الواقع إلى صريح أحكام الفقرة الأولى من الفصل 273 المذكور أعلاه، منذ قرارها ذي العدد 7867 المؤرخ في 12 أكتوبر 1959<sup>(97)</sup>. وتميّز قضاؤها في

(95) ومن مبررات هذا الحلّ ما ورد عن محكمة التعقيب الفرنسية في قرار أصدرته سنة 1829 وقد تضمنت الحجة التالية: "Le partage lui même est moins l'effet de la volonté libre des parties que la nécessité de faire cesser l'indivision; il n'est pas un acte de spéculation et de commerce; il fixe souvent le sort de l'état de plusieurs familles; il ne peut donc, sans les inconvénients les plus graves, être rescindé pour une inexécution quelconque de la part d'un des partageants, et pour le paiement de tout ou partie d'une soule pour le recouvrement de laquelle le créancier co-partageant tient un privilège spécial de la loi" (Req., 29 déc. 1829, cité par PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 739, p. 399, note 8).

(96) يراجع أطروحة الأستاذ الشافعي، ص 178 إلى 213.  
(96 - 1) المجلة التونسية للقانون، 1996، ص 267، تعليق نذير بن عمرو.

هذه المبررات المشرّع التونسي، على غرار بقية التشريعات الأجنبية<sup>(93)</sup>، على قبول مبدأ فسخ العقود. لكننا سوف نلاحظ من خلال دراسة شروطه (I) ووسائل الحصول عليه (II) وآثاره (III) أنّ باب الفسخ ليس مفتوحاً على مصراعيه في القانون التونسي وذلك بالنظر إلى خطورة نتائجه التي حملت المشرّع على أن لا يقبله إلا في الحالات القصوى.

## I شروط الفسخ

395 - لا يسلط الفسخ إلا على العقود الملزمة للجانبين (أ) ويشترط فيه ثبوت استحالة تنفيذ الإلتزام الذي لم يف به المدين (ب).

## أ - نطاق الفسخ

396 - لا يكون الفسخ مبدئياً إلا في العقود الملزمة للجانبين لارتباط الإلتزامات الناشئة عنها. أمّا العقود الملزمة لجانب واحد فلا يمكن تصوّر الفسخ فيها نظراً لوجود طرف واحد ملتزم دون الآخر. فإذا لم يتم بتنفيذ الإلتزامه لا يكون للطرف الآخر أية مصلحة في طلب الفسخ إذ ليس في ذمته أيّ التزام قد يصبح في حلّ منه بموجب الفسخ. على أنّ بعض العقود الملزمة لجانب واحد قد يجوز طلب فسخها لما تكون بعوض، مثل الوكالة والوديعة، ولكنّ هاته الحالات قد لا تدخل في باب الإستثناءات إذا اتفقنا على أنّ العقد الملزم لجانب واحد يصبح عقداً ملزماً للجانبين إذا كان بعوض. بقي أنّ الأحكام العامة التي تنظم الفسخ لا تنسحب على بعض العقود الملزمة للجانبين مثل عقد التأمين الذي يخضع في هذا المجال إلى النظام الذي خصّه به قانون التأمين<sup>(94)</sup>، أو القسمة الرضائية عملاً بأحكام الفصل 125 من م.أ.ع.<sup>(95)</sup>.

(93) يراجع في خصوص الفسخ في القانون المقارن: PH. CH. LARROUMET, op. cit., n° 702; A. I. OGUS, Les remèdes (à l'inexécution du contrat), in le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, L.G.D.J., 1987, p. 299 et s.

(94) الفصول 5 - 9 - 10 - 11 من مجلة التأمين (القانون عدد 92-24، المؤرخ في 9 مارس 1992).  
وانظر: Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 90 et s.

الذاتي التفساني للعقد<sup>(98-2)</sup>.

ويبدو من الثابت أن المشرع التونسي لسنة 1906 سعى في هذا المجال إلى تغليب البعد الموضوعي للعقد على بعده الذاتي. وهو ما يؤكد، إضافة إلى وضوح عبارات الفقرة الأولى للفصل 273 المذكور أعلاه، تخلي واضع القانون عن صياغة الفصل 300 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية التجارية المأخوذة بصورة تكاد تكون حرفية عن الفصل 1184 فرنسي<sup>(99-3)</sup>.

على أن القانونين التونسي والفرنسي يلتقيان في حالة الوفاء الجزئي، وهي صورة يعطي فيها المشرع للدائن الخيار بين طلب مواصلة التنفيذ أو طلب الفسخ (الفقرة 2 من الفصل 273 من م.أ.ع.) مثلما هو الشأن في القانون الفرنسي.

399 - 2) يترتب على التصور الموضوعي للفسخ المبين أعلاه أن **مطل المدين لا يجوز وحده تسليط هذا الجزاء عليه ولا يخول سوى حق المطالبة بتعويض الخسارة<sup>(99)</sup>**. وهو حل حتمي ومنطقي إذا اتفقنا أن الماطلة تقضي فرضياً بالإستحالة. فهي حسب تعبير الأستاذ الشافعي «عدم تنفيذ وقتي

(98 - 2) براجع خاصة : Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 735 et 741, et J. CARBONNIER, op. cit., § 81 (politique législative).

(98 - 3) قارن الفصل 300، فقرة أولى من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية الفرنسية بالفصل 1184 فقرة 1 و 2 من المجلة المدنية الفرنسية :

Article 300 al. 1er de l'avant-projet de code civil et commercial tunisien : "lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible, avec les dommages intérêts dans les deux cas".

Article 1184 al. 1 et 2 du code civil français : "la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts".

(99) براجع قرار تعقيبي مدني عدد 1321، مؤرخ في 26 أبريل 1977، ن.م.ت. 1977، ج 1، ص 245، وعدد 539، مؤرخ في 7 مارس 1978، ن.م.ت. 1978، ج 1، ص 77.

هذه المادة بالإستمرارية والإستقرار حتى بداية التسعينات<sup>(97-1)</sup>. ومن أهم القرارات المؤيدة لمل هذا التصور للفسخ ذلك الذي صدر عن الدوائر المجتمعة في 16 أكتوبر 1989 الذي اعتبرت فيه محكمة التعقيب «أن فوات كل الآجال المحددة للمشتري لإتمام ما التزمت به من أشغال (إقامة مركب سياحي فوق الأرض المباعة في أجل معين متفق عليه) وعجزها البيّن عن ذلك بسبب وضعها المالي نتيجة سجن مديرها ببلاده بتهمة استيلائه على التموليات التي رصدت لإتمام المشروع وضياع ثقة الممولين فيه من شأنها أن تعطي الحق للبائع في طلب الفسخ... تطبيقاً لأحكام الفصل 273...»<sup>(98)</sup>. وإذ يتأكد من خلال هذا المثال أن استحالة التنفيذ هي شرط الفسخ ومعياره في نظر فقه القضاء السائد قبل سنة 1996، فإنه يترتب على هذه القاعدة أنه ليس للدائن أن يطلب الفسخ إلا إذا أثبت أن الوفاء أصبح مستحيلاً على المدين. وهو اتجاه سبق أن كرّسه العديد من القوانين الأجنبية، كالقانون الألماني (الفصلان 324 و325) والمويسري (الفصلان 107 و108) والإيطالي (الفصل 1454)، وهو يقوم على فكرة رئيسية مؤداها حرص المشرع على ضمان استقرار المعاملات وعلى الإبقاء على العقد وعلى محاولة إنقاذه وتوفير سبل تنفيذه<sup>(98-1)</sup> باعتباره عملاً اجتماعياً وظيفته تحقيق تبادل الخيرات والخدمات بين الأفراد. فلا سبيل إذن إلى السماح للدائن بطلب فسخه بمجرد ثبوت عدم الوفاء مثلما ذهب إليه المشرع الفرنسي في الفصل 1184 من المجلة المدنية، متأثراً في ذلك بتصوره

(97) ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 155.

(97 - 1) ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 155. وانظر أيضاً : م. استئناف صفانس، قرار مدني عدد 29، مؤرخ في 21 جانفي 1960، ق.ت. 1960، ص 306، وقرار عدد 1316، مؤرخ في 5 فيفري 1960، ق.ت. 1960، ص 395، وقرار تعقيبي مدني عدد 4704، مؤرخ في 8 جوان 1982، ن.م.ت. 1982، ج III، ص 192، وقرار تعقيبي مدني عدد 15102، مؤرخ في 7 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 272، قرار تعقيبي مدني عدد 31966 مؤرخ في 29 مارس 1994، ن.م.ت. 1994، ص 421. ولكن أنظر في الاتجاه المضاد : عدد 116، في 29 جوان 1926 (ق.ت. 1960 عدد 9 و10، ص 150)، وعدد 1214، مؤرخ في 19 ديسمبر 1928 (ق.ت. 1960، ص 223) وعدد 21342 مؤرخ في 26 مارس 1991، ن.م.ت. 1991، ص 227.

(98) دوائر مجتمعة عدد 11637، مؤرخ في 16 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989، ص 397. وانظر كذلك القرار التعقيبي المدني عدد 20128، المؤرخ في 17 جانفي 1989، (ق.ت. 1991، عدد 6، ص 57).

(98 - 1) براجع تعليق الأستاذ بن عمرو المذكور أعلاه، ص 282.

بمعنى أن الإلتزام لم ينقذ في الأجل ولكنه مع ذلك قابل لتنفيذ لاحق... ومجدي بالنسبة للدائن<sup>(100)</sup>. وهو الحل الذي استقرّ عليه فقه القضاء في مادة فسخ عقود التسويغ حين يعتبر أن الفسخ يصبح ممكناً إذا لم يقع خلاص الكراء المتخلّد بدمّة التسويغ قبل موعد انتهاء النزاع أمام محكمة الموضوع<sup>(101)</sup>. على أنه يبدو من المهمّ في نظرنا لفت الانتباه إلى أن هذا الاتجاه مخالف لصريح أحكام الفصل 796 ثالثاً من م.أ.ع. التي تجعل من الفسخ حقاً لفائدة التسويغ بإمكانه ممارسته دون قيد ولا شرط بمجرد عدم خلاص معين الكراء، فضلاً عن عدم مراعاته لما ورد بالفقرة الثالثة للفصل 273 من أنه «تُجرى في الماطلة القواعد المقرّرة بالفصول المتعلقة بالعقود الخاصة»<sup>(102)</sup>. وإذ يمكن تبرير هذا الحلّ المخالف للقانون بضرورة مراعاة مصلحة التسويغ باعتباره يمثل الطرف الضعيف في عقد التسويغ، فإنه سوف يصبح من الصعب مستقبلاً التوفيق بين هذه الممارسة القضائية المتميّزة بطابعها الحمائي للمدين، والتأويل الجديد للفصل 273 الذي ترمي محكمة التعقيب من ورائه إلى تفضيل حماية الدائن.

1.399 - 3) لقد أحدث القرار عدد 35350 الصادر عن الدوائر المجتمعة في 29 فيفري 1996 تحولاً جوهرياً في نظام الفسخ القضائي وفي مفهومه في القانون التونسي إذ جاء به «أن الرأي القائل بأن طلب الفسخ

(100) محمد المنصف الشافعي، مرجع سابق الذكر، ص 174.

(101) أنظر مثلاً القرار التعقيبي المدني عدد 603، المؤرخ في 15 أبريل 1976، (ن.م.ت. 1976، ج 1، ص 191) الذي جاء به أنه «... يؤخذ من الفصلين 796 و340 من م.أ.ع. أنه إذا وقع الخلاص في مال الكراء على الصّورة المقرّرة بالإتفاق أو القانون قبل صدور حكم نهائي بالفسخ فإنه لم يبق بعد ذلك وجه للفسخ». وراجع في نفس المعنى: القرارات التعقيبين عدد 11995، المؤرخ في 22 جوان 1976، (ن.م.ت. 1976، ج II، ص 145، وعدد 3312، المؤرخ في 15 جوان 1981، (ن.م.ت. 1981، ج II، ص 176. ولكن أنظر في الاتجاه المخالف القرار التعقيبي المدني عدد 539، المؤرخ في 7 مارس 1978، المذكور أعلاه، الذي قضى - مراعاة لأحكام الفقرة الثالثة من الفصل 273 واستناداً إلى أحكام الفصل 796 ثالثاً من م.أ.ع. - بأن «للمكروي حقّ الفسخ إذا لم يؤدّ المكروي الكراء الحالّ عليه» وأن زمن الحلول يتحدّد بحلول الأجل المتفق عليه بالمقد عملاً بأحكام الفصل 269 بما لا يحقّ معه لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب الفسخ بسبب الخلاص قبل انتهاء النزاع».

(102) يراجع مثلاً القرار عدد 1321، المذكور أعلاه، والقرار التعقيبي المدني عدد 1674، المؤرخ في 24 ديسمبر 1962، (ن.م.ت. 1962، ص 73. ولكن أنظر في الإتجاه المخالف القرارات التعقيبية المدنية عدد 28، مؤرخ في 7 أكتوبر 1976، (ن.م.ت. 1976، ج III، ص 36؛ وعدد 404، مؤرخ في 20 أكتوبر 1977، (ن.م.ت. 1977، ج II، ص 132، وعدد 539، مؤرخ في 7 مارس 1978، المذكور أعلاه.

موقوف على تعذّر الوفاء لا سند له من القانون وتفسير غير سليم لأحكام الفصل 273 م.أ.ع. الذي... لم يجعل ممارسة حقّ الغصب شرطاً لطلب الفسخ... وأنّ منع الدائن من طلب فسخ العقد رغم ماطلة معاقده وإلزامه بأن يلجأ للقضاء أولاً ليخوض تجربة إجبار معاقده على الوفاء بما في التجربة من تكاليف وإضاعة للوقت وتهديد بضياغ حقّه في الفسخ... يؤدي إلى تفضيل المعاهد المخلّ بالتزاماته على المعاهد الذي يوفي بها...». فالفسخ القضائي في نظر محكمة التعقيب ليس إذن ذلك «الحلّ الأخير الذي لا يسمح بالالتجاء إليه إلا إذا انعدم التنفيذ وأصبح غير ممكناً»<sup>(102-1)</sup>، إنّما يجب اعتباره وسيلة قانونية جعلها المشرّع لحماية الدائن ضدّ مدينه الماطل كلّما اقتضت مصلحته ذلك مع إبقاء حقّه في الخيار بين طلب الوفاء والقيام بالفسخ.

2.399 - إنّ هذا التصرّو للفسخ المتمحور كلياً على معيار «مصلحة الدائن» قابل بدون شكّ للنقاش والتقدّر. ونحن نعتقد أنّ وضع حقّ الخيار الممنوح للدائن «تحت رقابة المحكمة»، مثلما نصّ عليه قرار الدوائر المجتمعة، من شأنه أن يقلصّ من السليبات العديدة التي نبّه إليها الأستاذ بن عمّو في تعليقه المذكور أعلاه. إلا أنّ ذلك كلّه قد لا يكفي لتبرير موقف محكمة التعقيب، نظراً من ناحية إلى وضوح صياغة أحكام الفصل 273 وإلى الظروف التاريخية التي مرّ بها وضع هذا النصّ، التي تجعله لا يتحمّل في نظرنا التأويل الذي خصّه به فقه القضاء الحالي، واعتباراً من ناحية أخرى إلى أنّ التفسير المهجور لأحكام الفصل 273 يبدو، بالرّجوع إلى الفقه التونسي الحديث<sup>(102-2)</sup> وإلى القانون المقارن<sup>(102-3)</sup> أكثر تلاؤماً مع المصلحة العامة التي تقتضي حماية العقود وضمان تنفيذها حفاظاً على استقرار المعاملات الذي يعتبر من الركائز الأساسية التي تقوم عليها نظرية العقد في القانون التونسي.

(102-1) نذير بن عمّو، المرجع سابق الذكر، ص 282.

(102-2) يراجع خاصّة محمد المنصف الشافعي، المرجع سابق الذكر، ص 178 إلى 213.

(102-3) يراجع نذير بن عمّو المرجع السابق، ص 286، و Jacques MESTRE, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in "le juge et l'exécution du contrat", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993, p. 91 et s., spéc. p. 13 et s. et les références.

## II - وسائل الفسخ

400 - لا يكون الفسخ إلا بحكم (الفصل 273 الفقرة الأخيرة). أما إذا اشترط العاقدان أن عدم وفاء أحدهما بما التزم به يوجب فسخ العقد فإن العقد يفسخ بمجرد وقوع ذلك (الفصل 274 من م.أ.ع.)<sup>(103)</sup>.

ولئن ذهب فقه القضاء بفرنسا إلى الاعتراف لقضاة الأصل بسلطة تقديرية في مادة الفسخ القضائي، بما يجعل منه جزءاً اختيارياً بالنسبة للقاضي<sup>(104)</sup>، فإن هذا الحل لا يتماشى مع أحكام الفسخ في القانون التونسي. فالفسخ لا يمكن قانوناً عندنا إلا متى أصبح أمراً حتمياً لا مناص منه وذلك بفقدان الدائن لكل أمل في أن يفي مدينه بما التزم به نحوه. أما في فرنسا فإن طلب الفسخ جائز حتى في صورة ما إذا كان الوفاء ممكناً. فمن المعقول والحالة تلك أن يعترف فقه القضاء في هذا البلد بحق القاضي في النظر في وجهة الفسخ المطلوب وأن يراعي في ذلك مصالح الطرفين المتعاقدين وخاصة منها ظروف المدين. وذلك على خلاف الوضع في القانون التونسي حيث لا خيار للقاضي سوى التصريح بالفسخ. لذا فهو لا يملك هنا إلا سلطة تقدير ما إذا توفّر شرط الاستحالة<sup>(105)</sup>.

(103) يراجع تطبيقاً لهذا النص: القرارات التعقيبية المدنية: عدد 1007، المؤرخ في 30 نوفمبر 1978، ق.ت. 1979، عدد 5، ص 492، عدد 3476، المؤرخ في 16 أكتوبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج III، ص 217؛ عدد 5479، المؤرخ في 26 نوفمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج IV، ص 171؛ عدد 9712، المؤرخ في 16 جانفي 1984، ن.م.ت. 1984، ج I، ص 322؛ عدد 12898، المؤرخ في 12 ديسمبر 1985، ن.م.ت. 1985، ج II، ص 315؛ عدد 15913، المؤرخ في 16 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 325؛ عدد 12768، المؤرخ في 16 جانفي 1986، ن.م.ت. 1986، ج I، ص 219؛ عدد 17329، المؤرخ في 8 جوان 1989، ن.م.ت. 1989، ص 228. وانظر: André JACQUEN, La modification des clauses résolutoires, Gaz. Pal. 1990. II. Doct. 408; Y. PICOT, La clause résolutoire et la règle morale, J.C.P. 1990. I. 3447; J.L. AUBERT, La clause résolutoire, la loi et la bonne foi, note sous civ. 3è, 13 avril 1988, D. 1989, J. p. 334. A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 487; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 741.

(105) يراجع: محمد المنصف الشافعي، المرجع المذكور أعلاه، ص 209.

## III - آثار الفسخ

401 - الفسخ يعدم العقد بصفة رجعية<sup>(106)</sup> ويمحو جميع آثاره بين الأطراف وبالنسبة للغير. ولا يستثنى من قاعدة الرجعية سوى العقود الزمنية<sup>(107)</sup> مثل عقد التأمين وعقد الشغل وعقد التسويغ التي لا يحدث فيها الفسخ آثاره إلا بالنسبة للمستقبل.

§ 3 - مسألة تحمّل التبعة<sup>(108)</sup>

402 - تبين لنا من الفقرة السابقة أن الفسخ هو جزء عدم الوفاء. فهو بعبارة أخرى جزء لخطأ عقدي ارتكبه أحد الطرفين بحيث يكون من العدل والإنصاف أن يعفى الطرف الآخر من التزامه. وهي النتيجة التي يمكنه منها حصوله على الفسخ.

ولكن ما الحل إذا كان سبب عدم الوفاء ناتجاً عن استحالة خارجه عن إرادة المدين مثل القوة القاهرة أو الأمر الطارئ، خاصة ونحن نعلم أن المدين يكون في هاته الصورة معفى من التزامه بموجب أحكام الفصل 282 من م.أ.ع.؟ فهل يعفى الطرف الآخر بدوره من التزامه؟ فإذا كان الردّ بالإيجاب نقول إن التبعة محمولة على المدين، أما إذا كان الردّ بالسلب فنقول وأن التبعة محمولة على الدائن - أي أن هذا الأخير سينقذ التزامه دون أن ينال شيئاً في المقابل.

فلنفترض أن مالك عمارة سوّغها لشخص تحطمت بعد ذلك بزلزال. فالمسوّغ المالك يكون في هاته الصورة معفى من التزامه المتمثل في ضمان انتفاع

(106) يراجع: PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 74. وانظر القرار التعقيبي المدني عدد 829، المؤرخ في 24 أبريل 1928، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 151. والقرار التعقيبي المدني عدد 9769، المؤرخ في 4 جانفي 1955، ق.ت. 1960، عدد 9 و 10، ص 155.

(107) يراجع: القرار التعقيبي المدني عدد 14262، المؤرخ في 28 أكتوبر 1985، ق.ت. 1987، عدد 10، ص 75. وانظر خاصة: Imed ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé: وانظر خاصة: interne, thèse dactyl., Grenoble 1995.

(108) يراجع: A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 497 et suiv.; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 760; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 82 et 83.

المتسوّغ بالعمارة التي سوّغها له . ولكن هل يعفى نتيجة ذلك المتسوّغ من التزامه المتمثّل في دفع معيّن الكراء ؟

إنّ ارتباط الإلتزامين يفرض هذا الحلّ بحيث يمكن القول إنّ خطر الإستحالة يتحمّله المدين الذي يفقد حقّه في معيّن الكراء بمجرد تعذّر ضمانه لانقاع المتسوّغ بالعمارة . وهو الحلّ الذي قرّره المشرّع ضمن الفصل 348 م. 1. ع. الآتي نصّه : «إذا لم يتيسّر الوفاء بالعقد بغير اختيار العاقد وبغير مظل من المدين برئت ذمّته ويسقط حقّه في طلب ما عسى أن يترتّب في ذمّة المعاهد الآخر» .

على أنّ هذا الحلّ لا ينطبق في الظاهر، في صورة ما إذا كان موضوع الإلتزام نقل ملكيّة شيء معيّن كما في عقدي البيع والمعاوضة . حيث ينصّ الفصل 585 م. 1. ع. صراحة على أنّ المبيع يصير «في ضمان المشتري ولو قبل تسلّمه إيّاه ما لم يكن في ذلك ما ينافي العقد»، فإذا هلك المبيع فإنّ البائع، وهو المدين، يحتفظ بالثمن أو بحقّ المطالبة به والحال أنّ المشتري - وهو الدائن - لم يتحصّل على أيّ شيء في المقابل بسبب هلاك المبيع بما قد يصحّ معه اعتبار أنّ التبعة يتحمّلها في هاته الصّورة الدائن لا المدين، وذلك على خلاف القاعدة العامّة الواردة بالفصل 348 م. 1. ع. ولكنّ هذا الحلّ لا يعتبر في الحقيقة استثناء للقاعدة العامّة، وهو ليس سوى نتيجة ما يترتّب على عقد البيع من نقل فوريّ للملكيّة . فإذا حمّل المشرّع المشتري مخاطر هلاك الشيء فهو حمّله ذلك بوصفه مالكا للشيء لا بصفته داتنا .

## العنوان الثاني

### آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

403 - العقد عمل إرادي، لذلك فإن ما ينشؤه من التزامات لا يلزم مبدئيًا سوى طرفيه. وينصّ على هاته القاعدة الأساسية، فضلا عن الفصل 37 م. 1. ع.، الذي ورد به بوجه عام أنّه «ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا في الثّابة عنه...»، الفصل 240 م. 1. ع.، المتعلقة أحكامه بآثار الإلتزامات الناشئة عن العقود. وقد جاء به أنّه «لا يلزم العقد إلاّ العاقدين ولا ينجّر منه للغير ضرر ولا نفع إلاّ في الصّور التي نصّ عليها القانون». ويعبّر هذان الصّان على مبدأ النسبية العقدية. وسوف يبيّن لنا تحليل هذا المبدأ (الفصل الأوّل) أنّ مفهوم «الغير» يتقلّص أحيانا إلى درجة تجعل قائمة الأشخاص الذين تجري عليهم أحكام الإلتزامات العقدية تتجاوز بكثير شخصي المتعاقدين لتشمل غيرهما ممّن لم يعبّر شخصيا أو بواسطة عن إرادة تلمّزه أو قد تنجرّ له منها حقوق. وهو أمر يصعب معه الإرتياح إلى الرأى القائل بأنّ آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص تستمدّ أساسها من مبدأ سلطان الإرادة. وذلك خاصّة أنّه يترتّب على أهمّ استثناء جعله المشرّع لمبدأ النسبية العقدية (الفصل الثاني)، وهو الإشتراط لمصلحة الغير، أنّ العقد ينتج أثرا مقصودا ينصرف إلى الغير الأجنبيّ عنه تماما. على أنّ المقاييس التي تنظّم على أساسها آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص لا يجري العمل بها إلاّ بالنسبة للعقود الصادقة والجدية. أمّا إذا قصد بهاته العقود إخفاء إرادة الأطراف الحقيقية عن الغير، وكان ظاهرها جدّ وباطنها كذب أو مخادعة، فإنّ آثارها تحدّد بالرجوع إلى نظام قانونيّ خصوصيّ سوف نتعرّف عليه من خلال دراسة الصّورية في العقود (الفصل الثالث).

## الفصل الأوّل

### مبدأ النسبية العقدية



يتجاهل تماما العقود التي لا تكون له فيها صفة الطرف المتعاقد. ذلك أن العقد، إلى جانب كونه مصدر التزام، هو حدث اجتماعي تتغير بموجبه مكاسب الأطراف وحقوقهم وتنشأ عنه أوضاع قانونية جديدة قد يكون لها انعكاسات على غير المعاقدين بما يخول لهم أن يحتجوا به على الأطراف، بمثل ما يحق لهؤلاء أن يعارضوا به الكافة. ويتبين من ذلك أن حصر نطاق العقد بين طرفيه باعتباره رابطة إلزامية لهما لا يحد من إشعاعه على الكافة بصفته حدثا اجتماعيا مكرسا لأوضاع قانونية جديدة<sup>(3)</sup>.

لذلك يكون من المتجه أن ندرس في ما يلي وعلى حدة كلاً من مفهومي نسبية الأثر الإلزامي للعقد (الفرع الأول) والمعارضة بالعقد (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد

405 - ليس بالأمر البسيط أو الهين تحديد مدى نسبية الأثر الإلزامي للعقد. وعلة ذلك أنه توجد بين الأطراف المتعاقدين والغير الأجنبي تماماً عن العقد (1§) أصناف أخرى من الأشخاص وهم الخلفاء (2§) والدائون العاديون (3§) الذين لا بد أن نبين فيما يتعلق بكل صنف منهم ما إذا كانت أحكام الالتزامات الناشئة عن العقود جارية عليهم بما يحق اعتبارهم دائنين أو مدينين بموجبها، أم هل يتجه وصفهم غيرا على معنى الفصل 240 من م.ا.ع.، لا ينجرت لهم من العقد «ضرر ولا نفع».

#### § 1 - الأطراف المتعاقدون والغير<sup>(4)</sup>

##### I - الطرف المتعاقد

406 - الطرف المتعاقد هو الذي يتم برضاه انعقاد العقد. ولما كانت

(3) - مراجع : G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., n° 233; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1207 à 1210.

(4) J. GHESTIN, La distinction entre les parties et les tiers au contrat, S.J. 1992. I. 3628, pp. 173 et s; V. aussi les critiques suscitées par cette étude (Jean-Luc AUBERT, A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1993, p. 263, et Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, De l'élargissement

404 - إن أهم أثر يحدثه العقد هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه تتولد عنها لكليهما حقوق وواجبات، ولا يكون لأحد غيرهما فيه صفة المدين والدائن. وهي القاعدة التي يعبر عنها الفقه عادة بنسبية آثار العقد<sup>(1)</sup> والتي ينص عليها الفصل 240 من م.ا.ع. بمقولة أن العقد «لا يلزم... إلا العاقدين ولا ينجرت منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون».

على أن عبارة «... لا ينجرت منه للغير ضرر ولا نفع...» لا تعني سوى كون العقد لا يحدث للغير حقوقا أو التزامات، أي أن الغير لا يصبح بموجبه لا دائنا ولا مدينا<sup>(2)</sup>. ولا يقصد بها أنه من حق الغير أو من مصلحته أن

(1) حول هذه المسألة بوجه عام يراجع :

A. WEILL, Le principe de la relativité des conventions, th. Strasbourg, Dalloz 1938; S. CALASTRENG, La relativité des conventions, th. Toulouse, 1939; Y. FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé, th. Paris II, ronéo 1978; J.L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, th. Paris II, L.G.D.J. 1981, préf. H. BATTIFOL; F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers, th. Paris II, ronéo, 1978; R. SAVATIER, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, Rev. trim. dr. civ. 1934, p. 525; M. CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale : Mélanges MARTY, 1978, p. 247 et s.; JOSE DUCLOS, L'opposabilité (essai d'une théorie générale), thèse, Rennes, 1984; J. LIMPENS, De l'opposabilité des contrats à l'égard d'un tiers. Contribution à l'étude de la distinction entre les droits réels et personnels : Mélanges ROUBIER, t. II, pp. 89 et s.

يراجع أيضا : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، 1، ص 540 إلى 556، عدد 342 إلى 356، محمد الملقى : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 233 إلى 240، A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 505 à 521; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, 2. Contrat, n° 1193 à 1320; PH. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les obligations, 2ème éd. 1990, n° 650 à 663; J. CARBONNIER, Droit civil, 4, Les obligations §§ 53 à 56; G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, II, 1er vol., Les obligations, n° 233 à 247; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 453 à 465.

(2) إن أحكام الفصل 240 م.ا.ع. مأخوذة عن الفصل 1165 من المجلة المدنية الفرنسية وهي تنص على مبدأ أبرزه شراح القانون الروماني في القرون الوسطى (RES INTER ALIOS : (Les glossateurs ACTA NEQUE NOCESSE PRODESSE POTEST (La chose convenue entre les uns ne profite ni ne nuit aux autres). V° PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 650.

الإرادة معيار العقد، فإن الحضور الشخصي وقت التعاقد لا يهّم هنا لتعريف الطرف في العقد<sup>(5)</sup> بقدر ما تهّم موافقته عليه وإمضاؤه إياه إمّا مباشرة أو بواسطة نائب. وقد قضت محكمة التعقيب<sup>(6)</sup> على ذلك الأساس أنّ عقد التسويغ يكون عديم الأثر تجاه مالك المحلّ المسوّغ طالما تبين وأنّ المدعي تسوّغ المحلّ من غير المالك دون أن يذكر بالعقد أنّ هذا الأخير تصرف بتلك الصورة في حقّ المالك ونيابة عنه.

## II - الغير

407 - تنطبق عبارة الغير هنا على الأشخاص الأجانب تماما عن العقد الذين لا ينجّر لهم منه ضرر ولا نفع. ويستعمل الشّراح عبارتي «الغير المطلق» أو «الغير الحقيقي» للدلالة على هذا المفهوم تجنّبا للخلط بينه وبين مفهومي الخلف العامّ والخلف الخاصّ بحيث يمكن حصر مفهوم الغير على معنى الفصل 240 م.أ.ع. في الشخص الذي لم يكن طرفا في عمل قانوني ولا ممثلا فيه ولا وارثا ولا من انجّر له حقّ من أحد الطرفين المتعاقدين<sup>(7)</sup>.

## § 2 - خلفاء الأطراف المتعاقدين

408 - جاء بالفصل 241 من م.أ.ع. أنّ «الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتّب له حقّ منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد والقانون...». وقد توهم شموليّة عبارات هذا النصّ بأن آثار العقد تنسحب

de la notion de partie au contrat .... à l'élargissement du principe de l'effet relatif, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 275) et la réaction constructive de Jacques GHESTIN : Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers, Rev. trim. dr. civ. 1994, p. 77.

(5) - إراجع : M. VASSEUR, Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique : accompli par d'autres, Rev. trim. dr. civ. 1949, pp. 173 et s.

(6) قرار تعقيبي مدنيّ عدد 5077، مؤرخ في 24 ديسمبر 1981، ن.م.ت. 1981، ج IV، ص 295.  
(7) إراجع : هنري شماسة : الغير، محاضرة القيت بكتابة الدولة للعدل في 6 ماي 1963 - نشر : القضاء والشريع. إراجع أيضا : DEBRAUD, La notion de tiers, thèse, DIJON, 1890; AUSSEL, Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse, Montpellier, 1953.

على جميع من ترتّب لهم حقّ من المعاقدين، في حين أنّ التحليل السليم يفرض أن نفرّق من هاته الناحية بين الخلف العامّ (I) من جهة، والخلف الخاصّ (II) من جهة أخرى.

## I - الخلف العامّ

409 - الخلف العامّ هو من يخلف السلف في ذمّته الماليّة كلّها أو في جزء منها باعتبارها مجموعة أموال. ويكون الخلف العامّ إمّا الوارث لكلّ التركة أو لجزء منها، أو الموصى له بجزء منها. ولا تلحق هذه الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط.

والخلف العامّ، كالوارث، يعتبر متممًا لشخص من يخلفه وحالاً محلّه في ما له وما عليه<sup>(8)</sup>، ولكن مع مراعاة حقّ الوارث في عدم قبول الإرث وفي كونه لا يلزم بدين مورثه في صورة القبول إلا بقدر إرثه وعلى نسبة مناباته (الفصل 241 م.أ.ع.)<sup>(9)</sup>.

410 - وإذ تبين هكذا أنّ العقود التي يلتزم بمقتضاها السلف تلزم الخلف العامّ بعد موات السلف فيصبح الخلف دائنا ومدينا بموجبها، فإنّ الفصل 241 م.أ.ع. الذي ينصّ على هذه القاعدة قد استثنى منها الحالات التالية :

أ - إذا اتفق المتعاقدان على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم انصرافها إلى ورثتهما. كما لو اتفقا في عقد إيجار على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما.

ب - إذا كانت طبيعة الإلتزام تفترض عدم انتقال الآثار التي يرتبها إلى الخلف العامّ. كما في الجراية العمرية التي يحصل عليها شخص بمقتضى عقد.

(8) إراجع محمد الملقى : محاضرات في شرح القانون المدنيّ التونسيّ، ص 235.

(9) إراجع تطبيقاً لهذه القاعدة القرار المدنيّ الصادر عن محكمة الإبتئناف بتونس تحت عدد 92154، بتاريخ 6 فيفري 1991 (ق.ت. 1992، عدد 4، ص 109) وقد ورد به على وجه الخصوص أنّ الإلتزام من قبول الإرث لا يكون بمجرد تصريح يقدمه محامي الورثة أثناء التفاوض بل بتصريح يقدمه الورثة لقبض التسجيل بمكان افتتاح التركة مصحوباً بكلّ ما يجوز من الوثائق والرسم التي تهّم التركة مع تمكينه من حوز المخلف بصورة قانونيّة وفقاً لتفصيله أحكام الأمر المؤرخ في 15 فيفري 1932 والقرار المؤرخ في 28 ماي 1932 الصادر عن المدير العامّ للمالية التونسيّة.

فهي لا تنتقل إلى ورثته لأن طبيعتها القانونية تقتضي بأنها تنتهي بموت صاحبها<sup>(10)</sup>. والأمر بالمثل في الإلتزامات التي تراعى فيها شخصية العاقد. كالمحامي أو الجراح الذي يلتزم بالعقد بأن يقوم بعمل من أعمال مهنته. فإنّ التزامه لا ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

ج - إذا كان نصّ في القانون يمنع أن ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام. وينصّ القانون على ذلك بالنظر إلى طبيعة المعاملة كما في حقّ الإنتفاع الذي ينقضي بموت المنتفع (الفصل 157 م. 1. ع. 1.) أو تأسيسا على الإرادة المفترضة لطرفي العقد كما في الوكالة التي تنقضي بموت الموكل أو الوكيل (الفصل 1157 خامسا من م. 1. ع. 1.).

## II - الخلف الخاص

411 - الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حقّ عينيّ على شيء محدّد كالمشتري الذي يخلف البائع في ملكية المبيع وصاحب حقّ الإنتفاع لمن تلقى منه هذا الحقّ والموهوب له أو الموصى له بعين معينة من التركة<sup>(11)</sup>.

ويتعلّق السؤال الذي يتّجه طرحه بالنسبة لهذا الصنف من الأشخاص بمعرفة ما إذا كانت العقود التي أبرمها أسلافهم في خصوص الأشياء التي تلقوها منهم قابلة للإسحاب عليهم، أو بعبارة أخرى، هل تنتقل إلى الخلف الخاص (المشتري أو الموهوب له أو الموصى له...) الحقوق والواجبات التي تنشأ عن العقد الذي سبق لسلفه (البائع أو الواهب أو الموصى...) أن أبرمه فيما يتعلّق بالشيء الذي تلقاه منه؟ فإذا كان البائع مثلا قد أبرم عقدا بشأن الشيء الذي باعه، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري فيصبح هذا الأخير

(10) يراجع محمّد المالقي: كتابه، المذكور أعلاه، ص 236.

(11) يراجع في خصوص هذا المفهوم: LEPARGNEUR, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis, Rev. trim. dr. civ. 1924, pp. 481 et s.; MOURGEON, Les effets des conventions à l'égard des ayants cause particuliers en droit français, th. Paris, 1934; DU GARREAU de la MECHENIE, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur, Rev. trim. dr. civ. 1944, pp. 219 et s.

دائنا ومدينا بموجب ذلك العقد؟

ولا يثار المشكل طبعاً إلا بالنسبة للعقود التي أبرمها السلف فيما يتعلّق بالشيء الذي تلقاه منه الخلف. أمّا فيما عداها من العقود، فالخلف الخاص يعدّ غيراً مطلقاً على معنى الفصل 240 م. 1. ع. 1.، لا ضرر ولا نفع له منها. كما لا تعرض مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا في خصوص العقود التي أبرمها السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.

ويبدو أنّ المشرع قد حسم الأمر بالنسبة للعقود التي تهمّ الخلف الخاص المحدّد أعلاه لما أورد ضمن الفصل 241 م. 1. ع. 1. أنّ الإلتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين بل تجري أيضاً على... من ترتّب له حقّ منهم. وما من شكّ في أنّ شمولية هذه العبارة تجعل نطاقها غير مقتصر على الخلفاء العامين وإنما يمتدّ أيضاً إلى الخلفاء بوجه خاص. وإذ يفهم من هذا أنّ الأصل في القانون التونسيّ هو انصراف أثر العقد الذي يبرمه السلف إلى الخلف الخاص<sup>(12)</sup>، فإنّ هذه القاعدة ليست مطلقة الأمر الذي يتّجه معه، بالرجوع إلى

(12) لا بدّ من التوضيح هنا أنّ الفصل 241 م. 1. ع. 1. يرجع أصله إلى القانون الإيطاليّ (أنظر تعليق صانيلانا على الفصل 264 من المشروع الأوّل للمجلة المدنية والتجارية التونسية). حيث ينصّ الفصل 1127 من المجلة المدنية الإيطالية كما أورده H. PRUDHOMME في صيغة فرنسية، (Code civil italien, traduit, annoté et précédé d'une introduction, Paris, 1896): "On est censé avoir contracté pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, lorsqu'il n'a pas été stipulé le contraire, ou que cela ne résulte que de la nature du contrat".

وقد يتبيّن بذلك أنّ القانونين التونسيّ والإيطاليّ يختلفان من هاته الناحية عن القانون الفرنسيّ. ففي حين ورد في كلّ من هذين القانونين أنّ "الالتزامات... المتعاقدين (تجري أيضاً) على من ترتّب له حقّ منهم... (الفصل 241 تونسي) أو أنّ "من تعاقّد في حقّ نفسه محمول على أنّه تعاقّد أيضاً في حقّ من ترتّب له حقّ منه... (الفصل 1127 إيطالي) مقرّين بذلك صراحة مبدأ نقل الإلتزامات إلى الخلفاء (بوجه عام أو بوجه خاص) دون تمييز في ذلك بين الإلتزامات السلبية (الديون) والإلتزامات الإيجابية (الحقوق)، نلاحظ أنّ القانون الفرنسيّ اقتصر في فصله 1122 على التصريح بأنّ "من يشترط التزاما لنفسه محمول على كونه اشترطه أيضاً لورثته ولمن ترتّب له حقّ منه... فهو قد يسمح إذن بنقل الديون دون الحقوق بما لا يجعل منه سنداً كافياً لتبرير الحلول التي انتهى إليها فقهاء القضاء الفرنسيّ في خصوص مسألة انصراف الإلتزامات إلى الخلف الخاص. وإذ اتفق الشراح في فرنسا على تهميش الفصل 1122 المذكور نافين عنه كلّ مصلحة قانونية وعملية (انظر مثلاً: PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 660)، فإنّ هذا الإنجاء قد لا يصحّ بالنسبة لأحكام الفصل 241 من م. 1. ع. 1. التي تعتبر في نظرنا منطلقاً ضرورياً لحسن تحليل هذه المسألة. ممّا أدى بنا - خلافاً للإتجاه السائد في الفقه الفرنسي - إلى اعتبار أنّ الأصل في قانوننا هو نقل العقود إلى الخلف الخاص، وأنّ عدم نقلها إليه يعدّ من قبيل الاستثناء.

أحكام الفصل 241 وإلى غيره من النصوص القانونية الخاصة، بيان ما استثنى منها (ب) وذلك بعد محاولة حصر نطاقها (أ).

### أ - مبدأ نقل الإلتزامات والحقوق من السلف إلى الخلف الخاص

412 - تنسحب القاعدة الواردة بالفصل 241 من م.ا.ع. أساسا على العقود المكتملة أو المحددة لحق عيني على الشيء (1). كما أن المشرع كرسها بصفة خاصة بالنسبة لعدد من العقود المسماة (2).

#### 1) العقود المكتملة أو المحددة لحق عيني على الشيء

413 - إن العقود التي تنتقل آثارها، سلبية كانت أو إيجابية، إلى الخلف الخاص هي أولا وبالذات العقود المكتملة أو المحددة لحق عيني على الشيء (13). فمن يبيع دارا كان رتب لها بمقتضى عقد حق ارتفاق ينقل ملكيتها إلى المشتري الذي يتلقاها متمتعة بذلك الحق. وعلى عكس ذلك فإذا رتب السلف بمقتضى عقد حق ارتفاق عيني على الشيء، فإن ذلك الشيء ينتقل إلى الخلف الخاص مثقلا بهذا الحق. كما يلزم الخلف الخاص بالصلح الذي أمضاه سلفه لضبط الحد الفاصل بين ملكه وملك جاره.

وإذ يمكن تأسيس هذه الحلول على شمولية عبارات الفصل 241 المذكور، فإن الشراح (14) قد أجمعوا على كونها، من جهة أخرى، نتيجة منطقية للمبدأ القانوني العام القائل بأنه «لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من حقوق» (الفصل 551 م.ا.ع.). وما الإنتفاع بحقوق الارتفاق المرتبة لفائدة المبيع أو تحمل الارتفاقات المرتبة عليه إذن سوى تحديد لمضمون المبيع أو بوجه أعم لنطاق امتداد العين.

على أن العقد الذي يمضيه السلف لا يمكن أن يؤثر بالسلب أو بالإيجاب على حقوق الخلف الخاص إلا إذا كان ثابت التاريخ ومتقدما من حيث التاريخ عن العقد الذي انتقل الشيء بمقتضاه إلى الخلف. كما تراعى في ذلك بالنسبة للعقارات المسجلة القواعد القانونية للإشهار المتعلقة بالتسجيل العقاري (15).

(13) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، 1، عدد 352، ص 549 إلى 551.

(14) يراجع: A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 510; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1299; MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 240.

(15) يراجع العدد 426 أسفله.

### 2) العقود المسماة التي تنقل إلى الخلف الخاص حقوقا والتزامات شخصية

414 - نص المشرع صراحة بالنسبة لبعض العقود الخاصة على إلزام والتزام الخلف الخاص بالعقود المتعلقة بالشيء أو بالحقوق التي انتقلت إليه. ومثل ذلك ما ورد بالفصل 22 من مجلة التأمين من أن التأمين يبقى «ساريا وجوبا في صورة... التفويت في الشيء المؤمن عليه لصالح... المشتري أو من آل إليه الحق...» (15-1). كما جاء في الفصل 798 من م.ا.ع.، في خصوص آثار عقد الكراء بالنسبة للخلف الخاص، أن «خروج الملك من يد مالكة طوعا أو كرها لا يفسخ الكراء. وإنما يحل المالك الجديد محل القديم فيما له وعليه من الحقوق في الكراء المذكور إن كان عقده خاليا من التديس وله تاريخ ثابت سابق على تاريخ التفويت» (15-2). كما ينسحب نفس المبدأ بالنسبة لمال عقود الشغل في صورة التفويت في مؤسسة تجارية أو صناعية، حيث ينص الفصل 15 من مجلة الشغل على مواصلتها بين الأجراء ومؤجرهم الجديد بما يجعل هذا الأخير دائنا ومدينا بموجب عقود سابقة أمضاه سلفه (16).

ومن الحالات التي ينجر عنها أيضا إلتزام للخلف الخاص بموجب اتفاق سابق أمضاه السلف، ما تعرض إليه الفصل 90 من م.ح.ع. في خصوص النظام الذي يضعه المالكون بالاشتراك لعقارات مقسمة إلى عدة طبقات أو شقق ضمانا لحسن الإنتفاع بالعقار المشترك وحسن إدارته. وقد ورد بالفصل 90 المذكور أن «هذا النظام يلزم جميع المالكين وكل من انجر له حق منهم. ويجب ترسيمه بسجل الملكية ليكون عاملا بالنسبة لمن انجر له حق منهم بوجه خاص».

### ب - الإستثناءات

415 - يتضح بالرجوع إلى الفصل 241 م.ا.ع. أن نطاق الإستثناءات

(15-1) يراجع: Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 288 et s.

(15-2) يراجع القرار التعقيبي المدني عدد 31480 المؤرخ في 14 أكتوبر 1992 ن.م.ت. 1992، ص 437،

(16) يراجع تطبيقا لهذه القاعدة: قرار تعقيبي مدني عدد 16605، مؤرخ في 1 ديسمبر 1986، ن.م.ت. 1987، ص 25. والقرار التعقيبي المدني عدد 21773، المؤرخ في 2 جانفي 1989، ن.م.ت. 1989، ص 9.

لمبدأ نقل الإلتزامات والحقوق الناجمة عن العقود التي يبرمها السلف إلى الخلف الخاص يشمل حالة الإتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلفاء بوجه خاص (1)، وصورنا ما إذا نتج هذا الحل إما من طبيعة الإلتزام بمقتضى العقد (2)، أو بمقتضى القانون (3).

### 1 ( الإتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

416 - لا يثير هذا الاستثناء مبدئياً أية صعوبة خاصة إذا أخذنا بالاتجاه القائل بأن الحل الوارد بالفصل 241 م.أ.ع. يتأسس على الإرادة المفترضة لجميع الأشخاص الذين يمكن أن تنصرف إليهم آثار العقد (الأطراف والخلف الخاص)<sup>(17)</sup>. فالحرية التعاقدية تخول بدون شك للسلف ولمعاقدته أن يتفقا على عدم انصراف آثار العقد الذي يربط بينهما إلى الخلف الخاص. كما يحق للخلف الخاص أن يستثني في العقد الذي يربطه بسلفه نقل الديون المتعلقة بالعين التي تلقاها منه والمتخلدة بدمه هذا الأخير. ولا تحد من هذه الحرية سوى متطلبات النظام العام التي تكسي أحيانا طابعا إلزاميا لنقل آثار بعض العقود إلى الخلف الخاص (انظر مثلا الفصول 22 من مجلة التأمين و90 من م.ح.ع. و15 من مجلة الشغل...).

### 2 ( عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص اعتبارا لطبيعة الإلتزام

417 - يرجع بالضرورة إلى القاضي تحديد الإلتزامات التي ينتج من طبيعتها أنها لا تنصرف إلى الخلف الخاص. ونقصد بهذا أنه يمكن للمحاكم، في غياب معيار موضوعي يعرف بمهية الإلتزامات التي تنتقل بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاص، أن ترسم لمبدأ انتقال الإلتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص البعد الذي تبتغيه، وذلك إما بالتضييق أو بالتوسيع في نطاق هذا الاستثناء. وإذا ما تركنا جانبا حالتين، تهّم الأولى العقود المتعلقة بحقوق عينية، والتي سبق أن أشرنا في شأنها أن نقل الإلتزامات والحقوق الناشئة عنها يندرج في الواقع ضمن تحديد مضمون العين المنقولة إلى الخلف الخاص بقدر ما

هو يتأسس على أحكام الفصل 241 المتعلق بآثار العقود، والحالة الثانية التي تتعلق بالعقود المسماة التي ينتقل مفعولها إلى الخلف الخاص بحكم نص قانوني غالبا ما تتعلق أحكامه بالنظام العام، فإن مدى انصراف الإلتزامات والحقوق إلى الخلف الخاص يتحدد حتما - عدا الحالات النادرة التي يحول فيها دونه صراحة اتفاق الأطراف أو القانون - بالرجوع إلى اجتهاد القاضي الذي له أن يقرر، بحسب نتيجة تحليله لطبيعة الإلتزام، ما إذا كان من النوع الذي ينصرف إلى الخلف الخاص. الأمر الذي يستخلص معه أن آثار العقود بالنسبة للخلف الخاص تبقى في الواقع غير ثابتة بالرغم من شمولية عبارات الفصل 241 م.أ.ع.

418 - ويتفق الشراح<sup>(18)</sup> على أن الإلتزام الذي يتعلق بشخص السلف يعدّ من الإلتزامات التي لا تنصرف بحكم طبيعتها إلى الخلف الخاص. كما إذا كان للبائع اتفاقية مع شركة توزيع الكهرباء تقتضي التخفيض لفائدته من ثمن التيار الكهربائي الذي يستعمله في الدار. فالمشتري لتلك الدار لا ينتفع بذلك الحق نظرا للطابع الشخصي الذي يكتسبه اتفاق سلفه مع شركة توزيع الكهرباء بما يجعله عديم الصلة بالعين التي اشتراها منه<sup>(19)</sup>. ولكن السؤال يبقى قائما في خصوص مدى درجة الارتباط اللازم بين الإلتزام والشئ حتى تنصرف آثار هذا الإلتزام إلى الخلف الخاص. فهل يكفي ليتم ذلك إثبات وجود مجرد علاقة بينهما، أي أن يكون الإلتزام خاصا بالشئ، أم هل من الضروري أن تكون الإلتزامات والحقوق من توابع الشئ محددة أو مكتملة له؟ إن اشتراط مجرد العلاقة يبدو أكثر تماشيا مع شمولية عبارات الفصل 241 م.أ.ع. التي تقر مبدأ انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص. وذلك على عكس الاتجاه الثاني الذي يرمي إلى التضييق في نطاق القاعدة العامة. فلا يمكن على أساسه مثلا أن ينتقل إلى مشتري الأرض التزام وحق بائعها الناجم عن اتفاقه مع مقاول على بنائها. كما لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشئ

(18) براجع مثلا محمّد المالقي: محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 237؛ و B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1300.

(19) مثال مأخوذ عن محمّد المالقي في كتابه المذكور أعلاه، ص 237.

## § 3 - الدائنون العاديون

420 - الدائن العادي هو الذي لا يتمتع بأي تأمين عيني أو شخصي خاص يضمن له خلاص الدين وإنما له حق ضمان عام على الذمة المالية لمدينه (الفصل 192 م.أ.ع.)<sup>(23)</sup>. وما من شك في أن قيمة هذا الضمان تتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه. فإن كانت نافعة للمدين وساهمت في إثرائه ازدادت حظوظ الدائن في استخلاص دينه وارتفعت قيمة ضمانه، أما إذا كانت هذه العقود نتيجة معاملات فاشلة، تقلصت قيمة الضمان العام على أموال المدين وتراجعت حظوظ الدائن في استخلاص دينه. لذلك فإن الدائن العادي يعد من الأشخاص الذين تهمهم العقود التي يمضيها مدينهم إلى درجة كبيرة. ولكن هذا لا يبرر وصفه بالخلف العام مثلما ذهبت إليه نظرية قديمة يبدو أنها اليوم مهجورة<sup>(24)</sup>. ذلك أن وضعية الدائن تختلف جوهرياً عن وضعية الخلف العام حيث أنه لا يصبح على عكس هذا الأخير دائناً أو مديناً بموجب تلك العقود، ولا ينجر له منها ضرر ولا نفع. وإذا استثنينا من جهة الحالات الخاصة التي مكّنه فيها القانون من القيام بدعوى مباشرة ضد معاقد مدينه<sup>(25)</sup>، وحقه من جهة أخرى في القيام عوضاً عن مدينه ضد مديني هذا الأخير حفاظاً على ضمانه العام وذلك عن طريق الدعوى المنحرفة<sup>(26)</sup>، فإن وضعية الدائن العادي تبقى شبيهة بوضعية الغير الأجنبي عن العقد. وهو في حاجة بصفته تلك إلى حماية القانون ضد جميع أساليب المخادعة والتغرير التي من شأنها أن

الذي انتقل إلى الخلف من ضرر إلى الغير<sup>(20)</sup> ضرورة أن مثل هذه الإلتزامات والحقوق يتعلّق بالشيء دون أن يكون من توابعه<sup>(21)</sup>. وإذ يقبل فقه القضاء الفرنسي، الذي يبدو متمسكاً هنا بالاتجاه الضيق، انصراف الإلتزام بعدم المنافسة الذي ينتفع به بائع الأصل التجاري إلى المشتري، فلأن شرط عدم المنافسة يرقع في قيمة الأصل. فهو إذن مكمل للشيء ومن توابعه. وقد برر الشراح استناداً إلى هذا التحليل القرارات التعقيبية الفرنسية<sup>(22)</sup> التي أقرت حق الخلف الخاص في القيام بدعوى العيوب الخفية التي يملكها سلفه ضد البائع الأصلي للشيء الذي تلقاه منه. أما في بلادنا فإن التصوص القانونية تسمح كما سبقت الإشارة إليه بتبني تصور واسع لنطاق انصراف العقود إلى الخلف الخاص ولكن ذلك يبقى رهين عدم التوسع في مفهوم الإستثناء المأخوذ من طبيعة الإلتزام.

## 3 ( عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون

419 - يمنح المشرع في بعض الحالات انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص. ومن أمثلة ذلك ما ورد على سبيل الإستثناء ضمن الفقرة 2 من الفصل 22 من مجلة التأمين من «... أن عقد التأمين يتوقف وجوباً في حالة التقويت في عربة ذات محرك بعد عشرة أيام من تاريخ التقويت. ويمكن لأحد الطرفين فسخ العقد...».

(23) يراجع : BONNECASE, Condition juridique du créancier chirographaire, Rev. trim. dr. civ., 1920, pp. 103 et s.

(24) يراجع في هذا المعنى : MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 243; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1205.

(25) أنظر مثلاً الفصل 776 م.أ.ع. الذي يمكن المسوّغ من دعوى مباشرة ضد المسوّغ الثاني والفصل 26 من مجلة التأمين الذي يعطي للمتضرر في نطاق التأمين على المسؤولية الحق في مطالبة المؤمن مباشرة... في تعويض الحسائر والأضرار التي تسبب له فيها المؤمن له.

(26) يراجع في خصوص الدعوى المنحرفة في القانون التونسي : محمد الملقى : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 292 وما بعدها، وألفه الفرشيشي : خواطر حول الدعوى المنحرفة، ضمن «دراسات في قانون التأمينات»، مؤلف جماعي تحت إشراف البشير المنوي الفرشيشي، تونس 1997، ص 375. وما بعدها.

(20) يراجع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط...، 1، عدد 353، ص 552 و553.

(21) إن اشتراط أن يكون الإلتزام من توابع الشيء بحيث لا تكون له أية مصلحة إذا كان منفصلاً عن الشيء يرجع إلى نظرية دافع عنها الفقيهان الفرنسيان AUBRY et RAU. وقد عبّر عنها كما يلي : "Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose corporelle ou incorporelle à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires", (AUBRY et RAU, 6è éd., par BARTIN, t.2, § 176, 1c, p. 99).

(22) أنظر في هذا الخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1319; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 511, p. 534.

أ - المعارضة بالحقوق العينية<sup>(30)</sup>

424 - تؤثر العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق عينية بالسلب أو بالإيجاب على مكاسب المعاقدين، وتحدث بالتالي وضعا قانونيا جديدا يلزم الكافة ويتحتم على الغير احترامه. وكلمة الغير تنسحب هنا على الغير المطلق الأجنبي تماما عن العقد، كما أنها تشمل الدائن العادي مع مراعاة حق هذا الأخير في القيام بالدعوى البليانية والصورية<sup>(31)</sup>. أما الخلف الخاص، فإنه يعتبر أيضا غيرا بمعنى أنه يحق لمن اكتسب حقا عينيا على الشيء الذي انتقل إليه أن يعارضه بالعقد الذي اكتسب بموجبه هذا الحق. وفي صورة نزاع بين خلفين خاصين حول حق واحد، كأن يبيع شخص مرتين نفس الشيء لشخصين مختلفين، فإن الأولوية تسند إلى من توفرت فيه شروط المعارضة<sup>(32)</sup>.

## ب - المعارضة بالحقوق الشخصية

425 - لا تنصرف آثار الحقوق الشخصية الناشئة عن العقود إلا بين المتعاقدين ولا يعارض بها الكافة بصفة مطلقة مثلما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية. ولكن الغير محمولون مع ذلك على احترامها وعلى عدم عرقلة ممارستها من طرف أصحابها. ففي صورة تواطؤ الغير مع أحد المتعاقدين بما يؤثر سلبا على ظروف إنجاز العقد، يجوز للمعاقد الثاني أن يقوم ضد الغير في تعويض الخسارة التي لحقته نتيجة هذا التصرف. وقد كرس المشرع التونسي هذا الحل صراحة بالنسبة لعقد الشغل لما نصّ ضمن الفصل 26 من مجلة الشغل على أن المؤجر الجديد يعتبر «متضامنا في المسؤولية مع العامل الذي قطع بصفة تعسفية العمل بعقد الشغل والذي عرض من جديد خدماته عن الضرر الملحق بالمؤجر السابق في صورة علمه بأن هذا العامل كان عاملا عند الأول». وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المؤجر الجديد تأسس على خطئه المتمثل في مشاركة الأجير في مخالفة عقد الشغل الرابط بين هذا الأخير ومؤجره القديم. وهو

(30) يراجع : Marc LEVIS, L'opposabilité du droit réel, thèse, Paris II, 1985.

(31) يراجع العدد 420 أعلاه.

(32) أنظر في هذا الخصوص العدد 426 أسفله.

تضعف قيمة ضمانه العام وتقلص حظوظه في استخلاص الدين. وهو ما يفسر تمكنه من القيام بالدعوى البليانية<sup>(27)</sup> وبدعوى التصريح بالصورية<sup>(28)</sup>.

## الفرع الثاني : المعارضة بالعقد

421 - ليس العقد مصدر رابطة قانونية ملزمة لعاقديه ولخلفائهما فحسب، إنما هو أيضا حدث إجتماعي يفرض وجوده على غير أطرافه وتجوز على هذا الأساس المعارضة به وفرض احترامه على الكافة. وحق المعارضة بالعقد لا يتنافى مع مبدأ النسبية العقدية. وقد سبق لمحكمة التعقيب الفرنسية أن وضحت ذلك بمقولة أنه «ولو أنه لا ينجر مبدئيا من العقد ضرر ولا نفع لغير عاقديه، فإن هاته القاعدة لا تمنع القاضي من أن يعتبر أن من أثار العقد أيضا أنه يحدث تجاه الغير وضعا واقعيا»<sup>(29)</sup> لا يمكن تجاهله. على أن مفهوم المعارضة بالعقد لا ينحصر في حق المعاقدين في الإحتجاج بالعقد على الغير (§1) بل هو أشمل من ذلك حيث يقصد به أيضا حق الغير في أن يحتج بالعقد على طرفيه (§2).

## § 1 - معارضة الغير بالعقد

422 - تستوجب دراسة هذه المسألة التعرض إلى نطاق معارضة الغير بالعقد (I) قبل بيان شروطها (II).

## I - نطاق المعارضة

423 - تُنشئ العقود لفائدة معاقد ما على حساب معاقده حقوقا عينية (أ) وحقوقا شخصية (ب). ولا بدّ إذن من الإحتجاج بها حتى تمكن معارضة الغير بتلك الحقوق.

(27) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, op. cit., p. 346 et s.

(28) يراجع العدد 474 أسفله وما يليه واحترازنا في هذا الخصوص.

(29) أنظر القرار التعقيبي المدني الفرنسي المؤرخ في 19 أكتوبر 1954, (Civ. com. 19/10/1954, D.S., 1956, p. 78).

وكان موضوع العقد يعنيه بحكم ارتباط حقوقه بالعقار<sup>(34)</sup>. ويدخل في هذا التعريف أساسا الخلف بوجه خاص<sup>(34-1)</sup>. أما إذا تعلقّت عملية التّفويت في حقّ عينيّ بعقار غير مسجّل فإنّه يشترط فقط في معارضة الغير بها وجود عقد ثابت التاريخ على معنى الفصلين 450 و581 من م.أ.ع.<sup>(35)</sup>.

## § 2 - إحتجاج الغير بالعقد

427 - يمكن أن ينجرّ عن إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية نحو معاقده ضرر بالغير. ويحقّ لهذا الأخير أن يحتجّ بالعقد ضدّ الطرف المخطىء، وأن يقوم ضدّه بتعويض الخسارة على أساس المسؤولية التقصيرية. ومن أمثلة

(34) قرار تعقيبي مدني عدد 20605، مؤرّخ في 3 أكتوبر 1989، ن.م.ت. 1989، ص 356. وقد صدرت قرارات تعقيبية عديدة في نفس المعنى مذكّرة إلى جانب ذلك أنّ من انجرّ لهم حقّ من أحد المعاقدين بوجه عامّ مثل الورثة لا يعتبرون غيرا على معنى الفصلين 241 م.أ.ع. و305 م.ح.ع. ولا يحقّ على ذلك الأساس للورثة أن يتفوضوا بحماية الفصل 305 م.ح.ع. وأن يدّعوا أنّه لا تجوز معارضتهم بالبيع الصادر عن مورثهم قبل وفاته بسبب عدم ترسيمه بإدارة الملكية العقارية (انظر مثلا : قرار تعقيبي مدني عدد 14485، مؤرّخ في 16 جوان 1986، ق.ت. 1988، عدد 5، ص 71؛ وعدد 15157، مؤرّخ في 16 جوان 1986، ق.ت. 1988، عدد 5، ص 76؛ وعدد 13310، مؤرّخ في 28 أكتوبر 1986، ن.م.ت. 1986، ج II، ص 323؛ وعدد 13094 مؤرّخ في 25 أفريل 1985، ق.ت. 1987، عدد 3، ص 46؛ وعدد 3151، مؤرّخ في 25 ماي 1981، ن.م.ت. 1981، ج II، ص 182؛ وعدد 3394، مؤرّخ في 17 ماي 1979، ن.م.ت. 1979، ج I، ص 240؛ وعدد 2804، مؤرّخ في 12 أكتوبر 1978، ن.م.ت. 1978، ج II، ص 96). وقد أصبح هذا الحلّ متعارضا مع التّقيحات التشريعية موضوع القانون عدد 46 لسنة 1992، المذكور أعلاه، الذي ورد به صراحة أنّ العقود المكتوبة أو المكتسبة لحقّ عينيّ على عقار مسجّل لا تكون حجة بين المتعاقدين إلا من تاريخ ترسيمها بإدارة الملكية العقارية. (الفصلان 305 و373 من م.ح.ع.). وتتسبب هذه الأحكام على الورثة عملا بأحكام الفصل 241 من م.أ.ع. على أنّ هذا التّصحّح سوف لن يدخل حيز التنفيذ إلا بعد مضيّ ثلاثة أعوام من تاريخ صدور القانون عدد 46 المذكور أعلاه وذلك عملا بفضله الثاني. وقد وقع التّحديد في هذا الأجل بثلاثة سنوات إضافية بموجب القانون عدد 95-37 المؤرّخ في 24 أفريل 1995.

(34 - 1) يراجع قرار تعقيبي مدني عدد 40654 مؤرّخ في 27 ديسمبر 1994، ن.م.ت. 1994، ص 198.

(35) أنظر مثلا الحكم المدني الابتدائيّ عدد 521 مؤرّخ في 25 أفريل 1965، ق.ت. 1966، عدد 2، ص 57. والقرار التعقيبيّ المدنيّ عدد 5791، المؤرّخ في 9 جوان 1970، ن.م.ت. 1970، ص 105؛ وقارن مع القرار التعقيبيّ المدنيّ عدد 1856، المؤرّخ في 27 جوان 1963، (ن.م.ت. 1963، ص 27) الذي ورد به أنّ الإدلاء بكتب ثابت التاريخ على التّحو المبيّن بالفصل 450 م.أ.ع. ووفقا لمقتضيات الفصل 581 م.أ.ع. لا يكفي لمعارضة الغير بالحقوق العقارية المسجّلة طالما لم يقع ترسيمها بسجّل الأملاك العقارية. يراجع في هذا الخصوص، أحمد بن طالب : تقيح الفصل 581 من مجلة الالتزامات والعقود في محيط الإصلاح العقاري، الأحداث القانونية التونسية لسنة 1995، عدد 9، ص 43 وما بعدها.

خطأ كفيل بتحميله عبء تعويض الخسارة على أساس الفصلين 82 و83 من م.أ.ع. دون حاجة إلى النصّ الخاصّ الوارد بالفصل 26 المذكور من مجلة الشغل، الأمر الذي يستخلص منه بوجه عامّ أنّ مشاركة الغير أحد المتعاقدين في مخالفة عقد من العقود أو في عرقلة تنفيذه يبرّر مؤاخذته على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(33)</sup>.

## II - شروط المعارضة

426 - لا تصحّ في عدد من الحالات معارضة الغير بالعقد، وخاصة منها العقود الناقلة لحقوق عينية، إلا إذا توقّرت فيها بعض الشّروط، نذكر من أهمّها إتمام إجراءات الإشهار التي يهدف من خلالها المشرّح إلى إعلام الغير بهاته العقود أو على الأقلّ تمكينه من العلم بها. فإذا لم يتمّ الإشهار يبقى الغير محمولا على جهله بالعقد ولا يجوز بالتّالي معارضته به. وقد ورد على ذلك الأساس ضمن الفصل 305 من م.ح.ع.، وفي خصوص العقارات المسجّلة، أنّ «كلّ حقّ لا يعارض به الغير إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية وابتداء من تاريخ ذلك التّرسيم». ويعدّ غيرا على معنى هذا النصّ «كلّ شخص أجنبيّ عن عقد التّفويت الذي اكتسب بمقتضاه أحد طرفيه حقّا عينياّ مشمولا بعقار مسجّل

(33) يراجع في هذا الخصوص : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 519, p. 542; G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., n° 245, p. 225; V. aussi B. STARCK, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, J.C.P. 1954, I, 1180; P. HUGUENEY, La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, th. DIJON, 1910.

لكن راجع في خصوص الحركة الفقهيّة والقضائيّة الحديثة بفرنسا التي آلت أحيانا إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية إلى غير المتعاقدين وذلك في حالة «تسلسل العقود» : Patrice JOURDAN, "La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991", D. 1992, chr., p. 149; Christian LARROUMET, L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels, J.C.P. 1991, I, 3531; J. GHESTIN, Le rejet de la notion de groupe de contrats comme fondement d'une action contractuelle directe en responsabilité, Note, D. 1991, J. p. 549.

وانظر بالنسبة للقانون التونسي محاولة سامية بن اسماعيل : Les recours au sein des groupes de contrats, mémoire pour l'obtention du D.E.A. en droit privé, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1992.



ذلك قيام شخص تضرر من حادث أثناء استعماله لمصعد كهربائي بتعويض الخسارة ضدّ صانع المصعد محتجاً في ذلك بكون هذا الأخير قد أخلّ بالتزاماته الناشئة عن العقد الذي يربطه بصاحب العمارة التي أقيم بها المصعد<sup>(36)</sup>.

## الفصل الثاني استثناءات النسبية العقدية

(36) يراجع في هذا الخصوص : MARTY et RAYNAUD, op. cit., n° 247; WEILL et TERRE, op. cit., n° 519, p. 534; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1220 et 1221.

428 - لقاعدة النسبية العقدية عدة استثناءات قانونية يترتب عليها أن العقد ينتج أثرا مقصودا ينصرف إلى الغير فيصبح بموجبه دائنا دون أن يكون طرفا فيه. وهو ما يمكن التأكد منه من خلال دراسة الإشتراط لمصلحة الغير (الفرع الأول) الذي يعتبر أهم استثناء لقاعدة النسبية العقدية. ولما كانت الجدوى من هذا الاستثناء إكساب حق لفائدة الغير بموجب العقد، فإنه من المهم أن نبحت من ناحية أخرى هل أنه في إمكان العقد أن يربط التزاما في ذمة الغير فيصبح هذا الأخير مدينا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه. وهو سؤال تستدعي الإجابة عليه دراسة مفهومي التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير (الفرع الثاني).

## الفرع الأول : الإشتراط لمصلحة الغير<sup>(1)</sup>

### § 1 - مفهوم ودور الإشتراط لمصلحة الغير

429 - الإشتراط لمصلحة الغير هو عمل قانوني يشترط فيه شخص يسمى المشترط على شخص آخر يسمى المتعهد أو الملتزم بأن يقوم بأداء معين لمصلحة شخص ثالث يسمى المتفع. ومن أهم تطبيقاته التأمين على الحياة الذي يشترط فيه شخص على شركة تأمين أن تدفع لورثته، أو لغيرهم من الأشخاص بعد وفاته، مقدارا من المال معينًا بالعقد وذلك إما في شكل رأس مال أو في

(1) يراجع : عبد الرزاق السهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، 1، عدد 365 إلى 383؛ عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، عدد 297 إلى 307؛ توفيق حسن فرج : النظرية العامة للإنترام، 1988، ص 308 إلى 324؛ أنور سلطان : مصادر الإنترام. دار النهضة العربية، 1983، ص 207 إلى 217. وانظر بالنسبة للمراجع الفرنسية : LAMBERT, La stipulation pour autrui, de la nature du droit conféré au tiers bénéficiaire, thèse, Paris 1893; CHAMPEAU, La stipulation pour autrui en droit français, thèse, Paris 1983; WEILL, De la relativité des conventions en droit privé français, thèse, Paris 1938; BOYER-DRIOT, Du fondement juridique de la stipulation pour autrui, thèse, Toulouse 1933; LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux 1968; Travaux de l'Association Capitant, 1952, La stipulation pour autrui et ses principales applications; G. VENANDET, La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire, J.C.P. 1989, I, 3391.

قالب جارية عمرية<sup>(2)</sup> وذلك مقابل أقساط تأمين متفق عليها. وكذلك عقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه وهو عقد يشترط فيه مكتبته على شركة التأمين أن تضمن تعويض الخسائر الناجمة عن تلف الأشياء المؤمنة لأي شخص تعود له ملكيتها وقت وقوع الحادث. ويستعمل التأمين لحساب الغير خاصة لضمان خطر تلف السلع التي يتغير مالكوها أثناء نقلها<sup>(3)</sup>. وتعد أيضا اشتراطا لمصلحة الغير الهبة بعوض (الفصل 200 فقرة 2 من م.أ.ش.). التي يفرض فيها الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين لفائدة الغير دون أن يتجرد عن نية التبرع. كمن يهب عقارا ويشترط في المقابل على الموهوب له دفع جارية عمرية لفائدة شخص ثالث. كما يعتبر اشتراطا لمصلحة الغير، ويخضع بالتالي لنظامه القانوني، اشتراط البائع على المشتري في عقد البيع أن يدفع كامل الثمن أو جزءا منه للغير على سبيل الهبة أو تسديدا لدين بقي في ذمته. ومن أمثلة الإشتراط لمصلحة الغير التي أوردتها فقه القضاء الفرنسي تعهد التسويع في عقد كراء بتسديد معالم الكراء المتخلدة في ذمة التسويع السابق<sup>(4)</sup>، وكذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه زوجان بالتقويت في ملكية عقار لأبنائهما وقد نتج عن وصفه بالإشتراط لمصلحة الأبناء تمكين هؤلاء من حق الإحتجاج به ضد أمهم لجبرها على إتمام إجراءات تحويل ملكية العقار لفائدتهم على أساسه<sup>(5)</sup>.

430 - ويتبين من خلال هذه الأمثلة أن المصلحة القانونية من عملية الإشتراط لمصلحة الغير تكمن في قدرتها على تجاوز قاعدة النسبية العقدية وذلك بأن تقرّ حقًا مباشرًا للغير استنادا إلى العقد الرابطة بين المشترط والمتعهد. وفي هذا ما يسمح للغير المستفيد من الإشتراط بأن يطالب المتعهد بذلك الحق

(2) يراجع : M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres, t. 1, Le contrat d'assurance, Paris L.G.D.J., 5è éd., 1982, n° 449; Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 58 et 560.

(3) يراجع : M. PICARD et A. BESSON, Les Assurances terrestres, t. 1, op. cit., n° 265 et s.

(4) أنظر قرار محكمة الاستئناف بباريس : Paris 20 février 1985, D. 1985, I.R. 344, obs. VASSEUR.

(5) يراجع قرار محكمة التعقيب الفرنسية : Civ. 1ère, 5 mai 1986, J.C.P. 1986, IV. 198.

بصفة شخصية ومباشرة دون حاجة لاستئذان المشتري في ذلك بالرغم من كونه بقي أجنبياً عن العقد الذي يستند إليه، والذي لا يربط سوى بين المتعهد والمشتري.

431 - إن في تجاوز النسبية العقدية فائدة عملية ثابتة في بعض الحالات. لذلك نلاحظ أن فقه القضاء لا يتردد أحيانا في الإلتجاء إلى آلية الإشتراط لمصلحة الغير للتوسيع في نطاق العقد من حيث الأشخاص إذا تأكدت المصلحة من مثل هذه العملية. من ذلك أن المحاكم التونسية تقبل في صورة وفاة شخص في حادث مرور أن يقوم ورثته ضد الناقل بالمطالبة بجبر الأضرار المادية أو المعنوية التي لحقتهم شخصياً نتيجة وفاة مورثهم، على أساس المسؤولية العقدية<sup>(6)</sup> استناداً إلى عقد النقل المبرم بين مورثهم والناقل. وإذ يبرر الشراح قبول قيام الورثة في هاته الصورة على أساس المسؤولية العقدية بإشتراط ضمنى في هذا المعنى يكون قد اشترطه مورثهم لفائدتهم بعقد النقل، فإن معظمهم يرى أن الإلتجاء إلى آلية الإشتراط لمصلحة الغير لا يستقيم هنا من الناحية القانونية طالما أن نية الإشتراط المنسوبة إلى المورث لفائدة ورثته لا أساس لها من الواقع<sup>(7)</sup>. ويتضح من ذلك أن استعمال مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير في هاته الصورة كان من قبيل الحيلة القانونية التي تبررها ضرورة مراعاة مصالح المتضررين وذلك بتمكنهم من ممارسة حقهم في التعويض مع إعفائهم من عبء إثبات الخطأ الذي يفترضه القيام في مثل هاته الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية، وفي السماح لهم لنفس الغرض بالإنتفاع من فوائد الإلتزام بضمان سلامة المسافرين. وهو التزام بنتيجة محمول قانوناً على ناقل الأشخاص (الفصول 653 إلى 656 من م.ت.)، يعفى بموجبه المسافر من عناء إثبات الخطأ في صورة تضرره من حادث أثناء السفر<sup>(8)</sup>. وقد استقر فقه القضاء

(6) يراجع: محمد الصالح العياري: حول تطبيق الفصل 38 من م.ع. في حوادث الطرقات، ق.ت. 1968، عدد 2، ص 20؛ وانظر القرارات عدد 58210، بتاريخ 28 مارس 1967، وعدد 58082، بتاريخ 13 ديسمبر 1966، وعدد 58238، بتاريخ 13 ديسمبر 1966 المذكورة بدراسة السيد محمد الصالح العياري.

(7) يراجع حول هذه المسألة: CH. LARROUMET, op. cit., n° 803; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 532; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1256.

(8) يراجع العدد 360 أعلاه.

بفرنسا<sup>(9)</sup> وألمانيا<sup>(10)</sup> على هذا الإلتجاه. فبالإضافة إلى تكريسها للإشتراط الضمني لفائدة الغير بعقد النقل، فقد قضت المحاكم الألمانية على ذلك الأساس أن حصول انفجار بشقة على إثر أشغال قام بها مقاول على العين يخول لجميع المتضررين الموجودين بالشقة وقت الحادث حق تأسيس دعواهم في التعويض ضد المقاول على العقد الرابط بينه وبين حريفة صاحب الشقة، وذلك عملاً بالإشتراط الضمني الذي اشترطه هذا الأخير لفائدتهم. وقضى أيضاً في نفس هذا المعنى أن عقد كراء قاعة بمطعم ليعقد بها اجتماعاً يخول لكل من المشاركين في الاجتماع حق مطالبة صاحب المطعم مباشرة بالتعويض في صورة وقوع حادث وذلك بناء على أن عقد كراء القاعة الممضى بين صاحب المطعم ومنظم الاجتماع يتضمن اشتراطاً ضمنياً من هذا الأخير بضمان سلامة كل المشاركين في هذا الاجتماع.

432 - وقد تعرض هذا الإلتجاه للتقيد من جراء تعدد الحالات التي أمكن فيها لفقه القضاء في البلدان المذكورة من الحد من نسبية العقود، حيث يرى الشراح في مجموعهم أن تعلق القضاء بضمان التعويض في أحسن الظروف وبأقل التكاليف للمتضررين من الحوادث لا يبرر تحريف مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير الذي أدى إليه كما رأينا اعتماد فكرة الإشتراط الضمني بالرغم من فقدانها في أغلب الحالات المعروضة لأساس واقعي صحيح.

433 - على أن التطور الكبير الذي لقيه هذا المفهوم في القانون المقارن، وبدرجة أقل في القانون التونسي، يعكس في الواقع أهميته النظرية باعتباره وسيلة قانونية ناجعة لتبرير العديد من الحلول القانونية التي لا يمكن اعتمادها بدونها لتضاربها مع قاعدة النسبية العقدية التي تستمد أساسها من حرية الفرد في الإلتزام وفي عدم الإلتزام. وما من شك أن في قبول التعاقد لمصلحة الغير تجاوز لهاته الحرية يصعب قبوله في نظام يقوم على الفردانية المطلقة. وهو ما

(9) يراجع: Cass. civ. 6 déc. 1932, et 24 mai 1933, D. 1933. I. 137, note JOSSERAND; civ. 21 nov. 1978, J.C.P. 1980. II. 19301, note RODIERE.

(10) يراجع في خصوص فقه القضاء بألمانيا: A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 470, p. 475.

فكرة ذاتية آثار الإلتزام التي كان يقوم عليها هذا القانون، والتي مفادها أنه لا يمكن لأحد أن يكسب حقاً بواسطة شخص آخر ليس خاضعاً لسلطته (alteri stipulari nemo potest). على أن القانون الروماني شهد من هذه الناحية تطوراً ملحوظاً يعكس حرصه على التوفيق بين هذه القاعدة الأساسية والضروريات العملية الجديرة أيضاً باهتمام القانون. فقد سمح في مرحلة أولى للمشترط أن يضع بالعقد شرطاً جزائياً يمكن له المطالبة به في صورة عدم إتمام المتعهد لما تعهد به نحو الغير المستفيد. وبذلك يكون قد أقر حق الغير في تلقي ما اشترط لمصلحته دون أن يخالف قاعدة ذاتية آثار الإلتزام إذ أن غضب المتعهد على الدافع هو حق يرجع إلى المشترط وحده بموجب الشرط الجزائي المضاف إلى العقد، دون الغير المستفيد الذي لا يملك أية دعوى ضد المتعهد. كما استقر للغرض نفسه عرف يقضي بإمكانية التنصيص بالإشتراط على حق المتعهد في أن يختار بأن يؤدي ما عليه إماً للمشترط أو للغير المعين بالعقد. على أن حق القيام يبقى في هاته الصورة للمشترط وحده، ولا يملك الغير إذن أية دعوى ضد المتعهد لمخالفة ذلك لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام. ولكن تطور القانون الروماني استمر إلى أن أقر في مرحلة أخيرة استثناء لتلك القاعدة وذلك بأن اعترف بحق مباشر للغير المستفيد، وذلك بمنحه دعوى ضد المتعهد لغضبه على الوفاء. وقد منحت هذه الدعوى للغير في حالتين: في عقد الهبة أولاً، وذلك إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير، وثانياً في صورة دفع مهر إلى الزوج مع اشتراط إرجاعه إلى الغير؛ حيث مكّن القانون الروماني الغير المستفيد من هذا الشرط من دعوى ضد الزوج المتعهد. وقد وقع التوسيع فيما بعد في نطاق هذا الاستثناء ليشمل عقدي العارية والوديعة إذا اشترط فيهما رد الشيء المستعار أو المودع إلى الغير.

435 - أما في القانون الفرنسي القديم فقد بقي الإشتراط لمصلحة الغير ممنوعاً بناء على انعدام مصلحة المشترط من إتمام المتعهد لما يكون قد تعهد به نحوه لفائدة غيره. على أن الفقهاء أقرّوا جميع الاستثناءات التي أوردها القانون الروماني قبل أن يوسعوا في نطاقها وذلك خاصة بقبولهم منذ القرن

يفسر من جهة أن «قانوناً أنانياً» مثل القانون الروماني، حسب تعبير العلامة E. GAUDEMET<sup>(11)</sup>، كان يرفضه من الأصل، ومن جهة أخرى أن انتشاره وتعميمه في العصور الحديثة كان نتيجة التطور الاجتماعي والفكري الذي رافق الثورة الصناعية بداية من النصف الثاني من القرن التاسع عشر حيث ظهرت، إضافة إلى التأمين على الحياة وتأمين المؤجرين لأجرائهم ضد حوادث الشغل، العقود المشتركة للشغل، والإشتراطات لفائدة العملة في عقود الأشغال العامة التي تبرمها الإدارة مع المقاولين الخواص، بما يتضح معه أن الإشتراط لمصلحة الغير يعد وسيلة قانونية ضرورية لتحقيق الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية التي يقتضيها التطور في هذه الميادين.

## § 2 - التطور التاريخي للإشتراط لمصلحة الغير<sup>(12)</sup>

434 - كان القانون الروماني يمنع في عهده الأولى الإشتراط لمصلحة الغير بمثل ما كان يمنع النيابة في التعاقد وذلك لتعارض هذين المفهومين مع

(11) يراجع : Eugène GAUDEMET, Théorie générale des obligations, publié par H. DESBOIS et J. GAUDEMET, Ed. Sirey, 1965, p. 238.

وقد كتب E. GAUDEMET في خصوص دور الإشتراط لمصلحة الغير وبعد عرضه للأسباب النظرية التي تفسر عدم وجوده في القانون الروماني، ما يلي : "Ce droit égoïste n'avait pas senti le besoin de permettre aux particuliers de faire des contrats dans l'intérêt des autres; il ne connaissait guère les institutions de prévoyance. Nous verrons, au contraire, que dans la civilisation moderne le développement des stipulations pour autrui est lié à celui des institutions de prévoyance et spécialement des assurances. Le développement juridique n'a été que la conséquence d'un développement social..." (Théorie générale des obligations, op. cit., p. 238).

(12) يراجع حول هذه المسألة خاصة : Eugène GAUDEMET, Théorie générale des obligations, op. cit., pp. 238 à 240; Marcel PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, Paris, L.G.D.J., 1923, 9è éd., n° 1212 à 1216, pp. 410 et 411; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 528 à 531; CH. LARROUMET, Droit civil, III, Obligations, op. cit., n° 800.

وانظر أيضاً : عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، I، ص 566 إلى 569، ويراجع كذلك نفس الكاتب : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الخامس، ص 160 و161 حيث يبين الكاتب أن الإشتراط لمصلحة الغير على النحو المعروف في الفقه الغربي غير جائز في الفقه الإسلامي. ولكن فارقن مع David SANTILLANA، هامش الفصل 40 من مشروع المجلة المدنية والتجارية التونسية.

السادس عشر تعميم حق الغير في القيام مباشرة ضد المتعهد - وقد كان محصورا قبل ذلك في صورة الإشتراط الصادر لفائدته من الواهب إلى الموهوب له - إلى جميع الحالات التي يكون فيها الإشتراط لمصلحة الغير من توابع أداء أو تعهد طرف نحو الآخر، ولو كان ذلك في نطاق عقد بعوض. وبهذا فقدت قاعدة ذاتية آثار الإلتزام كل فاعلية في هذا الخصوص حيث أنّ صحة الإشتراط لمصلحة الغير أصبحت ثابتة قانونا دون أي تدخل شخصي من المستفيد في تكوين حقه، وذلك بموجب العقد الرابط بين المشتري والمتعهد، وشريطة أن يتضمن ذلك العقد هبة أو التزاما بعوض من أحد الطرفين نحو الآخر. أما العقد الذي يهدف فقط إلى إنشاء حق للغير دون أن يتضمن هبة أو التزاما بعوض من أحد طرفيه نحو الآخر، فإن الإشتراط الوارد به يعد مخالفا لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام ولا يمكن بالتالي أن تكون له أية فاعلية تذكر.

وقد كرس المشرع الفرنسي لسنة 1804 هذا الإتجاه، فنص ضمن الفصل 1119 من المجلة المدنية، إقرارا منه لقاعدة ذاتية آثار الإلتزام الرومانية، على «أنه لا يجوز لأحد أن يلتزم أو أن يشترط حقا إلا لنفسه»، قبل أن يقبل على سبيل الاستثناء وفي الحدود التي سبق أن رسمها القانون الفرنسي القديم إمكانية الإشتراط لمصلحة الغير. وقد ورد هذا الاستثناء ضمن الفصل 1121 من نفس المجلة الذي يجيز الإشتراط لمصلحة الغير إذا كان الإنتفاع العائد إلى الغير شرطا لهبة من المشتري للمهوب له، أو إذا صدر من المشتري عقد معاوضة اشترط فيه أولا حقا لنفسه، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقا للغير.

ويلاحظ الشراح اليوم أن الفقهاء لم يعطوا خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر لهذه الأحكام البعد الذي تستحقه، بل فسروها تفسيرا ضيقا أدى إلى تهميش هذا المفهوم الأساسي. ولم تتغير الأوضاع إلا بداية من سنة 1860 لما تطور قطاع التأمين بفضل ازدهار التأمين على الحياة والتأمين على المسؤولية خاصة في ميدان حوادث الشغل، وحين تعددت الإشتراطات لصالح العملة التي تفرضها الإدارة في عقود الأشغال العامة التي تمضيها مع المؤسسات الخاصة. وقد نتج عن هذه العوامل الإجتماعية والاقتصادية والسياسية طرح

العديد من المشاكل القانونية على المحاكم. وقد ساعد الفقهاء<sup>(13)</sup> على حلها فركزوا مجهوداتهم على تجديد تفسير الفصلين 1119 و1121 من المجلة المدنية الفرنسية بما مكن فقه القضاء من توسيع نطاق الإشتراط لمصلحة الغير بصفة أمكن معها التصريح مثلا بصحة عقود التأمين على الحياة المكتتة لفائدة الغير وبوجه عام تحديد الشروط التي يجب أن تتوفر في الغير المستفيد وبيان مدى حقوقه نحو المتعهد وعلاقته بالمشتري وعلاقة هذا الأخير بالمستفيد. وقد مهد هذا المجهود الكبير لتنظيم عقود التأمين على الحياة ضمن القانون الخاص بالتأمين البري المؤرخ في 13 جويلية 1930.

436 - وقد استفاد محرروا مجلة الإلتزامات والعقود - مثل المشرع الألماني لسنة 1896 - من التجربة الفرنسية في هذا المجال. فبالإضافة إلى تركيهم لمعظم الحلول التي أقرها فقه القضاء الفرنسي تدريجيا لإرساء نظام قانوني متكامل للإشتراط لمصلحة الغير، لابد من لفت الإنتباه إلى أنهم حددوا نطاقه ضمن الفقرة الأولى من الفصل 38 من م.أ.ع. بصفة تجعل منه بحق إستثناء عاما لقاعدة النسبية العقدية يمكن أن يتكون منه الموضوع الوحيد للعقد الرابط بين المشتري والمتعهد. وليس من الضروري إذن لتثبيت صحته أن يكون من توابع التزام آخر يلتزم به أحد الطرفين نحو الآخر. وتما يؤيد هذا التحليل أنّ صحة الإشتراط تتوقف، بالرّجوع إلى صريح أحكام الفقرة الأولى من الفصل 38، على أن يكون الإنتفاع العائد إلى الغير ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين الطرفين. فالإشتراط يصح إذن بالنسبة للحالة الأولى بمجرد صدوره عن المشتري ضمن عقد معاوضة دون أن يشترط فيه أن يكون مقرونا بإشتراط آخر من المشتري لمنفعته الشخصية، وذلك خلافا لما ينص عليه الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية. ولما كان التأمين على الحياة عقدا بعوض بين المؤمن له (المشتري) والمؤمن (المتعهد)، فإن توفر هذا الشرط فيه يكفي ليصح اكتسابه

(13) وقد لعب الفقه في ذلك دورا أساسيا. ومن أهم من ساهم في بلورة نظرية الإشتراط لمصلحة الغير في أواخر القرن التاسع عشر الفقيه LABBE وذلك من خلال تعاليقه على أهم قرارات محكمة التعقيب الفرنسية. (انظر مثلا التعاليم المنشورة في: 1 - 145 et S. 1885 - 1 - 393; S. 1877 - 1 - 5).

أية صعوبة في صورتها التامين على الحياة المكتسب لفائدة الغير والهبة بشرط لفائدة الغير. ففي كلتا الحالتين يعبر الأطراف عن مقاصدهم في هذا الخصوص بصورة صريحة لا يبقى معها مجال للشك. على أن الوضع يكون مختلفا في صورة ما إذا كان الإشتراط المفترض ضمنياً. ويتفق الشراح على أنه يتجه عندئذ تطبيق القواعد العامة لتفسير العقود واعتبار مسألة وجود نية إكساب الغير حقاً من عدمه من المسائل التي تخضع لمحض اجتهاد القاضي ولسلطته التقديرية. ومن المعلوم<sup>(14)</sup> أن المحاكم في فرنسا وألمانيا خاصة اعتمدت في هذا الخصوص اتجاهها تحرياً يؤول إلى افتراض وجود اشتراط لمصلحة الغير دون أن يثبت لديها اتفاق الأطراف على ذلك. ولا يمكن تفسير هذا الإتجاه إلا بدوافع إنسانية وخيرية تكمن أساساً في تمكين المتضررين من الحوادث من الحصول على التعويض أو لتيسير ممارستهم لهذا الحق<sup>(15)</sup>.

(14) يراجع العدد 431 أعلاه.

(15) ويبدو بالرجوع إلى دراسة الأستاذ محمد الصالح العياري «حول تطبيق الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود في حوادث الطرقات» (ق. ت. 1968، عدد 2، ص 20) وإلى القرارات المذكورة بها، وكذلك إلى القرار التقييبي المدني عدد 8178 المؤرخ في 4 جانفي 1983 (ق. ت. 1984، عدد 7، ص 57 و Rev. Y. KNANI، tun. dr. 1984، p. 630، obs.) أن جانباً هاماً من فقه القضاء في تونس يبرر حق الغير المتضرر من حصول كارثة في القيام مباشرة على مؤمن المسؤول المدني بالإستناد إلى الفصلين 38 و 39 من م.ع.1. المتعلقين بالإشتراط لمصلحة الغير. وهو حل لا يستقيم قانوناً علماً أن الغير المتضرر يستمد حقه المباشر ضد مؤمن المسؤولية المدنية من الفصل 53 من قانون التامين لعام 1930 الموافق للفصل 26 من مجلة التامين الجديدة ومن الفصل 5 من أمر 30 جانفي 1961 فيما يخص التامين عن المسؤولية الناجمة عن حوادث المرور، الأمر الذي يفهم منه أن هذا الحق ليس وليد تلامي إرادتي المشترط والمتعهد بقدر ما هو نابع من إرادة المشرع. وبذلك يتضح أن الخاصية المعيزة للإشتراط لمصلحة الغير تتمثل في كونه لا يصحح إلا بقيام نية إكساب الغير حقاً لدى طرفي عقد المشاركة وهو عنصر يفترق إليه التامين على المسؤولية المدنية وذلك لسببين، ويمكن السبب الأول في أن اكتساب مثل هذه العقود يصدر عن المؤمن لهم لفائدتهم الشخصية المتمثلة في رغبتهم في الحصول على ضمان المؤمن لخلاص دين محتمل ناتج عن ثبوت مسؤوليتهم الشخصية في حصول ضرر للغير واجب التعويض، وذلك إضافة إلى مصلحته - في حالات التامين الإجباري - في الاستجابة إلى القانون. أما السبب الثاني فإنه يتمثل في انعدام قدرة المؤمن له على الإنفاق على خلاف ذلك ضمن عقد التامين لتعلق مسألة الحق المباشر والدعوى المباشرة المترتبة عليه بالنظام العام. ولا بد من الملاحظة تبعاً لذلك أن نطاق الحق المباشر في التامين على المسؤولية يتحدد لا محالة بالرجوع إلى عقد التامين ولكنه كثيراً ما يتغير بحكم إرادة المشرع (يراجع مثلاً أحكام الفصل 5 من أمر 30 جانفي 1961 الذي يضبط بصفة إلزامية حدود حقوق الغير على المؤمن بما يجعلها تتجاوز في العديد من الحالات حدود ما تعهد به المؤمن للمؤمن له) وذلك على خلاف ما تقتضيه أحكام الإشتراط لمصلحة الغير، الأمر الذي يجوز معه الجزم بأن الحق المباشر في التامين على المسؤولية هو استثناء لقاعدة النسبية العقدية يضاف إلى الإشتراط لمصلحة الغير دون أن يختلط به. حول مفهوم الدعوى المباشرة أنظر خاصة : Christophe JAMIN, "La notion d'action directe", thèse, Paris I, L.G.D.J. 1991. V° aussi, Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 357, 358 et 405 et s.

لمصلحة الغير الغير استناداً إلى صريح أحكام الفصل 38 فقرة أولى من مجلة الالتزامات والعقود. وما من شك في أن الفصلين 38 و 39 من م.ع.1. يتضمنان الأحكام العامة للإشتراط لمصلحة الغير التي يجب الرجوع إليها كلما تعذر إيجاد حل لمشكل قانوني يتعلق بنظام عقود التامين على الحياة على أساس أحكام الفصول 34 إلى 42 من مجلة التامين.

### § 3 - شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير

437 - يفترض تحقق الإشتراط لمصلحة الغير وجود عقد بين المشترط والمتعهد تثبت فيه نية الإشتراط لفائدة الغير (I)، على أن تتوفر في شخص هذا الأخير شروط قانونية يتجه تحديدها (II).

#### I - وجود عقد بين المشترط والمتعهد

438 - يستوجب تحقيق عملية الإشتراط لمصلحة الغير وجود عقد بين المشترط والمتعهد تتوفر فيه جميع شروط الصحة. ويجوز أن يكون العقد أمّا بعوض أو تبرعاً من المشترط للمتعهد (الفصل 38 فقرة أولى من م.ع.1.). وينجر عن بطلان العقد، مهما كان الصنف الذي ينتمي إليه، بطلان الإشتراط لمصلحة الغير الذي يتضمنه. فإذا بطل عقد هبة لمخالفته مثلاً لأحكام الفصل 204 من م.ع.1. ش.، الذي تقتضي أحكامه أن الهبة لا تصحح إلا بحجة رسمية، يبطل معه الإشتراط الذي اشترطه به الواهب على الموهوب له لفائدة الغير. ومن أسباب البطلان الخصوصية لعقود التامين على الحياة، «التامين في صورة الوفاة الذي يعقده الغير على حياة المؤمن له... إذا لم يعط هذا الأخير موافقته كتابياً قبل اكتساب العقد» (الفصل 36 من مجلة التامين)<sup>(1-13)</sup>. ولا يحق للمستفيد من التامين تبعاً لذلك أن يحتج في هاته الحالة بالإشتراط الذي يتضمنه العقد الباطل لفائدته.

439 - أمّا من حيث الأصل، فلا يتحقق الإشتراط لمصلحة الغير إلا إذا تأكّدت إرادة الطرفين المتعاقدين على إكساب حق للغير. ولا يثير هذا الموضوع

## II - الشروط المتعلقة بشخص المستفيد

440 - يمكن حصر الصعوبات التي يثيرها هذا الموضوع في سؤالين اثنين: هل من الضروري أن تتوفر شروط الأهلية في شخص المستفيد (أ) وهل يجب أن يكون معيناً بعقد المشاركة (ب)؟

أ - 441 - يبدو من الممكن، جواباً عن السؤال الأول، الجزم بأنه لا يشترط في المستفيد أن تكون له أهلية الأداء التي لا يستوجبها القانون إلا في من يلزم نفسه أو يلزم غيره<sup>(16)</sup>، وهي غير صورة الحال. ذلك لأن المستفيد ليس طرفاً في عقد المشاركة، ولأن القانون لا يمنع الصغير أو المحجور من اكتساب حق بموجب عقد مضى لفائدتهما من غيرهما من الأشخاص. بقي أن الحق المكتسب بهاته الصورة يرجع سببه بالضرورة إلى العلاقات القائمة ماضياً أو حاضراً بين المشترط والمستفيد. وقد يكون إما خلاصاً لدين سابق في ذمة المشترط نتيجة عقد بعوض بينهما، أو تبرعاً من المشترط لفائدة المستفيد. ويتفق الشراح على أنه من الضروري ليصح الإشتراط الذي يقصد به تبرع لفائدة الغير أن تكون لهذا الأخير الأهلية القانونية لقبول التبرعات<sup>(17)</sup>.

ب - 442 - أما مسألة تعيين المستفيد بعقد المشاركة، فإن الفصل 38 فقرة أولى من م.أ.ع. ينص صراحة في خصوصها على «أنه يسوغ اشتراط شرط تعود منفعة على الغير وإن لم يعين الغير...». والغير الذي لم يعين هو إما شخص قابل للتعيين (1)، ويجوز في هاته الصورة أن يكون شخصاً سيوجد مستقبلاً (2)، أو شخصاً يقع تعيينه بعد اكتتاب عقد المشاركة (3).

1 443 - يعدّ المستفيد قابلاً للتعيين كلما أمكن تعريفه عندما يحدث الإشتراط أثره. من ذلك أن المستفيد من التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن منه، هو شخص ليس معيناً ولكنه يمكن التعيين بمجرد الرجوع إلى من له صفة مالك الشيء وقت حصول الكارثة. والأمر يكون بالمثل بالنسبة للتأمين على

(16) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 547; A. RIEG, op. cit., n° 471.

(17) يراجع : عبد الرزاق السهري : الوسيط، I، ص 579، وانظر أيضا : WEILL et TERRE, op. cit., n° 545; CH. LARROUMET, op. cit., n° 817.

الحياة المكتسب لفائدة الزوج والأبناء والورثة دون بيان أسمائهم. ويكفي في هاته الحالة التأكد من هوية الأشخاص الذين لهم صفة الزوج أو الأبناء أو الورثة لمعرفة من هم المستفيدون من التأمين. لذلك ورد بالفقرة الثالثة من الفصل 39 من مجلة التأمين أنه «... يعتبر أشخاصاً معينين القرين والأبناء... والورثة دون بيان أسمائهم»<sup>(17-1)</sup>.

2 444 - يفترض البعد الاجتماعي المميز الذي يهدف إلى تحقيقه استعمال الإشتراط لمصلحة الغير قبول الإشتراط لأشخاص غير موجودين وقت إبرام العقد. وقد قبل المشرع صراحة هذا الحل بالنسبة للتأمين على الحياة المكتسب لفائدة الغير. حيث يعتبر الفصل 39 فقرة 3 من مجلة التأمين أشخاصاً معينين «... الأبناء، من ولد منهم، ومن سيولد...». ويتفق أغلبية الشراح على أنه يمكن بالقياس تعميم هذا الحل على جميع حالات الإشتراط لمصلحة الغير<sup>(18)</sup>. وما من شك في أن شمولية عبارة الفصل 38 فقرة أولى م.أ.ع. «... وإن لم يعين الغير...» تؤيد تماماً اعتماد هذا الحل في القانون التونسي.

3 445 - وإذا لم يعين الشخص المستفيد، أو كان غير قابل للتعيين وقت اكتتاب العقد، فإن تعيينه بعد اكتتاب العقد يجوز قانوناً. وقد نصت مجلة التأمين صراحة على هذا الحل في الفقرة الأولى من الفصل 39 التي ورد بها أن المبالغ المنصوص عليها بالعقد تدفع «بعنوان التأمين في صورة الوفاة إما لشخص واحد أو لعدة أشخاص المذكورين في العقد وإما لأشخاص يعينون بعد اكتتاب العقد...». ولا شك في أن الفصل 38 من م.أ.ع. الذي يقبل في فقرته الأولى صحة الإشتراط الذي لم يعين فيه الغير المستفيد يقر ضمناً هذا الحل بالنسبة لجميع صور الإشتراط لمصلحة الغير بوجه عام.

446 - أما إذا أحدث الإشتراط أثره دون أن يتم تعيين المستفيد، فإن المشترط يحمل على أنه اشترط الشرط على المعهد لذات نفسه أو لورثته ولمن آل

(17-1) يراجع : Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 626 et s.,

(18) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 550; FLOUR et AUBERT, op. cit., n°

لهم حقه بعد وفاته. وقد كرس المشرع هذا الحلّ المستمدّ من القواعد العامة للإلتزامات في الفصل 40 من مجلة التأمين الذي جاء به أنّه «إذا انعقد التأمين في صورة الوفاة بدون تعيين المستفيد أو إذا تنازل المستفيد الذي تمّ تعيينه عن حقه في التأمين فإنّ رأس المال أو الجراية العمريّة المضمونين يدخلان ضمن تركة المتعاقد».

#### § 4 - آثار الإشتراط لمصلحة الغير

447 - يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونيّة وهي : العلاقة بين المشتري والمتعهد (I) والعلاقة بين المتعهد والمستفيد (II) والعلاقة بين المشتري والمستفيد (III).

##### I - العلاقة بين المشتري والمتعهد

448 - علاقة المشتري بالمتعهد مزدوجة. فالعقد المبرم بينهما يتضمّن غالباً، بالإضافة إلى الإشتراط لمصلحة الغير، التزمات فيما بينهما لاشكّ أنّ تنفيذها يخضع كلياً للقواعد المنظّمة لآثار العقود، العامة منها أو الخاصّة بحسب ما إذا كان العقد الرّابط بينهما من العقود غير المسماة أو من العقود المسماة. من ذلك أنّه يحقّ مثلاً للبائع الذي اشترط على معاقده دفع جزء من الثمن إلى الغير - وبصرف النظر عمّا قد يترتب على تنفيذ هذا الإشتراط من عدمه - أن يغصب المشتري على الوفاء له بالجزء المتبقّي من الثمن وذلك بأن يمتنع مثلاً من ناحيته من إتمام ما عليه، أو بأن يطلب الفسخ، وكذلك بأن يقوم عند الإقتضاء على المشتري بالخسارة. كما يحقّ للمؤمن في صورة التأمين لفائدة من سيملك الشيء أن يجبر المؤمن له على دفع معالم التأمين وفقاً للإجراءات الخاصّة المنصوص عليها ضمن الفصل 11 من مجلة التأمين والتي يمكن أن تنتهي بفسخ العقد من جهة المؤمن لعدم الوفاء<sup>(19)</sup>.

449 - أمّا فيما يتعلّق بتنفيذ الإشتراط ذاته، فإنّ الفصل 39 من م.أ.ع.

ينصّ صراحة على أنّه يحقّ أيضاً لمن «اشترط على معاقده شيئاً لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشّروط...». وهو الحلّ الذي اهتدى إليه الفقه وفقه القضاء بفرنسا<sup>(20)</sup> بناء على أنّ صدور الشّروط عن ذات المشتري يفترض أنّ لهذا الأخير مصلحة شخصيّة في أن ينفذ. وقد تكون هذه المصلحة مادّيّة، كما في الإشتراط الذي سببه خلاص دين في ذمّة المشتري نحو المستفيد، أو أدبيّة، كما إذا قصد من الإشتراط تبرّع للغير. وإذ يتبيّن من صريح أحكام الفصل 39 من م.أ.ع. أنّ طلب تنفيذ الإشتراط لمصلحة الغير من طرف المشتري لا يجوز إلا «مع ذلك الغير»، فإنّ ذلك مراعاة لحقّ الغير المباشر على الأداء المشتري على المتعهد. وهو حقّ قاصر عليه دون المشتري بما يستحيل معه السّماح بإدخال الأموال المشترطة ولو مؤقتاً في الذمّة الماليّة لهذا الأخير. وهو ما قد يؤوّل إليه الحلّ المتمثّل في تمكينه من القيام بمفرده بدعوى في تنفيذ الإشتراط<sup>(21)</sup>. ومما يبرّر أيضاً الحلّ الوارد بالفصل 39 من م.أ.ع. ضرورة التأكّد من رغبة المستفيد في الانتفاع بما اشترط لفائدته إذ لا ينافي أحد في حقه في التنازل عنه حتّى بعد تصريحه بقبول الإشتراط.

بقي أن نضيف من ناحية أخرى أنّ الفصل 39 المذكور لا يمنع طبعاً المشتري من أن يطلب وحده فسخ العقد الذي يربطه بالمتعهد بسبب عدم إتمام هذا الأخير لما تعهد به نحوه. كأن يقوم الواهب ضدّ الموهوب له بالرجوع في الهبة لإخلاله بما يجب عليه نحوه عملاً بعقد الهبة (الفصل 210 من م.أ.ع. ش.). فإذا صادف أنّ الأداء المتعهد به هو اشتراط لمصلحة الغير، فإنّ هذا الظرف لا يمنع المشتري من القيام وحده ضدّ المتعهد. ولا يكون الأمر على خلافه «إلا إذا ظهر من العقد أنّ التّنفيذ لا يجوز طلبه إلا من ذلك الغير» (الفصل 39 من م.أ.ع.). ففي هاته الصّورة لا يجوز للمشتري أن يحتجّ بعدم تنفيذ الإشتراط أو أن يقوم وحده أو بمعيّة الغير بقضيّة في تنفيذه.

(20) يراجع : FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 473; WEILL et TERRE, op. cit., n° 540.

(21) قارن مع القانون الفرنسي وراجع في هذا الخصوص : J. CARBONNIER, op. cit., § 58.

(19) يراجع بالنسبة لما يمكن أن يترتب على عدم دفع الأقساط في مادّة التأمين على الحياة الحلّ الخصوصيّ الذي أورده الفصل 41 من مجلة التأمين. وانظر : Mohamed ZINE, op. cit., n° 604 et s.



## II - العلاقة بين المتعهد والمستفيد

450 - يكتسب المستفيد من الإشتراط الصادر لفائدته حقًا مباشرًا (أ) يتحدّد نطاقه بالرجوع إلى العقد الرابطة بين المتعهد والمشرط (ب).

## أ - الحقّ المباشر

451 - ورد بالفصل 38 من م.ا.ع. أن الشرط ينفذ «مباشرة في حق... الغير ويكون له القيام به على الملزم...». ويتفق الشراح<sup>(22)</sup> على أن خصوصية الإشتراط لمصلحة الغير تكمن أساسًا في الإقرار بالغير بحق مباشر ضدّ المتعهد بما يمكنه من مطالبته بالتنفيذ والرجوع عليه بالتعويض في صورة الماطلة، دون أن يحقّ للمتعهد أن يعارضه بدفوعات خارجة عن نطاق عقد المشاركة، والتي يكون من حقّه أن يعارض بها المشرط، كالدفع بالمقاصة لوجود دين سابق في ذمّة المشرط نحوه<sup>(23)</sup>. ذلك أن الأثر الأساسي للإشتراط لمصلحة الغير هو إنشاؤه لحقّ شخصي للمستفيد ضدّ المتعهد يولد مباشرة في ذمّة المالك ويصبح بموجبه دائنًا مباشرًا له. ويترتب على ذلك أن الأداء موضوع ذلك الدين يبقى خارجًا تمامًا عن الذمّة المالية للمشرط. على أن صفة الدائن لا تسمح للمستفيد بطلب فسخ عقد المشاركة لأنه لم يكن طرفًا فيه. ولا يجوز إذن طلب الفسخ لعدم إتمام المتعهد ما عليه نحو المستفيد إلا للمشرط وحده.

## ب - حدوده

452 - يرجع أصل حقّ الغير ضدّ المتعهد إلى عقد المشاركة. وما كان ليُوجد بدونه. لذلك فهو يزول بزواله بموجب البطلان أو الفسخ: كما أنّه لا يمكن أن تتجاوز حدود نطاقه ما أقره العقد لفائدة الغير<sup>(24)</sup>. وقد نصّ الفصل

(22) يراجع: A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 475 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1261; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 475; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676.

(23) يراجع: CH. LARROUMET, Droit civil, III, obligations, I, op. cit., n° 820. (24) يراجع: FLOUR et AUBERT, Les obligations, l'acte juridique, op. cit., n° 477; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1280 et 1281; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 541.

38 فقرة 2 من م.ا.ع. على هذه القاعدة بمقولة أن الشرط ينفذ مباشرة في حقّ الغير «الذي يكون له القيام على الملزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معيّنة».

## III - العلاقة بين المشرط والمستفيد

453 - من المهمّ أن نذكّر هنا، توضيحًا لطبيعة المشاكل التي تثيرها العلاقة القانونية بين المشرط والمستفيد، بأنّ الإشتراط لمصلحة الغير هو في الواقع نتيجة لمبادرة شخصية من المشرط أراد بها هذا الأخير إكساب حقّ للغير، قبل أن يكون نتيجة لتلاقي إرادتي المشرط والمتعهد. وهذا ما يمكن من القول بأنّ عقد المشاركة ليس سوى وسيلة قانونية تمكن المشرط من تحقيق ذلك الهدف. ولكنّه جدير بالتذكير أيضًا في هذا المجال أن عقد المشاركة ينشئ من تاريخ انعقاده حقًا مباشرًا للغير ضدّ المتعهد يكون قاصرًا عليه دون المشرط. وإذا تدرّج على هذا الحقّ المباشر انتفاء كلّ علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد (أ)، فإنّ من نتائجها أيضًا أن يكون الإشتراط لمصلحة الغير غير قابل مبدئيًا للتقضى من قبل المشرط (ب).

أ - انتفاء كلّ علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد<sup>(25)</sup>

454 - لا تترتب على الإشتراط لمصلحة الغير أية علاقة مديونية بين المشرط والمستفيد وذلك بصرف النظر عن وجود رابطة سابقة بينهما من عدمه، وبالرغم من كون وجود مثل هذه الرابطة هو الذي جعل المشرط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء معين للمستفيد. فالمستفيد يصبح من تاريخ إتمام هذا الإلتفاق وبموجبه دائنًا للمتعهد وحده دون المشرط. فلا يجوز له إذن مطالبة هذا الأخير بالتنفيذ إذا تخلف المتعهد عن الفواء. كما لا يجوز لنفس السبب لدائني المشرط القيام بالدعوى البليانية طعنًا في عقد المشاركة أو إجراء عقلة على الأموال الراجعة للمستفيد بموجب هذا العقد علما أنّ هاته الأموال لم تتم

(25) يراجع في خصوص هذه المسألة: CH. LARROUMET, op. cit., n° 817; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 479, p. 484.

قط إلى ذمة المشرط وهي خارجة عنها تماما.

كما أن المستفيد لا يعتبر بصفته تلك خلفا عاما للمشرط مما يترتب عليه أن الأموال المشترطة لفائدته لا تدخل في تركة المشرط ولا تقسم بين ورثته بعد وفاته. وإذا كان المستفيد وارثا، فإنه لا يفقد حقه على تلك الأموال في صورة تنازله عن الإرث وهو الحل الذي أقرته صراحة الفقرة الأخيرة من الفصل 39 من قانون التأمين بمقولة أن «التنازل عن الإرث لا يفقد الإنتفاع بالتأمين» على الحياة في صورة الوفاة.

#### ب - مسألة قابلية الإشتراط للتقضى

455 - لا يختلف الشراح في كون الحق المباشر المعترف به للغير بموجب الإشتراط الصادر لمصلحته لا يمكن أن يتجاوز من حيث المحتوى ومن حيث القوة والفعالية الحدود والشروط التي وضعها عقد المشاركة. فلا نزاع إذن في أنه يحق للمشرط وحده، أو لهذا الأخير مع المتعهد، أن يقرر الرجوع فيما اشترطه للغير إذا مكّنه عقد المشاركة من ذلك الحق. ويجب أن لا ننسى في هذا الخصوص أن المشرع لما نصّ بالفقرة 2 من الفصل 38 من م.ا.ع. على أن الشرط ينفذ مباشرة في حق الغير، وأن لهذا الأخير القيام به على المتعهد، أضاف مستثنيا «إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة»، الأمر الذي يتبين معه أن الصعوبة التي تثيرها مسألة قابلية الإشتراط للتقضى تنحصر في صورة سكوت عقد المشاركة عن هذا الحق. فهل يجوز للمشرط في مثل هذه الصورة أن يرجع فيما اشترطه لمصلحة الغير وأن ينقضه؟

يكمن الأساس الذي يجب اعتماده لحلّ هذا المشكل في صريح عبارات الفصل 38 من م.ا.ع. التي ورد بها أنه «يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير... إذا كان ذلك في ضمن عقد...» وحيث ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير...». حيث يفهم من هذا الحكم أن الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشاركة. فإذا ولد هذا الحق مطلقا دون أن يعلق على شرط أو قيد، وإذا اتفقنا من ناحية أخرى أنه مستقل تماما عن الذمة المالية للمشرط، فإن السماح لهذا الأخير بنقضه يكون والحالة تلك فاقتا لكل أساس

قانوني ومخالفا للمبادئ العامة التي تقتضي أن لا يحرم شخص من حقوقه المالية بدون مبرر قانوني.

456 - بقي أن نضيف أن وجود الحق المباشر ليس رهين التصريح بقبوله من قبل المستفيد في القانون التونسي. وهو ما تؤكد، إضافة إلى عبارات الفصل 38 فقرة 2 المذكورة (وحيث ينفذ الشرط مباشرة...)، أحكام الفقرة الثالثة من ذلك الفصل التي جاء بها أنه لا عمل على الشرط إذا أعلم المستفيد به المشرط بعدم قبوله له.

ويفهم مما سبق أن الإشتراط يعدّ صحيحا نافذا طالما لم يعلم المستفيد به المشرط بعدم قبوله له. وتبعاً لذلك فإن القبول ليس ضروريا لإنشاء الحق المباشر. وهذا هو الحلّ الذي أقره المشرع الألماني (الفصل 328 فقرة 2 من المجلة المدنية الألمانية)<sup>(26)</sup> والذي يبدو أن المشرع التونسي قد تأثر به مما يجعله مختلفا من هاته الناحية عن القانون الفرنسي الذي استقرّ على أنه يحقّ للمشرط أن ينقض الإشتراط طالما لم يصرّح المستفيد بقبوله له عملا بصريح أحكام الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية. ويررّ الفقه السائد في فرنسا<sup>(27)</sup> هذا الحلّ معتبرا أن الحق المباشر الذي ينشأ بموجب عقد المشاركة يبقى هشاً ضعيفا معرضاً للتقضى طالما لم يقع دعمه وتوطيده بتصريح المستفيد بقبوله له. أما إذا توفّر ذلك الشرط، فإن مفعول الحق يكون رجعيًا إلى تاريخ إبرام عقد المشاركة. على أنه لا يمكن فهم سبب الاختلاف القائم من هاته الناحية بين القانون الفرنسي من جهة، والقانونين الألماني والتونسي من جهة أخرى، إلا بالرجوع إلى نظرية التصرف الأحادي. ففي حين يتميز القانون الفرنسي برفضه لهذه النظرية التي تقول بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحقوق للغير بما يجعل الفقه السائد يصف بالهشاشة والضعف الحق المباشر الناتج عن اشتراط المشرط بعقد المشاركة إذا لم يقع توطيده بتصريح المستفيد لقبوله له، تعتبر

(26) أراجع : A. RIEG, op. cit., n° 478.

(27) أراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 534 et 543; CH. LARROUMET, op. cit., n° 807; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1268.

قط إلى ذمة المشتري وهي خارجة عنها تماما.

كما أن المستفيد لا يعتبر بصفته تلك خلفا عاما للمشتري مما يترتب عليه أن الأموال المشترية لفائده لا تدخل في تركة المشتري ولا تقسم بين ورثته بعد وفاته. وإذا كان المستفيد وارثا، فإنه لا يفقد حقه على تلك الأموال في صورة تنازله عن الإرث وهو الحل الذي أقرته صراحة الفقرة الأخيرة من الفصل 39 من قانون التأمين بمقولة أن «التنازل عن الإرث لا يفقد الانتفاع بالتأمين» على الحياة في صورة الوفاة.

#### ب - مسألة قابلية الإشتراط للتقص

455 - لا يختلف الشراح في كون الحق المباشر المعترف به للغير بموجب الإشتراط الصادر لمصلحته لا يمكن أن يتجاوز من حيث المحتوى ومن حيث القوة والفعالية الحدود والشروط التي وضعها عقد المشاركة. فلا نزاع إذن في أنه يحق للمشتري وحده، أو لهذا الأخير مع المتعهد، أن يقرر الرجوع فيما اشترطه للغير إذا مكّنه عقد المشاركة من ذلك الحق. ويجب أن لا ننسى في هذا الخصوص أن المشرع لما نص بالفقرة 2 من الفصل 38 من م.ا.ع. على أن الشرط ينفذ مباشرة في حق الغير، وأن لهذا الأخير القيام به على المتعهد، أضاف مستثنيا «إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة»، الأمر الذي يتبين معه أن الصعوبة التي تثيرها مسألة قابلية الإشتراط للتقص تنحصر في صورة سكوت عقد المشاركة عن هذا الحق. فهل يجوز للمشتري في مثل هذه الصورة أن يرجع فيما اشترطه لمصلحة الغير وأن ينقضه؟

يكمن الأساس الذي يجب اعتماده لحل هذا المشكل في صريح عبارات الفصل 38 من م.ا.ع. التي ورد بها أنه «يسوغ اشتراط شرط تعود منفعة على الغير... إذا كان ذلك في ضمن عقد... وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير...». حيث يفهم من هذا الحكم أن الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشاركة. فإذا ولد هذا الحق مطلقا دون أن يعلق على شرط أو قيد، وإذا اتفقنا من ناحية أخرى أنه مستقل تماما عن الذمة المالية للمشتري، فإن السماح لهذا الأخير بنقضه يكون والحالة تلك فاقتدا لكل أساس

قانوني ومخالفا للمبادئ العامة التي تقتضي أن لا يحرم شخص من حقوقه المالية بدون مبرر قانوني.

456 - بقي أن نضيف أن وجود الحق المباشر ليس رهين التصريح بقبوله من قبل المستفيد في القانون التونسي. وهو ما تؤكد، إضافة إلى عبارات الفصل 38 فقرة 2 المذكورة (وحيث ينفذ الشرط مباشرة...)، أحكام الفقرة الثالثة من ذلك الفصل التي جاء بها أنه لا عمل على الشرط إذا علم المستفيد به المشتري بعدم قبوله له.

ويفهم مما سبق أن الإشتراط يعد صحيحا نافذا طالما لم يعلم المستفيد به المشتري بعدم قبوله له. وتبعاً لذلك فإن القبول ليس ضروريا لإنشاء الحق المباشر. وهذا هو الحل الذي أقره المشرع الألماني (الفصل 328 فقرة 2 من المجلة المدنية الألمانية)<sup>(26)</sup> والذي يبدو أن المشرع التونسي قد تأثر به مما يجعله مختلفا من هاته الناحية عن القانون الفرنسي الذي استقر على أنه يحق للمشتري أن ينقض الإشتراط طالما لم يصرح المستفيد بقبوله له عملا بصريح أحكام الفصل 1121 من المجلة المدنية الفرنسية. ويررر الفقه السائد في فرنسا<sup>(27)</sup> هذا الحل معتبرا أن الحق المباشر الذي ينشأ بموجب عقد المشاركة يبقى هشاً ضعيفا معرضاً للتقص طالما لم يقع دعمه وتوطيده بتصريح المستفيد بقبوله له. أما إذا تقرر ذلك الشرط، فإن مفعول الحق يكون رجعياً إلى تاريخ إبرام عقد المشاركة. على أنه لا يمكن فهم سبب الاختلاف القائم من هاته الناحية بين القانون الفرنسي من جهة، والقانونين الألماني والتونسي من جهة أخرى، إلا بالرجوع إلى نظرية التصرف الأحادي. ففي حين يتميز القانون الفرنسي برفضه لهذه النظرية التي تقول بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحقوق للغير بما يجعل الفقه السائد يصف بالهشاشة والضعف الحق المباشر الناتج عن اشتراط المشتري بعقد المشاركة إذا لم يقع توطيده بتصريح المستفيد لقبوله له، تعتبر

(26) يراجع : A. RIEG, op. cit., n° 478.

(27) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 534 et 543; CH. LARROUMET, op. cit., n° 807; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 676; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1268.

عملية القبول هذه غير ضرورية في التظلم التي تقرّ نظرية التصرف القانوني الأحادي مثل النظامين التونسي والألماني<sup>(28)</sup>.

غير أنه تتجه الملاحظة أن مكانة أحكام مجلة الالتزامات والعقود بقيت من هذه الناحية محدودة للغاية في التطبيق ضرورة أن نظام التأمين على الحياة كان خاضعا قبل صدور المجلة الجديدة للتأمين وإلى حد دخولها حيز التنفيذ<sup>(29)</sup> للقانون الفرنسي المؤرخ في 13 جويلية 1930 الذي أجري به العمل في تونس بموجب الأمر المؤرخ في 16 ماي 1931. وقد أقر هذا القانون حق المؤمن له (المشترط) في نقض اشتراطه طالما لم يصدر عن المستفيد ما يفيد قبوله الضمني أو الصريح (الفصل 64 فقرة أولى من قانون عام 1930). ثم نظم ذلك الحق بأن جعله قاصرا على المشترط دون دائنيه (الفصل 64 فقرة 2 من نفس القانون). كما أنه لم يسمح به بالنسبة للورثة إلا بداية من حلول أجل دفع المبالغ المتفق عليها بالعقد وبعد مرور ثلاثة أشهر من توجيه إنذار للمستفيد قصد التنبية عليه بأن يصرّح بالقبول (الفصل 64 فقرة 3 من نفس القانون). وذلك حماية لمصالحه<sup>(30)</sup>. وقد عدلت مجلة التأمين الجديدة عن هذه الحلول وقضت بدون أي احتراز من هذه الناحية بأن المستفيد يكتسب حقا خاصا ومباشرا على المبالغ المنصوص عليها بالعقد (الفصل 39 من مجلة التأمين). وإذ يترتب على ذلك أنه لا يحق بموجب القانون الجديد للمؤمن له أن ينقض اشتراطه للمستفيد المعين الذي لم يقبل بعد الإشتراط الصادر لفائدته، وأن ينقل ذلك الحق إلى غيره من الأشخاص، فإن ذلك لا يمنع المؤمن له من التخصيص على ذلك الحق بعقد التأمين، علما أن المبادئ العامة تسمح كما سبق عرضه بتحديد حقوق المستفيد وتعليقها على شروط ضمن عقد المشاركة<sup>(31-30)</sup>. على أن مفعول التأمين

(28) إن عدم اشتراط القبول من المستفيد لا يعني طبعاً أنه مرغم على تلقي الحق المشترط لفائدته علماً أن الشرع مكّن من حق الرّفص كما يبيّن ذلك من مراجعة الفقرة الثالثة من الفصل 38 من م.أ.ع.  
(29) ورد بالفصل 5 من القانون عدد 24 المؤرخ في 9 مارس 1992 التعلق بإصدار مجلة التأمين أنه «يجري العمل بأحكام مجلة التأمين ابتداء من غرة جانفي 1993».

(30) يراجع في هذا الخصوص : I. M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres, 1, 5è éd., op. cit., n° 510 et s.; A. RIEG, op. cit., n° 477, p. 482; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 543; FLOUR et AUBERT, op. cit., n° 478.

Mohamed ZINE, Droit du contrat d'assurance, op. cit., n° 633 et : (1 - 30) يراجع : 634.

في صورة الوفاة يبطل في جميع الأحوال «عندما يتسبب المستفيد عمدا في موت المؤمن له» (الفصل 38 من مجلة التأمين). وتسحب هذه القاعدة على جميع حالات الإشتراط لمصلحة الغير التي يقصد بها التسرع لفائدة الغير وذلك استنادا إلى أحكام الفصل 210 - 1 من م.أ.ش.<sup>(31)</sup>

## الفرع الثاني : التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير<sup>(32)</sup>

457 - لا يندرج التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير في نطاق استثناءات النسبية العقدية ضرورة أنه لا يترتب عليهما في جميع الأحوال التزام في ذمة الغير، إلا إذا رضي المتعاقد في حقه أو المتعهد عنه بذلك الإلتزام. على أن هذه الرؤية القانونية الضيقة لا تمنع من الاعتراف بأن الإلتجاء لهذين المفهومين يهدف في التطبيق، ولأسباب تفرضها إمّا مصلحة العائلات أو السرعة في المعاملات وحسن سيرها، إلى تجاوز العقبات التي يمكن أن تترتب ظرفياً على قاعدة النسبية العقدية، وذلك بأن يقدم شخص على إلزام غيره بدون توكيل منه أو ولاية حكمية، أو على التعهد عنه نحو شخص آخر مفترضا بحسب الحالات - إمّا قبول الغير التعاقد أو تصديقه على العقد المبرم

(31) وقد استقرّ الفقه في فرنسا على وصف الإشتراط الذي يقصد به تبرعاً بالهبة غير المباشرة (donation indirecte). وتخضع الهبة غير المباشرة من حيث الموضوع إلى قواعد الهبة (يراجع : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1282; WEILL et TERRE, op. cit., n° 545; CH. LARROUMET, op. cit., n° 817). V° aussi, Mohamed ZINE, op. cit., n° 635 et 636. (32) يراجع : A. RIEG, Porte-fort, encyclopédie Dalloz, Droit civil; Marc VERICEL, désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, D.S. 1988, chr., p. 123; R. SAVATIER, La clause de porte-fort dans la pratique contemporaine, Rep. gén. not. 1928, art. 21592 à 21605; J. BOULANGER, La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, thèse, Caen, 1933; Guy FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui : essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français, Paris, Sirey, 1950; M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques; RIPERT et BOULANGER, Traité de Droit civil, t. 2, n° 615 et s.

وانظر في القانون المصري : عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد... ص 586؛ عبد الرزاق السهوري، الوسيط، I، ص 556 وما بعدها. ويراجع أيضا في خصوص التعهد عن الغير في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الخامس، ص 159 و160.

عقد مستقل، إنما باعتباره من توابع عقد أبرمه شخص في حق غيره بدون أن تكون له صفة النائب. وكثيرا ما يتمثل موضوع التعهد في ضمان تصديق الغير على العقد المبرم في حقه بدون سلطة. ومن أمثلة ذلك تعهد الوكيل الذي تصرف بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته عند إبرامه عقدا في حق موكله بأن يقبل هذا الأخير التصديق على العقد<sup>(35)</sup>. كما تستعمل آلية التعهد عن الغير في القانون المقارن في القسمة التي يكون فيها أحد الشركاء قاصر الأهلية. وذلك إذا أقدم الشركاء الرشداء على إجراء القسمة بالرضا تجنبا لإجراءات القسمة القضائية التي يفرضها عليهم القانون في هاته الصورة. فيتعهد كل شريك نحو بقية الشركاء، ضمانا لنجاعة العملية، بأن يجعل القاصر يقبل التصديق على القسمة عند بلوغه سن الرشد<sup>(36)</sup>. وقد استقرت فقه القضاء الفرنسي على قبول صحة العملية القانونية المتمثلة في التصويت في ملك القاصر من طرف وليه الشرعي دون إذن حاكم التقادير، مع تعهد الولي نحو المشتري بأن يقبل القاصر التصديق على البيع بعد رشده<sup>(37)</sup>. كما اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية<sup>(38)</sup> من جهة أخرى أن مؤسس شركة تجارية محمول على كونه تعهد ضمينا نحو الغير بالنسبة لجميع العقود التي أبرمها في حق تلك الشركة أثناء تأسيسها، الأمر الذي يترتب عليه إلزامه شخصيا بتحمل التبعة في صورة فشل المشروع وعدم تكوين الشركة.

(35) وهي صورة الفصل 1156 من م.أ.ع.

(36) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 524; POITIERS 13 novembre 1934, D.P. 1935, 2, p. 61, note SAVATIER; civ. 6 octobre 1954, sem. jur. 1955, II, 8444, note LAURENT.

(37) يراجع في هذا المعنى : Cass. franc. civ. Iè, 26 novembre 1975, D. 1976, p. 653, note CH. LARROUMET, J.C.P. 1976, II, 18500, note F. MONEGER; Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 575, obs. G. CORNU. V° aussi, obs. LOUSSOUARN, Rev. trim. dr. civ. 1977, p. 177.

(38) يراجع في هذا الخصوص : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1286; M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., n° 154; V. aussi, DAGOT, La reprise par une société commerciale des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce, J.C.P. 1969, I, 2277.

في حقه بدون إنابة. أما إذا رفض الغير الإلتزام، فإن التعاقد في حقه بدون سلطة أو التعهد عنه سوف يتحمل بدون شك التبعة.

وقد حرص المشرع التونسي على تنظيم التعاقد في حق الغير ضمن الفصول 40 إلى 42 من م.أ.ع.، كما أجاز الفصل 1156 من م.أ.ع.، الوارد ضمن أحكام الوكالة، التعهد عن الغير. وقبل أن ندرس على ضوء هذه النصوص أحكام المفهومين المذكورين (2§)، فإنه من المهم أن نحاول تعريفهما وبيان دورهما في التطبيق (1§).

## § 1 - تعريف مفهومي التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير ودورهما

458 - التعاقد في حق الغير هو اتفاق يبرمه شخص باسم غيره وفي حقه ليلزمه نحو شخص التعاقد معه دون أن تكون له صفة النائب. وهو إذن حالة نيابة بدون سلطة<sup>(33)</sup>.

أما التعهد عن الغير فهو عقد يتعهد بموجبه شخص (المتعهد) نحو معاقده (المتعهد له) بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير)، يلتزم له بأمر معين، كالإمتناع عن عمل أو القيام بعمل.

459 - وإذ يختلف التعاقد في حق الغير عن التعهد عن الغير من حيث أن الأول يهدف إلى إلزام الغير دون سابق إذن بتوكيل منه أو بولاية حكمية، في حين أن الثاني يبقى عملية ثنائية في تكوينها وفي آثارها بين المتعهد له دون أن يترتب عليها أي التزام في ذمة الغير المتعهد عنه، فإنه من المهم جدا أن نركز هنا، تمهيدا لتحديد النظام القانوني لكلا المفهومين، على التكامل القائم بينهما في التطبيق<sup>(34)</sup>. ذلك أن التعهد عن الغير لا يصدر في غالب الأحيان بصفة

(33) يراجع : M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., n° 224 à 255.

(34) يراجع : A. RIEG, Porte-fort, Encycl. Dalloz, Droit civil, n° 4; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 1284; PH. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 682.

460 - إن مختلف هذه الأمثلة يبيّن اقتران مفهومي التعهّد عن الغير والتعاقد في حق الغير ببعضهما في التطبيق، ويؤكد تكاملهما من حيث أن أولّ العقدین يهدف إلى ضمان نفاذ الثاني بما يشجّع المتعهد له على إبرامه بالرغم من انعدام أو نقص أهلية من له صفة المدين فيه وانتفاء صفة النائب فيمن تعاقد في حقّه.

على أن التعاقد في حق الغير ممكن واقعا وقانونا بدون تعهد من يرضيه في حق غيره بلا سلطة على ضمان تصديق هذا الأخير عليه. كما أثبتت الأبحاث الفقهية الحديثة<sup>(39)</sup> من ناحية أخرى أن دور التعهّد عن الغير أصبح لا ينحصر في ضمان الخسارة الناجمة عن رفض المتعاقد في حقّه بدون سلطة التصديق على العقد، بل إنه امتدّ أحيانا إلى ضمان تعويض الخسارة التي يمكن أن تنجرّ عن عدم الوفاء بالالتزامات العقدية العادية إذا كان الوفاء بها رهين إبرام المدين لعقد ثان. ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه بعض المحاكم الاستثنائية بفرنسا<sup>(40)</sup> من أن من يبرم عقدا نهائيا وباتًا لشراء معدات صناعية على شرط حصوله على قرض بنكي لتمويل العملية محمول على أنه تعهد نحو البائع صانع المعدات بضمن قبول البنك منحه القرض المذكور. وبرتّب على ذلك تحميل المشتري عبء الخسارة الناجمة للبائع عن عدم تحقّق الصفقة المتفق عليها بسبب رفض تمويلها من قبل البنك. كما تستعمل آلية التعهّد عن الغير لضمان تكافؤ الالتزامات بين المتعهد والمتعهد له بموجب عقد أصلي، كأن يتعهد طرف بأن يضمن لمعاقده الحصول على صفقة أخرى مع الغير كضمان لردودية الصفقة التي أبرمها معه بشروط نافعة<sup>(41)</sup>.

## § 2 - أحكام التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

461 - تتطلّب دراسة أحكام التعاقد في حق الغير والتعهد عن الغير

(39) يراجع خامسة : Marc VERICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort, ét. précitée, v° spéc. pp. 127 à 130.

(40) أنظر المرجع السابق، ص 128 و129، وراجع قرار استثنائي : ROUEN, 7 avril 1970, D. 1970, p. 676, note TROCHU.

(41) يراجع دراسة Marc VERICEL، المذكورة أعلاه، ص 129.

تحديد نطاق ومضمون التعهّد عن الغير (I) وتحليل القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير بلا سلطة (II) قبل بيان الآثار القانونية لهذين المفهومين (III).

## I - نطاق ومضمون التعهّد عن الغير

### أ - نطاق التعهّد عن الغير

462 - لم تحتفظ مجلة الالتزامات والعقود في صيغتها النهائية بالأحكام التي وردت بالفصل 43 من المشروع التمهيدي للمجلة المدنية والتجارية التونسية<sup>(42)</sup> التي أجاز ونظّم بموجبها أصحاب المشروع التعهّد عن الغير. وانجرّ عن ذلك أن هذه المجلة بقيت خالية من أحكام قانونية في هذا المجال باستثناء ما ورد في الفقرة الأخيرة من الفصل 1156، وهو حكم خاص بتعهد الوكيل عن موكله في صورتى التعاقد في حقّه بلا وكالة أو خارج حدودها. ويفرض التساؤل تبعاً لذلك عن مدى صحة التعهّد عن الغير إذا كان محلّه ضمان التصديق على عقد أبرم في حق قاصر لا يمكنه قانوناً توكيل شخص عنه ولا تجوز عنه النيابة إلا بولاية حكيمية.

يمكن من وجهة نظر أولى اعتبار التعهّد عن الغير في مثل هذه الصورة جائزا. ويتأسس هذا الرأي على أن عدول المشرع عن تنظيم التعهّد عن الغير بوجه عام لا يحول دون صحة مثل هذه العملية طالما أنها تتمثل في عقد منشئ للالتزام بعمل لا يتنافى من حيث موضوعه لقواعد الأخلاق الحميدة والنظام العام. وهو ما يمكن معه، عملاً بقاعدة الحرية التعاقدية واستناداً إلى النظرية العامة للعقود، «التعهد في جميع الأمور القاضية بتكوين موضوع اتفاق... وفي حق أي شخص ولو في حق من ليس له حق التعاقد

(42) وقد ورد بهذا النصّ في صيغته الفرنسية ما يلي : "Art. 43 : "On peut également se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'action en dommages telle que de droit contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement. L'incapacité de la partie dont on a promis le fait n'annule pas l'obligation du porté fort.

Le porté fort peut cependant se soustraire aux dommages-intérêts en exécutant lui-même l'obligation, lorsque la nature de celle-ci le permet".

مؤقتاً... وهو الحلّ الذي تبنته محكمة التعقيب في قرار يرجع تاريخه إلى غرة جويلية 1930<sup>(43)</sup>. ويفهم منه أن أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 1156 من م.أ.ع. لم يقصد بها الحصر والحدّ إنّما وردت على سبيل المثال.

على أنه يصعب الإرتياح إلى مثل هذا التحليل إذا ذكرنا من جهة أن الفصل 43 من مشروع صانتيلانا المأخوذ عن الفصل 1120 من المجلة المدنية الفرنسية كما وقع تأويله وتحديد نطاقه من طرف فقه القضاء الفرنسي، كان قد نصّ صراحة على أن «انعدام أهلية الطرف المتعهد عنه لا يبطل التزام المتعهد»، ومن جهة أخرى أن المشرع تخلى عن قصد عن أحكام الفصل 43 المذكور. ولا بدّ من الإشارة في هذا الخصوص إلى أن الفقه الفرنسي انتقد بشدة وباستمرار<sup>(44)</sup> إقرار المحاكم لصحة التعهد عن الغير في هاته الصورة. وقد علل الفقهاء رأيهم بأنّ هذا الحلّ يفقد كلّ جدوى لدور حاكم التقادير من هذه الناحية، بل يؤول إلى حرمان الصغير وقاصري الأهلية بوجه عامّ من الحماية التي خصّتهم بها القانون علما أن الصبغة العائلية التي غالباً ما تكتسبها المعاملات المترتبة بشرط التعهد تحول دائماً دون ممارسة الصغير بعد رشده لحقه في عدم التصديق. لذلك نعتبر من وجهة نظر ثانية - وهي الأرجح في نظرنا - أن التعهد عن الغير إذا كان هذا الأخير قاصراً غير ممكن في القانون التونسي.

### ب - مضمون التعهد عن الغير

463 - التعهد عن الغير التزام بعمل يلتزم بموجبه المتعهد بأن يضمن إمّا التصديق على العقد من قبل المتعاقد في حقه، أو قبول الغير المتعهد عنه إبرام عقد معين. وهو التزام بنتيجة. ولكنه يضمن فقط التصديق على العقد أو تكوينه دون تنفيذه بما يجعله يختلف من هذه الناحية عن الكفالة<sup>(45)</sup>.

(43) قرار تعقيبي مؤرخ في 1 جويلية 1930، ق.ت. 1960، عدد 9 و10، ص 58. وانظر أيضا: محمود ابن الشيخ، مجلة الالتزامات والعقود معدلة ومعلّقا على فصولها بأحكام القضاء، الفصل 40، ص 35 إلى 37.

(44) يراجع: A. RIEG, Porte-fort, ét. précitée, n° 17 et s.; Marc VERICEL, Désuétude, ou actualité de la promesse de porte-fort, ét. précitée, p. 126.

(45) أنظر المرجع السابق: A. RIEG, ét. précitée, n° 17 et 27 et Marc VERICEL, ét. précitée, p. 129.

## II - القيمة القانونية للعقد المبرم في حق الغير

464 - أقرّ المشرع التونسي نظرية العقود المبرمة في حق الغير ضمن الفصل 40 من م.أ.ع. - أخذاً عن أحكام الفصل 38 من مجلة الالتزامات السويسرية<sup>(46)</sup> - لما نصّ على أن التعاقد في حق الغير يصحّ بشرط تصديقه. ويترتب عمّا ذكر أنّ العقد المبرم في حق الغير ينشأ صحيحاً (أ) ولكنه يبقى غير نافذ في حقّ المتعاقد باسمه (ب) إلى حين التصديق عليه من قبله<sup>(47)</sup>.

### أ - صحة العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة

465 - تتجّه الملاحظة في هذا الخصوص أنه لا يشترط في العقد حتى ينشأ صحيحاً أن يكون الطرف المتعاقد مع النائب على علم بكون النائب تصرف معه بدون سلطة. ولا يترتب على إخفاء الحقيقة عليه سوى إلزام النائب المذنب بغرم الخسارة. وهو الحلّ الوارد بالفقرة الأولى من الفصل 1156 من م.أ.ع. المتعلّق بتعاقد الوكيل في حق الغير بلا وكالة. وقد جاء بهذا النصّ أنّه «إذا تصرف الوكيل بلا وكالة أو تجاوز حدود وكالته لزم غرم الخسارة لمن عاقده إن لم يتيسر إتمام ما تعاقد عليه إلا إذا أعلمه بحقيقة الحال من أول الأمر أو ثبت أنّه كان عالماً بها». وما من شكّ في أنّ سحب هذا الحلّ على جميع حالات التعاقد في حق الغير جائز، خاصة أنّ عبارات الفصل 40 من م.أ.ع. جاءت مطلقة ولم تشترط لصحة العقد ثبوت علم المتعاقد معه بحقيقة أمر النائب<sup>(48)</sup>.

(46) ينصّ الفصل 38 من مجلة الالتزامات السويسرية على ما يلي:

"Lorsqu'une personne contracte sans pouvoirs au nom d'un tiers, celui-ci ne devient créancier ou débiteur que s'il ratifie le contrat. L'autre partie a le droit d'exiger que le représenté déclare, dans un délai convenable, s'il ratifie ou non le contrat; elle cesse d'être liée, faute de ratification".

(47) وقد أقرّ الفقه وفقه القضاء بفرنسا هذا الحلّ بالرغم من أنّ المشرع الفرنسي لم ينظم العقود المبرمة في حق الغير. يراجع في هذا الخصوص: A. RIEG, ét. précitée, n° 8 et 9, et M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., n° 231, p. 171.

(48) وهو الحلّ الذي أقرّه القانون الوضعي في سويسرا عملاً بأحكام الفصل 38 من مجلة الالتزامات السويسرية المذكور (راجع في هذا الخصوص P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, partie générale du droit des obligations, tome 1, 2è éd., op. cit., n° 1000 p. 186).

ويمكن إذن أن يكون إما صريحا أو ضمينا. وقد أجاز المشرع صراحة التصديق «دلالة أي بإجراء العمل بالعقد من طرف من وقع العقد في حقه» (الفصل 41 من م.أ.ع.). كما نص أيضا بالفصل 42 من م.أ.ع. على أن السكوت يعدّ «رضاء أو تصديقا من شخص إذا وقع التصرف في حقوقه بمحضه أو أعلم به على الصورة المطلوبة ولم يعارض بشيء ولم يكن في سكوته عذر معتبر»، الأمر الذي يتبين معه أن العبرة هنا بالمقاصد، بحيث يعدّ التصديق حاصلًا كلما تأكد قبول الغير للعقد المبرم في حقه ورضاؤه به بصرف النظر عن الشكل الذي يكتسيه الرضى أو التصديق.

## 2 ( أ ) أثر التصديق

470 - للتصديق أثر رجعي بين طرفي العقد. وتجري أحكامه «على المصدق لزوما والتزاما من وقت انعقاد العقد ما لم يوجد شرط يخالف ذلك...» (الفصل 41 فقرة 2 م.أ.ع.). وفي هذا الحكم تكريس للقاعدة الرومانية<sup>(52)</sup> القائلة بأن «الإجازة للأحقة كالوكالة السابقة»<sup>(53)</sup>. وقد نصّ عليها المشرع في مطلع الفصل 41 من م.أ.ع. بمقولة أن «التصديق على العقد كالتوكيل...» على أن الأثر الرجعي للتصديق الذي تفترضه هذه القاعدة القديمة لا ينسحب إلا على المصدق ومعاقده. أما بالنسبة للغير فإن أحكام العقد لا تجري إلا من يوم التصديق.

وتتجه الإشارة من جهة أخرى إلى أن التصديق في صورة اقتران التعاقد في حق الغير بتعهّد عن الغير، يمثّل وفاء المتعهّد بالتزامه نحو المتعهّد له بما يبرئ ذمته نحوه.

## ب - صورة عدم التصديق

### 1 ( أ ) حالة عدم اقتران التعاقد في حق الغير بتعهّد عن الغير

471 - إذا أبرم وكيل بلا وكالة أو بتجاوز حدود وكالته عقدا في حق

(52) براجع : RIPERT et BOULANGER, op. cit., t.2, n° 622, p. 234.  
(53) ويبرئ عنها في صيغتها الأصلية بالأينية بما يلي : v° "Ratihabitio mandato acquiratur".  
H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines et adages du droit français contemporain, t. 2, éd. l'Hermès, LYON, 1979, p. 395.

على أن التعاقد في حق الغير يعدّ باطلا من أساسه في جميع الحالات التي لا يجوز فيها التعاقد بالنيابة<sup>(49)</sup>.

## ب - عدم نفاذ العقد المبرم في حق الغير بلا سلطة

466 - لا يلزم الغير العقد المبرم في حقه ولا يمكن الإحتجاج به ضده إلى حين التصديق عليه من طرفه ويعدّ العقد في هاته الصورة، حسب بعض الشراح في سويسرا<sup>(50)</sup>، معلقا أو موقوفا. وهي وضعيّة يمكن أن ينتج عنها ضرر للطرف الآخر إذا طالت مدتها علما أن هذا الأخير يبقى في الأثناء مقيدا بالعقد الذي أبرمه مع أنه يتعذر عليه تنفيذه. لذلك سعى المشرع إلى تجبّب وقوعها وذلك بأن سمح «للطرف الآخر أن يسأل من وقع العقد في حقه الموافقة أو عدمها. فإذا لم يعرف بموافقته في أجل مناسب غايته خمسة عشر يوما من تاريخ إعلامه بالعقد انكفّ التزام صاحبه» (الفصل 40 فقرة أولى من م.أ.ع.).

## III - آثار التعاقد في حق الغير والتعهّد عن الغير

467 - يجب أن نفرّق هنا بين صورتَي التصديق (أ) وعدم التصديق (ب).

### أ - صورة التصديق

468 - التصديق هو تصرف قانوني آحادي<sup>(51)</sup> يعلن بموجبه المتعاقد في حقه قبوله للعقد المبرم في حقه من طرف من نابه فيه بدون سلطة.

### 1 ( أ ) شكل التصديق

469 - لا يخضع التصديق من حيث صحته إلى أي شرط شكليّ.

(49) من ذلك مثلا عقد التبرع بعضو قصد زرعه لشخص آخر (براجع العدد 204 أعلاه).

(50) براجع : P. GAUCH, W.R. SCHLUEP et P. TERCIER, op. cit., n° 1009, p. 188.  
(51) براجع في خصوص الطبيعة القانونية للتصديق : M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques, op. cit., pp. 186 à 188; A. RIEG, Porte-fort, ét. précitée, n° 21.



## الفصل الثالث الضرورة في العقود

الغير ولم يتعهد بضمان التصديق عليه من طرف المتعاقد في حقه فإنه لا يلزم بالخسارة لمن عاقده إذا لم يتيسر إتمام ما تعاقدنا عليه طالما ثبت أنه أعلمه أنه يتصرف معه بدون سلطة أو أن معاقده كان عالما بذلك. أما إذا تبين أنه قد أخفى عليه حقيقة الأمر فعليه تعويض الخسارة. وينسحب هذا الحلّ الوارد ضمن الفصل 1156 من م.ا.ع. المتعلق بالوكالة على التعاقد في حق الغير بوجه عام.

### ( 2 ) حالة اقتران التعاقد في حق الغير بتعهد عن الغير

472 - التّعهد بضمان التصديق هو التزام بنتيجة<sup>(54)</sup> يترتب على عدم الوفاء به إلزام المتعهد بضمان الخسارة. ولا يعفى من هاته المسؤولية إلا بإثبات حالة القوة القاهرة أو الأمر الطارئ، الأمر الذي يفهم منه أن ثبوت علم المتعاقد في حقه بحقيقة الحال لا يكفي في هاته الصورة لإعفاء النائب بدون سلطة المتعهد بضمان التصديق من واجب تعويض الخسارة. وقد نصّت الفقرة الأخيرة من الفصل 1156 من م.ا.ع. صراحة على هذا الحلّ.

### ( 3 ) أثر عدم التصديق على العقد المبرم في حق الغير بدون سلطة

473 - إذا لم يقع التصديق على العقد من طرف المتعاقد في حقه بدون سلطة بعد التنبه عليه على النحو المبين بالفصل 40 من م.ا.ع. ينفكّ التزام الطرف الذي أبرم العقد مع النائب ويعتبر العقد لاغيا لا عمل عليه وتلغى جميع آثاره.

الفرع الأول : مفهوم الصورية<sup>(1)</sup>

474 - يستوجب تحديد مفهوم الصورية تعريفها وبيان أسس تنظيمها (1§) قبل التعرّض إلى مختلف حالاتها (2§).

## § 1 - تعريف الصورية وبيان أسس تنظيمها

475 - يعرف المرحوم محمد المالقي الصورية بقوله : «هناك صورية إذا غيرت أو نقضت مناعيل عقد ظاهر بعقد اتفق الطرفان على أن يبقى سراً بينهما»<sup>(2)</sup>، كمن يتظاهر بالبيع في حين أنه اتفق سراً مع معاقده على أن يتم نقل الملكية بينهما على سبيل الهبة، أو من يخفي الثمن الحقيقي في عقد بيع بغية التهرب من دفع معالم التسجيل القانونية.

(1) في خصوص الصورية بوجه عام يراجع :

E. BARTIN, Théorie des contre-lettres, thèse, Paris, 1885, éd. A. DERENNE, Paris, 1885; D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse, Paris, 1929; M. DAGOT, La simulation en droit privé, thèse, Toulouse, 1967, préface de P. HEBRAUD, in Bibliothèque de droit privé, Tome 73, Paris L.G.D.J.; CHAPEAU, Les dissimulations de prix devant la législation civile, thèse, Paris, 1934; DAVID, de l'action en déclaration de simulation, thèse, Poitiers, 1921; FLAVIAN, Des contre-lettres, thèse, Paris 1929; NAUT, Effet des actes juridiques simulés, thèse, Paris, 1951; J. ROUSSEAU, Essai sur la nature juridique de la simulation, thèse, Paris, 1936.

يراجع أيضا :

J.D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 273 et s.; M. K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, thèse précitée, pp. 376 et s.; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, ouvr. précité, n° 488 et s.

خليل جريح : في نظرية الصورية، محاضرة أقيمت في بيروت في 16 ماي 1962، ق.ت. 1962، عدد 10، ص 23.

ويراجع كذلك :

J. GHESTIN, Simulation, Rep. Dalloz, Droit civil, 1975; J. CARBONNIER, op. cit., §§ 39 et s.; A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 562 et s.; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 907 et s.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 2، ص 1073 وما بعدها.

(2) محمد المالقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، تونس 1980، ص 241 وما بعدها.

فالصورية هي إذن «وضع قائم على عمل ظاهر يلجأ إليه الطرفان ليسترا عملاً آخر أراداه حقيقة»<sup>(3)</sup>.

ويرى العميد CARBONNIER أن التباين المقصود بين العقد الظاهر والعقد الحقيقي السري يجعل من الصورية مجرد كذب مدبر من الطرفين من شأنه أن يضر بمصالح الغير وبمصادقية العقود. وفي ذلك خطر جسيم على استقرار المعاملات وعلى سلامتها. ويعتبر هذا الكاتب<sup>(4)</sup>، مع غيره من الفقهاء المعاصرين<sup>(5)</sup>، انطلاقا من هذه الإعتبارات المتعلقة بالمصلحة العامة، وبناء على كون الصورية تتعارض في غالب الأحيان مع قواعد الأخلاق، أنه من واجب المشرع أن يمنحها بصفة مطلقة وذلك بأن لا يعترف بأي أثر قانوني لكل من العقد الظاهر والعقد السري.

إن هذا الحل الجذري الذي يؤول في الواقع إلى الحد من حرية التعاقد يقوم على افتراض الغش والمخادعة في جميع حالات الصورية. وهو افتراض غير صحيح. حيث أن الغرض من التجاء الأطراف إلى الصورية يتغير من حالة إلى أخرى وقد يكون أحيانا أخلاقيا محضاً<sup>(6)</sup>. كمن يقدم الهبة في شكل بيع بغاية التستر عند إحسانه للغير. الأمر الذي يتجه معه تجاوز العامل الأخلاقي عند تنظيم الصورية وآثارها، والسعي إلى معالجة هذا الوضع بالرجوع إلى المبادئ القانونية الثابتة.

ولقد كان هذا هو المنهج الذي اختاره المشرع الألماني لما عالج الصورية باعتبارها حالة تضارب بين الإرادة الظاهرة والإرادة الحقيقية، وقرر من هذا المنطلق، واستنادا إلى المبادئ القانونية العامة، تغليب الإرادة الحقيقية الخفية على الإرادة الوهمية الظاهرة. وقد نص على ذلك الأساس الفصل 117 (فقرة

(3) يراجع خليل جريح : في نظرية الصورية، ق.ت. 1962، عدد 10، ص 23.

(4) انظر : J. CARBONNIER, op. cit., § 39, p. 158 et § 40, p. 163.

(5) يراجع خاصة : J. D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, ét. précitée, pp. 261 et s.; M. K. CHARFEDDINE, thèse précitée, p. 378.

(6) يراجع في هذا المعنى : JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé, Paris 1928, n° 193; A. RIEG, ouvr. précité, n° 495, p. 504.

إما بوجود العقد ذاته (I) أو بطبيعته (II) أو بشخص أحد المتعاقدين (III) أو بحمل التزام أحدهما (IV).

### I - الصَّورِيَّة المتعلِّقة بوجود العقد

478 - وهي الحالة التي لا يكون فيها للعقد الظاهر وجود في الحقيقة ويقتصر فيها الكتب السريَّة على التَّنصيص على أنَّ العقد الظاهر إنما هو عقد وهمي لا وجود له واقعا وقانونا. كمن يبيع شيئا يبيعا صورياً لأحد أقربائه بغية الإضرار بحقوق دائته<sup>(10)</sup>. ويعبر عن هذا النوع من التصرف بالصَّورِيَّة المطلقة<sup>(11)</sup>.

### II - الصَّورِيَّة المتعلِّقة بطبيعة العقد

479 - وهي الحالة التي يتفق فيها الطرفان على إخفاء نوع المعاملة وذلك بإظهارها في شكل معاملة أخرى مختلفة عنها. كأن تنقل الملكية في الظاهر على أساس البيع في حين أنها نقلت في الواقع، وباتفاق الطرفين، على سبيل الهبة. ويتضمَّن الإتيان السري في هاته الحالة التَّنصيص على عدم دفع الثمن المذكور بالعقد الصَّوري.

### III - الصَّورِيَّة المتعلِّقة بشخص أحد المتعاقدين

480 - ويعبر عليها أيضا بالصَّورِيَّة بطريق التَّسخير أو بالإسم المستعار<sup>(12)</sup>. والغرض منها عادة هو التَّغلب على مانع قانوني يحول دون إتمام صفقة معينة. كمن يريد أن يهب مالا لشخص لا يجوز التبرع لفائدته قانونا، فيهب المال صورياً لشخص آخر، ويتعهد هذا الأخير سرّاً بأن يتلقّى الهبة من

(10) يراجع مثلا وقائع القضية موضوع القرار التعقيبي عدد 8860، المؤرخ في 9 جانفي 1984، المتعلّقة في قيام الذاتين ضدّ أقرباء مدّعين بدعوى الصَّورِيَّة مدّعين أن نفويت مدّينهم في أملاكه لفائدة المدّعي عليهم كان صورياً ولا يهدف سوى لتهريب أمواله والإضرار بالضمان العامّ لديهم (ن.م.ت. 1984، ج 1، ص 317).

يراجع أيضا القرار التعقيبي المدني عدد 830، ق.ت. 1960، عدد 5، ص 13.

(11) يراجع القرار التعقيبي عدد 8860، المؤرخ في 9 جانفي 1984، المذكور أعلاه، الذي وردت به عبارة الصَّورِيَّة المطلقة. وانظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 2، ص 1074، عدد 610.

(12) يراجع: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 2، ص 1075، عدد 613، وانظر أيضا: A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 564, p. 579.

أولى) من المجلة المدنيّة الألمانيّة على بطلان العقد الصَّوري المزيف للإرادة الحقيقيّة بمقولة أن «التصريح بإرادة صوريّة باطل إذا كان الطرف الموجه له ذلك التصريح علما بالصَّورِيَّة»<sup>(7)</sup>. على أن التجربة أثبتت ضعف هذا الحلّ الذي يؤدي إلى الأخذ بالعقد السري دون العقد الظاهر، ويعود بالتالي بالمضرة على الغير حسن النية الذي لا يمكنه في مثل هذا النظام الإحتجاج بالعقد الظاهر المعروف لديه والذي انبت عليه حقوقه، في حين تجوز معارضته بالعقد السري الذي لا علم له بوجوده والذي كثيرا ما يشكّل خطرا على تلك الحقوق<sup>(8)</sup>.

476 - وما من شك في أن قساوة هذا النظام بالنسبة للغير هي التي جعلت المشرع التونسي لسنة 1906 يعدل عنه نهائياً وذلك، بتخليه من جهة عن الفصل 28 من المشروع الأوّل للمجلة المدنيّة والتجاريّة التونسيّة المأخوذ حرفياً عن الفصل 117 من المجلة الألمانيّة<sup>(9)</sup>، وبتركيسه من جهة أخرى ضمن الفصل 26 من م.أ.ع. للنظام الفرنسي للصَّورِيَّة (الفصل 1321 من المجلة المدنيّة الفرنسيّة) الذي يبدو أكثر اتزاناً ومرونة حيث أنه يقرّ مبدأ إلزاميّة العقد السري بين طرفيه باعتباره يعكس إرادتهما الحقيقيّة، ولكنه يبيح مع ذلك على العقد الظاهر لفائدة الغير حسن النية مراعاة لحقوقه.

## § 2 - حالات الصَّورِيَّة

477 - يقسم الشراح عادة الصَّورِيَّة إلى أنواع أربعة باعتبارها قد تتعلّق

(7) يراجع : Codes allemands, code civil, code de commerce, traduits en français par W. GARCIN, Editions Jupiter, Paris : Article 117 al. 1er du code civil allemand : "Est nulle toute déclaration qui, devant être adressée à une autre personne, est émise fictivement avec l'assentiment de cette dernière".

(8) أنظر الدراسة التحليليّة التي قام بها A. RIEG في كتابه المذكور أعلاه للصَّورِيَّة في القانون الألمانيّ مقارنا بالقانون الفرنسي (يراجع الصفحات 495 وما بعدها، عدد 488 وما بعده).

(9) يراجع : Code civil et commercial tunisien, avant-projet discuté et adopté au rapport de M.D. SANTILLANA, Tunis 1899, Article 28 al. 1er : "La déclaration de volonté simulée, et dont la simulation est connue de l'autre partie, est nulle et non avenue".

## I - نفاذ الاتِّفاق السَّرِّيِّ بين الطَّرْفَيْن

484 - ليس للعقد الظاهر وجود ولا يعمل به فيما بين المتعاقدين وورثتهم. ولا يعتدّ إذن فيما بينهم إلا بالاتِّفاق السَّرِّيِّ. وينصّ على هذه القاعدة الفصل 26 من م. ا. ع. بمقولة أنّ «الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السَّرِّيَّة لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم...». ويركّز معظم الشَّرَاح<sup>(16)</sup> على توافق هذا الحلّ مع المبادئ العامة مبينين أنّ المكاتيب السَّرِّيَّة تعكس هنا الإرادة الحقيقيَّة لأصحابها، وأنّه ليس في اعتبارها ملزمة لهم سوى احترام لموجبات الفصل 242 من م. ا. ع. التي مفادها أنّ العقد «... يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين...».

على أنّ الأمر يكون على خلاف ذلك في صورة ما إذا نصّ القانون صراحة على بطلان المكاتيب السَّرِّيَّة<sup>(17)</sup>، أو إذا تبين أنّ الاتِّفاق السَّرِّي يتضمّن التزامات أو يكسب لأحد طرفيه حقوقاً ممنوعة قانوناً. من ذلك أنّ التبرّع في حقّ القاصر أو في حقّ ذات معنويّة يبقى في جميع الحالات باطلاً قانوناً. ولا قدرة للأطراف على تصحيحه بمجرد التجاؤم إلى الصَّورِيَّة وتعمدّهم إخفاء العمليَّة بإظهارها في شكل بيع. ويكفي إذن في مثل هذه الصَّورة لمن تكون له مصلحة في ذلك أن يثبت الصَّورِيَّة وأن يكشف على حقيقة الاتِّفاق ليحصل

(16) اراجع : A. WEILL et F. TERRE, Les obligations, op. cit., n° 567; A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, op. cit., n° 495.

وعبد الرزّاق السّهوري : الوسيط ، 2، عدد 618، ص 1082.

(17) فسرِيَّة المكاتيب والاتِّفاقات ليست إذن في ذاتها سبب بطلان وهو ما يعبّر عليه الشَّرَاح في فرنسا بـ«تبرّكيزهم على «حياد الصَّورِيَّة» من هاته الناحية (أنظر مثلاً : J. CARBONNIER, Les obligations, op. cit., § 39, p. 159; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, 2, contrat, op. cit., n° 927; J. GHESTIN, Simulation, Rep. Dalloz, Droit civil, 1975, n° 29 à 33).

على أنّ المشرّع الفرنسي أدخل عدّة استثناءات على مبدأ حياد الصَّورِيَّة وذلك بتخصيصه صراحة على بطلان الاتِّفاقات السَّرِّيَّة الناقضة لبتود بعض العقود وذلك لأسباب تتعلق بالنظام العامّ نذكر من أهمّها حماية صندوق الدولة من التهرّب من الجباية (راجع في هذا الخصوص : J. GHESTIN, Simulation, ét. précitée, n° 36 à 46; A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 568; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Obligations, 2, contrat, op. cit., n° 928 à 943).

الواهب ثمّ ينقلها إلى الموهوب له الحقيقي<sup>(13)</sup>.

## IV - الصَّورِيَّة المتعلّقة بمحلّ الالتزام

481 - وهي الحالة التي يخفي فيها الأطراف محلّ التزام أحدهم. ومثل ذلك عقد بيع يذكر فيه ثمن أقلّ من الثمن الحقيقيّ تمهلاً على القانون الجبائي<sup>(14)</sup>، أو ثمن أكبر من الثمن الحقيقيّ تمهلاً على أحكام الشُّعنة<sup>(15)</sup> على أن يحتفظ الطرفان المتعاقدان بكتب سرِّيِّ ممضى منهما يذكر فيه الثمن على حقيقته.

## الفرع الثاني : نظام الصَّورِيَّة

482 - ورد بالفصل 26 من م. ا. ع. أنّ الحجج الناقضة للعقود ونحوها من المكاتيب السَّرِّيَّة لا عمل عليها إلا بين المتعاقدين وورثتهم. ولا يحتجّ بها على الغير ما لم يعلم بها...». ويفهم من هذا النصّ أنّ نظام الصَّورِيَّة في القانون التونسيّ يقوم على تفرقة أساسية بين الأطراف من جهة، وبين الغير من جهة أخرى. ففي حين يحدث الاتِّفاق السَّرِّيّ جميع آثاره بين طرفيه (1§)، فإنّه لا يحتجّ به على الغير (2§).

## § 1 - آثار الاتِّفاق السَّرِّيِّ بين الأطراف

483 - يلزم الاتِّفاق السَّرِّيّ الناقض للعقد طرفيه (I) شريطة إثباته (II).

(13) وراجع على سبيل المثال أيضا القضية موضوع الحكم المدنيّ عدد 36 الصادر عن المحكمة الابتدائية بسوق الأربعاء والتي يدّعي فيها الطالبان أنّ مورثهما اشترى منبا على الشَّياع من عقار في حقّ زوجته المدّعي عليها. وبما أنّه دفع الثمن من ماله الخاصّ ولم يكن وكيلاً عن زوجته في تاريخ الشراء، فإنّ التهرّض لاسم المدّعي عليها بكتب الشراء كان بصفة صوريّة... (ق. ت. 1961، عدد 2، ص 56).

(14) اراجع مثلاً وقائع القضية موضوع القرار المدنيّ الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 54492 المؤرخ في 27 جويلية 1962 المتمثلة في رفض المدّعي عليه تسليم المبيع للمشتري قائلًا أنّ الثمن الحقيقيّ المتفق عليه هو مليون وثلاثمائة وخمسة وعشرين ألف فرنك وأنّه استجاب لرغبة خصمه فنصّ بحجّة البيع على أنّ الثمن هو ثمانمائة ألف فرنك وذلك تخفيفاً من وطأة معاليم النقل... إلا أنّ خصمه خانته وتمسك بالاتِّفاق الظاهر... (ق. ت. 1963، عدد 6، ص 64).

(15) اراجع : عبد الرزّاق السّهوري : الوسيط في شرح القانون المدنيّ، 2، ص 1075، عدد 612.

المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل». وإذ يتّجه لحسن فهم هذا النّصّ تحديد معنى الغير في نظرية الصّوريّة (I)، فإنّه من المهمّ جدّاً أن نبرز بعد ذلك حقّ الخيار الذي تقرّه أحكامه لفائدة الغير بين العقد السّريّ والعقد الظاهر (II)، الأمر الذي يثير في صورة تعدّد الأشخاص الثالثين الذين يهتمّهم العقد مشكل التّعارض بين غير يتمسكّ بالعقد الظاهر وغير يتمسكّ بالعقد السّريّ (III).

### I - صفة الغير في نظرية الصّوريّة

487 - تعدّ حماية الغير حسن النّيّة الرّكيزة الثّانية التي يقوم عليها نظام الصّوريّة إلى جانب ركيزته الأولى المتمثلة كما سبق عرضه في ضمان احترام الإرادة الحقيقيّة للطرفين وتغليبها على الإرادة الظاهرة. ويتربّب على ذلك أنّ الغير في الصّوريّة لا يكون بالضرورة سوى الشّخص الذي تجبّ حمايته لأنّه اعتمد على العقد الصّوريّ واعتقد عن حسن نّيّة أنّه عقد حقيقيّ جدير بأن يبنى عليه تعامله<sup>(25)</sup>. وما من شكّ في أنّ الخلف الخاصّ الذي يخلف أحد طرفي العقد الصّوريّ في حقّ عينيّ على شيء معيّن، كالمشتري أو الموهوب له أو الموصّي له بعين معيّنّة بالذات، يستحقّ بالدرجة الأولى حماية القانون من هاته النّاحية. ولا غرابة إذن في أن يسند إليه المشرّع صراحة صفة الغير في الصّوريّة.

ولكن هل يجوز سحب الحماية التي جعلها المشرّع لفائدة الخلف الخاصّ على الدّائنين العاديين؟ فغالباً ما يكون هؤلاء الأشخاص عرضة إلى غشّ بعض المدينين ذوي التّوايا السيّئة الذين يعقدون مع بعض أقربائهم بيوعات صوريّة بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضّمان العامّ لدين غرمائهم. فهم إذن في حاجة، مثل الخلف الخاصّ، إلى حماية القانون. على أنّ المشرّع قد مكّتهم من القيام بالدّعوى البليانيّة<sup>(26)</sup> المنصوص عليها بالفصل 306 من

(25) يراجع : عبد الرزّاق السّهوري : الوسيط . . . . . 2، عدد 621، ص 1088.

(26) الدّعوى البليانيّة هي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبريّ للإلتزام مهما كان مصدره ومن المفروض أن تدرس في نطاق دراسة آثار الإلتزام بوجه عامّ مهما كان مصدره. وينصّ الفصل 306 فقرة أولى من م.ع. الذي أوردها في القانون التّونسيّ على ما يلي : «يجوز للدّائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود التي تمّتها مدينهم بأنّه تمّتها لإضرارهم في حقوقهم تفريرا وتديسا، لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشّخصيّة أو بالميراث».

على بطلان الهبة الخفيّة الصّادرة عن قاصر أو عن ذات معنويّة<sup>(18)</sup>.

### II - مسألة إثبات العقد السّريّ

485 - إذا ادّعى الصّوريّة طرف وتمسكّ بوجود كتب سريّة ناقض للعقد الظاهر الذي يربطه مبدئيّاً بمعاقده، فإنّه عليه أن يثبت هذا الإدّعاء (الفصلان 420 و 421 من م.ع.ا.). ويتفق الشّراح<sup>(19)</sup> في هذا الخصوص أنّ التّوليج<sup>(20)</sup> الواقع بتراضي الطرفين لا يمكن إثباته إلا بما يثبت به العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين<sup>(21)</sup>. فإذا عيّن القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنّها معيّنّة أيضاً لإثبات جميع التّغييرات التي تحدث فيه<sup>(22)</sup>. لذلك، وعملاً بالفصلين 473 و 474 من م.ع.ا.، فإنّ الاتّفاق السّريّ المدّعى به في ثمن المبيع على كونه أرفع مقداراً ممّا يكتب البيع لا يمكن إثباته إلا بالكتابة<sup>(23)</sup>. ولا يكون الأمر على خلافه إلا إذا اعتبرت المحكمة في نطاق اجتهادها المطلق، وبالنّظر إلى ظروف القضية وملابساتها، أنّه يتعدّر على المدّعي الحصول على حجة مكتوبة تثبت وجود العقد السّريّ، فيجوز لها عندئذ قبول البيّنة بالشّهود (الفصل 478 من م.ع.ا.)<sup>(24)</sup>.

### § 2 - آثار الاتّفاق السّريّ بالنّسبة للغير

486 - جاء بالفصل 26 م.ع.ا. أنّ «الحجج الناقضة للعقود... لا يحتجّ بها على الغير ما لم يعلم بها...» وأنّ «... من يصير إليه حقّ

(18) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 569.

(19) يراجع : عبد الرزّاق السّهوري : الوسيط . . . . . 2، عدد 629، ص 1108. J. GHESTIN, Simulation, ét. précitée, n° 87 à 90; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 570.

(20) إنّ كلمة التّوليج تعني الكذب الذي يقصد به مخادعة الغير (يراجع محمد المالقي : محاضرات في شرح القانون المدني، ص 241).

(21) يراجع : قرار مدنيّ تمقيبيّ عدد 297، مؤرّخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(22) يراجع : قرار مدنيّ صادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 27 جويلية 1962 تحت عدد 54492، ق.ت. 1963، عدد 6، ص 04.

(23) يراجع : قرار مدنيّ عدد 297 الصّادر في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(24) يراجع حول هذه المسألة : Mohamed BAG BAG, "De la déclaration de volonté édictée par le C.O.C. (essai d'une théorie générale)", thèse pour le doctorat d'obligation dans le C.O.C. (essai d'une théorie générale), thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé, dactyl., Tunis 1994, p. 164 et 165.

على بطلان الهبة الخفية الصادرة عن قاصر أو عن ذات معنوية<sup>(18)</sup>.

## II - مسألة إثبات العقد السريّ

485 - إذا ادعى الصوريّ طرف وتمسك بوجود كتب سريّ ناقض للعقد الظاهر الذي يربطه مبدئياً بمعاقده، فإنه عليه أن يثبت هذا الإدعاء (الفصلان 420 و 421 من م.ا.ع.). ويتفق الشراح<sup>(19)</sup> في هذا الخصوص أن التوليع<sup>(20)</sup> الواقع بتراضي الطرفين لا يمكن إثباته إلا بما يثبت به العقد الظاهر فيما بين المتعاقدين<sup>(21)</sup>. فإذا عيّن القانون الكتابة صورة لإثبات عقد حملت على أنها معيّنة أيضاً لإثبات جميع التغييرات التي تحدث فيه<sup>(22)</sup>. لذلك، وعملاً بالفصلين 473 و 474 من م.ا.ع.، فإن الاتفاق السريّ المدعى به في ثمن المبيع على كونه أرفع مقداراً مما يكتب البيع لا يمكن إثباته إلا بالكتابة<sup>(23)</sup>. ولا يكون الأمر على خلافه إلا إذا اعتبرت المحكمة في نطاق اجتهادها المطلق، وبالنظر إلى ظروف القضية وملابساتها، أنه يتعدّر على المدعي الحصول على حجة مكتوبة تثبت وجود العقد السريّ، فيجوز لها عندئذ قبول البيّنة بالشهود (الفصل 478 من م.ا.ع.)<sup>(24)</sup>.

## § 2 - آثار الاتفاق السريّ بالنسبة للغير

486 - جاء بالفصل 26 م.ا.ع. أن «الحجج الناقضة للعقود... لا يحتجّ بها على الغير ما لم يعلم بها...» وأن «... من يصير إليه حقّ

(18) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, Obligations, op. cit., n° 569.

(19) يراجع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط...، 2، عدد 629، ص 1108، J. GHESTIN, Simulation, ét. précitée, n° 87 à 90; WEILL et TERRE, Obligations, op. cit., n° 570.

(20) إن كلمة التوليع تعني الكذب الذي يقصد به مخادعة الغير (يراجع محمد الملقني : محاضرات في شرح القانون المدني، ص 241).

(21) يراجع : قرار مدني تعقيبيّ عدد 297، مؤرخ في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(22) يراجع : قرار مدنيّ صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 27 جويلية 1962 تحت عدد 54492، ق.ت. 1963، عدد 6، ص 64.

(23) يراجع : قرار مدنيّ عدد 297 الصادر في 10 أكتوبر 1960، ق.ت. 1961، عدد 3، ص 34.

(24) يراجع حول هذه المسألة : Mohamed BAG BAG, "De la déclaration de volonté source : d'obligation dans le C.O.C. (essai d'une théorie générale), thèse pour le doctorat d'Etat en droit privé, dactyl., Tunis 1994, p. 164 et 165.

المتعاقدين أو يخلفهم بصفة خاصة يعدّ كالغير على معنى هذا الفصل». وإذا يتجه لحسن فهم هذا النصّ تحديد معنى الغير في نظرية الصوريّة (I)، فإنه من المهمّ جداً أن نبرز بعد ذلك حقّ الخيار الذي تقرّه أحكامه لفائدة الغير بين العقد السريّ والعقد الظاهر (II)، الأمر الذي يثير في صورة تعدّد الأشخاص الثالثين الذين يهتمهم العقد مشكل التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد السريّ (III).

## I - صفة الغير في نظرية الصوريّة

487 - تعدّ حماية الغير حسن النية الركيّزة الثانية التي يقوم عليها نظام الصوريّة إلى جانب ركيّزته الأولى المتمثلة كما سبق عرضه في ضمان احترام الإرادة الحقيقية للطرفين وتغليبها على الإرادة الظاهرة. ويترتب على ذلك أن الغير في الصوريّة لا يكون بالضرورة سوى الشخص الذي تجب حمايته لآته اعتمد على العقد الصوريّ واعتقد عن حسن نية أنه عقد حقيقيّ جدير بأن يبنى عليه تعامله<sup>(25)</sup>. وما من شكّ في أن الخلف الخاصّ الذي يخلف أحد طرفي العقد الصوريّ في حقّ عينيّ على شيء معين، كالمشتري أو الموهوب له أو الموصى له بعين معيّنة بالذات، يستحقّ بالدرجة الأولى حماية القانون من هاته الناحية. ولا غرابة إذن في أن يسند إليه المشرع صراحة صفة الغير في الصوريّة.

ولكن هل يجوز سحب الحماية التي جعلها المشرع لفائدة الخلف الخاصّ على الدائنين العاديين؟ فغالباً ما يكون هؤلاء الأشخاص عرضة إلى غشّ بعض المدينين ذوي التوايا السيئة الذين يعقدون مع بعض أقربائهم بيوعات صورية بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمان العامّ لدين غرماهم. فهم إذن في حاجة، مثل الخلف الخاصّ، إلى حماية القانون. على أن المشرع قد مكّهم من القيام بالدعوى البليانية<sup>(26)</sup> المنصوص عليها بالفصل 306 من

(25) يراجع : عبد الرزاق السنهوري : الوسيط...، 2، عدد 621، ص 1088.

(26) الدعوى البليانية هي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري للإلتزام مهما كان مصدره ومن المفروض أن تدرس في نطاق دراسة آثار الإلتزام بوجه عامّ مهما كان مصدره. وينصّ الفصل 306 فقرة أولى من م.ا.ع. الذي أوردها في القانون التونسي على ما يلي : «يجوز للدائنين أن يطعنوا في حقّ أنفسهم في العقود التي تمّتها مدينهم بأنه تمّتها لإضرارهم في حقوقهم تفريراً وتدليسا، لكن بدون أن تقع مخالفة الأحكام المتعلقة بالحالة الشخصيّة أو بالمرات».

م. ا. ع. ومن الطعن على ذلك الأساس في حق أنفسهم في هاته العقود بشرط إثبات نية الإضرار بهم تفريرا وتدليسا. وقد اعتبرت محكمة الإستئناف بصفاقس أنه لا يحق للدائنين، والحالة تلك، القيام على أساس الصورية، وعليهم اتباع طريقة الدعوى البليانية. فنقضت محكمة التعقيب هذا القرار في 9 جانفي 1984<sup>(27)</sup> معللة حكمها بمقولة أنه «من المسلم به قانونا وفقا لما أقره الفصل 26 مدني والمبادئ العامة الواردة بهذا القانون... أنه حماية للدائنين من تأليج وغش بعض المدينين ذوي النوايا السيئة بهدف تهريب أموالهم والإضرار بالضمان العام لدين غرمائهم، يكون لهؤلاء الحق في رفع الدعوى الصورية طعنا في عقود التفويت التي يبرمها مدينهم تحايلا وإضرارا بضمانهم العام...» ويعكس هذا القرار المبدئي بدون شك الحلول المعمول بها في العديد من التشريعات الأجنبية<sup>(28)</sup>. ولكنه يبدو مخالفا لأحكام الفصل 26 م. ا. ع. التي يغلب الظن في خصوصها على أنها وردت على سبيل الحصر لما اعترفت للخلف الخاص وحده دون غيره من الأشخاص بصفة الغير<sup>(29)</sup>. على أن الخلف الخاص لا يتمتع بالحماية القانونية الواردة بالفصل 26 م. ا. ع.، والتي

(27) قرار تعقيبي مدني عدد 8860، مؤرخ في 9 جانفي 1984، ن. م. ت. 1984، I، ص 317.  
(28) يراجع خاصة القانون المصري (عبد الرزاق السهوري : الوسيط...، 2، عدد 621، ص 1094) والقانون السويسري (يراجع : P. GAUCH, W. R. SCHLUEP et P. TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, tome 1, 2ème éd., n° 700).

والقانون الفرنسي : (يراجع : (A. WEILL et F. TERRE, *Les obligations*, op. cit., n° 572).  
(29) وقد لا يجوز تفسير سكوت المشرع في خصوص الدائن العادي بمجرد السهو، كما لا يمكن ترك المجال إلى فقه القضاء ليحدد مفهوم الغير في الصورية بعد أن تكفل المشرع صراحة بهذه المهمة خلافا لما هو الشأن في القانون الفرنسي. وتعمل هذه الاعتبارات على الاعتقاد أن ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف بصفاقس أقرب إلى القانون وإلى نية المشرع من الاتجاه الذي تبنته محكمة التعقيب لما نقضت قرار المحكمة الإستئنافية المذكورة. بقي أن موقف محكمة التعقيب يتميز بالواقعية وقد يستند إلى الإنصاف أكثر منه إلى القانون علما أن شروط الدعوى البليانية قاسية على الدائن وقد يصعب عليه الاستجابة لها مما يقلص من قدرتها الجماعية بالمقارنة مع دعوى التصريح بالصورية (في خصوص المقارنة بين الدعويين يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 885 et 886، وعبد الرزاق السهوري : الوسيط...، 2، عدد 36 وما بعده، ص 1116 إلى 1121، وانظر في خصوص شروط الدعوى البليانية في القانون التونسي البشير زهرة : حول الدعوى البليانية، تعليق على القرار الإستئنافية عدد 70627، ق. ت. 1988، عدد 7، ص 45؛ محمد المالقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، ص 285 وما بعدها. وانظر أيضا : M.K. CHARFEDDINE, *Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, ouvr. précité, pp. 346 et s.).

سوف نتولى عرضها أسفله، إلا إذا كان عن حسن نية. وهو ما قصده المشرع لما نصّ على أن الحجج الناقضة للعقود لا يحتج بها على الغير «ما لم يعلم بها». وبما أن الأصل في الإنسان الإستقامة وسلامة النية (الفصل 558 م. ا. ع.)، فإن الغير محمول على جهله للحقيقة وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت.

## II - حق الغير في الخيار بين العقد السريّ والعقد الظاهر

488 - يتفق الشراح<sup>(30)</sup> على أنه يحق للغير في صورة وجود عقد صوري ظاهر وعقد حقيقي سريّ أن يتمسك، بحسب مصلحته، إما بالعقد الظاهر (أ) أو بالعقد السريّ (ب).

### أ - حق التمسك بالعقد الظاهر

489 - وينصّ عليه صراحة الفصل 26 بمقولة أنه لا يحتج على الغير بالحجج الناقضة للعقود وغيرها من المكاتيب السرية. فمن حق الغير إذن أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا انبنت عليه حقوقه وأن يتجاهل الكتب السريّة الذي يعدّ في هاته الصورة غير نافذ في حقه. ويلاحظ الشراح أن تمكين الغير من التمسك بالعقد الظاهر هو استثناء للقواعد العامة يقتضيه مبدأ استقرار التعامل وتفرضه حماية مصالح الغير حسن النية. أما إذا اقتضت مصالح الغير عدم التمسك بالعقد الظاهر فلا مانع من ذلك طالما أن هذا العقد لا يعكس إرادة طرفيه وليس له إذن أي وجود حقيقي<sup>(31)</sup>.

### ب - حق التمسك بالعقد السريّ

490 - يمنع الفصل 26 من م. ا. ع. الأطراف من الإحتجاج بالعقد السريّ ضد الغير حسن النية (لا يحتج بها على الغير). ولكنه لا يمنع هذا الأخير من الإحتجاج بهذا العقد إذا اقتضت مصلحته ذلك. ففي صورة اتفاق

(30) يراجع عبد الرزاق السهوري : الوسيط...، 2، عدد 622 و 633، ص 1096 و 1103؛  
M. K. CHARFEDDINE, *ouvr. précité*, p. 389; WEILL et TERRE, op. cit., n° 573, p. 589; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 944.

(31) يراجع : عبد الرزاق السهوري : الوسيط...، 2، عدد 623، ص 1099.

طرفي عقد تسويغ مثلا على الترفيع سرا في معين الكراء الأصلي فإن مصلحة المشتري الذي تصير إليه حقوق المالك المسوغ تقتضي أن يحتج بالترفيع المتفق عليه سرا. ويتفق الشراح<sup>(32)</sup> على كون القانون لا يمنع ذلك لأن الأصل كما رأينا هو أن يعتد بالإتفاق السري باعتباره الإتفاق الحقيقي الوحيد. أما العقد الظاهر فالتمسك به من قبيل الإستثناء. ولا يجوز بالتالي التوسيع في نطاق نفاذه خاصة لما يؤول هذا الحل إلى الإضرار بمصالح الغير وهو عكس ما يرمي إليه المشرع.

وينبغي على الغير الذي يريد الإحتجاج بالكتب السري أن يقوم بدعوى في التصريح بالصورية. وعليه أن يثبت الكتب السري. ويجوز له ذلك بجميع وسائل الإثبات القانونية ومن ضمنها القرائن وشهادة الشهود. ذلك أن تصرف طرفي العقد يعدّ تجاه الغير مجرد واقعة مادية تخضع لقاعدة حرية الإثبات<sup>(33)</sup>، فضلا عن كونه يعدّ من قبيل التلويح الذي يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات. وهو الحل الذي يقره صراحة الفصل 444 من م.أ.ع.<sup>(1-33)</sup>

III - صورة التعارض بين غير يتمسك بالعقد الظاهر وغير يتمسك بالعقد السري

491 - بما أنه يحق للغير أن يتمسك بحسب مصلحته بالعقد الظاهر أو بالعقد السري، فإنّ التنازع فيما بين الأشخاص الثالثين ممكن في صورة تعددهم لتعارض المصلحة. فإذا فرضنا بيعا صوريا يكون لكل من طرفيه دائن، فبديهي أنّ مصلحة دائن البائع هي التمسك بالعقد السري في حين تكون مصلحة دائن المشتري في التمسك بالعقد الظاهر. فبأي العقدين يؤخذ؟ لقد لازم المشرع التونسي الصمت حول هذه المسألة وذلك على خلاف نظيره المصري الذي أورد بالفقرة الثانية من المادة 244 قانون مدني أنه «إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن

(32) يراجع : WEILL et TERRE, op. cit., n° 573; CHARFEDDINE, ouvr. précité, pp. 390 et 391; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., n° 947 et s.

(33) يراجع : عبد الرزاق السهوري : الوسيط... 2، عدد 630، ص 1111؛ Mohamed Kamel CHARFEDDINE, ouvr. précité, p. 393.

(1-33) يراجع : Mohamed BAG BAG, thèse précitée, p. 164 et 165.

فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين». وما من شك في أنّ الإعتبارات المتعلقة باستقرار التعامل هي التي أملت هذا الحل على المشرع المصري. وقد تأسس حولها أيضا موقف الفقه<sup>(34)</sup> وفقه القضاء<sup>(35)</sup> الحديثين بفرنسا. أمّا في تونس، فبالرغم من أنّ المسألة لم تثر بعد، على ما يبدو، أمام المحاكم، فإنّ بعض الشراح تبني صراحة الحلّ القاضي بإعطاء الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر<sup>(36)</sup>.

(34) يراجع : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 575; H. L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, tome 2, 1er vol., par F. CHABAS, n° 824; MARTY et RAYNAUD, op. cit., II, n° 281.

ولكن راجع : J. CARBONNIER, op. cit., § 40, p. 164.

(35) يراجع في خصوص تطوّر فقه قضاء محكمة التعقيب الفرنسية في هذه المادة : A. WEILL et F. TERRE, op. cit., n° 575.

(36) يراجع : Mohamed Kamel CHARFEDDINE, ouvr. précité, pp. 393 et 394.



## فهرس أبجدي

تحيل الأعداد إلى أرقام الفترات  
لا إلى الصفحات

— أ —

- |   |                                   |
|---|-----------------------------------|
| — الورثة : 248 - 266                    | — إبطال : أنظر بطلان              |
| — الولي : 93 - 99 - 101 - 248           | — إلتفاق (أو إلتفاقات) :          |
| 260 - 263 - 264                         | — إلتدائي : 152                   |
| — أجل                                   | — تعريف : 33                      |
| — أدبي مناسب : 130                      | — تمهيدية : 121 - 146 وما بعده    |
| — لقبول الإيجاب : 133                   | — جزئية : 149                     |
| — لوصول الإيجاب : 139                   | — سري : أنظر عقد سري              |
| — للوفاء : 383                          | — على تركات مستقبلية : 216        |
| — إحتجاج                                | — متعلقة بالتعويض : 377 - 386     |
| — بالمقد الظاهر : 475                   | وما بعده.                         |
| — الغير بالمقد : 427                    | — ألر رجعي : أنظر رجعية           |
| — إختبال : 155                          | — إلتراء بلا سبب (أو غير مشروع) : |
| — أخلاق : 334 - 475                     | 2 - 5 - 25 - 28 - 31 - 303        |
| — حميدة : 10 - 194 - 198 وما            | — إجازة : أنظر كذلك إمتضاء        |
| بعده، 224 - 228 - 229 - 233 وما بعده،   | — تصرف صادر في مرض موت :          |
| 240 - 259 - 269 - 276 - 278 - 299 - 462 | 185                               |
| — أداء — أدياءات : 1 - 14 - 77 - 194    | — المقد الباطل : 255              |
| — 195 - 225 - 229 - 231                 | — لاحقة : 440                     |
| — دورية : 79                            | — المالك : 248                    |

— معنوي : 185  
 — مكوثات (ال...) : 184 - 185  
 — إلتزام — إلتزامات  
 — بأجل : 379 وما بعده  
 — بأجر : 365  
 — إحالة (ال...) : 33  
 — أخلاقي (أدبي) : 9 - 10  
 — بأداء مقدار مالي : 382 - 385  
 — إرادتي : 24 - 31  
 — إرادتي منفرد : 132  
 — أصلي : 304 - 306 - 307 - 310  
 — بإعطاء : 16 - 17 - 195 - 211  
 361 -  
 — بامتناع عن عمل : 11 - 16 - 19  
 195 - 351 - 361 - 458  
 — إنشاء (ال...) : 33 - 34  
 — إنقراض (ال...) : 373  
 — أنواع (ال...) : 7 - 15  
 — ببذل عناية : 18 - 357 وما  
 بعده  
 — تابع : 307 - 310  
 — بتحقيق نتيجة (أو غاية) : 18  
 358 - وما بعده، 431 - 463 - 472  
 — ترتيب (ال...) : 7 - 15 وما  
 بعده  
 — بالتسليم : 17  
 — بالتعاقد : 148  
 — تعديل (ال...) : 310

— ضمني : 431 - 432 - 439  
 — نقض (ال...) : 453 - 455 وما  
 بعده  
 — أصيل : 104 وما بعده، 115 إلى  
 120  
 — إرادة (ال...) : 109 - 112  
 — أهلية (ال...) : 106 - 109  
 — هوية (ال...) : 107  
 — أعضاء بشرية (أخذ وزرع) : 203 -  
 204  
 — إقتصاد  
 — السرق : 49 - 50  
 — موجه : 43 - 49 - 50  
 — وطني : 50 - 52  
 — إقرار : أنظر إمضاء  
 — إكراه : 156 - 157 - 174 - 184 وما  
 بعده، 243 - 268 - 283 - 291  
 — إثبات : 185  
 — من أحد المتعاقدين : 187  
 — جنحة (ال...) : 189  
 — حاسم : 186 - 190  
 — على سبب التصرف : 189  
 — من شخص ثالث : 187 - 188  
 — شروط (ال...) : 186 وما بعده  
 — عدم مشروعية (ال...) : 191 وما  
 بعده  
 — متولد عن حالة الضرورة : 189  
 — مادي : 185

— نسبة : 372  
 — وقتية : 373  
 — استحالة التوقع : أنظر عدم إمكان  
 التوقع  
 — استحالة الدفع : 371  
 — استحالة المحل : 136 - 211 وما  
 بعده  
 — أنواع (ال...) : 217 وما بعده  
 — زمن (ال...) : 212 وما بعده  
 — طبيعية : 219  
 — غير قصدية : 221  
 — قانونية : 220  
 — قصدية : 221  
 — مادية : أنظر طبيعية  
 — مطلقة : 218  
 — نسبة : 218  
 — إستراداد ما وقع دفعه : 10 - 294  
 — إستغلال : 183  
 — إسقاط : 84  
 — إسم مستعار : 107 - 480  
 — إشتراط الأولوية : 148  
 — إشتراط لمصلحة الغير : 13 - 24  
 403 - 428 - 429 وما بعده  
 — آثار : 447 وما بعده  
 — التطور التاريخي (ال...) : 434  
 وما بعده  
 — تنفيذ : 449 - 451 - 454 - 463  
 — شروط : 437 وما بعده

— مستمرة : 79  
 — إرادة  
 — أبعاد (ال...) : 33 - 34  
 — أساس العقد (ال...) : 35 - 48  
 — الأصيل : 108  
 — إنعدام (ال...) : 154 وما بعده  
 157 - 167  
 — حرّة : 36 - 47  
 — حقيقة - باطنة : 61 وما بعده  
 — حرّة : 36 - 47  
 — حقيقة باطنة : 61 وما بعده  
 70 - 158 - 337 - 475 - 484 - 487  
 — دور (ال...) : 31 - 39  
 — سلطان (أنظر ذلك)  
 — ظاهرة : 61 - 63 وما بعده،  
 158 - 475 - 487  
 — مدلول (ال...) : 58 وما بعده  
 — مشتركة : 62 - 63 - 70 - 71  
 323 - 337  
 — معيار العقد (ال...) : 48 - 58  
 153 - 406  
 — مفترضة : 28 - 130 - 362  
 410 - 416  
 — قيود (ال...) : 52  
 — النائب : 108  
 — استحالة التنفيذ : 213 - 321  
 373 - 388 - 397 وما بعده  
 — مطلقة : 372

— دينية : 9  
 — بدون أجر : 365  
 — بدون أجل : 379 - 383  
 — بضمان السلامة : 348 - 360  
 — 362 - 363 - 364 - 431  
 — الطبيب : 18 - 357 - 362  
 — طبيعي : 10 - 24  
 — عقدي : 24 - 41 - 132  
 — بعدم منافسة : 19 - 418  
 — بعمل : 11 - 17 - 18 - 152 - 195  
 — 211 - 361 - 458 - 462 - 463  
 — قانوني : 9 - 14 - 131 - 132  
 — لا إرادية : 31  
 — لاحقة : 299  
 — متبادلة : 48 - 231  
 — محتوى (...): 360 - 361  
 — محل (...): أنظر محل  
 — مدني : 2 - 9 - 10 - 14 - 28  
 — 207  
 — مرهق : 337  
 — مسبب : 224  
 — مستحيل : أنظر استحالة  
 المحل  
 — مصادر (...): 15 - 20 وما  
 بعده  
 — مفهوم (...): 8 وما بعده  
 41  
 — ناقص : 9 - 10

— إلزامية العقد : أنظر قوة ملزمة  
 — أمالة : 5 - 130 - 131 - 322 وما  
 بعده - 402 - 474  
 — أمر طاريء : 334 - 355 - 369 وما  
 بعده - 402 - 474  
 — آثار (...): 373  
 — عناصر (...): 370 وما بعده  
 — إمضاء العقد : 280 - 281 وما  
 بعده  
 — آثار : 285  
 — شروط : 283 - 284  
 — إنتقاص العقد : 306 - 307 - 308  
 وما بعده  
 — إنذار المدين : أنظر سؤال  
 — إنشاء عقد : أنظر تكوين  
 — إنصاف : 5 - 40 - 42 - 63 - 69 وما  
 بعده 317 - 332 - 348 - 363 - 402  
 — إنعدام : 251 إلى 253 - 293  
 — أهلية : 24 - 46 - 83 وما بعده  
 248 - 250  
 — الأداء : 85 إلى 101 - 261 وما  
 بعده - 460  
 — الأصل : 109  
 — إنعدام (...): 86 - 261  
 — 460 - 461  
 — تعريف (...): 83  
 — تقييد (...): 84 - 86  
 — ضعيف العقل : 98 - 99

— رجوع في (...): 130 - 131  
 136 - 138  
 — سقوط (...): 129 - 131  
 — لغائب : 133  
 — مجرد : 129 وما بعده  
 — بمراسلة : 137 - 138  
 — مقيد بأجل : 24 - 120 - 133  
 — 151  
 — واجب الإبقاء على (...):  
 132

— الصغير المميز : 99  
 — عوارض (...): 95  
 — الوجوب : 84  
 — أوراق تجارية : 222  
 — إيجاب : 24 - 41 - 123 وما بعده -  
 148  
 — آثار (...): 128 وما بعده  
 — لحاضر : 133  
 — خصائص (...): 124 وما  
 بعده

## — ب —

— باعث على التعاقد : 235  
 — بطلان : 239 وما بعده  
 — آثار (...): 255 - 295 وما  
 بعده  
 — أثر رجعي (...): أنظر رجعية  
 — إمضاء : أنظر ذلك  
 — إنقراض حق القيام (...):  
 280 وما بعده  
 — تقادم دعاوي (...): 286 وما  
 بعده  
 — جزئي (أو بعض الإلتزام) : 297  
 298 - 299 - 304 - 306 وما بعده  
 — حق القيام بدعاوي (...):  
 271 وما بعده  
 — الفسخ (...): 243  
 — عدم التفاض (...): 244

— العقد الموقوف (وال...): 245  
 — كامل العقد (أو الإلتزام) : 296  
 297 - 307 - 310 - 312 - 313  
 — «لا بطلان بدون نص» : 161 -  
 257 - 258 - 259  
 — مطلق : 84 - 161 - 185 - 214  
 — 240 - 250 إلى 259 - 261 إلى 270 -  
 272 - 273 - 282 - 292 إلى 294  
 — نسبي : 161 - 243 - 250 إلى  
 259 - 261 - 263 - 265 إلى 272 -  
 278 - 279 - 282 - 285 - 287  
 — نظرية البطلان : 239 وما بعده  
 — نظرية تقليدية : 251 - 252 -  
 256 إلى 258  
 — نظرية (...): في القانون  
 التونسي : 256 وما بعده

— بالتأيابة : أنظر نياية  
 — بواسطة : 91 - 97  
 — بواسطة رسول : 108 - 145  
 — تعاقد في حق الغير : 117 - 428  
 — 457 وما بعده  
 — آثار (...): : 467 وما بعده  
 — أحكام (...): : 461 إلى 466  
 — تعريف (...): : 458 وما بعده  
 — تعديل : أنظر مراجعة  
 — تعسف في استعمال الحق : 5 -  
 130 - 193 - 337  
 — تعليق العقد (أو توقيف) :  
 373 - 388 - 392  
 — تعهد آحادي : أنظر تصرف  
 — تعهد عن الغير : 428 - 457 وما  
 بعده  
 — آثار (...): : 467 وما بعده  
 — أحكام (...): : 461 وما بعده  
 — تعريف (...): : 458 وما بعده  
 — مضمون (...): : 463  
 — نطاق (...): : 462  
 — تعريض : 5 - 28 - 130 - 131 - 174  
 - 181 - 204 - 350 وما بعده 363 - 365  
 - 366 - 373 - 374 - 376 - 377 وما  
 بعده، - 425 - 427 - 431 - 432 - 439  
 - 451 - 465 - 471 - 472  
 — تعيين المحل : أنظر محل  
 — تغيير : 5 - 28 - 156 - 157 - 164

— من قبيل الضرر المحض : 93 -  
 260 - 263  
 — من قبيل التفع المحض : 93 -  
 260 - 263  
 — المجنون : 97 - 264  
 — المحجور : 84 - 99  
 — مسببة : 223 - 229  
 — المريض في مرض الموت :  
 155 - 185  
 — تصريح — تصريحات  
 — إختيارية : 21 - 22 - 24  
 — بالإزادتين : 153  
 — بالحجر : 155  
 — بالرّضا : 96 - 204  
 — صادر من إرادة منفردة : 24  
 — تعاضد : 6  
 — تعاقد  
 — إجباري : 53  
 — «أساس التعاقد» : 338  
 — تحريم (...): : 203  
 — حرية (...): : 6 - 37 - 38 -  
 42 - 51 - 151 - 183 - 189 - 223 - 229  
 340 - 386 - 387 - 416 - 433 - 462 - 475  
 — بدون إناية : 457  
 — بين حاضرين : 108 - 131 - 138  
 — بين غائبين : 108 - 121 - 130  
 136 وما بعده  
 — التائب مع نفسه : 116

— مرتين : 424  
 — المعلوم : 214  
 — ملك الغير : 220 - 248

— بنود مراجعة : 339  
 — بيع  
 — صوري : 487  
 — عقاري : 74 - 259

— ت —

— تشريع : أنظر قانون  
 — تصديق : 84 - 104 - 117 - 251 -  
 254 - 255 - 266 - 282 - 460 إلى 468  
 — تعهد بضمان (...): : 459 إلى  
 463 - 471 - 472  
 — أثر (...): : 470  
 — شكل (...): : 469  
 — ضمني : 288  
 — عدم (...): : 471 وما بعده  
 — تصرف — تصرفات  
 — إرادي : 222  
 — قانوني : 2 - 20 - 29 إلى  
 31 - 63 - 75 - 84 - 86 - 104 - 133  
 — قانوني آحادي (أو تعهد... أو  
 صادر من جانب واحد) : 13 - 22 -  
 24 - 32 - 63 - 75 - 130 إلى 133 - 151  
 - 282 - 456 - 468  
 — راتجة : 98  
 — السّقيه : 101 - 265  
 — ضعيف العقل : 98 إلى 100 -  
 101 - 265  
 — غير مسببة (أو مجردة) : 222

— تأمين  
 — لحساب من سيملك الشيء :  
 429 - 443  
 — على الحياة : 429 - 433 - 435 -  
 436 - 438 - 443 - 444 - 456  
 — شخصي : 420  
 — عيني : 390 - 420  
 — تأويل : أنظر تفسير  
 — تأيد : أنظر تصديق  
 — تبرع : 10  
 — في حق القاصر : 91  
 — تحريف : 68  
 — تحمّل تبعه : 388 - 402  
 — تحوّل الإلتزام : 297 - 314 وما  
 بعده  
 — تخطيط إشتراكي : 50  
 — تدليس : أنظر تغيير  
 — ترخيص  
 — الولي أو المقدم : 85  
 — ترشيد الصغير : 94  
 — تركات مستقبلة : 214 - 216 - 269  
 — تسلسل عقود : 425

173 وما بعده، 243 - 291 - 420

— إثبات (ال...) : 174

— من أحد المتعاقدين : 180

— أصلي : 181

— وإكراه : 188

— حاسم : 181

— جنحة (ال...) : 175 - 180

— من شخص ثالث : 188

— شرط الغبن : 182

— عارض : 181

— وغلط : 174

— مذموم (غير مشروع) : 178

— مغتفر : 179

— تفسير العقود : 58 - 59 وما بعده

— تحريف : أنظر ذلك

— جدوى (ال...) : 60 إلى 64

— حالات (ال...) : 68

— رقابة محكمة التعقيب على

(ال...) : 77

— شرط قبول (ال...) : 66 إلى 68

— نظرية ذاتية : 60 إلى 62

— نظرية موضوعية : 63 - 64

— وسائل (ال...) : 61

— تفسير القانون : 67

— تفويت

— مجاناً : 10

— في ملك الغير : 220

— في ملك القاصر : 459

— تقسيم العقود : 73 وما بعده

— تكافؤ الإلتزامات : 156 - 183

224 - 225 - 229 - 337 - 338 - 394 - 460

— تكوين العقود : 38 - 63 - 81 وما

بعده، 156 - 167 - 213 - 224 - 277

- 337 - 463

— تكييف العقود : 55 - 72 - 133

228 - 314 - 364

— رقابة محكمة التعقيب

على : 72

— تمييز : 86 - 87 - 95 - 154 - 155

— إنعدام (ال...) : 155

— فقدان (ال...) : 267

— تنفيذ (أو وفاء) : 9 وما بعده، 37 -

213 - 227 - 320 وما بعده - 388 - 470

— أجل (ال...) : 213

— إستحالة (ال...) : أنظر ذلك

— الإلتزام الأحادي : 24

— إمتناع عن (ال...) : 156

— تأخير في (ال...) : أنظر

مماثلة

— جبري — جبري على (ال...) —

أو غصب : 10 - 338 - 350 - 398 - 448

— جزئي : 398

— عدم (ال...) : أنظر ذلك

— عيني : 321 - 350 - 351

— مرهق للمدين : 333 - 337 - 338

— بمقابل : 350 إلى 352

— تلافى الإزداتين : 122 وما بعده

— توكيل : 457 - 458

— ث —

— لمن : أنظر محل

— ج —

— جسم الإنسان : 203

— جنح — جنحة : 26 - 28 - 31 - 32

156 - 175 - 180 - 189

— شبه جنحة : أنظر ذلك

— جنسية : 207

— جنون : 95 - 96

— متقطع : 96 - 155

— مطبق : 96

— ح —

— حائز بشبهة : 301

— حادث — حوادث مرور : 6 - 14

431 - 439

— حالة ضرورة : 189

— حاكم : أنظر قاضي

— حجج نافعة للعقود : أنظر عقود

سرية

— حجر : 83 وما بعده، 96 - 98 إلى

101 - 155 - 260 - 261 - 283

— حدث قانوني : 20 - 29 - 31 - 32

— حرمة جسدية : 203 - 204

— حسن النية : 5 - 40 - 63 - 71 - 72

109 - 115 - 188 - 301 - 303 - 313 - 322

— وما بعده، 336 - 338 - 391 - 487

— توليج : أنظر عقد سري

— حرق

— الأفضلية : 11

— البقاء : 56

— التتبع : 11

— التفويت في الملكية : 53

— حبس المال : 389 وما بعده

— الخيار (بين عقد سري وعقد

ظاهر) : 488 وما بعده

— الرجوع في الإيجاب : 131

— شخصي : 1 - 11 - 13 - 46 - 48

390 - 423 - 425 - 451

— عيني : 11 - 13 - 17 - 53 - 390

411 إلى 413 - 423 - 425 - 487

— مباشر : 430 - 434 - 435 - 439 -

449 - 450 - 451 وما بعده.

— حقوق

— الدّولة : 201 - 200

— الدّمة المائيّة : 14

— الشّخص : 202 - 200

— الشّخصيّة : 207 - 202

— حماية الصّحة : 206

— حوالة

— الحقّ : 13 - 12

— الدّين : 13 - 12

— حيل — حيلة : 178 - 177 - 174

431 - 181 - 179

## — خ —

— خسارة : 325 - 221 - 48 - 28 - 5

350 - 354 - 361 - 363 - 365 - 385

— إثبات (...): 365

— تعويض (...): أنظر تعويض

— خطأ : 305 - 179 - 131 - 31 - 28

353 - 354 وما بعده

— إثبات (...): 355 - 354 -

364 - 431

— تافه : 365

— تدرّج (...): 354 - 365

— تعريف (...): 354

— جسيم : 365

— عقدي : 402 - 365

— الغير : 375

— فاجش : 386

— المتضرّر : 364 - 360

— المدين : 384 - 372 - 338

167 - 168 - 181 - 226 إلى 228

— دعوى

— الإبطال : 167

— أسترداد ما دفع : 294 - 222

— البطلان المطلق : 272 وما

بعده

— البطلان النسبي : 272 - 250 وما

بعده

— بليانيّة : 487 - 454 - 424 - 420

— التصريح بالصّوريّة : 424 - 420

487 - 490

— في تنفيذ الإشتراط : 449

— شخصيّة : 293

— عينيّة : 293

— مباشرة : 439 - 420

## — ذ —

— ذمّة ماليّة : 207 - 202 - 48 - 14

409 - 420 - 449 - 451 - 455 - 458

— ذات بشريّة

## — ر —

— رابطة

— شخصيّة : 11 - 8 وما بعده -

24

— قانونيّة : 40 - 33 - 23 - 14 - 9 - 8

— ماليّة : 14 - 11 - 8

— رجعيّة

— منحرفة : 420

— ناشئة عن تعمير الذمّة : 293

— دعوة للتفاوض : أنظر إيجاب

— دفع

— بالبطلان : 289 - 288

— بعدم التنفيذ : 389 - 388 - 227

وما بعده

— ما لا يلزم (أو غير المستحق) :

31 - 28 - 25

— دولة

— تدخّل (...): 50 - 43

— حقوق (...): 201

— دور (...): الحمائي : 50

— سيادة (...): 201

— ملك (...): العامّ : 201

— حرمة (...): 203 - 202

— ذات معنويّة : 484 - 116 - 87

— ذاتيّة آثار الإلتزام : 435 - 434

— البطلان : 295 وما بعده، 304

— التصديق : 470

— الحقّ المباشر : 456

— الفسخ : 401 - 393 - 79

— نسيبة (...): أو استثناءاتها

• في البطلان : 298 وما بعده

— فعل (...): 376 - 368

— دافع على التعاقد : 163 - 158

— دائن — دائنون : 420 - 405 - 362

487 - 424 -

225 - 229 - 317 - 340 - 403 -  
 — سلف : 409 إلى 418  
 — سلوك الرجل العادي : 357  
 — سن الرشد : 92 - 95  
 — سوء نية : 109 - 156 - 385 - 487  
 — سياسة  
 — إجتماعية : 51  
 — الإقتصاد الموجه : 43  
 — إقتصادية : 51  
 — تشريعية : 47 - 49 - 57  
 — الحكومة : 40

— سبب أجنبي : 355 - 358 - 360  
 364 - 368 وما بعده  
 — سبب منتج : أنظر نظرية (ال...  
 (ال...)  
 — سفه : 95 - 101  
 — سفه : 101 - 265  
 — سقوط دين : 10  
 — سكر : 155 - 157  
 — سكوت : 135 - 178 - 469  
 — سلطان الإرادة : 6 - 24 - 34 - 35  
 36 وما بعده، 44 - 46 إلى 51 - 74 - 130

## — ش —

469  
 — صحة (ال...) : 82 - 222 - 239  
 240 - 243 - 251 - 253 - 254 - 438  
 — ضمني : 334 - 337  
 — عدم تغير الظروف الإقتصادية :  
 334  
 — فاسد : 247  
 — فسخي : 307 - 332 - 393  
 — مألوفة : 347  
 — متعلقة بالنظام العام : 253 - 254  
 — مجحفة : 229  
 — هارتشيب : 148  
 — شكل : 53 - 62 - 156 - 204 - 224  
 250 - 278  
 — شكائية — شكائيات : 40 - 41 - 156

— شبه جنحة : 21 - 27 - 28 - 31 - 32  
 — شبه عقد : 21 - 25 - 28 - 32  
 — شخصية قانونية : 84 - 266  
 — شرط — شروط  
 — انعقاد العقد : 136 - 253  
 — أولية : 149  
 — باطل : 310  
 — تحكميم : 307  
 — تفريسي (جزائي) : 229 - 307  
 334 - 371 - 387 - 434  
 — تكوين العقد : 81 وما بعده -  
 227 - 239 - 254  
 — جزائي-تفليسي : 321  
 — جوهرية : 181  
 — شكائية : 38 - 40 - 124 - 127

— فساد (ال...) : 86 - 96 - 100  
 — المريض : 155 - 157  
 — المستهلك : 57  
 — مصدر (ال...) : 102 - 103  
 وما بعده  
 — رضائية : 38 - 40 - 41 - 156 - 167  
 189 - 223 - 224  
 — رشيد — رشداء : 204 - 267 - 302  
 459 -  
 — مغبون : 291

• في الفسخ : 401  
 — رخصة إدارية : 150 - 152 - 240  
 — رضاء : 5 - 24 - 40 - 48 - 63 - 102  
 وما بعده، 204 - 229 - 243 - 251  
 — إنعدام (ال...) : 161 - 185 -  
 258 - 267  
 — سلامة (ال...) : 102 - 153 وما  
 بعده  
 — صحة (ال...) : 86 - 153 وما  
 بعده  
 — عيوب (ال...) : أنظر ذلك

## — ز —

## — س —

— الجائز (ال...) : 199 - 230 - 233  
 وما بعده  
 — خاطيء : 232  
 — دور (ال...) : 229  
 — صحة (ال...) : 199  
 — غير جائز : 234 - 236 - 238  
 270 - 278  
 — فقدان جزئي (لـ...) : 229 -  
 310 - 337  
 — المجرد (ال...) : 221 - 222  
 229 - 231 - 232  
 — مفهوم (ال...) : 225 وما بعده

— سؤال المدعين : 383 - 384  
 — سبب : 156 - 158 - 161 - 165 - 168  
 181 - 194 - 199 - 222 وما بعده -  
 250 - 251 - 258 - 278 - 337 - 338 - 394  
 — إثبات (ال...) : 236 إلى 238  
 — أداة للمدالة المقدية : 224 - 229  
 — أداة وصف للعقود : 228  
 — إستمرارية (ال...) : 227  
 — إنعدام أو إنتفاء (ال...) : 222 -  
 259 - 270  
 — تطوّر تاريخي لنظرية (ال...) :

— إذعان : 54 - 55 - 73  
 — أساس (ال...) : 48 - 49  
 — أصليّة : 60 - 460  
 — الإعلاميّة : 325  
 — الإغتناء : 89 - 91 - 93 - 99  
 — إنهاء : 39  
 — باطلّة : أنظر بطلان  
 — بسيطة : 80  
 — تبادلّي : 391  
 — تبرّع : 76 - 89 - 99 - 164 - 226  
 — 231 - 235 - 436 - 438 - 441  
 — تجديد (ال...) : 148  
 — تحريم (ال...) : 53  
 — تحريف : أنظر ذلك  
 — التصرف : 89 - 93  
 — تعديل (ال...) : أنظر مراجعة  
 — تعريف (ال...) : 33 - 41  
 — التفاوض : 146 إلى 149  
 — تقسيم (ال...) : أنظر ذلك  
 — تمهيدية : 130  
 — توابع (ال...) : 181 - 459  
 — توريد : 335  
 — جارية : 344  
 — بين حاضرين : 138  
 — حينية : أنظر فورية  
 — خاصّة : 2 - 52 - 84 - 329 - 386 - 399  
 — 414 - 399  
 — رضائيّة : 38 - 74

— عدل : 42 - 47 - 48  
 — عدم إمكان التوقيع : 371 - 372  
 — عدم رجعية : 330  
 — عدم نفاذ : 243 - 244 - 466  
 — عدم وفاء (أو عدم تنفيذ) : 75 -  
 243 - 321 - 323 - 349 وما بعده - 448  
 — 460  
 — إثبات : 356 - 357  
 — جزاء : 349 وما بعده  
 — جزئيّ : 366  
 — بالمعقود الملزمة لجانبيين : 349 -  
 356 - 384 - 387 - 393 - 398 - 402  
 — كليّ : 366  
 — عديم أهلية : 109 - 183 - 283  
 — 291  
 — عرض : 36 - 122 - 123  
 — للمتعاقد : أنظر إيجاب  
 — للمزايدة : 126  
 — موجه للعموم : 126  
 — عرف : 5 - 63 - 69 - 70 - 71 - 317  
 — 338 - 340 - 347 - 363 - 389 - 391  
 — التجارة : 134  
 — عقد — عقود  
 — آحادية عينية : 226  
 — احتمالية : 77 - 215  
 — آثار (ال...) : 315 وما بعده،  
 403 إلى 405 - 448  
 — الإداة : 89 - 91 - 93

— الترخيص : 53  
 — الترسيم : 53  
 — جوهرية : 204  
 — شيء  
 — معين بالذات : أنظر محلّ  
 162  
 — صفة (ال...) الموجبة للمتعاقد :  
 160 - 163  
 — ص —  
 — صحة العقود : 40 - 93 - 158 - 243 -  
 244 - 251 - 465  
 — صفر : 183 - 462  
 — صغير : 87 - 90 - 380 - 441  
 — ض —  
 — ضرر — إضرار : 5 - 14 - 48 - 99  
 353 - 366  
 — غير مباشر : 367  
 — فادح : 72  
 — ماديّ : 366  
 — مباشر : 367  
 — ط —  
 — طرف متعاقد : 406  
 — ظ —  
 — ظروف طارئة : 331 - 333 وما  
 بعده  
 — ع —  
 — عاهات بدنية : 155  
 — عدالة : أنظر إنصاف  
 — عدالة عقدية : 42 - 49 - 52 - 156  
 183 - 224 - 225 - 229 - 335 - 394



— في الوعد بالتعاقد : 150 - 152  
— عيوب الإزادة أو عيوب الرضاء :  
5 - 40 - 41 - 109 - 156 وما بعده - 229  
250 - 251 - 258 - 259 - 267 - 268 - 279

— عقلاية : 3  
— علاقة سببية : 353 - 367  
— عمل قانوني : أنظر تصرف  
— عناصر أو أركان العقد : 126 - 158  
251 - 252 - 259 - 266 - 267

## — غ —

— فاحش : 170  
— في القانون : 10 - 160 - 165  
166 - 167 - 170  
— في قيمة الشيء : 169 - 174 -  
182  
— في مادة الشيء : أنظر في  
نوع الشيء  
— مادي : 10 - 167  
— مانع : 161 - 167 - 252 - 267  
— مستأثر : أنظر تعبير  
— مشترك : 166 - 171  
— مختفر (أو معذور) : 166 - 170  
— في الواقع : 160 وما بعده  
— غموض العقد : 61 - 63 وما بعده  
— غير : 63 - 118 - 119 - 239 - 244  
285 - 288 - 289 - 300 - 303 - 304 - 330  
403 - 405 - 407 - 420 إلى 428 - 438  
458 - 476  
— حسن النية : 285 - 303 - 475  
476 - 487 - 489 - 490  
— مطلق (أو حقيقي) : 276 - 277  
407 -

— غبن : 5 - 156 - 157 - 173 - 182  
وما بعده، 229 - 250 - 251 - 268 - 310  
337 -  
— غرامة : 213 - 232  
— إتفاقية : 387  
— غش : 386  
— غلط : 10 - 156 - 157 - 158 وما  
بعده، 174 - 189 - 268 - 283 - 291  
— إثبات (الـ) : 167 - 172 - 174  
— في الباعث : 174  
— تلقائي : 174  
— حائل : (أنظر مانع)  
— حاسم : 166 إلى 168  
— في الحساب : 169  
— في ذات المعقود عليه : 160  
161 - 167 - 228 - 232 - 252 - 267  
— في شخص المتعاقد : 160 -  
164 - 167  
— في الصفة : 160 - 162 - 163 -  
169 - 171  
— في طبيعة العقد : 161 - 252  
267 -

— بمراسلة : 136 - 145  
— مسماة : 78 - 325 - 342 - 354 -  
360 - 412 - 414 - 417 - 448  
— مشاركة : أنظر اشتراط  
لمصلحة الغير  
— معاوضة : 76 - 182 - 229 - 231  
235 - 235 - 435 - 436 - 438 - 441  
— معلق : 466  
— مفترض : 28 - 130  
— مفهوم العقد : 41 - 48 إلى 51  
— مكان (الـ) : 136 - 140 وما  
بعده  
— مكتملة أو محدّدة لحق عيني :  
413 - 417  
— ملزمة للتفاوض : 148  
— ملزمة لجانب واحد : 73 - 75 -  
133 - 151 - 231 - 396  
— ملزمة لجانبيين : 73 - 75 - 199 -  
225 - 227 - 231 - 338 - 349 - 388  
389 - 393 - 395 - 396  
— ممتدة : أنظر زمنية  
— منظمة للتفاوض : 148 - 149  
— لمنفعة المتعاقدين معا : 365  
— لمنفعة المدين وحده : 365  
— ناقلة لحقوق عينية : 426  
— نطاق (الـ) : 227  
— نهائية : 148 - 151 - 152 - 460  
— وعد : 133

— زمان : 136 - 140 وما بعده  
— زمنية : 79 - 304 - 329 - 331 -  
375 - 401  
— سرّي (أو حقيقي) : 244 - 475  
وما بعده  
— شكلية : 74 - 251  
— طيبة : 203 - 386  
— طويلة المدى : 339  
— ظاهر (أو صوري) : 475 وما  
بعده  
— عالمية : 148  
— عينية : 74 - 231  
— بين غائبين : 136 وما بعده  
— غرر : أنظر احتمالية  
— غير مسماة : 78 - 151 - 448  
— غير نافذة : 464  
— فاسدة : 246 - 247 - 283  
— فورية : 79 - 330  
— قابلية (الـ) للتجزئة : 311 إلى  
313  
— قوة إلزامية : أنظر قوة ملزمة  
— مبرمة في حق الغير : 464 وما  
بعده  
— متعدّدة الأطراف : 310  
— في مجلس واحد : 136  
— محدّدة : 77  
— مختلطة : 80 - 310  
— مدة (الـ) : 345

## ف -

- فردانية : 36 - 183 - 433  
 فسح : 53 - 79 - 125 - 156 - 157  
 - 180 - 190 - 213 - 227 - 247 - 321 - 323  
 - 330 - 350 - 387 - 388 - 393 وما بعده،  
 448 - 451 - 452  
 آثار (...): 394 - 401  
 - آحادي : 328 - 329  
 - شروط (...): 394 - 395 وما  
 بعده  
 نطاق (...): 396  
 - وسائل (...): 396 - 400  
 فضالة : 24 - 25 - 28 - 31  
 فضولي : 248  
 فعل الغير : 368 - 375  
 فقه  
 - إسلامي : 5 - 10 - 24 - 40 - 41  
 - 49 - 64 - 103 - 104 - 115 - 129 - 131  
 - 178 - 182 - 183 - 189 - 216 - 243 -  
 245 - 248 - 250 - 332 - 334  
 - ألماني : 9 - 13 - 62 - 334 - 338  
 - سوسري : 131  
 - فوربة : 129 - 130 - 131 - 138

## ق -

- قاصر : 86 - 90 - 204 - 279 - 283  
 291 - 300 - 302 - 380 - 459 - 462 - 484  
 - قاضي القاديم : 91 - 459 - 462  
 - قانون - قوانين  
 - إختيارية - مكملة : 341 - 342  
 - أردني : 177 - 178 - 184 - 188 - 293  
 - إسلامي : أنظر فقه  
 - ألماني : 13 - 62 - 103 - 116  
 129 - 131 - 167 - 183 - 222 - 334 - 336  
 - 379 - 389 - 398 - 436 - 456 - 475  
 - آمرة : 42 - 43 - 44 - 51 - 52 -  
 53 - 56 - 71 - 321 - 341 - 343  
 - إنغليزي : 222  
 - إيطالي : 314 - 315 - 398 - 411  
 - أوربي : 24  
 - برازيلي : 379  
 - البحث العقاري : 52 - 55  
 - التأمين الإجباري : 54  
 - تجاري : 2 - 87  
 - الأكرية التجارية : 56  
 - جديدة وأوضاع تعاقدية : 344  
 - جزائري : 188 - 335  
 - روماني : 3 - 10 - 12 - 13 - 24  
 156 - 167 - 183 - 189 - 216 - 224 - 405  
 433 - 434

- سوري : 179 - 188  
 - سوسري : 103 - 106 - 116 -  
 129 - 131 - 313 - 379 - 389 - 398  
 - ضبط الأسعار : 51  
 - عراقي : 184 - 188 - 335  
 - الكراء الفلاحي : 53  
 - كنسي : 334  
 - كويتي : 178 - 179 - 188  
 - لبناني : 188 - 189 - 293  
 - المسؤولية والتأمين في ميدان  
 البناء : 54  
 - مصري : 103 - 106 - 131 - 178 -  
 180 - 188  
 - منظم لتجارة التوزيع : 57  
 - منظم لأكرية محلات السكنى  
 والحرفة : 56  
 - نساري : 379  
 - باهاني : 379  
 - قبول : 41 - 122 - 134 وما بعده  
 - أجل (...): 130  
 - الإشتراط لمصلحة الغير : 456  
 - صدور (...): 140  
 - صريح : 134  
 - ضمني : 134 - 135  
 - علم (...): 140  
 - فوربة في (...): أنظر ذلك  
 - نظرية تسليم (...): 144  
 - نظرية صدور (...): 141  
 وما بعده - 145  
 - مذهب إعلان (...): 141 -  
 142 - 145  
 - مذهب تصدير (...): 141 -  
 143  
 - قوة قاهرة : 321 - 334 - 335 - 360 -  
 364 - 368 - 369 وما بعده -  
 402 - 472  
 - آثار (...): 373  
 - عناصر (...): 370 وما بعده  
 - قوة ملزمة - إلزامية  
 - للإلتزام الآحادي : 24  
 - للعقد : 40 - 47 - 51 - 317 وما  
 بعده  
 - بين الأطراف : 319 وما بعده  
 - بالنسبة للقاضي : 331 وما بعده

## ك -

- كتب سرّي : أنظر عقد سرّي  
 - كتمان : 174 - 178 - 181  
 - كذب : 174 - 177 - 178 - 179 - 475  
 - كراء  
 - فلاحي : 53  
 - ملك الغير : 220  
 - كفالة : 84 - 463

— مشترك : أنظر إشتراط لمصلحة الغير — مصلحة  
 — إجتماعية : 48 - 51 - 53 - 277 —  
 — إقتصادية : 51 - 53 —  
 — خاصة : 47 - 253 - 254 - 259 - 266 - 277 —  
 — في طلب البطلان : 254 - 273 — إلى 276  
 — عامة : 48 - 49 - 254 - 259 - 282 - 288 - 477 —  
 — في القيام : 99 - 276 —  
 — مشروعة : 276 - 277 —  
 — المولى عليه : 93 —  
 — مطل : أنظر مطاطلة —  
 — معارضة بالعقد : 421 وما بعده —  
 — معيار الأب الصالح : 371 —  
 — مقاصدة : 451 —  
 — مطاطلة : 324 - 350 - 355 - 366 - 377 - 378 - 384 - 385 - 387 - 399 —  
 — تاريخ بداية (الـ) : 383 —  
 — الدائن : 355 - 368 - 374 —  
 — المدين : 378 وما بعده، 399 —  
 — منتفع — مستفيد : أنظر إشتراط لمصلحة الغير —  
 — أهلية (الـ) : 440 - 441 —  
 — تعيين (الـ) : 442 وما بعده —  
 — مورث : 273 - 279 - 291 —

— شافعي : 129 —  
 — (الـ) الشخصي في الإلتزام : 11 - 12 - 13 —  
 — مادي : 11 - 13 —  
 — مالكي : 129 - 182 - 189 —  
 — مراجعة العقد : 39 - 42 - 148 - 229 - 322 - 331 - 334 - 335 - 337 إلى 339 —  
 — مرض : 156 - 157 —  
 — بدني : 155 —  
 — مفسد للرضاء : 155 —  
 — موت : 84 - 155 - 185 - 248 - 266 —  
 — مسؤولية تقصيرية : 46 - 305 —  
 — 425 - 427 - 431 —  
 — عن الرجوع في الإيجاب : 130 —  
 — منجرة عن عقد باطل : 299 - 305 —  
 — مسؤولية عقدية : 305 - 349 - 350 —  
 — وما بعده 425 - 431 —  
 — اتفاق على تحديد (الـ) : 386 —  
 — اتفاق على الإعفاء من (الـ) : 386 —  
 — آثار (الـ) : 352 - 377 وما بعده —  
 — أسباب الإعفاء من (الـ) : 368 وما بعده —  
 — مستهلك : 57 - 178 —

— كتابات : أنظر كتمان —  
 — كسبون : 156 - 183 - 224 - 227 —

— ل —

— م —

— مبدأ — مبادئ —  
 — حسن التية : أنظر ذلك —  
 — سلطان الإزادة : أنظر ذلك —  
 — المعاملة بالمثل : 389 —  
 — التسيية المقدية : أنظر ذلك —  
 — معهد : 429 وما بعده، 446 إلى 451 - 458 - 459 - 460 - 463 - 470 - 472 —  
 — معهد عنه — معاهد في حقه : 457 - 463 - 468 - 473 —  
 — معهد له : 458 إلى 460 - 470 —  
 — مجلة —  
 — عثمانية : 182 —  
 — مدنية ألمانية : 24 - 62 - 106 - 149 - 183 - 299 - 308 - 322 - 476 —  
 — مجلس العقد : 108 - 129 - 131 - 132 - 136 —  
 — مجنون : 86 - 96 إلى 98 - 264 —  
 — محجور — محجورين : 85 إلى 88 - 100 - 155 - 204 - 283 - 291 - 441 —  
 — محل الإلتزام : 2 - 11 - 13 - 14 - 15 - 16 - 156 - 158 - 161 - 162 - 172 —  
 — 194 - 229 - 226 - 234 - 247 وما بعده، 250 - 251 - 258 - 269 - 278 - 358 - 481 —  
 — إستحالة (الـ) : أنظر ذلك —  
 — إمكانية (الـ) : 211 وما بعده —  
 — إنعدام (الـ) : 269 —  
 — تعيين (الـ) : 196 - 208 وما بعده —  
 — الغلط في ذاتية.. : أنظر غلط —  
 — مشروعية (الـ) : 196 - 197 —  
 — محل العقد : 194 —  
 — مخاتلات : 174 - 177 —  
 — مدين —  
 — انقراض إلتزام : 373 —  
 — تقصير : 364 - 374 —  
 — مطاطل : 373 - 377 - 378 وما بعده —  
 — وفاة (الـ) : 380 —  
 — مديونية : 9 - 453 - 454 —  
 — مذهب —  
 — إشتراكي : 6 —  
 — حنفي : 129 - 182 - 189 —

— الأضرار  
— الأمانة  
— التبرع  
— التخلل  
— حسن (الـ) ..  
— سوء (الـ) : أنظر

— غير مباشرة (منقوصة) : 107  
— قانونية : 109 - 111 - 113 - 120  
— قضائية : 113  
— نيابة عمومية : 277 - 278  
— نيابة  
— الإشراف : 431 - 438 - 439

## و

— المشتراط : 446  
— المورث : 273 - 431  
— وقت مناسب : 138  
— وكالة : 28 - 103 - 107 - 109 -  
112 - 115  
— إتفاقيّة : 106  
— بدون نيابة : 107  
— في حق ذات معنوية : 113  
— في حق قاصر : 115  
— في حق مؤبى عليه : 115  
— سابقة : 470  
— ظاهرة : 115  
— لاحقة : 117  
— مسترة : 107  
— وكيل : 454 - 462 - 465 - 471  
— ولاية : 103 - 457 - 458 - 462  
— ولي : 90 - 91 - 93 - 99 - 101  
- 113 - 273 - 279 - 380 - 459

— واجب — واجبات  
— إرشاد وإعلام : 325  
— تعاون وتعاقد : 323 - 325  
— واقعة قانونية : أنظر حدث  
— وارث — ورثة : 133 - 273 - 277  
291 - 299 - 380 - 407 - 408 - 409 - 410  
- 446 - 456  
— وصف : أنظر تكييف  
— وعد بالتعاقد : 150 وما بعده  
— بدون أجل (أو مجرد) : 125 - 151  
— محدد بأجل : 151  
— ملزم لجانب واحد : 150 - 151  
— ملزم لجانبين : 150 - 152  
— وفاء : أنظر تنفيذ  
— وفاة  
— الأبوين : 90  
— أحد المتعاقدين : 410  
— السلف : 409  
— المدين : 380

— موصوب له : 411  
— ميراث : 207 - 216

— موصى له : 409 - 411  
— موضوع : أنظر محلّ

## ن

— إقتصادي واجتماعي : 43 - 48  
— إقتصادي توجيهي : 52 - 53  
— إقتصادي حمائي : 52 - 54 - 57  
— حمائي : 48 - 254 - 259  
— سياسي : 266  
— عادي : 254  
— نظرية  
— بيودوليفر PIEDELIEVRE :  
299  
— تكافؤ الأسباب : 367  
— دولي (DUGUIT) : 46  
— دوموق (DEMOGUE) : 356  
— روهاث (ROUHETTE) : 48  
— السبب المنتج : 367  
— غاستان (GHESTIN) : 49  
— كلسن (KELSEN) : 47  
— نقض العقد : 319 - 326 - 330 -  
331 - 334 - 335 - 337 - 339  
— نقل الدم البشري : 203 - 205  
— نيابة : 103 وما بعده - 204 - 434  
— إتفاقيّة : 111 - 112 - 120  
— آثار (الـ) : 118 وما بعده  
— بدون سلطة : 110 - 117 - 458 -  
459 -

— نائب : 104 وما بعده، 145 - 180  
- 204 - 406 - 460  
— إنعدام سلطة (الـ) : 110 -  
117 - 465 - 468 - 471 إلى 473  
— أهلية (الـ) : 109  
— تجاوز حدود سلطة (الـ) :  
110 - 114 وما بعده  
— تعاقد (الـ) مع نفسه : 116  
— سلطة (الـ) : 103 - 105 إلى  
107 - 110 وما بعده  
— نزاهة : 156 - 323 - 324  
— نسيئة عقديّة : 403 - 404 وما  
بعده، 421 - 433 - 457  
— إستثناءات (الـ) : 403 - 428  
وما بعده  
— نطاق العقد : 227 - 235 - 343 -  
404  
— نظام عام : 84 - 86 - 194 - 198 -  
199 - 201 - 207 - 216 - 222 - 224 - 228  
- 229 - 233 - 234 - 240 - 250 - 253 -  
254 - 259 - 266 - 269 - 276 إلى 278 -  
299 - 310 - 313 - 321 - 343 - 344 - 373 -  
379 - 386 - 417 - 416 - 439 - 462  
— إقتصادي : 266

## فهرس الموادّ

الصفحة	
17	المقدّمة .....
23	الفرع الأوّل : تحليل مفهوم الإلتزام (ع. 8 إلى 14)
23	§ 1 - الرابطة القانونيّة (ع. 9 و10)
25	§ 2 - الرابطة الشّخصيّة (ع. 11 إلى 13)
26	I - المذهب الشّخصيّ في الإلتزام (ع. 12)
26	II - المذهب المادّي للإلتزام (ع. 13)
28	§ 3 - الرابطة الماليّة (ع. 14)
28	الفرع الثّاني : ترتيب الإلتزامات المدنيّة (ع. 15 إلى 32)
28	§ 1 - ترتيب الإلتزامات بحسب مواضعها (ع. 16 إلى 19)
28	I - الإلتزام بإعطاء (ع. 17)
29	II - الإلتزام بعمل (ع. 18)
29	III - الإلتزام بامتناع عن عمل (ع. 19)
29	§ 2 - ترتيب الإلتزامات بحسب مصادرها (ع. 20 إلى 32)
30	I - ترتيب مصادر الإلتزام حسب مجلة الإلتزامات والعقود (ع. 21 إلى 28)
30	أ - عرض التّرتيب (ع. 21 إلى 27)
30	1. المصدر الأوّل : الاتّفاقات وغيرها من التّصريحات الاختياريّة (ع. 22 إلى 24)

30	1.1 - الإتفاق أو العقد (ع. 23)
30	1.2 - التعهد القانوني الأحادي (ع. 24)
33	2. المصدر الثاني : شبه العقود (ع. 25)
33	3. المصدر الثالث : الجنج (ع. 26)
33	4. المصدر الرابع : شبه الجنج (ع. 27)
	ب - نقد الترتيب المعمول به بمجلة الالتزامات والعقود (ع. 28)
33	II - الترتيب المؤسس على التمييز بين الحدث القانوني والتصرف القانوني (ع. 29 إلى 32)
35	أ - التصرف القانوني (ع. 30)
35	ب - الحدث القانوني (ع. 31 و 32)

## الجزء الأول العقد

### باب تمهيدي مفهوم وأبعاد الإرادة في نظرية العقد

41	الفصل الأول : أبعاد الإرادة العقدية (ع. 34 إلى 57)
42	الفرع الأول : النظرية التقليدية (ع. 35 إلى 43)
42	§ 1 - عرض مبدأ سلطان الإرادة (ع. 36 إلى 41)
42	I - عناصر المبدأ (ع. 36 إلى 39)
	II - تأثر مجلة الالتزامات والعقود بمبدأ سلطان الإرادة (ع. 40 إلى 41)
44	§ 2 - نقد مبدأ سلطان الإرادة (ع. 42 و 43)
46	الفرع الثاني : النظريات الحديثة (ع. 44 إلى 48)

47	§ 1 - إحلل القانون محلّ الإرادة كأساس للعقد (ع. 45 إلى 47)
47	I - نظرية DUGUIT (ع. 46)
48	II - نظرية KELSEN (ع. 47)
49	§ 2 - البعد الموضوعي للعقد (ع. 48)
	الفرع الثالث : مفهوم العقد ودور الإرادة العقدية في القانون التونسي (ع. 49 إلى 57)
50	§ 1 - تفوق القانون على الإرادة العقدية (ع. 50 و 51)
53	§ 2 - عينات من قيود الإرادة العقدية (ع. 52 إلى 57)
54	I - ميدان النظام العام الاقتصادي التوجيهي (ع. 53)
56	II - ميدان النظام العام الاقتصادي الحمائي (ع. 54 إلى 57)
61	الفصل الثاني : مدلول الإرادة (ع. 58 إلى 80)
63	الفرع الأول : تفسير العقود (ع. 59 إلى 71)
64	§ 1 - جدوى التفسير (ع. 60 إلى 64)
64	I - النظرية الذاتية (ع. 61 و 62)
66	II - النظرية الموضوعية (ع. 63 و 64)
67	§ 2 - قابلية العقود للتفسير (ع. 65 إلى 68)
68	I - شرط قبول التفسير (ع. 66 و 67)
70	II - جزاء مخالفة شرط قبول التفسير (ع. 68)
71	§ 3 - طرق التفسير (ع. 69 و 71)
72	I - طرق البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة (ع. 70)
	II - ضرورة إحترام قواعد العرف والإنصاف وحسن النية (ع. 71)
73	الفرع الثاني : تكييف العقد (ع. 72)
75	الفرع الثالث : تقسيمات العقود (ع. 73 إلى 80)
76	§ 1 - العقود الرضائية والعقود الشكلية والعينية (ع. 74)

93	أ - الجنون (ع. 96 و 97) .....
94	ب - ضعف العقل (ع. 98 و 99) .....
96	ج - السفه (ع. 101) .....
97	الفصل الثاني : الرضى (ع. 102 إلى 193) .....
	الفرع الأول : مصدر الرضى : مسألة التعاقد بالنيابة (ع. 103 إلى 120) .....
99	..... (120)
100	§ 1 - التعريف بالنيابة : (ع. 104) .....
101	§ 2 - مقومات التعاقد بالنيابة (ع. 105 إلى 109) .....
101	I - تصرف النائب باسم الأصيل وحسابه علانية (ع. 106 و 107)
103	II - إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل (ع. 108 و 109) ..
104	§ 3 - سلطة النائب (ع. 110 إلى 117) .....
104	I - مصادر النيابة (ع. 111 إلى 113) .....
105	أ - النيابة الإتفاقية (ع. 112) .....
105	ب - النيابة القانونية (ع. 113) .....
105	II - تجاوز النائب لحدود سلطته (ع. 114 إلى 116) .....
105	أ - تجاوز حدود النيابة من حيث الموضوع (ع. 115) .....
	ب - تجاوز حدود النيابة من حيث الأشخاص : مسألة تعاقد
107	النائب مع نفسه (ع. 116) .....
108	III - النيابة بدون سلطة (117) .....
109	§ 4 - آثار النيابة (118 إلى 120) .....
109	الفرع الثاني : وجود الرضى (ع. 121 إلى 152) .....
109	§ 1 - تلاقي الإرادتين (ع. 122 إلى 135) .....
110	I - الإيجاب (ع. 123 إلى 133) .....
110	أ - خصائص الإيجاب (ع. 124 إلى 127) .....
112	ب - آثار الإيجاب (ع. 128 إلى 133) .....

76	§ 2 - العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين (75) ....
77	§ 3 - عقود المعاوضة وعقود التبّرع (76) .....
77	§ 4 - العقود المحددة والعقود الإحتتمالية وعقود الغرر (77) .....
77	§ 5 - العقود المسماة والعقود غير المسماة (78) .....
78	§ 6 - العقود الفورية والعقود الممتدة (79) .....
78	§ 7 - العقود البسيطة والعقود المختلطة (80) .....

## الباب الأوّل شروط تكوين العقد

### العنوان الأوّل الشروط المتعلقة بالأشخاص

85	الفصل الأوّل : الأهلية (ع. 83 إلى 101) .....
87	الفرع الأوّل : أهلية الوجوب (ع. 84) .....
88	الفرع الثاني : أهلية الأداء (ع. 85 إلى 101) .....
88	§ 1 - مفهوم أهلية الأداء وخصائصها (ع. 85 و 86) .....
90	§ 2 - أحكام أهلية الأداء (ع. 87 إلى 101) .....
90	I - الحجر للصغير (ع. 88 إلى 94) .....
91	أ - الصغير غير المميز (ع. 89 إلى 91) .....
	ب - الصغير الذي تجاوز عمره ثلاثة عشر عاما دون أن يبلغ
92	سن الرشد (ع. 92 إلى 94) .....
92	1 . القواعد العامة (ع. 93) .....
92	2 . حالة ترشيد الصغير (ع. 94) .....
93	II - عوارض الأهلية (ع. 95 إلى 101) .....

137	.....	2. 1 - الغلط في نوع الشيء المعقود عليه (ع. 162)
137	.....	3. 1 - الغلط في الصفة الموجبة للتعاقد (ع. 163)
138	.....	4. 1 - الغلط في شخص المتعاقد أو في صفته الأساسية (ع. 164)
139	.....	2. الغلط في القانون (ع. 165)
140	.....	ب - نظام الغلط المغيب للرّضى (ع. 166 إلى 172)
140	.....	1. شرط الغلط الحاسم (ع. 167 إلى 169)
143	.....	2. شرط الغلط المغتفر (ع. 170)
144	.....	3. مسألة الغلط المشترك (ع. 171)
144	.....	4. إثبات الغلط (ع. 172)
145	.....	II - التّغيير (ع. 173 إلى 183)
145	.....	أ - التّغيير باعتباره عيباً من عيوب الرّضاء (ع. 174 إلى 181)
147	.....	1. مكوتات جنحة التّغيير (ع. 175 إلى 180)
147	.....	1. 1 - العنصر المادّي (ع. 176 إلى 178)
149	.....	2. 1 - العنصر القصدّي (ع. 179)
149	.....	3. 1 - الشّروط المتعلّقة بمن صدر منه التّدليس (ع. 180)
150	.....	2. شرط التّغيير الحاسم (ع. 181)
151	.....	ب - التّغيير شرط الغبن المغيب للرّضاء (ع. 182 إلى 183)
154	.....	III - الإكراه (ع. 184 إلى 193)
154	.....	أ - مكوتات الإكراه (ع. 185)
155	.....	ب - شروط الإكراه (ع. 186 إلى 193)
156	.....	1. مصدر الإكراه (ع. 187 إلى 189)
156	.....	1. 1 - الإكراه الصّادر عن شخص ثالث (ع. 188)
156	.....	2. 1 - الإكراه المتولّد عن حالة الضّرورة (ع. 189)
158	.....	2. شرط الإكراه الحاسم (ع. 190)
159	.....	3. عدم مشروعية الإكراه (ع. 191 إلى 193)

112	.....	1. الإيجاب المجرّد (ع. 129 إلى 132)
117	.....	2. الإيجاب المقيد بأجل (ع. 133)
118	.....	II - القبول (ع. 134 إلى 135)
120	.....	§ 2 - نظام العقود المبرمة بين غائبين (ع. 136 إلى 145)
121	.....	I - الإيجاب بمراسلة (ع. 138 و139)
140	.....	II - المذاهب القانونيّة لتحديد مكان وزمان انعقاد العقد (ع. 140 إلى 144)
122	.....	أ - نظريّة صدور القبول (ع. 141 إلى 143)
122	.....	1. مذهب إعلان القبول (ع. 142)
123	.....	2. مذهب تصدير القبول (ع. 143)
123	.....	ب - نظريّة تسليم القول (ع. 144)
123	.....	III - أحكام القانون التّونسيّ (ع. 145)
124	.....	§ 3 - الاتّفاقات التمهيدية لتكوين العقد (ع. 146 إلى 152)
124	.....	I - عقود التّفاوض (ع. 147 إلى 149)
124	.....	أ - العقود الملزمة للتفاوض (ع. 148)
125	.....	ب - العقود المنظّمة للتفاوض (ع. 149)
126	.....	II - الوعد بالتّعاقد (ع. 150 إلى 152)
127	.....	أ - الوعد بالتّعاقد الملزم لجانب واحد (ع. 151)
128	.....	ب - الوعد بالتّعاقد الملزم لجانبين (ع. 152)
130	.....	الفرع الثالث : سلامة الرّضى وصحّته (ع. 153 إلى 193)
130	.....	§ 1 - إنعدام الإرادة (ع. 154 و155)
132	.....	§ 2 - عيوب الإرادة (ع. 156 إلى 193)
134	.....	I - الغلط (ع. 158 إلى 172)
135	.....	أ - حالات الغلط المفسد للرّضاء (ع. 159 إلى 165)
135	.....	1. الغلط في الواقع (ع. 160 إلى 164)
136	.....	1. 1 - الغلط في ذات المعقود عليه (ع. 161)



## العنوان الثاني الشروط المتعلقة بمضمون العقد المحل والسبب

163	الفصل الأول : محل الالتزام (ع. 194 إلى 221)
165	الفرع الأول : مشروعية المحل (ع. 197 إلى 207)
165	§ 1 - مفهوم مشروعية المحل (ع. 198 إلى 199)
168	§ 2 - حالات انتفاء مشروعية المحل (ع. 200 إلى 207)
168	I - حقوق الدولة واختصاصاتها (ع. 201)
168	II - حقوق الشخص (ع. 202 إلى 207)
169	أ - حرمة الذات البشرية (ع. 203 إلى 206)
170	1. أخذ الأعضاء البشرية وزرعها (ع. 204)
171	2. نقل الدم البشري (ع. 205)
171	3. حماية الصحة (ع. 206)
172	ب - حقوق الشخصية (ع. 207)
172	الفرع الثاني : تعيين المحل (ع. 208 إلى 210)
174	الفرع الثالث : إمكانية المحل (ع. 211 إلى 221)
175	§ 1 - زمن الإستحالة (ع. 212 إلى 217)
175	I - إستحالة المحل وإستحالة التنفيذ (ع. 213)
176	II - المحل المستحيل والمحل المستقبلي (ع. 214 إلى 216)
176	أ - مبدأ صحة الالتزام على شيء مستقبلي (ع. 215)
177	ب - الإتفاقيات المتعلقة بالتركات المستقبلية (ع. 216)
178	§ 2 - أنواع الإستحالة (ع. 217 إلى 221)
178	I - الإستحالة المطلقة والإستحالة النسبية (ع. 218)
178	II - الإستحالة الطبيعية والإستحالة القانونية (ع. 219 و220)
179	III - الإستحالة القصدية والإستحالة اللاقصديّة (ع. 221)

181	الفصل الثاني : السبب (ع. 222 إلى 238)
183	الفرع الأول : التطور التاريخي لنظرية السبب (ع. 224 إلى 229)
184	§ 1 - مختلف نظريات السبب (ع. 225 إلى 228)
188	§ 2 - السبب والعدالة العقدية (ع. 229)
190	الفرع الثاني : النظام القانوني للسبب (ع. 230 إلى 238)
190	§ 1 - السبب المجرد (ع. 231 و232)
191	§ 2 - السبب الجائز (ع. 233 إلى 235)
193	§ 3 - إثبات السبب (ع. 236 إلى 238)

## العنوان الثالث الجزء على شروط صحة وتكوين العقد نظرية البطلان

199	الفصل الأول : عرض نظرية البطلان (ع. 241 إلى 270)
200	الفرع الأول : التمييز بين البطلان وبين غيره من الجزاءات المدنية في مادة العقود (ع. 242 إلى 249)
200	§ 1 - البطلان والفسخ (ع. 243)
201	§ 2 - البطلان وعدم النفاذ (ع. 244)
202	§ 3 - البطلان وحالة العقد الموقوف (ع. 245 إلى 249)
202	I - العقد الباطل والعقد الفاسد (ع. 246 إلى 247)
202	أ - العقد الباطل (ع. 246)
203	ب - العقد الفاسد (ع. 247)
203	II - العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم (ع. 248 و249)
203	أ - العقد الموقوف (ع. 248)
204	ب - العقد النافذ غير اللازم (ع. 249)
204	الفرع الثاني : تطور نظرية البطلان في الفقه والقانون المقارن (ع. 250 إلى 255)

217	III - البطلان لانتهاء المحلّ أو لافتقاره لأحد أوصافه القانونية (ع. 269) .....
217	IV - البطلان لانتهاء السبب أو لسبب غير جائز (ع. 270) .....
219	<b>الفصل الثاني : النظام القانوني للبطلان (ع. 271 إلى 294) ...</b>
220	الفرع الأوّل : الأشخاص الذين يحقّ لهم القيام بالبطلان (ع. 272 إلى 279) .....
220	§ 1 - حالة البطلان المطلق (ع. 273 إلى 278) .....
224	§ 2 - حالة البطلان النسبي (ع. 279) .....
225	الفرع الثاني : إنقراض حقّ القيام بالبطلان (ع. 280 إلى 294) .....
225	§ 1 - إمضاء العقد (ع. 281 إلى 285) .....
225	I - مفهوم الإمضاء ونطاقه (ع. 282) .....
227	II - شروط الإمضاء (ع. 283 إلى 284) .....
227	أ - شروط الإمضاء من حيث الأصل (ع. 283) .....
227	ب - شروط الإمضاء من حيث الشكل (ع. 284) .....
228	III - آثار الإمضاء (ع. 285) .....
228	§ 2 - التّقدم (ع. 286 إلى 294) .....
228	I - البطلان النسبيّ (ع. 287 إلى 291) .....
228	أ - مبدأ التّقدم (ع. 287 و 289) .....
228	1 . أساسه (ع. 288) .....
229	2 . إستثناؤه (ع. 289) .....
230	ب - مدّة التّقدم (ع. 290 إلى 291) .....
230	1 . أجل السّقوط بالتّقدم (ع. 290) .....
230	2 . بدء سريان مدّة التّقدم (ع. 291) .....
231	II - البطلان المطلق (ع. 292 إلى 294) .....

205	§ 1 - مبررات التّمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبيّ (ع. 251 إلى 254) .....
205	I - أسس التّفرقة في النّظرية التّقليديّة للبطلان (ع. 251 و 252) .....
207	II - الأسس الحديثة للتّفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبيّ (ع. 253 و 254) .....
209	§ 2 - المصلحة القانونيّة من التّمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبيّ (ع. 255) .....
210	الفرع الثالث : نظريّة البطلان في القانون التّونسيّ (ع. 256 إلى 270) .....
210	§ 1 - التكريس القانونيّ للنّظرية التّقليديّة (ع. 257 إلى 260) .....
210	I - قاعدة لا بطلان بلا نصّ والتّحديد القانوني لحالات البطلان (ع. 258) .....
211	II - نقائص النّظام القانوني (ع. 259 و 260) .....
213	§ 2 - عرض لمختلف حالات البطلان (ع. 261 إلى 270) .....
214	I - البطلان في حالة انعدام أو نقص الأهلية (ع. 261 إلى 266) .....
214	أ - أهلية الأداء (ع. 261 إلى 265) .....
214	1 . الصّغير غير المميّز (ع. 262) .....
214	2 . الصّغير الذي تجاوز عمره 13 عاماً ولم يبلغ سنّ الرّشد (ع. 263) .....
215	3 . تصرفات المجنون (ع. 264) .....
215	4 . تصرفات ضعيف العقل والسّفيه (ع. 265) .....
215	ب - أهلية الوجوب (ع. 266) .....
216	II - البطلان في حالتي إنعدام الرّضاء وحصول عيب به (ع. 267 و 268) .....
216	أ - إنعدام الرّضاء (ع. 267) .....
217	ب - عوب الرّضاء (ع. 268) .....

256	§ 1 - إلزامية العقد فيما بين الأطراف (ع. 319 إلى 330)
256	I - الوفاء بالالتزام (ع. 320 إلى 325)
257	أ - واجب الوفاء (ع. 321)
258	ب - مبدأ الوفاء بأمانة (ع. 322 إلى 325)
259	1 . واجب التزاهة (ع. 324)
260	2 . واجب التعاون (ع. 325)
262	II - استحالة النقص الأحادي للعقد (ع. 326 إلى 330)
263	أ - إستثناءات إستحالة النقص الأحادي (ع. 327 إلى 329)
263	1 . الفسخ الأحادي المرخص به عقدياً (ع. 328)
264	2 . الفسخ الأحادي المرخص به قانونياً (ع. 329)
265	ب - النقص الرضائي (ع. 330)
265	§ 2 - إلزامية العقد تجاه القاضي (ع. 331 إلى 339)
266	I - إلتزام القاضي بقيود الفصل 242 م.إ.ع. (ع. 332)
267	II - نظرية الظروف الطارئة (ع. 333 إلى 339)
268	أ - التطور التاريخي ووضع المشكل (ع. 334 إلى 335)
268	ب - نظرية الظروف الطارئة والعوامل القانونية (ع. 336 إلى 338)
271	1 . المحاولات الفقهية بفرنسا (ع. 337)
271	2 . سند نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء بألمانيا :
273	مبدأ حسن النية (ع. 338)
274	ج - نظرية الظروف الطارئة والعوامل الاقتصادية (ع. 339)
276	الفرع الثاني : نطاق القوة الملزمة للعقد (ع. 340 إلى 348)
277	§ 1 - القانون (ع. 341 إلى 346)
277	I - القوانين المكتملة (ع. 342)
277	II - القوانين الأمرة (ع. 343 إلى 346)
277	أ - القانون الجديد وتأثيره على الأوضاع التعاقدية الجارية (ع. 344)
278	

235	الفصل الثالث : الآثار التي تترتب على البطلان (ع. 295 إلى 314)
237	الفرع الأول : نسبة الأثر الرجعي للبطلان (ع. 298 إلى 305)
240	§ 1 - الحالات التي يقتضي فيها القانون بقاء آثار العقد الباطل (ع. 300 إلى 303)
240	I - حالة التعاقد حسن نية (ع. 301)
240	II - حالة قاصري الأهلية (ع. 302)
241	III - حالة الغير المتضرر من العقد الباطل (ع. 303)
242	§ 2 - الحالات التي يقتضي فيها نوع الإلتزام بقاء آثار العقد (ع. 304)
243	§ 3 - المسؤولية المدنية الناجمة عن بطلان العقد (ع. 305)
243	الفرع الثاني : البطلان الجزئي (ع. 306 إلى 313)
244	§ 1 - قيام الأصل في صورة بطلان التابع (ع. 307)
244	§ 2 - إنتقاص العقد (ع. 308 إلى 313)
245	I - تحليل مفهوم «بطلان بعض الإلتزام» (ع. 309 و310)
246	II - شروط قيام العقد منتقاصاً (ع. 311 إلى 313)
248	الفرع الثالث : تحوّل الإلتزام (ع. 314)

## الباب الثاني آثار العقد

### العنوان الأول آثار العقد من حيث الموضوع

255	الفصل الأول : القوة الملزمة للعقد (ع. 317 إلى 349)
256	الفرع الأول : مبدأ القوة الملزمة للعقد (ع. 318 إلى 339)

300	1 . عناصر القوة القاهرة والأمر الطارئ (ع . 370 إلى 372)
300	1.1 . عدم إمكان التوقع (ع . 371)
301	2.1 . استحالة الدفع (ع . 372)
302	2 . آثار القوة القاهرة والأمر الطارئ (ع . 373)
304	ب - ماطلة الدائن (ع . 374)
304	ج - فعل الغير وفعل الدائن (ع . 375 إلى 376)
304	1 . فعل الغير (ع . 375)
304	2 . فعل الدائن (ع . 376)
305	§ 2 - آثار المسؤولية العقدية، تعويض الخسارة (ع . 377 إلى 387)
305	I - مظل المدين (ع . 378 إلى 383)
305	أ - حالة الإلتزام بأجل معين (ع . 379 إلى 382)
307	ب - حالة الإلتزام بدون أجل (ع . 383)
308	II - تعويض الخسارة (ع . 384 إلى 385)
309	III - الاتفاقات المتعلقة بالتعويض (ع . 386 و387)
309	أ - الاتفاق على تحديد مسؤولية المدين أو على إعفائه منها (ع . 386)
310	ب - الشرط التغريبي أو الجزائي (ع . 387)
313	الفرع الثاني : النظام الإضافي الخاص بالعقود الملزمة لجانبين (ع . 388 إلى 402)
314	§ 1 - الدفع بعدم التنفيذ (ع . 389 إلى 392)
315	I - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الطبيعة القانونية (ع . 390)
315	II - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث نطاق التطبيق (ع . 391)
316	III - المقارنة بين الحبس والدفع بعدم التنفيذ من حيث الآثار (ع . 392)
316	392

278	ب - التحديد التشريعي لمدة العقود (ع . 345)
279	ج - التحديد التشريعي لكيفية تنفيذ العقود (ع . 346)
279	§ 2 - العرف (ع . 347)
280	§ 3 - الإنصاف (ع . 348)
283	الفصل الثاني : جزاء عدم الوفاء بالعقود (ع . 349 إلى 402) ..
284	الفرع الأول : المسؤولية العقدية (ع . 350 إلى 387)
286	§ 1 - أركان المسؤولية العقدية (ع . 353 إلى 376)
286	I - الخطأ (ع . 354 إلى 365)
287	أ - إثبات الخطأ (ع . 355 إلى 364)
288	1 . مبدأ التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية (ع . 357 إلى 358)
288	1.1 . الإلتزام ببذل عناية (ع . 357)
289	2.1 . الإلتزام بنتيجة (ع . 358)
289	2 . معيار التفرقة بين الإلتزام بنتيجة والإلتزام ببذل عناية (ع . 359 إلى 362)
290	1.2 . تحديد محتوى الإلتزام بحكم القانون (ع . 360)
291	2.2 . تحديد محتوى الإلتزام بحسب طبيعته (ع . 361)
292	3.2 . مسألة معيار التفرقة بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بنتيجة (ع . 362)
293	3 . الإلتزام بضمان السلامة (ع . 363 و364)
295	ب - تدرج الخطأ (ع . 365)
296	II - الضرر (ع . 366)
297	III - العلاقة السببية بين الخطأ والضرر (ع . 367)
299	IV - أسباب الإعفاء من المسؤولية العقدية (ع . 368)
299	أ - القوة القاهرة والأمر الطارئ (ع . 369 إلى 373)

338	1 . الاتفاق على عدم انصراف العقد إلى الخلف الخاص (ع. 416)
338	2 . عدم انصراف العقد إلى الخلف الخاص إعتباراً لطبيعة الإلتزام (ع. 417 إلى 418)
340	3 . عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بمقتضى القانون (ع. 419)
341	§ 3 - الدائون العاديون (ع. 420)
342	الفرع الثاني : المعارضة بالعقد (ع. 421 إلى 427)
342	§ 1 - معارضة الغير بالعقد (ع. 422 إلى 426)
342	I - نطاق المعارضة (ع. 423)
343	أ - المعارضة بالحقوق العينية (ع. 424)
343	ب - المعارضة بالحقوق الشخصية (ع. 425)
344	II - شروط المعارضة (ع. 426)
345	§ 2 - إحتجاج الغير بالعقد (ع. 427)
347	الفصل الثاني : إستثناءات النسبية العقدية (ع. 428 إلى 473)
348	الفرع الأول : الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 429 إلى 456)
348	§ 1 - مفهوم ودور الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 430 إلى 433)
352	§ 2 - التطور التاريخي للإشتراط لمصلحة الغير (ع. 436 إلى 437)
356	§ 3 - شروط تحقق الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 437 إلى 446)
356	I - وجود عقد بين المشتري والمتعهد (ع. 438 و 439)
358	II - الشروط المتعلقة بشخص المستفيد (ع. 440 إلى 446)
360	§ 4 - آثار الإشتراط لمصلحة الغير (ع. 447 إلى 456)
360	I - العلاقة بين المشتري والمتعهد (ع. 448 إلى 449)
362	II - العلاقة بين المتعهد والمستفيد (ع. 450 إلى 452)
362	أ - الحق المباشر (ع. 451)
362	ب - حدوده (ع. 452)

317	§ 2 - الفسخ (ع. 393 إلى 401)
318	I - شروط الفسخ (ع. 395 إلى 399)
318	أ - نطاق الفسخ (ع. 396)
319	ب - شرط إستحالة التنفيذ (ع. 397 إلى 399)
324	II - وسائل الفسخ (ع. 400)
325	III - آثار الفسخ (ع. 401)
325	§ 3 - مسألة تحمل التبعة (ع. 402)

## العنوان الثاني آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص

329	الفصل الأول : مبدأ النسبية العقدية (ع. 404 إلى 427)
331	الفرع الأول : نسبية الأثر الإلزامي للعقد (ع. 405 إلى 420)
331	§ 1 - الأطراف المتعاقدة والغير (ع. 406 إلى 408)
331	I - الطرف المتعاقد (ع. 406)
332	II - الغير (ع. 407)
332	§ 2 - خلفاء الأطراف المتعاقدة (ع. 408 إلى 419)
333	I - الخلف العام (ع. 409 و 410)
334	II - الخلف الخاص (ع. 411 إلى 419)
336	أ - مبدأ نقل الإلتزامات والحقوق من السلف إلى الخلف الخاص (ع. 412 إلى 414)
336	1 . العقود المكتملة أو المحددة لحق عيني على الشيء (ع. 413)
336	2 . العقود المسماة التي تنقل إلى الخلف الخاص حقوقاً والتزامات شخصية (ع. 414)
337	ب - الإستثناءات (ع. 415 إلى 419)